

Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

Centro de Estudos

65/66

janeiro/dezembro 2007

**REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

CENTRO DE ESTUDOS

65/66

JANEIRO/DEZEMBRO 2007

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 - 3º e 4º andares
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7027 - Fax: (11) 3286-7028
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe:

Márcia Maria Barreta Fernandes Semer

Assessoria:

Anna Candida Pinto Alves Serrano, Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro e Tânia Graça Campi Maluf

Comissão Editorial

Márcia Maria Barreta Fernandes Semer, Caio Augusto Limongi Gasparini, Célia Almendra Rodrigues, Daniel Smolentzov, Fabrício de Lima Pieroni, Flávia Cherto Carvalhaes, João Carlos Pietropaolo, Márcio Sotelo Felipe, Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro, Roberto de Almeida Gallego, Suely Mitie Kusano

Revista

Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro (*Coordenação Editorial*)

A Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é publicada com frequência semestral, sendo o semestre indicado pelo seu último mês. Circula no semestre seguinte ao de referência. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Pede-se permuta.

Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores; se aprovados por superiores hierárquicos, representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

Tiragem: 2.250 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, SP, Brasil, 1971-.

(semestral)

1971-2007 (1-66)

1998 (n. especial)

2003 (n. especial)

CDD-340.05

CDU-34(05)

Editoração, CTP, Impressão e Acabamento: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Arte da Capa: Didiu Rio Branco



ISSN 0102-8065

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOSÉ SERRA

Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

MÁRCIA MARIA BARRETA FERNANDES SEMER

Procuradora do Estado

Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
 PANORAMA CONSTITUCIONAL DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO	
Antonio Joaquim Ferreira Custódio	1
 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES	
Thiago Luís Santos Sombra	29
 AS TERRAS DEVOLUTAS NA REFORMA URBANA	
José Roberto Fernandes Castilho	87
 OS PLANOS DE SAÚDE E A COBERTURA DA IMPLANTAÇÃO DE STENTS: UMA ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA	
Jaques Bushatsky	109
 A APOSENTADORIA COMO EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO DO EMPREGADO PÚBLICO	
Renato Kenji Higa	123
 APLICAÇÃO DAS REGRAS GERAIS DE PRESCRIÇÃO A FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA: A REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA DEMANDAR PRETENSÕES DE REPARAÇÃO CIVIL CONTRA O ESTADO	
Rogério Ramos Batista	135

**SISTEMA DAS NULIDADES PROCESSUAIS E
INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

Ricardo de Barros Leonel

151

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGISLACIÓN Y OMISIONES
INCONSTITUCIONALES. EL MANDADO DE INJUNCIÓN:
LA ALTERNATIVA BRASILEÑA**

Pietro de Jesús Lora Alarcón

167

Apresentação

O ano de 2007 ficará gravado na memória da Procuradoria Geral do Estado como um período de reinvenção institucional.

Dois marcos legislativos serão apontados como nascedouros dessa reinvenção: a Emenda Constitucional Estadual n. 19, de 14 de abril de 2004, que promoveu a unificação da Advocacia Pública no âmbito estadual, atribuindo à PGE representação e a consultoria jurídica das autarquias estaduais; e a Lei Complementar 988, de 9 de janeiro de 2006, que criou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

As circunstâncias históricas fizeram de 2007 o vértice dessa dupla transformação: a instalação plena da Defensoria Pública permitiu o encerramento das atividades da Procuradoria de Assistência Judiciária, cuja gloriosa trajetória será indelével na história da PGE. Não se trata de uma perda, mas de um refinamento do foco institucional – a PGE agora se concentrará exclusivamente na tarefa que lhe é própria, por atribuição constitucional: a representação judicial e a consultoria jurídica dos entes públicos, meios pelos quais prosseguirá na defesa intransigente do interesse público.

Mais concentrada na sua missão constitucional, a PGE se vê também desafiada a ampliar sua atuação, absorvendo o contencioso e a consultoria das entidades autárquicas. A presença da PGE nas autarquias já é uma realidade e os resultados dessa atuação já se evidenciam, para benefício da Administração e do Povo do Estado de São Paulo.

Se é certo afirmar que existe uma nova PGE, também se pode dizer que ela permanece a mesma, no que tem de mais essencial: o talento de seus profissionais. Os Procuradores do Estado dão, nesse número da Revista da PGE, uma singela mostra da qualidade intelectual dos quadros da PGE, abordando temas de atualidade inquestionável, tais como: o regime previdenciário dos servidores estatutários e empregados públicos, a eficácia dos direitos fundamentais e a jurisdição constitucional, a regularização fundiária e a ordenação urbana, o direito fundamental à saúde, as prerrogativas processuais do Estado, dentre outros.

Aberta à contribuição de outros profissionais do Direito, nossa Revista acolhe nesse número os artigos dos Doutores Ricardo de Barros Leonel e Pietro de Jesús Lora Alarcón – colaborações externas que só fazem acrescer à excelência da publicação.

Ao leitor, desejamos uma proveitosa viagem pelas diversas paisagens do mundo jurídico. Os autores selecionados pela Revista serão os competentes ciclerones dessa jornada de conhecimento.

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

PANORAMA CONSTITUCIONAL DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL ESTATUTÁRIO

Antonio Joaquim Ferreira Custódio¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Características do regime original. 2.1 Requisito essencial: tempo de serviço. 2.2 Outras disposições. 2.2.1 Atividades penosas, insalubres e perigosas. 2.2.2 Contagem recíproca. 2.2.3 Paridade. 2.2.4 Pensões. 3 As modificações efetuadas. 3.1 Beneficiários. 3.2 Regime contributivo. 3.3 Fatos geradores. 3.3.1 Aposentadoria por invalidez. 3.3.2 Aposentadoria por idade. 3.3.3. Aposentadoria por tempo de contribuição. 3.4 Atividades prejudiciais. 3.5 Contagem recíproca. 3.6 Paridade. 3.7 Pensões. 3.8 Cálculo dos proventos. 3.9. Teto constitucional. 3.10 Aplicação do regime geral. 3.11 Previdência complementar. 3.12 Abono de permanência. 3.13 Contribuição dos inativos e pensionistas. 4 Regras de transição. 4.1 Garantia expressa do direito adquirido. 4.2 Primeira opção de aposentadoria voluntária. 4.3 Segunda opção de aposentadoria voluntária. 4.4 Terceira opção de aposentadoria voluntária. 4.5 Abono de permanência. 5 Conclusão.

1 Introdução

As alterações introduzidas na Constituição Federal de 1988 por algumas emendas aprovadas pelo Congresso Nacional modificaram substancialmente as normas originárias regentes da inatividade do servidor público civil estatutário. Estas anotações objetivam resumir as novas disposições constitucionais que atualmente a disciplinam.

¹ Procurador do Estado de São Paulo e advogado.

Esta resenha restringe-se às normas relativas à aposentadoria do servidor público civil, não contemplando a dos militares, que têm disciplina própria (arts. 142, X, e 42, § 1º da CF). Relativamente àqueles, limitam-se ao servidor titular de cargo de provimento efetivo, não abrangendo os servidores regidos pela legislação trabalhista, os ocupantes unicamente de cargo em comissão e os contratados por tempo determinado, que se submetem ao regime geral de previdência social (art. 40, § 13 da CF).

Para melhor compreender a disciplina atual, convém, inicialmente, registrar as principais características desse regime previdenciário especial antes das modificações empreendidas pelo constituinte reformador. Em seguida, anotar-se-ão as alterações feitas e, após, as regras de transição aplicáveis aos que já se encontravam submetidos ao regime estatutário quando do advento dessas emendas.

2 Características do regime original

2.1 Requisito essencial: tempo de serviço

Em sua redação primitiva, a Constituição Federal definia três fatos cuja ocorrência ensejava a aposentadoria: a invalidez permanente, a idade e o tempo de serviço.

A resultante de *invalidez permanente*, por impossibilitar o servidor de exercer suas funções, podia ser considerada como causa *compulsória* de aposentadoria. Se a invalidez decorresse de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, o servidor tinha direito a proventos integrais, isto é, correspondentes à remuneração percebida em atividade. Se outra fosse a causa da invalidez, os proventos seriam proporcionais (ao tempo de serviço, embora omissa a norma correspondente – art. 40, I da CF).

A *idade* do servidor também era fato determinante da aposentadoria. Atingindo os 70 anos, o servidor devia aposentar-se obrigatoriamente (art. 40, II da CF), ou seja, em tal hipótese, tínhamos outra causa *compulsória* da inatividade. Estabelecia a norma constitucional que a aposentadoria compulsória em razão da idade rendia ao servidor proventos proporcionais ao tempo de serviço. No entanto, caso ele preenchesse os requisitos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, a interpretação pacífica era a de que os

proventos eram integrais. A idade também era causa *voluntária* da aposentadoria aos 65 anos de idade, para o homem, e aos 60 anos, para a mulher, mas os proventos eram proporcionais ao tempo de serviço (art. 40, III, “d” da CF).

O *tempo de serviço* prestado pelo servidor era outro fato gerador da aposentadoria, desde que requerida pelo servidor, vale dizer, constituía causa *voluntária* da inatividade. Podia ocorrer, em relação à generalidade dos servidores, aos 35 anos de serviço, para o homem, e aos 30, para a mulher (art. 40, III, “a” da CF), exceto quanto aos que se encontrassem no efetivo exercício de funções de magistério, quando ela era passível de concessão aos 30 anos de serviço para o homem e aos 25 anos de serviço para a mulher (art. 40, III, “b” da CF). Em ambas as hipóteses, o servidor percebia proventos integrais. Também se previa (art. 40, III, “c” da CF) a aposentadoria aos 30 anos de serviço para o homem e aos 25 anos de serviço para a mulher, casos em que os proventos eram proporcionais a esse tempo de serviço.

Embora o tempo de serviço não fosse o único fato do qual pudesse emergir a inatividade, porque ela também decorria da invalidez ou da idade, ele era o pressuposto essencial e quiçá o mais importante. Com efeito, era com suporte nesse fato que a maioria dos servidores se aposentava. De outra parte, era o tempo de serviço o parâmetro substancial para o cálculo dos proventos, exceto nos casos em que o fato determinante era a invalidez permanente decorrente das causas a que aludia o inciso I do artigo 40.

A Constituição não obrigava o servidor a contribuir para o regime. Admitia, no entanto, que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios institíssem contribuição a cargo de seus servidores destinada ao custeio do sistema (art. 149, parágrafo único da CF). Quanto aos servidores federais, a Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, previu o custeio das aposentadorias e pensões com recursos provenientes da União e das *contribuições dos servidores*, na forma da lei (art. 40, § 6º da CF). Em síntese, em seu formato primitivo, o regime previdenciário dos servidores públicos civis estatutários não era, compulsoriamente, contributivo.

2.2 Outras disposições

2.2.1 Atividades penosas, insalubres e perigosas

Havia previsão (art. 40, § 1º da CF) de, em relação ao exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, poderem ser estabelecidas,

através de lei complementar, exceções ao estatuído pelo inciso III, letras “a” e “c”, do artigo 40. Assim, em relação a tais atividades, lei complementar editada pela União podia excepcionar os tempos de serviço exigidos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais (35 anos para o homem e 30 para a mulher), ou com proventos proporcionais (30 anos para o homem e 25 para a mulher). Em outras palavras, podia reduzir esses períodos de serviço.

2.2.2 *Contagem recíproca*

De conformidade com o parágrafo 3º do artigo 40, o tempo de serviço público federal, estadual e municipal era computado integralmente para efeito de aposentadoria. Também para a aposentadoria era computável, reciprocamente, o tempo de contribuição na Administração pública e na atividade privada, rural e urbana (art. 202, § 2º da CF).

2.2.3 *Paridade*

Contemplava-se a paridade entre proventos e vencimentos, determinando o parágrafo 4º do artigo 40 a sua revisão, na mesma proporção e na mesma data, sempre que modificada a remuneração dos servidores em atividade, inclusive estendendo aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriores concedidos aos servidores ativos, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que ocorrida a aposentadoria.

2.2.4 *Pensões*

O benefício da pensão por morte correspondia à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, *até o limite estabelecido em lei*, sem prejuízo da paridade (art. 40, § 5º da CF). A compreensão do que seria *o limite estabelecido em lei* provocou divergências, porque havia, pelo menos em alguns Estados, legislação local estabelecendo não poder a pensão suplantiar certo percentual dos vencimentos ou proventos. Dirimindo-as, o Supremo Tribunal Federal decidiu (MI n. 263/DF, Pleno, RTJ 157/22, entre outros):

“Estabelecendo o parágrafo 5º do artigo 40 que a pensão corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, segue-se a impossibilidade de uma lei dispor a respeito de um limite

que esteja abaixo da totalidade referida. A frase, posta no citado parágrafo 5º do artigo 40 – ‘até o limite estabelecido em lei’ – deve ser entendida da seguinte forma: observado o limite posto em lei a respeito da remuneração dos servidores públicos, vale dizer, a lei referida no inciso XI do artigo 37 da Constituição (...).”

3 As modificações efetuadas

3.1 Beneficiários

A partir da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, o *caput* do artigo 40 restringiu aos *servidores titulares de cargos efetivos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, a garantia de regime previdenciário próprio. Essa abrangência foi mantida pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003. Antes dessa alteração, esses regimes previdenciários próprios abarcavam, pelo menos, também os servidores titulares exclusivamente de cargos em comissão. No Estado de São Paulo, essa interpretação era tranqüila, tanto que esses servidores contribuía, de acordo com a legislação estadual então vigente, para o custeio das pensões. Além da restrição constante do *caput* do artigo 40, a Emenda Constitucional n. 20/98 submeteu expressamente os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, os ocupantes de função temporária e os empregados públicos ao regime geral de previdência social (art. 40, § 13 da CF). Como essa norma manda aplicar o regime geral aos servidores que ocupem *exclusivamente* cargos em comissão, aqueles que, titulares de cargos de provimento efetivo, forem nomeados para cargos dessa natureza, continuam vinculados ao regime previdenciário próprio, enquanto exercerem as funções dos cargos comissionados.

3.2 Regime contributivo

Com a Emenda Constitucional n. 20/98 o regime previdenciário desses servidores tornou-se contributivo. A nova redação dada por essa emenda ao *caput* do artigo 40 assegurava “*regime de previdência de caráter contributivo*, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”. A natureza contributiva do regime foi mantida pela Emenda Constitucional n. 41/2003, cuja nova redação, por ela conferida ao mesmo dispositivo,

atribui-lhe também caráter solidário, além de contemplar expressamente a contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.²

Com relação aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a obrigação de contribuir para esse sistema resulta também da nova redação dada ao parágrafo 1º do artigo 149 pela Emenda Constitucional n. 41/2003, porque a instituição de contribuição previdenciária, que antes era facultativa, tornou-se obrigatória.³

Embora tenham sido introduzidas outras modificações relevantes, a instituição de contribuição do servidor para o regime previdenciário constitui a mais importante inovação. Abandonou-se o critério do tempo de serviço, agora substituído pelo *tempo de contribuição*, requisito basilar para deflagrar a denominada aposentadoria voluntária e o cálculo dos proventos. Proibiu-se o estabelecimento de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício (art. 40, § 10, da CF, na redação da EC n. 20/98), e o tempo de serviço, considerado pela legislação precedente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, transformou-se em *tempo de contribuição* (art. 4º da EC n. 20/98).

3.3 Fatos geradores

A reforma constitucional continuou indicando como fatos, cuja ocorrência enseja a aposentadoria, a invalidez permanente e a idade, esta isoladamente considerada (compulsória) ou em conjunto com outros fatos (voluntária). Inovou substancialmente, ao substituir o tempo de serviço, até então isoladamente considerado como suporte fático da inatividade, por um conjunto de fatos dos

² A atual redação do *caput* do artigo 40, dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, é a seguinte: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”. A redação anterior, conferida pela Emenda Constitucional n. 20/98, era similar, mas não possuía o texto destacado em itálico, que é da Emenda Constitucional n. 41/2003.

³ “Artigo 149 - (...) § 1º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”. Na redação primitiva do parágrafo único do artigo 149, que, pela Emenda Constitucional n. 33/2001, passou a parágrafo 1º, “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e de assistência social”.

quais emerge o direito à inatividade voluntária, dentre eles o tempo de contribuição, tempo de serviço público etc.

3.3.1 Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez permanente não sofreu modificações. Continua a ser uma forma *compulsória* de inatividade, em razão da impossibilidade do servidor desempenhar suas funções. A partir da Emenda Constitucional n. 20/98 inverteu-se a redação (do primitivo inc. I do art. 40, agora inc. I do § 1º do art. 40), mas não houve alteração da regra precedente, conquanto o novo discurso tenha a virtude de tornar mais explícito que, em tal hipótese, a regra é a proporcionalidade dos proventos ao tempo de contribuição, exceto se a invalidez decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, casos em que eles são integrais. Em sua redação original era essa, indubitavelmente, a regra constitucional, ou seja, a de que os proventos somente seriam integrais se a invalidez resultasse de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, mas chegou-se a sustentar o contrário. No entanto, há decisão da Suprema Corte confirmando a “proporcionalidade do benefício em se tratando de moléstia não especificada em lei” (RE n. 353.595-1/TO, 1ª Turma, RT 838/158, com remissão ao RE n. 175.980-1/SP da 2ª Turma). A Emenda Constitucional n. 41/2003 manteve, em sua essência, esse preceito, modificando-lhe, unicamente, a parte final⁴. Não se vislumbra alteração substancial pelo fato de a expressão “especificadas em lei” ter sido substituída pela expressão atual “na forma da lei”. Ambas exigem que as moléstias profissionais e as doenças graves, contagiosas ou incuráveis de que decorra a invalidez permanente e, por conseguinte, a integralidade dos proventos, estejam previstas em lei. Essa lei deve ser editada pela União Federal, vale dizer, deve ser uma lei nacional, aplicável em todo o território nacional, não podendo ser uma lei estadual, distrital ou municipal. De qualquer forma, não cabe a essa lei estabelecer outros requisitos para a concessão da aposentadoria com proventos integrais.

⁴ A redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003 ao inciso I do parágrafo 1º do artigo 40 contempla aposentadoria “por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, *na forma de lei*”. O texto da Emenda Constitucional n. 20/98 era idêntico, exceto quanto à parte final: ao invés da expressão “na forma da lei”, constava “*especificadas em lei*”, mesma expressão encontrada na redação original.

3.3.2 Aposentadoria por idade

A idade continua sendo fato gerador da aposentadoria. Ao completar 70 anos, o servidor deve passar para a inatividade, isto é, trata-se de causa *compulsória*. A novidade, constante da redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98 ao inciso II do parágrafo 1º do artigo 40, é que os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição, e não mais ao tempo de serviço. Isso, evidentemente, se o servidor não houver satisfeito os requisitos para que os proventos sejam integrais.

A idade também constitui causa *voluntária* da aposentadoria para o homem que completar 65 anos e para a mulher que atingir os 60 anos, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, III, “b”, da CF), mas nessa hipótese não é suficiente a idade, devendo o servidor comprovar a ocorrência, cumulativa, de dois outros fatos: tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. Note-se que nesse caso não se exige tempo mínimo de contribuição.

3.3.3. Aposentadoria por tempo de contribuição

Esta modalidade foi a mais substancialmente alterada. Antes da reforma constitucional, o requisito essencial exigido era o tempo de serviço. Agora, além do tempo de contribuição (35 anos para o homem; 30, para a mulher), outros requisitos foram impostos para a aquisição do direito à inatividade voluntária (art. 40, § 1º, III, “a”, da CF), que são: (i) tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público; (ii) tempo mínimo de cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria; e (iii) idade mínima (60 anos para o homem; 55 para a mulher). A satisfação de todos esses requisitos confere ao beneficiário proventos calculados na forma dos parágrafos 3º e 17 do artigo 40, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, e que podem continuar a ser denominados como integrais, não obstante, como se verá oportunamente, não correspondam, necessariamente, à totalidade da remuneração auferida em atividade.

Tratando-se de servidor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício nas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (excluído, portanto, o ensino superior), há redução de cinco anos em relação aos requisitos de idade e tempo de contribuição (art. 40, § 5º,

da CF, na redação da EC n. 20/98). Dessa forma, para o homem (professor), a idade mínima é de cinquenta e cinco anos e o tempo de contribuição é de trinta anos; para mulher (professora), cinquenta e vinte e cinco anos, respectivamente. No entanto, devem os professores, qualquer que seja o sexo, satisfazer inteiramente os requisitos inscritos no *caput* do inciso III do artigo 40 (tempos de efetivo exercício no serviço público e no cargo).

3.4 Atividades prejudiciais

Como referido em linhas anteriores, o constituinte originário ressaltou a possibilidade de, por lei complementar (federal, acrescento), serem estabelecidas exceções em relação aos tempos de serviços então previstos nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 40, para os casos de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

Com a Emenda Constitucional n. 20/98, o constituinte reformador, embora proibindo a adoção de requisitos e critérios diversos dos por ele estabelecidos para a concessão da aposentadoria, ressaltou os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, a serem definidos em lei complementar (federal, sem dúvida – art. 40, § 4º, da CF).

A Emenda Constitucional n. 47, de 05.07.2005 (EC n. 47/2005), publicada em 06.07.2005, mas com efeitos retroativos à data da vigência da Emenda Constitucional n. 41/2003, manteve a vedação constante da Emenda Constitucional n. 20/98, mas ressaltou, nos termos definidos em leis complementares (federais, com certeza), as hipóteses de servidores (i) portadores de deficiência, (ii) que exerçam atividades de risco; e (iii) cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Assim, exceção feita aos portadores de deficiência, que constitui inovação, as atividades penosas, insalubres ou perigosas continuam, embora sob nova roupagem lingüística, albergadas pela regra constitucional que admite a definição de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria desses servidores. Com efeito, as denominadas pelo constituinte originário de atividades perigosas estão, agora, compreendidas na expressão “atividades de risco” e as denominadas atividades penosas ou insalubres encontram-se abrangidas pelo conceito de “atividades (...) exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

Convém, no entanto, explicitar que o legislador complementar pode definir requisitos e critérios diferenciados relacionados ao tempo de contribuição, à idade ou a outros previstos constitucionalmente, desde que o faça em relação às hipóteses indicadas nos três incisos do parágrafo 4º do artigo 40.

3.5 Contagem recíproca

Não houve modificação em relação à contagem recíproca, tanto dos tempos de contribuição federal, estadual ou municipal (art. 40, § 9º, da CF, na redação da EC n. 20/98), quanto dos tempos de contribuição na Administração pública e na atividade privada (art. 201, § 9º, da CF, na redação da EC n. 20/98).

3.6 Paridade

A paridade entre a remuneração do servidor em atividade e os proventos desapareceu com a reforma decretada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, ressalvadas as exceções disciplinadas pelas regras de transição, a serem adiante referidas. Prevista no texto primitivo para os proventos de aposentadoria (art. 40, § 4º), foi mantida na reforma de 1998 e estendida às pensões (art. 40, § 8º, na redação da EC n. 20/98)⁵. No entanto, nos termos da redação dada a esse parágrafo pela Emenda Constitucional n. 41/2003, o constituinte reformador assegura o *reajustamento dos benefícios* para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, *conforme critérios estabelecidos em lei*.

Desatrelados os proventos da remuneração paga aos servidores em atividade, torna-se imperiosa a edição de lei que defina os critérios (de valor, tempo etc.) segundo os quais eles deverão ser reajustados para a finalidade garantida pela Lei Maior (preservação, em caráter permanente, de seu valor real). A questão a ser deslindada é a natureza da lei que deve estatuir a respeito: federal, estadual ou municipal.

⁵ O parágrafo 8º do artigo 40, dispunha: “Observado o disposto no artigo 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.”

A reforma introduzida pela Emenda Constitucional n. 20/98 acrescentou o parágrafo 12 ao artigo 40, a teor do qual o regime de previdência próprio dos servidores estatutários também deve observar, *no que couber*, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. O parágrafo 4º do artigo 201, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, que trata do regime geral, reproduz disposição idêntica à do parágrafo 8º do artigo 40, de tal sorte que a lei naquele referida é inegavelmente a editada pela União Federal. Uma interpretação menos sistemática levaria à conclusão de que a lei prevista no parágrafo 8º do artigo 40 também seria a federal, o que conferiria uniformidade de tratamento, em nível nacional, à matéria e evitaria, quiçá, divergências a respeito da diversidade de critérios e da realidade dos índices fixados para a preservação do valor real do benefício.

Impende, no entanto, não desprezar outras disposições constitucionais aplicáveis à espécie, entre elas a que veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (art. 37, XIII)⁶, a norma que estabelece a reserva legal e resguarda a iniciativa privativa, em cada caso, para a fixação ou alteração da remuneração dos servidores públicos (art. 37, X), o princípio da autonomia estadual e municipal (arts. 25 e 30) e as normas que disciplinam a elaboração das leis orçamentárias (art. 165 e ss.). Poder-se-ia objetar que especialmente a norma constitucional proibitiva da vinculação não incidiria na hipótese de reajuste de proventos, porque eles não constituiriam espécie remuneratória de pessoal do serviço público, a qual, portanto, se restringiria àqueles em atividade. Ocorre, no entanto, que a expressão “espécie remuneratória” é designação genérica compreensiva, nos termos do inciso XI do artigo 37, da remuneração, do subsídio, dos proventos e das pensões, não se podendo atribuir-lhe, para os efeitos do inciso XIII do artigo 37, compreensão diversa da que o constituinte consagrou na norma do inciso XI do mesmo preceito. Consideradas essas peculiaridades, deve-se entender que a lei, a que se refere o parágrafo 8º do artigo 40, é a lei da pessoa jurídica de direito público interno competente para dispor sobre a remuneração de seus servidores ativos e inativos, ou seja, será, conforme o caso, a lei federal, estadual ou municipal.

⁶ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está refletida na Súmula n. 681, a teor da qual “*é inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária*”.

3.7 Pensões

De acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003 ao parágrafo 7º do artigo 40, o benefício da pensão deixou de ser necessariamente equivalente aos vencimentos ou proventos do servidor falecido, como preceituava o texto original do parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição. Pela nova sistemática, o valor da pensão corresponderá à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que ocorrer o falecimento, ou à totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Se a remuneração ou os proventos até então percebidos superarem esse limite, este será acrescido de 70% da parcela que o exceder.

O limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência foi fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) atualizáveis pelos índices aplicáveis a esse regime (art. 5º da EC n. 41/2003). Dessa maneira, se, por ocasião do falecimento, o servidor percebia remuneração ou proventos de valor inferior a esse limite atualizado, o montante da pensão corresponderá à totalidade da remuneração ou proventos percebidos; se auferia quantia a ele superior, o valor da pensão corresponderá ao limite (atualizado) do benefício do regime geral de previdência, acrescido de 70% da diferença entre o valor (atualizado) desse limite e a quantia percebida a título de remuneração ou proventos.

Excepcionados os casos de remuneração ou proventos inferiores ou iguais ao limite máximo do benefício do regime geral de previdência – quando não há redução do valor da pensão – em todos os demais haverá diminuição do valor do benefício. Tanto maior será a redução quanto maiores forem a remuneração percebida pelo servidor que falecer em atividade ou os proventos auferidos pelo inativo.

3.8 Cálculo dos proventos

Antes da reforma de 2003, os proventos eram calculados em razão da remuneração obtida pelo servidor no cargo em que aposentado. Tendo direito a proventos integrais, eles correspondiam ao valor da remuneração percebida no cargo; se fizesse jus a proventos proporcionais, eles eram calculados, a partir dessa remuneração, proporcionalmente ao tempo de serviço. Era a inteligência que se extraía das primitivas normas do artigo 40, da Lei Maior.

Com a reforma de 1998, o parágrafo 3º do artigo 40, na redação da Emenda Constitucional n. 20/98, dispôs expressamente que os proventos eram calculados, por ocasião da concessão da aposentadoria, “com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, *corresponderão à totalidade da remuneração*”.

No entanto, a Emenda Constitucional n. 41/2003, inovando o texto do dispositivo, preceitua que para o cálculo dos proventos, quando da concessão da aposentadoria, “serão consideradas as *remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor* ao regime de previdência de que trata este artigo e o artigo 201, na forma da lei”.

Trata-se de modificação substancial na forma de cálculo dos proventos. A base agora adotada desvincula-se integralmente da remuneração percebida pelo servidor no exercício do cargo ensejador da inatividade, substituída que foi pelo valor das remunerações que serviram para o cálculo de suas contribuições ao longo do período contributivo. Esses valores serão devidamente atualizados, na forma da lei (art. 40, § 17, da CF, acrescido pela EC n. 41/2003), mas é evidente que a correção monetária, embora expresse teoricamente a atualização para o presente (momento do cálculo) dos valores historicamente considerados, dificilmente alcançará – para não dizer jamais – o montante da remuneração auferida no instante imediatamente anterior à concessão da aposentadoria. Com efeito, e é o que de ordinário ocorre, essa remuneração é o resultado de evoluções funcionais ocorridas no curso da carreira do servidor e o ajuste monetário determinado pela Lei Suprema deverá, se tanto, refletir a atualização daquele valor que, outrora, foi percebido pelo servidor e que, no momento em que auferido, não era integrado pelos valores obtidos durante a carreira, tais como, por exemplo, os ganhos estipendiários decorrentes de promoções.

Por outro lado, as remunerações, ou mais precisamente os valores das bases de cálculo das contribuições pagas, a serem computadas para esse efeito, são aqueles que ensejaram a contribuição para o regime previdenciário próprio, de que trata o artigo 40 da *Lex Legum*, e também os que serviram para o pagamento de contribuição ao regime geral de previdência social. Isso ocorrerá sempre que o servidor vier a aposentar-se em cargo efetivo, mas computando, na forma assegurada pelo artigo 201, parágrafo 9º, o tempo de contribuição na atividade privada (contagem recíproca). O mesmo deverá ocorrer na hipótese

de servidor aposentado pelo regime previdenciário de uma entidade, mas que tenha contado tempo de serviço público prestado em outra.

Por certo existem razões de diversa natureza para a ação do constituinte reformador, não tendo estas observações a pretensão de discuti-las, avaliá-las, censurá-las ou aplaudi-las, mas simplesmente o objetivo de retratar a nova sistemática constitucional. Em remate, na forma da redação dada ao parágrafo 2º do artigo 40 pela Emenda Constitucional n. 20/98, o valor dos proventos, assim calculados, não poderá exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Essa forma de cálculo dos proventos poderá, contudo, ser modificada, se, como autorizado pelo parágrafo 14 do artigo 40 (acrescentado pela EC n. 20/98), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vierem a instituir regime de previdência complementar para seus servidores efetivos, caso em que, obedecidas as demais disposições, especialmente as dos parágrafos 15 e 16 do mesmo preceptivo, o valor das aposentadorias e pensões poderá ficar limitado ao máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

3.9 Teto constitucional

Quando vigia o texto original do inciso XI do artigo 37, que não era explícito a respeito, decisões de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal já haviam assentado que os proventos estavam submetidos ao teto constitucional⁷. A reforma administrativa empreendida através da Emenda Constitucional n. 19, de 05.06.1998 (EC n. 19/98), ao dar nova redação a esse inciso, deixou expressa a sujeição dos proventos a esse limite, o mesmo ocorrendo com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

O parâmetro delimitador é o subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Nos Municípios, entretanto, o limite é o subsídio dos prefeitos e, nos Estados e no Distrito Federal, existem três tetos: no âmbito do Poder Executivo, o subsídio do governador; na esfera do Legislativo, o subsídio dos deputados estaduais e distritais e no âmbito do Judiciário,

⁷ RMS n. 21.992-4/DF, 2ª Turma, *DJU*, de 27.10.1994, p. 29.165; RMS n. 22.017-5, 1ª Turma, *RDA* 207/249; RMS n. 21.859/DF, 1ª Turma, *RTJ* 158/98; RMS n. 21.912/DF, 1ª Turma, *RTJ* 161/146; RMS n. 21.989/DF, 2ª Turma, *RTJ* 161/150; RMS n. 21.856, 1ª Turma, *RTJ* 185/896.

o subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça que, por sua vez, não pode exceder a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos ministros da Suprema Corte.

Em relação aos Estados e ao Distrito Federal, a Emenda Constitucional n. 47, de 05.07.2005, adicionou o parágrafo 12 ao artigo 37 da Lei Maior, para facultar-lhes a fixação, através de emenda às respectivas Constituições e à Lei Orgânica, de limite único, no âmbito do Executivo, equivalente ao subsídio mensal dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, mas este continua restrito ao mesmo percentual constante do inciso XI do artigo 37 (90,25% do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal). Essa faculdade, no entanto, não é aplicável aos subsídios dos deputados estaduais e distritais e dos vereadores.

3.10 Aplicação do regime geral

Outra inovação introduzida no sistema é a que consta do parágrafo 12 do artigo 40, na redação da Emenda Constitucional n. 20/98. Aí se prevê que, além das disposições contidas nesse artigo, o regime de previdência dos servidores titulares de cargo efetivo observará, *no que couber*, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. Vale dizer, não são aplicáveis todos e quaisquer requisitos e critérios previstos no regime geral, mas unicamente os que, por não serem incompatíveis com o regime próprio e que não afrontem outras disposições constitucionais, não colidam com ele.

Exemplo de aplicação desse preceito encontra-se em várias decisões da Suprema Corte, prolatadas antes das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 41/2003, que tiveram por inexigível a contribuição dos servidores inativos para o sistema previdenciário próprio, como assim dispunha a legislação de alguns Estados. Essa exegese foi extraída pela Magna Corte combinando a disposição do parágrafo 12 do artigo 40, com a do inciso II do artigo 195, ambos da Lei Suprema, segundo o qual, em relação aos trabalhadores e aos demais segurados da previdência social, não incidia contribuição sobre a aposentadoria e pensão. Destarte, a não-incidência da contribuição sobre esses benefícios concedidos pelo regime geral era igualmente aplicável, enquanto vigorou a Emenda Constitucional n. 20/98, aos proventos e pensões auferidos no âmbito do regime previdenciários dos servidores.

3.11 Previdência complementar

Como primeiro passo, talvez, para evoluir para um regime previdenciário único aplicável aos trabalhadores do setor público e da iniciativa privada – proposta que já circulou, pelo menos, na imprensa – o constituinte reformador previu a possibilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios instituírem regime de previdência complementar para seus servidores efetivos. Se o fizerem, faculta-lhe a Constituição (art. 40, § 14 da CF, acrescido pela EC n. 20/98) a fixação, para o valor das aposentadorias e pensões desses servidores, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

O regime de previdência complementar está previsto no artigo 202 da Lei Fundamental, sendo que seu parágrafo 4º comete a lei complementar federal a disciplina da relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, e suas respectivas entidades previdenciárias fechadas. Ficou reservada ao Poder Executivo do ente político competente a iniciativa da lei instituidora desse regime, que deve observar, no que couber, o disposto no artigo 202 e funcionar por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que somente poderão oferecer aos participantes planos de benefícios na modalidade de contribuição definida.

Para se ter uma simples noção, essa modalidade contrapõe-se à de benefício definido, outrora adotada por algumas entidades privadas, e que não produziu os resultados esperados. Isso porque, o plano de *benefício definido* assegurava ao participante, por ocasião de sua aposentadoria, a percepção de montante determinado ou determinável em razão de sua remuneração, mas a prática revelou que os recursos amealhados através das contribuições das entidades patrocinadoras e dos participantes eram insuficientes para tanto. O plano de *contribuição definida*, ao contrário, estabelece o valor que deve ser aportado ao fundo, mas não assegura a percepção de quantia certa ou determinável. O benefício a ser auferido pelo participante dependerá, pelos menos, do valor de sua efetiva contribuição (bem como daquela prestada pela entidade patrocinadora), do tempo durante o qual se mantiver essa contribuição e da eficiente administração dos recursos alocados ao respectivo fundo. Quando de sua aposentadoria, o montante financeiro existente no fundo, fruto das contribuições

arrecadadas e dos rendimentos produzidos ao longo do período contributivo, é que vai determinar, em função do tempo durante o qual deverá ser pago, o valor do benefício auferível pelo participante. É, em síntese, o que preceitua o parágrafo 15 do artigo 40, na redação da Emenda Constitucional n. 41/2003.

Para se submeterem a esse regime complementar, os servidores que já tiverem ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de sua instituição, devem por ele optar prévia e expressamente. Ou seja, ainda que venha a ser instituído, ele não é obrigatório para esses servidores, conquanto, a contrário senso, possa sê-los para os que vierem a tornarem-se titulares de cargos efetivos após sua criação.

3.12 Abono de permanência

O parágrafo 19 do artigo 40 da Constituição, adicionado ao texto permanente pela Emenda Constitucional n. 41/2003, contempla a concessão de abono de permanência ao servidor que, tendo satisfeito os requisitos previstos na letra “a” do inciso III de seu parágrafo 1º, ou seja, que haja adquirido o direito à aposentadoria voluntária, opte por permanecer em atividade. Esse abono é *equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária*.

Anteriormente, o artigo 3º, parágrafo 1º, da Emenda Constitucional n. 20/98 concedia isenção da contribuição previdenciária ao servidor que, tendo cumprido os requisitos para aposentar-se previstos na legislação até então vigente, optasse por permanecer em atividade. Conquanto denominada de isenção, a hipótese era de imunidade, porque exoneração tributária estabelecida pela Lei Fundamental não é isenção.⁸

A finalidade do benefício tende, nitidamente, à postergação da inatividade do servidor. Justifica-se o estímulo por diversas razões, entre elas a escassez de recursos financeiros para a manutenção do sistema previdenciário. O modelo adotado antes da reforma constitucional previdenciária incentivava a aposentadoria de servidores que, em plenas condições de trabalho, podiam continuar a contribuir com seu labor, experiência e capacidade. A permanência em atividade do servidor passível de aposentar-se permite, pelo menos em tese

⁸ Ver decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, a propósito da “isenção” prevista no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição (ADI n. 2.028/DF, RTJ 174/528).

e em parte, a redução dos gastos públicos pela desnecessidade de substituição dos inativos.

A imprescindibilidade de recursos financeiros para custear a seguridade dos servidores impôs a exigibilidade de sua contribuição para o sistema, agora compulsória, embora já facultada pela redação do então parágrafo único do artigo 149 da Constituição. A obrigatoriedade dessa contribuição passou a constituir inegável ônus para o servidor que, como qualquer contribuinte, já arcava com exacerbada carga tributária. É incontestável que recursos financeiros, finitos por natureza, não bastam para a manutenção do sistema previdenciário. Sua adequada preservação exige muitas outras medidas tão ou mais relevantes, algumas já implementadas, tais como a idade mínima. A permanência em atividade do servidor que já adquirira o direito à aposentadoria insere-se no rol de medidas dessa natureza, mas sua efetividade depende de estímulo ao exercício dessa opção. Vislumbrou-o o constituinte reformador na concessão de um abono pecuniário para os que, podendo inativar-se, decidam continuar trabalhando.

O abono não tem natureza indenizatória, porque não visa reparar qualquer dano decorrente de ato imputável à Administração. Não tem, outrossim, natureza estipendiária, porque não objetiva remunerar o labor prestado, cuja contraprestação é representada pelos vencimentos a que o servidor faz jus. Ele constitui um prêmio pela não-interrupção do trabalho, porque a Administração não pode exigir que o servidor, tendo adquirido direito à aposentadoria, deixe de exercê-lo para continuar a trabalhar. Assim, aquele que opta pela permanência é premiado por haver temporariamente abdicado do exercício de direito adquirido, continuando a desempenhar funções das quais poderia desvincular-se.

O valor desse prêmio é, nos termos do preceito constitucional, *equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária*. Por ser equivalente, isto é, ter valor igual ao da contribuição, ele não pode sujeitar-se a qualquer oneração tributária. Não deve, por conseguinte, constituir base imponível da própria contribuição devida ao sistema previdenciário, nem base tributável do imposto de renda. Por expressa disposição constitucional, ele identifica-se com o valor da contribuição devida pelo servidor; não pode suplantá-la, mas também não deve ser inferior.

Dada sua natureza, também não se sujeita ao teto constitucional previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição. Não é remuneração, não é subsídio, não consubstancia qualquer outra espécie remuneratória. Ainda que o fosse, trata-se de direito explicitamente assegurado pela Lei Fundamental aos que, podendo aposentar-se, optem por permanecer em atividade, não sendo plausível sua anulação em homenagem ao limite máximo da remuneração. Encontra-se no mesmo patamar dos direitos consagrados pelo artigo 7º, incisos VIII (13º salário) e XVII (terço constitucional sobre férias), que o parágrafo 3º do artigo 39 manda aplicar aos servidores públicos, que também não se encontram submetidos ao teto constitucional remuneratório.

O abono de permanência também foi concedido ao servidor abrangido pelo artigo 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003 (o que, na data de sua publicação, já houvesse cumprido todos os requisitos para a inatividade), desde que contasse, no mínimo, 25 anos de contribuição, se mulher, e 30 anos, se homem (§ 1º desse art. 3º). Também é aplicável ao servidor que opte por continuar em atividade, embora pudesse, satisfeitos os requisitos previstos pelo artigo 2º da mesma Emenda, aposentar-se (art. 2º, § 5º da EC n. 41/2003).

3.13 Contribuição dos inativos e pensionistas

Nos termos da redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, o *caput* do artigo 40 da Constituição prescreve que o regime previdenciário próprio dos servidores será custeado mediante contribuição do ente público, dos servidores ativos e *inativos e dos pensionistas*. Por outro lado, o artigo 4º da mesma Emenda estabelece que os inativos e os pensionistas que, na data de sua publicação, já usufruísem dos respectivos benefícios, bem como os alcançados por seu artigo 3º, devem contribuir para o custeio do regime com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos⁹. No parágrafo único desse artigo 4º, estipulou-se imunidade parcial sobre parcela dos proventos e pensões, porque a contribuição incidiria apenas, em se tratando de inativos e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos

⁹ O artigo 3º da referida Emenda ressalvou a concessão, a qualquer tempo, de aposentaria aos servidores públicos e de pensão aos seus dependentes que, até a data de sua publicação, houvessem cumprido todos os requisitos para sua obtenção com base nos critérios da legislação precedente. Vale dizer, ainda que não percebessem esses benefícios quando do advento da Emenda, mas já tendo direito adquirido a eles, também devem contribuir para o sistema a partir do momento em que passassem a auferi-los.

Municípios, sobre o valor que superasse 50% do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência; em se tratando de inativos e pensionistas da União, sobre o montante que suplantasse 60% desse mesmo limite.

A tributação dos proventos e das pensões, especialmente em relação àqueles servidores que já percebiam esses benefícios quando da publicação da emenda constitucional, foi matéria muito debatida, dando origem, essencialmente, a duas correntes: uma pugnando pela viabilidade desses benefícios serem onerados pela contribuição previdenciária e outra sustentando a impossibilidade de sua tributação, mormente quando obtidos antes dessa reforma constitucional. A matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰, que decidiu pela constitucionalidade da tributação, acentuando a inexistência de norma “expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência da lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial”. Reputou, no entanto, incompatíveis com a Lei Maior as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” constantes dos incisos I e II, do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003. Dessa forma, a incidência dessa exação alcança apenas a parcela dos proventos e pensões que supere o “limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social”. Essa interpretação encontra-se em harmonia, sem dúvida, com a norma do parágrafo 12 do artigo 40 (redação dada pela EC n. 20/98), com a do parágrafo 18 do mesmo artigo (redação dada pela EC n. 41/2003) e a regra imunizadora da parte final do inciso II do artigo 195, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98.

4 Regras de transição

Tão importantes quanto as modificações operadas por essa reforma constitucional previdenciária são, para os servidores efetivos que se encontravam trabalhando quando de seu advento, as disposições que regulam a transição do antigo sistema para o novo. Foram elas, na verdade, que provocaram as maiores divergências durante o debate parlamentar. Era imperioso regular a

¹⁰ Ver as decisões proferidas nas ADI ns. 3.105, j. 18.02.2005 (publicação desconhecida), 3.128-7/DF, DOU, de 19.09.2006 e 3.188-1/BA, DOU, de 06.12.2006.

situação dos servidores que, embora não tendo adquirido direito à aposentadoria, tinham razoável expectativa de, em breve tempo, adquiri-lo. Os responsáveis por sua aplicação dedicam, atualmente, grande parcela de seu tempo ao estudo e análise dessas normas, porque elas reclamam imediata aplicação para a solução das situações jurídicas de interesse da grande maioria dos atuais servidores efetivos.

Essas regras combinam requisitos (tempo de contribuição, de serviço público, de exercício do cargo e idade), com forma de cálculo dos respectivos proventos e de seus reajustes. Necessário, destarte, identificá-las e situar, precisamente, as hipóteses de sua aplicação, ainda que de forma geral, sem descurar que a exata incidência dessas disposições e a correta definição dos direitos desses servidores demandarão, não raramente, o tratamento casuístico de cada situação jurídica.

4.1 Garantia expressa do direito adquirido

Embora essa garantia constitucional já se encontrasse arrolada no texto primitivo¹¹, em disposição amplamente aplicável à generalidade dos casos, andou bem o constituinte reformador ao proclamá-la explicitamente. Não é incomum, quando ocorrem reformulações dessa envergadura, que questões envolvendo direitos adquiridos ensejem discordâncias entre os intérpretes. Essas divergências não repudiam a própria garantia constitucional, porque está razoavelmente assente que a lei nova, inclusive quando se trata de emenda constitucional, não pode ferir o cânon constitucional que salvaguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Mas, em geral, ocorrem questionamentos sobre a ocorrência de situação passível de seu enquadramento como tal, tangenciando, por vezes, a distinção entre eficácia retroativa e imediata da lei nova.

Merece aplausos, portanto, o constituinte reformador ao ressaltar os direitos já usufruídos pelos servidores e militares, inativos e pensionistas (art. 3º, § 3º da EC n. 20/98). Ele também inscreveu no *caput* desse artigo a garantia de concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, ou

¹¹ Preceitua o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

aos seus dependentes, que, até a data de sua publicação, houvessem cumprido os requisitos para obtenção desses benefícios de acordo com a legislação até então vigente. O artigo 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003 reproduz, em relação aos servidores públicos, a mesma garantia; o artigo 7º dessa Emenda, ao seu turno, assegura paridade integral dos proventos ou pensões com os vencimentos dos ativos aos que já se encontrassem em gozo dos benefícios e aos que já houvessem adquirido esse direito. Ou seja, para aqueles que, na data de publicação da Emenda Constitucional n. 41/2003, já auferissem os benefícios de aposentaria ou pensão, bem como para os que, conquanto não os usufríssem, já houvessem adquirido o respectivo direito, foi assegurada a revisão desses benefícios na mesma proporção e na mesma data em que ocorrer a modificação da remuneração dos servidores em atividade, bem como a extensão aos inativos e aos pensionistas de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores ativos.

4.2 Primeira opção de aposentadoria voluntária

O artigo 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003 estabelece regras para a aposentadoria do servidor efetivo, que excepcionam as disposições constantes do texto constitucional permanente. Essas disposições aplicam-se aos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional que, tendo ingressado regularmente em cargo efetivo até a data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/98 (*ingresso anterior à EC n. 20/98*), satisfaçam, cumulativamente, os requisitos de *idade mínima* (53 anos para o homem; 48, para a mulher), de *tempo de cargo* (5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria) e de *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30, se mulher, acrescido de período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que faltava, na data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/98, para atingir esse tempo de contribuição (esse período adicional passou, no linguajar cotidiano, a ser denominado de *pedágio*).

Cumpridos esses requisitos (ingresso anterior à EC n. 20/98, idade mínima, tempo de cargo e tempo de contribuição/pedágio), ao servidor é facultado optar pela aposentadoria voluntária *com proventos calculados de acordo com o artigo 40, parágrafos 3º e 17, da Constituição*. Essa forma de cálculo, como já referido antes, significa que os proventos serão calculados em razão das remunerações utilizadas como base para as

contribuições do servidor ao regime de previdência próprio e ao regime geral de previdência social (se ele computar tempo de contribuição prestada na atividade privada), devendo ser atualizados todos os valores dessas remunerações na forma da lei.

O valor dos proventos apurado por essa forma de cálculo, cujo montante pode até ser idêntico ao da remuneração, mas não pode excedê-la (art. 40, § 2º da CF), será reduzido, para cada ano antecipado em relação aos limites de idades constantes da Lei Fundamental (art. 40, § 1º, III, “a”, 60 anos para o homem e, 55 para a mulher), à razão de 3,5% para o servidor que implementar todos os requisitos até 31 de dezembro de 2005 e à razão de 5% cinco por cento para aquele que os satisfizer a partir de 1º de janeiro de 2006 (art. 2º, § 1º, da EC n. 41/2003).

Por essa opção, o valor dos proventos é calculado em duas etapas: a primeira, na forma dos parágrafos 3º e 17 do artigo 40; a segunda, reduzindo, de conformidade com os critérios do parágrafo 1º do artigo 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003, o *quantum* apurado na primeira. O resultado final dessas duas operações representa o montante efetivamente devido, a título de proventos, ao servidor que optar pela forma de transição prevista no artigo 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003.

A forma de reajuste desses proventos é a prevista no parágrafo 8º do artigo 40, da Lei Maior (art. 2º, § 6º da EC n. 41/2003,), isto é, serão reajustados conforme critérios previstos em lei, devendo esse reajuste preservar, em caráter permanente, seu valor real. Em outras palavras, não é garantida paridade com os vencimentos dos servidores ativos.

Comparada a outras previstas nas regras de transição, esta opção apresenta como vantagem a possibilidade do servidor poder inativar-se antes do limite de idade agora exigível (reduz em 7 anos a idade mínima), mas em compensação tem como desvantagens a forma de cálculo dos proventos e de seu reajuste. Cabe ao servidor, antes de exercê-la, ponderar adequadamente as peculiaridades dessa opção e confrontá-la com as demais, para escolher a que melhor atenda a seus interesses.

O parágrafo 2º do artigo 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003 determina a aplicação dessas regras aos magistrados e membros do Ministério Público, cujo tempo de serviço exercido até a data de promulgação da Emenda

Constitucional n. 20/98 será contado, se homem, com o acréscimo de 17% (§ 3º do art. 2º).

Para os professores que optem por essa forma de aposentadoria, o tempo de serviço prestado até a publicação da Emenda Constitucional n. 20/48 será computado com o acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, desde que o servidor se inative exclusivamente com o tempo de efetivo exercício nas funções de magistério (§ 4º do art. 2º da EC n. 41/2003).

4.3 Segunda opção de aposentadoria voluntária

O servidor pode optar por aposentar-se de conformidade com as regras delineadas no artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003. Nessa hipótese, a aposentadoria é facultada a quem tenha ingressado no serviço público em cargo de provimento efetivo até a data da publicação dessa Emenda (*ingresso anterior à EC n. 41/2003*) e que, cumulativamente, satisfaça os requisitos de *idade* (60 anos se homem; 55 se mulher), de *tempo de contribuição* (35 anos se homem; 30 se mulher), de *tempo de efetivo exercício no serviço público* (20 anos), de *tempo de carreira* (10 anos) e de *tempo de exercício no cargo* em que se der a aposentadoria (5 anos). A idade e o tempo de contribuição, quando se tratar de professores, são reduzidos em cinco anos, na forma prevista no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição.

Preenchidos esses requisitos, o servidor pode aposentar-se com proventos integrais, que correspondem à totalidade de sua remuneração no cargo efetivo em que ela se der (art. 6º, *caput*). A revisão dos proventos, em tal caso, ocorria, nos termos do parágrafo único do artigo 6º, na mesma proporção e na mesma data em que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade (paridade parcial). A disposição desse parágrafo, entretanto, foi revogada pela Emenda Constitucional n. 47/2005, tendo o artigo 2º desta estabelecido a aplicação do estatuído pelo artigo 7º da Emenda Constitucional n. 41/2003, vale dizer, concedeu a paridade integral. Portanto, o servidor que se inativar com amparo nas normas de transição previstas no artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003, terá seus proventos revistos na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, beneficiando-se também da extensão de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos ativos, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo em que se deu a aposentadoria, extensão

essa que não era prevista pelo parágrafo único do artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003.

Os requisitos de idade, tempo de contribuição e tempo de exercício do cargo efetivo exigidos pelo artigo 6º dessa emenda são idênticos aos estabelecidos pelo inciso III e sua alínea “a” do parágrafo 1º do artigo 40, da Lei Magna. No entanto, a norma de transição exige, para sua incidência, que o servidor tenha, pelo menos, vinte anos de efetivo exercício no serviço público (ao passo que o texto permanente impõe apenas dez anos) e que ele se encontre há pelo menos dez anos na carreira (exigência inexistente no texto permanente). Como compensação pela satisfação desses requisitos especiais (maior tempo de serviço público e tempo de carreira), a norma transitória contempla-o com proventos correspondentes à totalidade da remuneração do cargo e assegure-lhe a paridade integral. Note-se que, embora as regras do texto permanente sejam menos rigorosas em relação aos requisitos, os proventos não correspondem à totalidade da remuneração e nem guardam paridade estipendiária com os ativos, porque o cálculo e o reajuste devem obedecer ao prescrito pelos parágrafos 3º, 8º e 17 do artigo 40 da *Magna Lex*.

4.4 Terceira opção de aposentadoria voluntária

O artigo 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005 acrescentou uma terceira opção para a inatividade dos servidores que tenham ingressado no serviço até 16 de dezembro de 1998 (data da publicação da EC n. 20/98, *ingresso anterior à EC n. 20/98*), sem prejuízo dele poder optar por aposentar-se de acordo com as normas do artigo 40 do texto constitucional permanente, ou pelas disposições constantes dos artigos 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003.

Esta alternativa permite a redução da idade mínima estabelecida no artigo 40, parágrafo 1º, inciso III, letra “a”, da Constituição (60 anos para o homem e 55 para a mulher), na medida que o tempo de contribuição seja superior a 35 anos para o homem e a 30 anos para a mulher. Para escolha dessa alternativa, exige-se que o servidor titular de cargo de provimento efetivo conte, cumulativamente, *tempo de contribuição* (35 anos para o homem; 30 para a mulher), *tempo de serviço público* (25 anos de efetivo exercício), *tempo de carreira* (15 anos) e *tempo no cargo* (5 anos). A *idade mínima* (60 anos para o homem e 55 para a mulher –art. 40, § 1º, III, “a”, da CF) *poderá* ser reduzida à razão de

um ano para cada ano de contribuição que exceder a 35 anos de contribuição no caso do homem, ou a 30 anos de contribuição, em se tratando de mulher. A redução da idade mínima somente é possível se o servidor houver contribuído por tempo superior ao mínimo exigido e ainda não a houver atingido, não sendo ela cogitável se o servidor, cumpridos os demais requisitos (tempo de contribuição, tempo de serviço público, tempo de carreira e tempo no cargo), também satisfizer o da idade mínima, isto é, já tiver completado 60 anos se homem ou 55 anos se mulher, caso em que a aposentadoria pode ser concedida com amparo no artigo 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005.

Nesta hipótese os proventos são integrais, ou seja, correspondem à totalidade da remuneração auferida no cargo em que ocorrer a aposentadoria, e sua revisão rege-se pelo disposto no artigo 7º da Emenda Constitucional n. 41/2003 (paridade integral). À revisão do valor das pensões derivadas desses proventos também se aplica a paridade integral.

A opção contemplada pelo artigo 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005 diferencia-se da prevista no artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003 em razão da possibilidade de redução da idade mínima e da paridade integral assegurada à revisão das pensões derivadas dos respectivos proventos, benesses não admitidas por esta. Note-se que o artigo 2º da Emenda Constitucional n. 47/2005 manda aplicar o disposto em seu artigo 7º *aos proventos de aposentadoria* dos servidores que se inativarem com amparo no artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003, silenciando quanto à revisão das pensões deles decorrentes. Outra distinção é quanto aos requisitos de tempo de serviço público e de carreira, mais rigorosos na opção da Emenda Constitucional n. 47/2005 (25 e 15 anos, respectivamente) do que na do artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003 (20 e 10 anos, respectivamente).

4.5 Abono de permanência

O abono de permanência já antes referido (ver item 3.12 retro) está contemplado no parágrafo 5º do artigo 2º e no parágrafo 1º do artigo 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003, para os servidores que, havendo satisfeito os requisitos para se aposentarem previstos nessas normas, optem por permanecer em atividade. Não há referência expressa à concessão desse abono para aqueles que, tendo cumprido os requisitos elencados no artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003 e no artigo 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005,

permaneçam em serviço, mas a interpretação sistemática da ordenação constitucional, em especial a obediência ao princípio da isonomia, impõe reconhecer também a esses servidores o direito ao abono.

5 Conclusão

A resenha empreendida evidencia que o regime previdenciário do servidor público civil estatutário foi substancialmente alterado pela ação reformadora do constituinte derivado. Ao lado das normas permanentes condensadas, especialmente no artigo 40 da Constituição, sobrevieram regras transitórias disciplinadoras da concessão de aposentadoria aos servidores que, por ocasião da publicação das emendas constitucionais, já eram titulares de cargos de provimento efetivo. A exata interpretação e aplicação das novas disposições demandam adequado exame da situação jurídico-funcional dos servidores interessados. No entanto, não deve o intérprete – como também não o pode o legislador ordinário de qualquer das entidades políticas – criar, a partir das disposições constitucionais em vigor, outras hipóteses de inatividade do servidor. Consoante já decidiu a Suprema Corte, “as normas constitucionais federais que dispõem a respeito da aposentadoria dos servidores públicos (art. 40 da CF) são de absorção obrigatória pelas Constituições estaduais”¹², além de que é defeso “fundir normas que regem a contagem do tempo de serviço para aposentadorias sob regimes diferentes, contanto proporcionalmente o tempo de serviço exercido em funções diversas”.¹³

¹² Confira, entre outros, os acórdãos proferidos nas ADI ns. 101/MG, *RTJ* 149/330 e 369-1/ES, *RDA* 215/258 e *RTJ* 169/437.

¹³ ADI n. 755-6/SP, *DJU*, de 06.12.1996. Por ser anterior à reforma constitucional, o aresto refere-se à contagem de tempo de serviço, por serem estranhos ao ordenamento então vigente outros requisitos que a reforma veio a impor. No entanto, a vedação à fusão de normas não deve, agora, restringir-se à contagem do tempo de contribuição (que substituiu o anterior tempo de serviço), mas também aos demais requisitos estatuídos para a inatividade.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES

Thiago Luís Santos Sombra¹

Sumário: Introdução e exposição do problema. 1 Origem da *Drittwirkung* e seus vieses terminológicos. 2 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: 2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*). 2.1.1 A imprescindível intervenção do legislador como forma de estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares. 2.1.2 A mediação judicial como forma de garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*: a função das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. 2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*). 2.3 A atribuição das lesões ao Estado: a visão de Schwabe. 2.4 Breves apontamentos acerca da *state action*. 3 O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. 4 Argumentos contrários e refutações à *Drittwirkung der Grundrechte*. 5 Referências.

Introdução e exposição do problema

Com a modificação do paradigma liberal e a emancipação do Estado Social, a estanque separação entre Estado e sociedade cedeu lugar a um novo modelo de organização social – caracterizado pela dinamicidade e interdependência entre eles –, mediante o qual o Estado passa a intervir incisivamente, de forma a garantir e realizar harmoniosamente

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP e pós-graduando em Direito Civil na Università di Camerino. Membro do Conselho da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

os princípios da liberdade e igualdade, outrora relegados pelo liberalismo ao jogo das forças sociais.

Diante da constatação da transmutação do papel desempenhado pelo Estado, ele perde a conotação de inimigo público e oportunamente interfere na formação das relações jurídicas entre particulares para assegurar a escorreita manifestação da autonomia privada e a proteção dos direitos fundamentais.

Ante a perspectiva de uma dialética emancipatória, na qual o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa o eixo de gravidade, os direitos fundamentais passam a também incidir, em geral, *de forma direta* nas relações entre particulares.

O tema do presente artigo pode ser perfeitamente contextualizado, com suas devidas adaptações, na obra *O mercador de Veneza*, de William Shakespeare. Nesse clássico da literatura inglesa, Antônio, um renomado mercador veneziano, celebra um contrato de empréstimo com Shylock, um próspero judeu que o odiava, no qual estipulam que o inadimplemento da obrigação na data firmada implicaria a retirada de uma libra de carne do seu corpo.

Com efeito, tal pretensão seria facilmente resolvida hodiernamente mediante a verificação dos requisitos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos *lato sensu* – mormente a ilicitude do objeto –, todavia, imperiosa a abstração e transcendência dessa solução cogente e imediatista para que se concentre exclusivamente em outra questão subjacente: os limites da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Como poderia Antônio opor seu direito fundamental à dignidade e integridade física em face de Shylock, também titular de um direito fundamental de liberdade, consubstanciado em sua autonomia privada?²

Mediante a concepção de um sistema de posições e relações jurídicas, frente ao qual esmaecem as fronteiras entre o público e o privado, o presente artigo busca aproximar e harmonizar a interdependência entre esses dois ramos do direito que, ao longo do processo histórico de evolução do Estado e da sociedade, sempre estiveram hermeticamente isolados. Para alcançar esse

² O tema do presente artigo foi desenvolvido com maior profundidade em: SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

desiderato, é mister, pois, a mudança de perspectiva em torno dos eixos centrais de gravitação de cada um desses ramos do direito: direitos fundamentais e autonomia privada.

A partir da compreensão da *fundamentalidade e aplicabilidade direta*, os direitos fundamentais eclodem por todo o ordenamento jurídico; encontram-se pulverizados e esparsos por todos os ramos do direito, de maneira que inviável e impossível a percepção estanque e restrita de seu âmbito de proteção e delimitação.

O desenvolvimento e a rearticulação da teoria dos direitos fundamentais nas relações entre particulares visa sobretudo alcançar uma vertente adequada às particularidades e características do modelo constitucional brasileiro³. O resultado útil a ser almejado durante todo o trabalho será obter meios, diante da evolução das concepções de Estado Liberal e Social, que permitam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, de maneira que não ocorram profundos choques ou tensões capazes de sacrificar o núcleo essencial de um deles.

Os instrumentos de eficácia a serem desenvolvidos neste artigo, de modo a contemplar a realidade brasileira, devem ser aptos a dirimir a seguinte controvérsia: Em que medida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não estaria a afetar o núcleo essencial do princípio da autonomia privada, também compreendido como um direito fundamental? Para tanto, buscar-se-á identificar se os direitos fundamentais incidem, como incidem e em que medida incidem, sem afetar o cerne da autonomia privada.

1 Origem da *Drittwirkung* e seus vieses terminológicos

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ou *Drittwirkung* – como conhecida na Alemanha – surgiu em meados dos anos 50⁴, com o fito de erigir o particular à posição de sujeito passivo da indispen-

³ Cf., sobre esse aspecto, o notável artigo: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 63/64, p. 32, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

⁴ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 71.

sável observância dos direitos fundamentais entre particulares⁵. Sob a denominação “eficácia privada ou externa”⁶, “eficácia horizontal”, eficácia em relação a terceiros ou *Drittwirkung*, o tema alcançou significativa expressão em todos os países europeus⁷. Embora o franco desenvolvimento das relações sociais tenha acarretado o deslocamento do eixo de observância dos direitos fundamentais, as Constituições modernas não concederam a devida disciplina à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁸. Na Europa, mormente na Alemanha e Espanha, a *Drittwirkung* ganhou robustos contornos, graças à doutrina e jurisprudência, todavia sem os mínimos parâmetros de homogeneidade⁹. Atualmente, a melhor corrente doutrinária sobre o tema

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 218; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 113.

⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, p. 41-42, abr./jun. 1987; VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 192. Diante dos fundamentos colacionados por essa corrente doutrinária, realmente não logra prosperar a referida nomenclatura.

⁷ Malgrado tenha sido desenvolvida a partir dos anos 50 e 60 na Alemanha, a teoria da eficácia entre particulares já existia, de forma um tanto quanto modificada, peculiar e original, na jurisprudência da Suprema Corte americana, sob o pano de fundo da *state action* (BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 1-8). Luis Aguiar de Luque acrescenta que o problema da insuficiente implementação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares nos países ocidentais “no es derivado de la falta de implantación del texto constitucional (como si en una gradual consolidación de éste se fuera a subsanar el problema), ni patrimonio exclusivo de nuestro orden jurídico. Por el contrario, bajo tan inocua cuestión, e plantea uno de los más difíciles problemas que la doctrina constitucional tiene planteado en la actualidad, lo que ha motivado una importante literatura jurídica en los Países del Occidente europeo” (Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión. *Actualidad Jurídica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. 10, 1981. p. 6).

⁸ Luis Prieto Sanchís afirma que não há necessidade de uma adoção expressa pelo texto constitucional para que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares seja aceita: “Pues bien, aun cuando se há dicho de forma categórica que la Constitución española carece de base textual para extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones jurídico-privadas, lo cierto es justamente lo contrario: la Constitución española no ofrece ninguna base textual que recomiende excluir dicha eficacia con carácter general.” (*Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990. p. 210). Cf. MARTÍN VIDA, María Ángeles. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Boletín de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Madrid, n. 5, p. 196, diciembre 1996; AGUIAR DE LUQUE, Luis, Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión, cit., p. 9.

⁹ GARCIA TORRES, Jesús; JIMENEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, p. 13; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais

surgiu na Espanha¹⁰, onde os juristas concederam instigantes interpretações sobre a *quaestio juris*. No Brasil, em virtude da Constituição Federal de 1988 não ter feito menção expressa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – como sói ocorrer em nossa cultura jurídica estritamente analítica –, somente há bem pouco tempo o tema despertou a atenção da doutrina¹¹ e, salvo raríssimas exceções, também da jurisprudência.¹²

Com o intuito de sedimentar o marco teórico do presente trabalho, impõe-se seja definida uma opção terminológica clara e precisa acerca da descrição do fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De pronto, é mister consignar que as expressões “eficácia externa” e “eficácia privada” devem ser descartadas, em função de não encerrarem o cerne da problemática. Ambas possuem um âmbito cognoscente por demais amplo e acabam por induzir o hermeneuta a caminhos de compreensão demasiadamente vagos.¹³

na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 109.

¹⁰ Por todos: NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹¹ Maria Rosynete Lima concorda com o entendimento segundo o qual o texto constitucional brasileiro não concedeu expressa guarida à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ademais, ressalta que somente a partir de 1990 a doutrina passou a despertar interesse pelo tema, sem que, no entanto, oferecesse um modelo adequado à realidade do país (Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 3, p. 78, jan./jun. 2000). Em meados de 1990, Gilmar Mendes e Pinto Ferreira já anunciavam o surgimento da controvérsia doutrinária. Assim expunha Gilmar Mendes Ferreira: “A doutrina constitucional alemã desenvolveu, porém, a teoria da eficácia externa (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais, que amplia, de forma significativa, o raio de abrangência dessas garantias, passando a reconhecer a vinculação de entidades públicas e privadas. E, nas hipóteses em que se admite essa eficácia externa imediata dos direitos fundamentais, haveria de se cogitar, propriamente, da inconstitucionalidade em relação a atos da atividade privada.” (*Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10). Pinto Ferreira, por sua vez, ensinava que: “A doutrina predominante refere-se a atos e omissões de autoridades públicas. Contudo uma tendência atual da teoria constitucional alemã preconiza a doutrina da eficácia externa (*Drittenwirkung*) dos direitos fundamentais, ampliando e generalizando tais garantias, admitindo a eficácia imediata dos direitos fundamentais e mesmo a arguição da inconstitucionalidade contra atos de atividade privada.” (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4, p. 440-441).

¹² SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, cit.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 169-170.

A expressão “eficácia horizontal” merece, outrossim, robustas objeções por parte das doutrinas espanhola e portuguesa¹⁴. Em verdade, as relações entre particulares nem sempre ocorrem em um plano de inequívoca horizontalidade¹⁵. Em diversas oportunidades, embora se esteja perante entes privados, eles não desfrutam de semelhantes condições de igualdade para estabelecer suas relações jurídicas¹⁶. Dessa forma, à medida que é constatada uma desigualdade de fática, oriunda principalmente do poderio econômico e social, a horizontalidade resta notadamente afetada. Impende destacar, por apreço à premissa da fundamentalidade dos direitos fundamentais e da concepção de sistema de posições e relações jurídicas, que mesmo existindo uma distinção de situações fáticas entre particulares, não há, como decorrência, uma diferença no plano

¹⁴ “Com esta expressão se pretende significar que os direitos fundamentais valem, não apenas na relações verticais, indivíduo/Estado, como também, nas relações interprivadas. Esta expressão, ao falar, apenas, nos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, nada nos diz quanto à intensidade desses efeitos, nem quanto aos seus destinatários, pelo que apresenta os inconvenientes opostos da expressão ‘eficácia externa’. Sem outras prevenções, a utilização de tal expressão poderia levar a um entendimento ‘totalitário’ dos direitos fundamentais, pois ‘somar’ mais uma eficácia horizontal dos direitos de liberdade à eficácia vertical antiga, seria construir o instrumento para crucificar os direitos fundamentais ao absolutismo ético, que é, afinal, o seu pior inimigo.” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, cit., p. 42). Insustentável a posição desse autor, no que se refere ao suposto efeito totalizante gerado pela aludida expressão. A impropriedade da expressão eficácia horizontal não se encontra, propriamente, no totalitarismo, conforme se depreenderá em seguida.

¹⁵ Mister registrar que alguns autores tecem distinções entre o termo eficácia externa e eficácia horizontal, sobretudo no que tange ao grau de intensidade de cada uma delas (SILVA, Luiz Fernando Martins da. *A eficácia e eficácia dos direitos fundamentais nas relações com particulares*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3460>>. Acesso em: 12 set. 2003). De pronto, cabe esclarecer que esse posicionamento não merece prosperar, uma vez que carece de fundamentação e plausibilidade jurídica. Não é o grau de intensidade que será hábil a proporcionar a distinção terminológica da idêntica manifestação desse fenômeno. Os autores, via de regra, utilizam ambos os termos como sinônimos, e não como contornos distintos do mesmo instituto (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, cit., p. 41-42).

¹⁶ Ao elucidar o aspecto relativo à eficácia dos direitos fundamentais em hipóteses de poder social, Juan María Bilbao Ubillos expõe as razões da impropriedade da terminologia “eficácia horizontal”: “*Detrás de estos supuestos de concentración o monopolización del poder social, económico o informativo (répárese, por ejemplo, en la decisiva influencia de los grandes grupos empresariales ‘multimedia’ que detentan una posición de dominio, a escala mundial, en el mercado de la información, y son capaces de controlar la formación de la opinión pública) se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones cuyo predominio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada. Por esa razón, no nos parece exacta la expresión ‘eficácia horizontal’, o en las relaciones ‘horizontales’, de los derechos fundamentales. La relación entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal.*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 244).

de vinculação aos direitos fundamentais por parte dos particulares¹⁷. Todos os indivíduos devem preconizar a indispensável observância aos direitos fundamentais. Somente a forma como essa vinculação se dará é que deverá ser aferida de acordo com o caso concreto. Eis, portanto, as razões da imprecisão técnica da referida terminologia.

A expressão *Drittwirkung* ou eficácia perante terceiros, por outro lado, merece especial análise, sobretudo em razão das críticas formuladas por Ingo Sarlet e parte da doutrina alemã. No que se refere à expressão eficácia perante terceiros, as críticas apresentadas restringem-se a salientar que não existe propriamente um terceiro nível eficaz, mas tão-somente um segundo nível, relativo aos particulares¹⁸. Não obstante tal posicionamento, essas críticas não merecem acolhida, porquanto não pode ser concebida na teia social outra classe de destinatários além do Estado ou dos indivíduos. Em decorrência da descrição fidedigna da dimensão ontológica do fenômeno, será adotado como paradigma para o presente trabalho o termo “eficácia entre particulares”.

Em relação à definição do que viria a ser uma entidade privada ou um particular, Vieira de Andrade estabelece alguns critérios norteadores para a atividade hermenêutica, sem que, no entanto, seja necessária a construção de um paradigma genérico e absolutamente infalível:

“(...) o que nos importa é a existência (ou inexistência) na relação jurídica em causa, de entidades com poderes públicos, com privilégios ou prerrogativas de autoridade. É que a linha de demarcação entre a relevância (necessária e mais exigente, porque total) dos direitos fundamentais na vida pública e o papel (eventual e mais fluido) que lhes cabe na conformação dos domínios da actividade privada há de ser definida de acordo com o carácter e a razão de ser dos direitos fundamentais, enquanto liberdades ou direitos individuais contra os (através dos) poderes públicos. É essa situação específica de supremacia (o ‘império’, expressão do monopólio do poder) que justifica a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos. A sujeição aos

¹⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, cit.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 114.

direitos dos cidadãos é a contrapartida de um privilégio de poder, ou, noutra perspectiva, uma defesa contra as arbitrariedades ou os abusos (sempre possíveis) deste.

(...)

Para nós, portanto, são também ‘entidades públicas’, as pessoas colectivas de direito privado quando, na sua relação com os particulares, disponham de poderes públicos de *imperium*. Pelo contrário, as pessoas colectivas públicas que não tenham esses poderes, as sociedades de economia mista ou de capitais públicos, as pessoas colectivas privadas de utilidade pública ou certas sociedades de interesse colectivo não estão aí incluídas apesar da sua ligação funcional ou material à actividade administrativa em sentido estrito.”¹⁹

Embora a definição utilizada por Vieira de Andrade possua certa confiabilidade, em determinados momentos ela se aproxima excessivamente das concepções utilizadas pela *state action* norte-americana. É cediço que no caso concreto nem sempre será possível definir com inequívoca precisão se determinada entidade será ou não privada, tal como esposado por Vieira de Andrade, todavia os contornos por ele desdobrados já representam um caminho seguro para tal mister. Essa assertiva parece, inclusive, confirmar-se por outra passagem de Vieira de Andrade, *verbis*:

“O Estado-Administração vai aparecer na vida social metamorfoseado em diversas figuras jurídicas e, por vezes, na veste de sujeito privado, ao mesmo tempo em que entidades privadas exercem tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em certas áreas sociais – esbate-se a distinção entre entidades públicas e privadas e, em consequência, a diferença o direito público e o direito privado como critério de relevância dos direitos fundamentais.”²⁰

Em razão dos pormenores e da extensão dogmática do problema, associado à casuística do tema, não serão aprofundadas as distinções acerca do conceito de entidades públicas ou privadas.

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 279.

²⁰ *Ibidem*, p. 274.

2 As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*)

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares alcançou precisos contornos a partir da formulação de Günther Dürig²¹. Ao preconizar, juntamente com o *Bundesverfassungsgericht*, que os direitos fundamentais integram uma ordem objetiva de valores – a qual lhes permite irradiar por todo o ordenamento jurídico –, Dürig ponderou que para incidirem em uma relação jurídico-privada as normas jusfundamentais carecem de mecanismos de intermediação.²²

Sob o argumento de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares acabaria por gerar um incremento do poder estatal sobre a autonomia privada e, em decorrência, o desvirtuamento do Direito Privado²³, o posicionamento de Dürig conquistou a doutrina tedesca. À evidência, “o princípio constitucional da liberdade (do livre desenvolvimento da personalidade) devia continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental a ter em conta na solução do problema”²⁴. O âmbito de autonomia do direito privado deveria ser preservado sem que, contudo, fosse necessário expor ao sacrifício o núcleo essencial de algum direito fundamental. Naranjo de la Cruz lembra que, sob o amparo da *mittelbare Drittwirkung*, o autores argumentavam que “*el ejercicio de un derecho fundamental no puede justificar en ningún caso el incumplimiento de un contrato*”. Mantinha-se, assim, sob certa perspectiva, a velha concepção de que os direitos fundamentais ainda representariam direitos subjetivos

²¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe, cit., p. 169.

²² CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 29.

²³ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe, cit., p. 171 e 173. Konrad Hesse é atualmente o grande defensor da eficácia mediata (*Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001, p. 63; *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 284-285).

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 276.

públicos contra o Poder Público²⁵, afinal, “submeter a atividade dos indivíduos às mesmas contenções impostas ao Estado significaria inverter direitos em deveres”.²⁶

Por meio de mecanismos de intermediação e suavização²⁷, que poderiam ser vertidos pela atividade legislativa precipuamente e, em segundo plano, pela atividade judicial – concretização do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados²⁸ –, os direitos fundamentais certamente teriam uma penetração menos conflituosa e sacrificante no sistema formado pelo direito privado. Aliás, conforme salienta Ingo Sarlet, essa intermediação seria *conditio sine qua non* para que a autonomia privada não restasse indevidamente fulminada:

“(...) a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das ‘cláusulas gerais’ e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos desta concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.

Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipua-

²⁵ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 170.

²⁶ COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 174; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 276.

²⁷ Segundo Vieira de Andrade, “aquilo que se deve entender por mediação na aplicabilidade dos direitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a liberdade geral e a liberdade negocial no direito civil” (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 289).

²⁸ Essa também a posição de Christoph Fabian, para quem “salvo normas explícitas no plano constitucional (por ex., art. 9.º, III 2 GG), os direitos fundamentais não podem agir diretamente no direito privado, mas precisam, como ‘porta de entrada’, de uma cláusula geral” (*O dever de informar no direito civil*, cit., p. 72).

mente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.”²⁹

Em verdade, ao apregoar a necessidade de uma intervenção do legislador ou dos juízes para permitir a transposição das normas jusfundamentais para o Direito Privado, a teoria da eficácia mediata acaba por negar o atributo de fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais³⁰. Ao analisar as deficiências teóricas da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Vieira de Andrade afirma que ela não atinge o cerne do problema, porquanto sujeita a operatividade das normas jusfundamentais à existência de normas infraconstitucionais que, então, se encarregariam da transposição:

“(…) ou se considera o direito privado, à maneira liberal, como um ordenamento independente do direito público e, portanto, do sistema constitucional – tese inadmissível e anacrônica –, ou se limita a vinculação das entidades privadas à obrigação de respeitar a lei ordinária, que, pelo seu lado, estaria sujeita ao princípio da constitucionalidade. (…)

A idéia da aplicabilidade mediata foi (compreensivelmente) mal defendida, porque seus partidários não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas e deixaram-se influenciar pela circunstância de ter sido o direito civil, na sua ancianidade, que primeiro assegurou os direitos fundamentais nas relações privadas.”³¹

Os direitos fundamentais cumpririam, à sua maneira, a tarefa de meros instrumentos de interpretação das normas de Direito Civil³² e de controle do

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 125.

³⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, cit.

³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 289.

³² COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 174. Dessa forma, a proteção *prima facie* seria realizada por intermédio do Direito Privado, que receberia excepcionalmente as normas jusfun-

âmbito de extensão da autonomia privada. Cuida-se, portanto, de um verdadeiro retrocesso em relação a institutos consagrados no bojo do sistema formado pelos direitos e garantias individuais. Em última análise, a teoria da eficácia mediata poderia ser traduzida em um pedido de permissão dos direitos fundamentais ao Direito Privado para que pudessem incidir nas relações por ele reguladas.

Segundo salienta Bilbao Ubillos, a teoria da eficácia mediata constitui verdadeiro mecanismo intermediário para harmonizar o conflito de peculiaridades existentes entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, e tal mister somente pode ser conseguido “*condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a estos derechos*”.³³

O cerne da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares³⁴ circunscreve-se ao papel desempenhado inicialmente pelo legislador³⁵ e, em um segundo momento, pelos juízes na atividade de concreção do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados³⁶. Ademais, cabe consignar que a polêmica sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ganha relevo à medida que os valores consagrados pela Constituição não coincidem necessariamente com os resguardados pelo Direito Privado³⁷. A propósito, Alexy³⁸ lembra que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, enquanto inequívocos instrumentos de oxigenação do Direito Privado³⁹, permitiriam que os *leading*

damentais como mecanismos hermenêuticos (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 276; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 512).

³³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 283.

³⁴ Ricardo Luís Lorenzetti não demonstra clareza acerca de qual das duas teorias adota: eficácia direta ou indireta (*Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 259).

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 224.

³⁶ MARTÍN VIDA, María Ángeles, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 194.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 227.

³⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 514.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 224. Segundo Vieira de Andrade, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados

cases, embora subordinados aos contornos interpretativos concedidos pelas normas jusfundamentais, continuassem a ser decididos sob o pálio do Direito Privado. Dessa forma, “*no obstante la influencia jusfundamental, las normas del derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado*”.⁴⁰

No fundo, a particularidade da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se concentra, consoante adverte Jiménez Campo⁴¹, na proteção ou não de dois bens juridicamente tutelados, mas sim em identificar qual órgão estatal será responsável pela promoção dessa tutela: o legislador ou o juiz.⁴²

Impende ressaltar, entretanto, que para essa assertiva ser considerada válida, é indispensável que se conceba, juntamente com Alexy⁴³, que o Estado, além do próprio dever de não-ingerência, deve assegurar a proteção dos direitos fundamentais em relação a violações praticadas por particulares. Trata-se, por conseguinte, do exercício de um direito constitucional subjetivo em face do Estado para que promova as medidas “*facticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imponibilidad y la imposición de esta demarcación*.”⁴⁴

Por mais que se admita esse dever estatal de promover a proteção dos direitos fundamentais em relação a violações praticadas por particulares, a premissa carece de precisão normativa e os problemas começam com a definição do que seja essa hipotética obrigação de proteção pelo Estado e o seu respectivo alcance.⁴⁵

realizariam uma filtragem no conteúdo das normas jusfundamentais, de sorte a manter o espírito jusprivatístico (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 279).

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 512.

⁴¹ Apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 284.

⁴² SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais, cit.

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 435.

⁴⁴ Ibidem, p. 436.

⁴⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 285. Bilbao Ubillos ainda acrescenta os seguintes questionamentos: “*Se les podrían exigir responsabilidades a los poderes públicos por no haber prestado la debida protección en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas? Es ese deber*

Diante das considerações anteriormente elaboradas, verifica-se que as críticas apresentadas à teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais são absolutamente pertinentes⁴⁶. As inúmeras vicissitudes conceituais e ideológicas dessa teoria conduziram seus defensores a uma seara repleta de incertezas⁴⁷, visto que o excessivo apego às premissas vinculadas aos ideais liberais fez com que ignorassem os atributos essenciais das normas jusfundamentais: fundamentalidade e aplicabilidade direta.⁴⁸

2.1.1 A imprescindível intervenção do legislador como forma de estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares

De acordo com a corrente doutrinária que defende a eficácia mediata dos direitos fundamentais, incumbe ao legislador, em um primeiro momento, o dever de concretizar e estender o alcance dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Somente ao legislador, detentor da legitimidade representativa dos interesses sociais, compete fixar os parâmetros para a delimitação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas – com vistas a evitar possíveis tensões entre eles –, sob pena de subverterem-se as bases do Estado Social e Democrático de Direito. Por conseguinte, os direitos fundamentais apenas desprenderiam seus efeitos perante as relações

general de protección justiciable? O lo que es lo mismo, puede ser objeto de fiscalización judicial su eventual incumplimiento perjudicado, o sólo cabe el control político?”

⁴⁶ Para Juan María Bilbao Ubillos, “ese temor, unido a la convicción de que la concepción tradicional, aplicada a rajatabla, es insostenible, lleva a muchos a adoptar las versiones ‘templadas’ de la eficacia mediata que, a nuestro juicio, no ofrecen una respuesta satisfactoria al problema de la libertad contra los particulares” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 270); AGUIAR DE LUQUE, Luis, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión*, cit., p. 7. Para Luis Prieto Sanchís, “esta eficacia mediata no explica suficientemente el papel que pueden desempeñar los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sino que representa tan sólo un corolario de la afirmación de la Ley fundamental como norma jurídica y del principio de interpretación conforme la misma” (*Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 211-212).

⁴⁷ Para Rafael Naranjo de la Cruz, “no existe necesidad alguna de recurrir a la teoría de la emanación, puesto que la incidencia que los derechos fundamentales despliegan sobre las normas del Derecho privado se realiza de forma directa” (*Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe* cit., p. 213).

⁴⁸ É oportuno lembrar que a teoria fora construída notadamente para situações de igualdade fática, pois, segundo autores como José Carlos Vieira de Andrade, mesmo diante da teoria da eficácia indireta, as situações de poder social ou privado sujeitar-se-iam à eficácia direta das normas jusfundamentais.

jurídico-privadas a partir do exercício da atividade legislativa⁴⁹ e, ainda, em conformidade com o grau de intensidade dela⁵⁰. Aliás, essa já parecia ser a posição de Clóvis do Couto e Silva, *verbis*:

“O dissídio de opinião iniciou-se em torno dos denominados *restrictive covenants*, i. é, de cláusulas que impossibilitem, por exemplo, seja efetuada sublocação para pessoas de determinada raça ou cor. Postular-se-ia a aplicação, numa relação contratual de direito privado, entre particulares, de uma garantia que se parece dirigir, tão-somente, aos vínculos entre Estado e indivíduo.

Por certo, existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão em questões de crença e consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado como perante os indivíduos *ut singuli*. Qualquer contrato, em que se abolisse ou restringisse um desses direitos, seria, *ipso facto*, nulo.

Mas também direitos de outras categorias, assegurados na Constituição, aplicam-se às relações entre particulares. Não seria exato, entretanto, pensar que todas as disposições constitucionais, endereçadas ao indivíduo, refletem-se de forma imediata no direito civil ou comercial. Geralmente faz-se mister a existência de lei ordinária.”⁵¹

Conquanto o legislador também esteja sujeito à observância dos direitos fundamentais, especialmente sob o aspecto da proteção do núcleo essencial, não se pode imiscuir na função de realização deles também nas relações entre particulares. Sempre que necessário, o legislador deve almejar uma justa ponderação dos valores em tensão, de modo a resguardar a proteção daquele que receba maior atenção por parte da ordem jurídico-constitucional.⁵²

⁴⁹ Essa a posição de: MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Imprensa Nacional, ano 38, n. 152, p. 294, out./dez. 2001.

⁵⁰ Ademais, é importante acrescentar que “*de la impresión de que la eficacia mediata de estos derechos, a través de la acción legislativa, no plantea ningún problema, cuando, en realidad, está sujeta a los mismos límites que la hipotética eficacia inmediata. Es claro, por ejemplo, que ninguna ley puede suprimir las libertades básicas del Derecho privado. La optimización de la tutela de los derechos fundamentales no puede servir de pretexto para una política legislativa que termine aniquilando la autonomía privada*” (BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 290). Eis uma das razões a mais pela qual o dirigismo contratual não implicou a total derrocada da autonomia privada.

⁵¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 23-24.

⁵² Por sinal, Juan Maria Bilbao Ubillos, ressalta que o legislador dispõe de uma estreita margem de atuação, pois, ao passo que de um lado deve conferir primazia ao núcleo essencial de um direito

Não restam dúvidas, portanto, de que a lei consubstancia o mecanismo teoricamente mais apropriado, em termos de segurança jurídica e isonomia, para a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁵³, todavia devem ser considerados dois aspectos de fundamental importância: a omissão inconstitucional e a incapacidade legislativa de dirimir todas as possíveis tensões entre direitos fundamentais em abstrato. Bilbao Ubillos, aliás, expõe com precisão as razões pela quais, em princípio, a tarefa de extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares deveria ser exercida pelo legislador:

“Esta competencia se fundamentaría en dos argumentos, que me parecen substancialmente válidos. En primer lugar, la concreción legislativa de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, mediante la promulgación de leyes antidiscriminatorias, por ejemplo, comporta muchas veces limitaciones de la libertad individual, que deberían imponerse por el legislador (art. 53.1 CE). Y en segundo lugar, el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales ‘constituye una opción de política legislativa porque la Constitución no impone un nivel determinado..., sino unicamente un nivel mínimo’.”⁵⁴

Os argumentos acima esposados realmente possuem o condão de justificar a primordialidade concedida à atividade legislativa, contudo, dever-se-ão sempre observar os estreitos limites concedidos ao legislador para a realização desse mister⁵⁵, ante o risco iminente e sempre permanente de incidência em inconstitucionalidade⁵⁶. Conforme ressaltado anteriormente, a

fundamental, de outro, deve resguardar o cerne da autonomia privada, também compreendida como um direito fundamental – direito fundamental de liberdade (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 290-291).

⁵³ Para Juan María Bilbao Ubillos, “*cualquiera que sea la postura que se mantenga respecto de la ‘Drittwirkung’, el protagonismo del legislador, en primera línea, es un dato unánimemente reconocido*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 291).

⁵⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 292.

⁵⁵ Claus Wilhelm Canaris apresenta conclusões já exaustivamente debatidas, ao afirmar que os direitos fundamentais vigoram diretamente em face das normas de direito privado (*Direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 36).

⁵⁶ Jiménez Campo, por sinal, adverte que em muitos casos a própria norma constitucional que consagra um direito fundamental contém uma exigência implícita que impõe que o legislador regule sua garantia *erga omnes*. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p. 293. Esse entendimento de Jiménez Campo merece ser entendido com reservas, ante

grande dificuldade existente na atribuição ao legislador da função primária de concretização e extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares pode ser desdobrada em dois aspectos iniciais: a impossibilidade jurídica do legislador de regular todas as pretensas situações de tensões entre direitos fundamentais nas relações entre particulares e a freqüente inércia inconstitucional do legislador.⁵⁷

A análise da primeira dificuldade corrobora a tese segundo a qual as tensões entre direito fundamentais somente podem ser dirimidas em concreto, uma vez que as nuances de cada caso fogem à previsibilidade, normalidade e exigibilidade de um exaustivo labor legislativo. O legislador dificilmente conseguirá apreender toda a complexidade cultural e social das relações jurídicas interindividuais, sobretudo em um país de dimensões continentais, de modo que sempre será imprescindível uma margem de atuação e concretização por parte dos juízes.

Ademais, conforme bem observa Bilbao Ubillos, a intervenção legislativa não terá um caráter constitutivo dos direitos e garantias individuais já assegurados no texto constitucional, senão, na pior das hipóteses, meramente declarativo⁵⁸. A lei não poderá erigir-se em um instrumento de transposição

a idéia de fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Por oportuno, impende consignar que uma das vias de atuação da atividade legislativa pode perfeitamente corresponder à tipificação penal de determinadas condutas, tais como a prática de crimes de racismo, discriminação etc. A título de ilustração, basta lembrar do recente julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal acerca da condenação de um escritor em virtude da elaboração e publicação de livro de conotação anti-semita.

⁵⁷ A despeito da jurisprudência consagrada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do MI n. 107 (rel. Min. Moreira Alves), é possível constatar, por meio do julgamento dos MI ns. 670 e 712 (rel. Min. Gilmar Mendes e Min. Eros Grau, com pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski), uma tendência de modificação de posicionamento em torno do mandado de injunção.

⁵⁸ Segundo Juan María Bilbao Ubillos, *“la Constitución habilitaría al legislador para proyectar, parcial o totalmente, el contenido de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados. Pero el resultado de es proyección no sería la creación de nuevos derechos fundamentales, ahora sí eficaces erga omnes, a partir de los genuinos (que se ostentan frente al estado), sino el reconocimiento de meros derechos de naturaleza legal, con las consecuencias que de ello se derivan”* (La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 297). Sob o aspecto da máxima efetividade das normas constitucionais, a impressão que sobressai é de que este argumento carece de fundamentação lógica. O emprego do argumento apagógico ou de redução ao absurdo de Chaïm Perelman – que resolve a controvérsia de forma a supor que o legislador é sensato e que jamais poderia ter admitido uma interpretação de lei que gerasse consequências ilógicas – certamente fornece os elementos necessários para refutar essa indispensável atividade de transposição do legislador (*Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 79-80).

das normas jusfundamentais para o Direito Privado, ante o pretexto de serem insuficientes para reger as relações privadas. Esse equivocado entendimento, aliás, inverte a ordem de compreensão do ordenamento⁵⁹, porquanto sujeita a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares à “indispensável” intervenção legislativa⁶⁰. Os direitos fundamentais nada seriam sem o legislador, apregoariam os mais fanáticos.

Ainda que exaurida a atividade legislativa, não subsiste razão para refutar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas⁶¹. Mesmo que não se esteja ante um caso de omissão legal⁶², não pairam argumentos robustos para sujeitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares à atuação do legislador, visto que as normas jusfundamentais possuem aplicabilidade direta, nos termos em que preconiza o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988. Subordinar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a uma prévia conveniência e discricionariedade legislativa significa, em verdade, transformar os direitos fundamentais em direitos meramente legais, além de negar a aplicabilidade direta⁶³ e a fundamentalidade que lhes é inerente⁶⁴.

⁵⁹ Para José Carlos Vieira de Andrade, “já não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado, porque a Constituição vincula positivamente o legislador e uma lei não terá valor jurídico se atentar contra a norma constitucional que consagra um direito.” (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 255).

⁶⁰ Para Marc Carrillo, “*la interpositio legislatoris no es, pues, condición necesaria para su exigibilidad jurídica ante los tribunales*” (*La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995. p. 34).

⁶¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 141: “Nenhuma questão de direito privado, e, em especial, a dos limites da liberdade contratual, se resolve automaticamente pela teoria da função de tutela dos direitos fundamentais”. No mesmo sentido, manifesta-se esse autor: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 74, p. 744-746, 1998.

⁶² Segundo os defensores da teoria da eficácia mediata, dentre eles Hesse e Alfaro (apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 297), sequer no silêncio da norma os juízes estariam autorizados a aplicar diretamente os direitos fundamentais. Nessa hipótese, somente por intermédio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados seria factível a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 257.

⁶⁴ Para Juan María Bilbao Ubillos, “*eficacia inmediata y eficacia mediata a través de la ley no son, pues, modalidades incompatibles*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 299). A partir das premissas de

A corroborar a referida argumentação, é mister colacionar o entendimento de Bilbao Ubillos:

“En no pocos casos, el derecho fundamental se podrá invocar directamente, en ausencia de una regulación legal, y podrá obtenerse la oportuna satisfacción, una vez que el juez lleve a cabo, de acuerdo con sus propios criterios, la preceptiva ponderación.

*A nuestro juicio, un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, nos es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide. De ahí que el término ‘eficacia mediata’ nos parezca equivoco. Quienes defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, en realidad, la eficacia ‘horizontal’ de los derechos fundamentales, en cuanto tales.”*⁶⁵

Por outro lado, convém destacar que a realização dos direitos fundamentais no Estado Social de Direito não se submete ao alvedrio do legislador, pois o constituinte assegurou a aplicabilidade direta aos direitos fundamentais justamente com o intuito de evitar que estes ficassem à mercê da atividade legislativa⁶⁶. Conquanto o constituinte também tenha criado o mandado de injunção como ferramenta para combater as esdrúxulas omissões inconstitucionais⁶⁷, esse instituto sofreu severa restrição por parte do Supremo Tribunal Federal⁶⁸, o que, à evidência, demonstra que a necessi-

fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, a assertiva de Juan Maria Bilbao Ubillos deve ser compreendida em termos, uma vez que existem diferenças significativas entre ambas as correntes.

⁶⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 297.

⁶⁶ Para José Carlos Vieira de Andrade, mesmo que a lei não existisse, as normas jusfundamentais seriam diretamente aplicáveis (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 258-259).

⁶⁷ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 129-160.

⁶⁸ STF – MI n. 107/DF, Tribunal Pleno, rel. Moreira Alves, j. 21.11.1990, DJU, de 02.08.1991, p. 9.916; MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 71-78 e 439-472; Cf. MI ns. 670 (rel. Min. Gilmar Mendes) e n. 712 (rel. Min. Eros Grau), ambos pendentes de pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

dade de intervenção do legislador para a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares apenas encaminha o problema para outra seara ainda mais tormentosa.

2.1.2 *A mediação judicial como forma de garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações inter privados: a função das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados*

Com o intuito de sanar a insuficiência da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais mediante a atuação legislativa, a atividade judicial fora enxergada como uma alternativa para a penetração dos direitos fundamentais no Direito Privado⁶⁹, o que, por sinal, deveria ocorrer por intermédio da atividade de integração dos juízes, viabilizada pelas cláusulas gerais⁷⁰ e pelos conceitos indeterminados do Direito Privado⁷¹. Ao ensejo, impende consignar que o cerne dessa teoria ampara-se na incapacidade das disposições constitucionais em assegurar a resolução imediata das tensões de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, de modo que somente a intervenção judicial poderia conferir o exato conteúdo e alcance nessas hipóteses de conflito.

De fato, os direitos fundamentais atuariam definindo o conteúdo das cláusulas gerais e determinando a projeção das normas jusfundamentais sobre o Direito Privado, de sorte a manter incólume a autonomia e independência desse ramo do Direito⁷². As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados funcionariam como verdadeiros filtros das normas jusfundamentais⁷³, o que

⁶⁹ Para a compreensão desse tema: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

⁷⁰ Acerca da compreensão da função exercida pelas cláusulas gerais no ordenamento jurídico ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 304-308.

⁷¹ Para Harriet Christiane Zitscher, amparada na posição de Konrad Hesse, “do ponto de vista constitucionalista, um efeito direto dos direitos fundamentais entre indivíduos teria dois problemas graves: primeiro, limitaria de maneira inconstitucional a autonomia privada garantida pelo art. 2, I, Lei Fundamental e, segundo, violaria o princípio do Estado de direito por causa da imprecisão dos limites na sua aplicação” (*Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 175).

⁷² BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 303.

⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 295.

impediria uma inoportuna e incontrollável influência dessas sobre o Direito Privado. Para a referida corrente doutrinária, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados foram concebidos pelo legislador exatamente para permitir uma relativa margem de atuação aos juízes diante de tensões de direitos em concreto. Por meio desses mecanismos, os juízes poderiam manter o Direito Privado em um processo de constante oxigenação e confluência com os anseios sociais, o que evitaria a idéia de incompletude⁷⁴ ou insuficiência.⁷⁵

Convém destacar, outrossim, que a premissa menor sobre que se assenta a aludida teoria está vinculada à compreensão dos direitos fundamentais enquanto componentes de uma ordem objetiva de valores, na qual o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa o eixo de gravidade⁷⁶. Os direitos fundamentais se projetariam nas relações *inter privatos* à medida que seus conteúdos estivessem materialmente associados à proteção da dignidade da pessoa, enquanto valor absoluto de um ordenamento jurídico.

Essa idéia de uma ordem objetiva de valores ocasiona uma inequívoca eficácia irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, o que possibilita aos juízes captarem esses direitos na infinda nebulosa constitucional, com vistas a concretizar o conteúdo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Em razão da força expansiva dos direitos fundamentais, corporificada na eficácia irradiante e na ordem objetiva de valores, esses direitos projetar-se-iam sobre todas as relações jurídicas, superando, pois, a estagnada incomunicabilidade entre o Direito Civil e o Direito Constitucional⁷⁷: eis a sua eficácia multidirecional.

⁷⁴ Acerca da fictícia existência de lacunas no ordenamento ver: KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 212-214).

⁷⁵ Gustavo Tepedino pondera que “o legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramento axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitados os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.” (O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12).

⁷⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 303-304.

⁷⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 304.

A primazia desse posicionamento acerca da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares mediante a intervenção judicial – a partir de uma ordem objetiva de valores – foi firmada no célebre caso *Lüth-Urteil*⁷⁸ (BverfGE 7,198), de 15 de janeiro de 1958. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), acolhendo a tese de Dürig, julgou procedente a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) proposta por Lüth, um diretor de uma agência de publicidade de Hamburgo, para cassar o acórdão do Tribunal *a quo*, que o havia condenado em obrigação de não fazer e indenização por danos morais e materiais, em virtude de um boicote público incitado contra um filme do diretor de cinema V. Harlan, suspeito de complicitade e publicidade do anti-semitismo e nazismo.⁷⁹

Em que pese a data do acontecimento, o caso Lüth possui contornos extremamente interessantes e atuais. Durante um festival de cinema ocorrido em meados de 1950, Lüth, na condição de membro de uma associação de indivíduos que buscava encerrar as divergências entre cristãos e judeus, dirigiu-se publicamente, por intermédio dos meios de comunicação, a vários diretores e produtoras de cinema, com o intuito de evitar que comercializassem o filme de Harlan. Irresignada, a produtora do filme de Harlan ingressou com uma ação de obrigação de não fazer cumulada com perdas e danos para obrigar Lüth a cessar o boicote público ao filme.⁸⁰

Condenado em primeira instância, Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Apelação de Hamburgo, o qual negou provimento ao recurso, ao sustentar a inocorrência de violação de seu direito fundamental de liberdade de expressão. Inconformado com o posicionamento do Tribunal de Hamburgo⁸¹,

⁷⁸ CANARIS, Claus Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 30.

⁷⁹ O caso se assemelha muito ao recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.424/RS, no qual Siegfried Ellwanger, um escritor gaúcho, publicou um livro com conteúdo notadamente anti-semita. Acerca dos detalhes do caso Lüth-Urteil, cf.: BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 306-308.

⁸⁰ A argumentação da produtora centrava-se no artigo 826 do *Bürgerlich Gesetzbuch* (BGB), segundo o qual aquele que dolosamente causar dano a outrem, de forma contrária aos bons costumes, tem o dever de indenizar.

⁸¹ Outra questão subjacente de relevante importância refere-se ao surgimento de uma violação de um direito fundamental, por parte do juiz ou Tribunal, em decorrência da apreciação de uma lide envolvendo tensões entre direitos. Para os que negam a *Drittwirkung*, essa seria uma típica situação apta a demonstrar, a fundo, que se estaria sempre diante de uma violação praticada pelo Estado, e não por particulares. O equívoco desse entendimento reside no fato de que, por mais que o Tribunal *ad quem*

Lüth recorreu ao Tribunal de Karlsruhe, persistindo no argumento referente à violação de seu direito fundamental de liberdade de expressão. Quanto à solução dada pelo *Bundesverfassungsgericht*, impende trazer à baila a preleção de Bilbao Ubillos:

“El Tribunal Constitucional Federal comienza por reconocer que la Ley Fundamental es un ordenamiento ligado a valores, rechazando expresamente una interpretación positivista desvinculada de todo fundamento axiológico. Aunque admite que los derechos fundamentales están destinados, en primer término, a salvaguardar la esfera de libertad individual de las posibles injerencias de los poderes públicos, afirma, sin embargo, que la Constitución no ha reglado en el capítulo de los derechos fundamentales ‘un orden objetivo de valores’, fundado en el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el seno de la comunidad social, que ‘debe valer como decisión fundamental del Derecho Constitucional para todas las ramas del Derecho’.

(...)

En este caso el Tribunal Constitucional anuló la resolución del tribunal civil por haber prescindido de la influencia de los valores que subyacen a los derechos fundamentales en el Derecho privado. El tribunal a quo tenía que haber comprobado, por imperativo constitucional (art. 1.3 GG), si las normas del Derecho civil aplicables al caso estaban en sintonía con esos valores. Establecida esa vinculación, el conflicto entre la ley y los derechos fundamentales debe resolverse mediante la regla de la ‘ponderación de bienes’ (Güterabwägung), pero respetando, en todo caso, el contenido de valor esencial del derecho fundamental. En el conflicto que enfrentaba a Lüth y Harlan, esa ponderación debería haber conducido a una preferencia en favor de la libertad de expresión, una libertad de extraordinaria relevancia en un Estado liberal-democrático, pese a la función delimitadora de la ley.”

conceda provimento ao recurso e reforme ou casse a sentença ou acórdão – e, portanto, faça cessar a ofensa ao direito público subjetivo em face do Estado –, ainda assim a violação por parte do particular terá existência autônoma. Ambas as violações ocorrem em planos e momentos distintos, de sorte que terão, invariavelmente, existência paralela e independente. Nesse sentido é o posicionamento de María Ángeles Martín Vida: “(...) las decisiones de los Tribunales ordinarios nunca son el origen directo e inmediato de la violación de derechos fundamentales que se producen en las relaciones inter privados; en esos casos, el origen directo e inmediato de la violación es la conducta del particular que lesiona un derecho fundamental de outro, mientras que la sentencia del órgano jurisdiccional que no tutela debidamente al particular dañado violaría en su caso aquel derecho fundamental de forma mediata (...)” (La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, cit., p. 200).

Outro julgado paradigmático do *Bundesverfassungsgericht* foi o caso Blinkfuer, um periódico pró-comunista que, em meados de 1960, sofreu uma forte represália por parte dos distribuidores, em virtude da pressão realizada pelo poderoso grupo editorial Springer – controlador do mercado de informação – para que eles não vendessem as publicações de Blinkfuer sobre os programas de rádio e televisão das antigas emissoras da Alemanha Oriental⁸². Conquanto esse caso seja extremamente semelhante ao caso Lüth-Urteil, sua peculiaridade encontra-se no poder privado ou social do grupo editorial Springer. Ao contrário do boicote promovido por Lüth, que não se valeu de nenhuma circunstância de desigualdade social, o grupo Springer somente logrou êxito em seu boicote graças ao poder social ou privado que dispunha⁸³. Dessarte, “*el factor decisivo para el reconocimiento del derecho a percibir una indemnización fue la posición de supremacía en el mercado del grupo que convocó el boicot, su ‘extraordinario poder social’*.”⁸⁴

Em ambos os casos, por mais que as premissas fossem distintas – afinal, em Lüth se constata uma situação de relativa igualdade social, ao passo que em Blinkfuer percebe-se a manifestação do poder social ou privado do grupo editorial Springer –, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a existência de um ordem objetiva de valores, cujas conseqüências poderiam ser

⁸² BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 309.

⁸³ Segundo Juan María Bilbao Ubillos, “*la poderosa posición económica del grupo ‘Springer’, que controlaba en buena medida el mercado de la información, y la velada amenaza suspender como represalia el suministro de sus publicaciones fuer suficientes para privar a las personas a las que se dirigió de la capacidad de decidir libremente. El hecho de que el promotor del boicot posea un considerable poder económico no convierte el boicot en inadmissible, automaticamente. La Constitución no impide a los económicamente más poderosos participar en los debates intelectuales. Ahora bien, los medios empleados por los promotores deben ser constitucionalmente aceptables. El derecho fundamental a la libertad de expresión no ampara una convocatoria de boicot que no se apoya únicamente en la fuerza persuasiva de los argumentos intelectuales, sino también en el recurso a medios que privan a los afectados de su capacidad para extraer libremente sus conclusiones, sin presiones económicas. (...) Si el demandado se hubiera limitado a expresar su opinión en sus publicaciones o a invitar al boicot a sus lectores, su conducta hubiera sido constitucionalmente inobjetable. Como lo fue en el caso ‘Lüth’. El llamamiento de éste al boicot fue simplemente una apelación a la responsabilidad política y a la conciencia moral de la audiencia. Lüth no disponía de medios de coerción sobre los destinatarios para reforzar la actividad de su llamamiento. Por otro lado, la empresa recurrente dependía para su subsistencia de ese sistema de distribución a través de los kioscos de prensa*” (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 310). Por oportuno, vale à pena conferir também o caso Springer-Wallraff (BverfGE 66,116).

⁸⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 309-310.

mensuradas a partir da idéia de uma eficácia irradiante para todos os setores do ordenamento jurídico.

A idéia de uma ordem objetiva de valores, incorporada à teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – também aceita, em parte, pelo Tribunal Constitucional espanhol⁸⁵ – seria o mecanismo ideal para facilitar a atividade de concretização a ser realizada pelos juízes, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados⁸⁶. Os direitos fundamentais restringir-se-iam a informar e conduzir a prática judicial na condição de critérios interpretativos, de modo que somente nas hipóteses de lacuna⁸⁷ ou redação ambígua de lei poderiam ser invocados a concretizar o conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados⁸⁸. A partir desses pressupostos teóricos, Bilbao Ubillos, sob outra perspectiva, oportunamente questiona qual seria, então, a diferença existente entre a teoria da eficácia mediata por intermédio da atividade judicial e a interpretação conforme a Constituição:

*“No veo ninguna, francamente. A la misma solución se puede llegar (con cláusulas generales o sin ellas) aplicando en el momento de interpretar las normas de Derecho privado el principio general. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho privado no aporta, en realidad, nada de nuevo.”*⁸⁹

⁸⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 322-323.

⁸⁶ Um outro caso julgado pelo *Bundesverfassungsgericht*, e que, por sinal, guarda muitas semelhanças com os casos relativos a pessoas que professam a religião Testemunhas de Jeová no Brasil, suscita a polémica em torno da impossibilidade de realização de transfusão de sangue em razão da religião de um paciente à beira da morte. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional cassou o acórdão do Tribunal *a quo*, que havia condenado os médicos por omissão do dever de socorro, sob o fundamento de que ele não tinha considerado a eficácia expansiva do direito fundamental à liberdade religiosa (BverfGE 32, 98, 106, apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 310). Acerca da manifestação realizada por um grupo de pregadores Testemunhas de Jeová em um condomínio privado, cf. também: TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1988. p. 1.689.

⁸⁷ Essa parece ser a posição de José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 291).

⁸⁸ Ainda que os juízes se deparem com um preceito normativo expresso no Código Civil hábil a dirimir determinada controvérsia, nada impede que apliquem (diretamente) uma norma jusfundamental em conjunto. Aliás, por apreço ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, recomenda-se essa operação.

⁸⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 313.

A rigor, reconhecer primazia à teoria da eficácia mediata por intermédio da atividade judicial significa, à evidência, negar a *Drittwirkung*, pois, ao se impor a necessidade de prévia concretização do conteúdo normativo das cláusulas gerais ou dos conceitos indeterminados como condição de extensão dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas, o que se estará a aplicar é uma norma de Direito Privado⁹⁰. Apenas indiretamente os direitos fundamentais teriam eficácia no bojo das relações entre particulares, o que, à semelhança da imprescindível intervenção do legislador, representa uma nítida inversão de valores.⁹¹

Além das referidas imprecisões, a teoria da eficácia mediata também é criticada pela dificuldade inerente à compreensão dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva de valores⁹². Conforme bem observa Alexy⁹³, mais complicado do que sustentar a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, em verdade, é a dificuldade em se identificar o que seria essa ordem objetiva de valores sustentada pelo *Bundesverfassungsgericht*:

“La aceptación de principios objetivos de un nivel supremo de abstracción tiene ventajas e inconvenientes. Las ventajas residen en su flexibilidad. En tanto puntos de partida de fundamentaciones dogmáticas de exigencias jusfundamentales estructural y materialmente muy diferentes, son utilizables en todos los ámbitos del sistema jurídico. el inconveniente reside en su imprecisión. Invitan a una de las formas más oscuras de la fundamentación jurídica, a la ‘deducción’ o ‘derivación’ de un contenido concreto a partir de principio abstractos. (...)

*Por eso, la tesis según cual las disposiciones jusfundamentales hay que adscribir principios supremos que irradian en todos los ámbitos del sistema jurídico no es ni falsa ni inadecuada sino que sólo dice poco. Quedan pendientes las cuestiones de saber de qué forma se lleva a cabo esta influencia y qué contenido tiene.”*⁹⁴

⁹⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 313.

⁹¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O STJ e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1243>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

⁹² ESTRADA, Julio Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 122-125.

⁹³ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 508.

⁹⁴ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 510.

O que se tem constatado na doutrina contemporânea é uma notável imprecisão na formulação de soluções normativas acerca de direitos fundamentais, visto que os intérpretes, sempre que se deparam com *hard cases*, na melhor acepção de Dworkin⁹⁵, procuram criar novas teorias ou se apegam a outras extremamente insuficientes, quando, à evidência, poderiam superar tais obstáculos com o simples emprego de institutos amplamente consagrados, tais como o de fundamentalidade e aplicabilidade direta. Em que pesem os argumentos em contrário, a devida apreensão desses dois institutos é capaz de conduzir os juristas a caminhos mais seguros e precisos em grande parte dos debates sobre direitos fundamentais, sem que seja necessário invocar os conceitos de eficácia irradiante ou de ordem objetiva de valores⁹⁶. A consolidar a tese acima explicitada, vale colacionar o ensinamento de Gilmar Mendes:

“A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que hão de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.”⁹⁷

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

⁹⁶ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a “doutrina e a jurisprudência germânicas preferem associar a *Drittwirkung* ao problema da irradiação da ordem constitucional dos direitos fundamentais para a ordem jurídico-civil” (Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno, cit., p. 110). Às vezes, a mais simples fórmula é capaz de resolver grande parte dos problemas, sem que sejam necessários maiores embates acerca de criações teóricas mirabolantes. Nesse sentido, Luis Prieto Sanchís assevera que é conhecida “*el énfasis con que el Tribunal Constitucional viene defendiendo esa dimensión objetiva de los derechos fundamentales como sistema de valores que proporciona ‘contenidos básicos’ al conjunto del ordenamiento, como filosofía política que subyace al modelo del Estado social y democrático de Derecho y que, por tanto, há de informar todo el sistema jurídico*” (*Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 211). Ainda que de forma vacilante, o Bundesverfassungsgericht também parece se inclinar por esse entendimento, consoante adverte Gilmar Mendes Ferreira: “Entendeu o Bundesverfassungsgericht que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado.” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, cit., p. 224). Cf.: BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 288; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 124.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, cit., p. 228.

Em suma, é perfeitamente plausível a conclusão segundo a qual a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, por intermédio da atividade judicial, conduz a um verdadeiro beco sem saída, sob a perspectiva eminentemente normativa dos direitos fundamentais. A *mittelbare Drittwirkung* consubstancia, de fato, uma construção artificial e artificiosa para afastar a eficácia direta dos direitos fundamentais⁹⁸ e relegar a segundo plano a exata apreensão dos conceitos de fundamentalidade e aplicabilidade direta.

2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*)

Sob o manto da Lei Fundamental de Bonn, Hans Carl Nipperdey, presidente do *Bundesarbeitsgericht* (o Tribunal Federal do Trabalho alemão) foi o grande idealizador da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para esse autor, o fundamento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pode ser retirado da concepção deles enquanto valores que emergem por todo o ordenamento, ou seja, como uma decorrência inevitável do princípio da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição.⁹⁹

Um dos fatores que mais contribuiu para a criação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi a concepção de uma Constituição normativa democrática¹⁰⁰, a qual deveria preconizar pela supremacia de uma série de princípios e valores emergentes na sociedade¹⁰¹. Desse modo, a força normativa da Constituição, consubstanciada em sua fundamentalidade e supremacia, jamais poderia conceber que a ordem jurídico-privada ficasse alheia às normas jusfundamentais e formasse um inequívoco “gueto à margem da Constituição”.¹⁰²

⁹⁸ Juan María Bilbao Ubillos observa que a mediação judicial também é indispensável para delimitar o conteúdo normativo dos direitos fundamentais nas relações jurídico-públicas e nem por isso se sustenta uma eficácia indireta (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 318 e 321).

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 121.

¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 115.

¹⁰¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 193.

¹⁰² BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 258-259; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 288.

Nipperdey propugna, ainda, que os direitos fundamentais deveriam ser dotados de uma eficácia absoluta¹⁰³, o que lhes permitiria incidir de forma ampla e irrestrita em todas as relações estabelecidas entre particulares¹⁰⁴. Em verdade, fugir a uma construção em torno da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares corresponderia, segundo Nipperdey, a atribuir às normas jusfundamentais uma conotação meramente declaratória, isto é, algo totalmente contraditório com sua essência.¹⁰⁵

As normas jusfundamentais não careciam, pois, de qualquer mecanismo de adaptação para que pudessem gozar de plena eficácia direta no âmbito das relações jurídico-privadas, vez que a fundamentalidade e a aplicabilidade direta lhes assegurariam todo o aparato necessário para a realização de suas funções de proteção constitucional¹⁰⁶. Ora, por óbvio que possa parecer, é importante esclarecer que a admissibilidade da teoria da eficácia imediata representa o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais, sem qualquer espécie de mediação concretizadora¹⁰⁷. Aliás, com Bilbao Ubillos

¹⁰³ LIMA, Maria Rosynete de Oliveira, Direitos fundamentais e relações entre particulares, cit., p. 77.

¹⁰⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, op. cit., p. 186.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 122; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*, cit., p. 172.

¹⁰⁶ Robert Alexy adverte que inicialmente deve ser perquirido o que significam esses efeitos imediatos perante particulares e, em seguida, responde com o argumento *a contrario sensu*: “*Primero, un efecto inmediato en terceros no puede consistir en que los derechos del ciudadano frente al Estado sean, al mismo tiempo, derechos del ciudadanos frente a los ciudadanos. Esto está excluido por razones conceptuales y no es sostenido por ningún representante de la teoría de los efectos inmediatos en terceros. Por definición, un derecho del ciudadano frente al Estado no es, en tanto tal, un derecho del ciudadano frente a outro ciudadano. Segundo, no puede llegarse a un efecto inmediato en terceros cambiando simplemente el destinatario de los derechos fundamentales frente al Estado. (...) Por efecto inmediato en terceros hay que entender una tercera cosa. Ella consiste en que, por razones jusfundamentales, en la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían. Si se define de esta manera el concepto de efecto inmediato en terceros, de la teoría de los efectos mediatos en terceros y de los efectos en terceros a través de la mediación del Estado, surge un efecto inmediato en terceros.*” (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 520-521).

¹⁰⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cit., p. 325. Para María Ángeles Martín Vida, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares “*supone, por tanto, que éstos rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, lo cual es incuestionable en relación a algunos derechos pero más dudoso respecto a otros*” (MARTÍN VIDA, María Ángeles, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 18). Ver também: ESTRADA, Julio Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., 2000, p. 103).

deve-se concordar, quando assevera que a partir da noção de caráter normativo da Constituição, jamais poderíamos ignorar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais:

*“Podemos discutir en qué medida rigen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero creo que, si se toma en serio el carácter normativo de la Constitución (la ‘Drittwirkung’ sería algo así como la última frontera de la Constitución normativa), no se puede negar, a limine y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en este ámbito.”*¹⁰⁸

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais permite que o hermenauta disponha de mecanismos mais eficazes para a pronta resposta contra qualquer ameaça de lesão a um direito fundamental¹⁰⁹, contudo convém registrar que a aplicação das normas jusfundamentais no bojo das relações jurídico-privadas não gera a transformação da natureza jurídica dessas normas¹¹⁰. Ao contrário do que preconizava a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais¹¹¹, sob o pálio da teoria da eficácia direta, a lide é resolvida perante o Direito Constitucional, especificamente em meio ao ambiente formado pelos direitos fundamentais.¹¹²

Em suma, a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais encerra o entendimento de que, com ou sem o desenvolvimento da atividade legislativa, a norma jusfundamental deve ser aplicada precipuamente em uma sentença, e não como um mero critério interpretativo¹¹³. Sob outros argumentos, Bilbao Ubillos ainda acrescenta que *“la existencia de una norma legal que*

¹⁰⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 325.

¹⁰⁹ Esse também é o posicionamento de: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

¹¹⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 513.

¹¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 277-278 e 285.

¹¹² Segundo Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino, “as normas constitucionais são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional), elegem-se como as principais normas do sistema, não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípuo seu papel na teoria das fontes do direito civil” (A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 17, n. 65, p. 27, jul./set. 1993).

¹¹³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 327; LIMA, Maria Rosynete de Oliveira, *Direitos fundamentais e relações entre particulares*, cit., p. 77; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 278.

reitere expressamente la regla o el principio enunciado en la Constitución no es óbice para que pueda hablarse de aplicación directa de la norma constitucional y de eficacia inmediata del derecho fundamental”¹¹⁴. Ora, mesmo nesses casos, impõe-se seja admitida a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, posto que a atividade do legislador será simplesmente declaratória, e não constitutiva. Nesse sentido, assevera Leonardo Mattietto:

“Tal aplicação deve ocorrer nas relações entre Estado e os indivíduos, bem como nas relações interindividuais, abrigadas no campo civilístico. Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinários, que os tenha transposto para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre os indivíduos (a denominada eficácia direta), inclusive em virtude da determinação segundo a qual ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’ (Constituição, art. 5º, § 1º).”¹¹⁵

Os inúmeros críticos da teoria de Nipperdey, conforme lembra Aguiar De Luque¹¹⁶, afirmam que ela acaba por suprimir o princípio da autonomia privada, à medida que a aplicação de um direito fundamental em detrimento da autonomia da vontade acabaria por desfigurar o Direito Privado como um todo. Com efeito, a doutrina majoritária repudia a teoria da eficácia imediata, em razão das supostas dificuldades técnicas que apresentaria para resolver conflitos em concreto¹¹⁷, afinal, não se pode olvidar que fatalmente estar-se-á diante de

¹¹⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 327.

¹¹⁵ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 167.

¹¹⁶ AGUIAR DE LUQUE, Luis, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión*, cit., p. 7.

¹¹⁷ Claus Wilhelm Canaris afirma de forma equivocada, data vênia, que: “Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da autonomia privada. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se consequentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade. Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou por se não impor – o que, hoje em dia, dispensa maiores considerações.” (*Direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 51-52). A tese de Canaris apresenta uma substancial falácia, afinal, não paira nenhum óbice em anular um contrato que afete significativamente o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

dois titulares de direitos fundamentais¹¹⁸⁻¹¹⁹. Na esteira do posicionamento de Luis Prieto Sanchís¹²⁰, é importante que identifiquemos as reais consequências – danosas ou benéficas – a serem acarretadas pela eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e, ao ensejo, verificar, outrossim, de que forma os conteúdos desses direitos exercem alguma espécie de limitação (razoável) sobre a autonomia privada. Com vistas a afastar as possíveis refutações à teoria da eficácia imediata, em função da pretensa eliminação da autonomia privada, cumpre transcrever o ensinamento de Robert Alexy, *litteris*:

*“Es fácil refutar la objeción de que todo efecto inmediato en terceros conduce a una eliminación o limitación indebida de la autonomía privada. La propia autonomía privada, no sólo su limitación, es objeto de garantías jusfundamentales y, por lo tanto, del efecto en terceros. Una deficiencia de la discusión de los efectos en terceros ha sido que, a menudo, la cuestión de la limitación de la autonomía privada estaba en primer plano y su protección no era tratada como cuestión de igual rango. La forma como han de trazarse los límites de las competencias de derecho privado es una cuestión material y, en última instancia, un problema de ponderación.”*¹²¹

Diante das considerações anteriormente formuladas, é possível concluir que os direitos fundamentais não são direitos públicos subjetivos rígidos, os quais somente podem ser exercidos contra o Estado – e indefesos ao exercício da autonomia privada –, senão também em face dos particulares. O surgimento de tensões ou conflitos entre direitos fundamentais ou entre eles e outros bens cons-

¹¹⁸ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 171.

¹¹⁹ Para Maria Celina Bodin de Moares Tepedino, “o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado” (A caminho de um direito civil constitucional, cit., p. 28).

¹²⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 212.

¹²¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 522. Para Alexy, “más seriamente debe ser tomada la objeción según la cual un efecto inmediato en terceros, también del tipo presentado, es incompatible con el papel del derecho civil”. Com efeito, mesmo diante da admissibilidade da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, os conflitos somente poderão ser resolvidos em conformidade com o caso concreto. Dever-se-á verificar, à espécie, se a situação efetivamente requer a eficácia imediata de um direito fundamental (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 280).

titucionalmente protegidos, enquanto resultado de uma eficácia direta, pode resultar na necessidade de imposição de limites, os quais, via de regra, poderão ser definidos pelo processo de concretização hermenêutica¹²². A partir das premissas de fundamentalidade e aplicabilidade direta, a normatividade dos direitos fundamentais afeta imediatamente todos os setores do ordenamento jurídico e todas as relações constituídas sob o seu pálio, sem a tão cotada imprescindibilidade de intervenção do legislador ou prévia concretização de cláusulas gerais.¹²³

2.3 A atribuição das lesões ao Estado: a visão de Schwabe

Em virtude dos peculiares contornos adquiridos por essa teoria dentro da compreensão sistêmica do fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, impende sejam tecidas breves considerações acerca de sua repercussão doutrinária. Deve-se a Jürgen Schwabe¹²⁴ o desdobramento teórico desse modelo alternativo – que Sarlet denomina de teoria da convergência estatista –, segundo o qual a manifestação da autonomia privada em uma relação entre particulares decorre primordialmente de uma autorização do Estado¹²⁵. Dessa forma, considerando ser a exteriorização da autonomia privada um produto da chancela estatal – o que ocorre por intermédio do Direito Privado¹²⁶ –, todas as ofensas a direitos fundamentais devem ser exclusivamente imputadas a esse ente.¹²⁷

¹²² Rafael Naranjo de la Cruz prefere atribuir ao princípio da proporcionalidade essa tarefa (*Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe cit., p. 222).

¹²³ Rafael Naranjo de la Cruz observa que “*el derecho fundamental se impone en toda su extensión en el sector jurídico-privado sólo cuando, correctamente delimitado, no colisiona en su alcance máximo com outro bien o derecho protegido en la Constitución que justifique su restricción. Si, ejerciéndose el derecho fundamental en el ámbito privado, el conflicto sólo se plantea entre aquél y un bien o derecho no protegido en sede constitucional, no está en juego el principio de unidad de la Constitución, y la imposición absoluta del derecho fundamental no es sino un reflejo necesario de la misma supremacía dela Norma Fundamental*” (*Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe cit., p. 219).

¹²⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: la buena fe, cit., p. 181.

¹²⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 513.

¹²⁶ É importante destacar, como o faz Gilmar Mendes Ferreira, que Schwabe rejeitava veementemente as teorias da eficácia mediata e imediata, posto que sequer admitia a imputação de violação de um direito fundamental a um particular (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, cit., p. 228-229).

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 133; LIMA, Maria Rosynete de Oliveira, *Direitos fundamentais e relações entre particulares*, cit., p. 77.

Ora, se o Estado não proíbe as interferências, negociações e violações dos bens constitucionalmente protegidos por parte dos particulares em suas relações jurídicas, isso significa que confere guarida às violações a direitos fundamentais nelas ocorridas¹²⁸. Em última análise, portanto, essas violações não poderiam ser imputadas aos particulares que, deveras, não as teriam cometido caso o Estado interviesse de forma incisiva. Seguindo esse desate, apresentase desarrazoada a construção de um modelo de eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, haja vista que “*para la solución del problema del efecto en terceros habrían de bastar los derechos fundamentales en tanto derechos del status negativo frente al Estado*”¹²⁹. A corroborar esse entendimento, salutar a lição de Ingo Sarlet:

“Para Shwabe, mesmo no tráfico jurídico-privado, cuida-se, em última análise, sempre de uma proteção (defesa) contra ingerências do Estado, ainda que provocadas por particulares, de tal sorte que, na verdade, se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta do legislador privado e da jurisdição civil aos direitos fundamentais, sendo, portanto, dispensável uma fundamentação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da teoria da ordem objetiva de valores, comum às concepções da eficácia direta e indireta, já apresentadas.”¹³⁰

Em que pesem as razões em contrário, nem em um Estado totalitário, no qual o aparato estatal está por toda parte e a atividade pública de intervenção é incessante, a teoria de Schwabe poderia ser considerada válida. O Estado jamais poderia tutelar de forma pormenorizada todas as relações jurídicas formadas entre os indivíduos. Naranjo de la Cruz assevera que as críticas a Schwabe, no âmbito do direito contratual, concentram-se na circunstância dele não identificar corretamente a essência do negócio jurídico, o qual se desenvolve, em grande parte, a partir da vontade criadora exclusiva dos entes privados¹³¹. Ademais, sob a ótica dos preceitos de responsabilidade civil objetiva

¹²⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 280.

¹²⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 513.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 133.

¹³¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, cit., p. 184.

do Estado por conduta omissiva¹³², sequer existiria, via de regra, um nexo de causalidade minimamente plausível entre a ação desencadeadora da lesão e esta em si considerada. Conforme ensina Bilbao Ubillos, “*la construcción es artificiosa (no se puede atribuir al Estado una suerte de responsabilidad univeral por todo lo que sucede) y no se resuelve en la práctica el problema de fondo*”.¹³³

2.4 Breves apontamentos acerca da *state action*

As premissas relativas à *state action* são extremamente semelhantes às utilizadas por Schwabe no desenvolvimento de seu posicionamento¹³⁴, posto que concebe, em termos gerais, o Estado como o único possível ofensor dos direitos e garantias individuais¹³⁵. Essa corrente surgiu sob o desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte americana¹³⁶, para a qual grande parte dos direitos e garantias individuais consagrados na Constituição e suas Emendas são dirigidos exclusivamente às ações praticadas por entes públicos¹³⁷. Para os norte-americanos, até mesmo a *Bill of Rights* e seus mecanismos de proteção dos direitos e garantias individuais são encarados como limites voltados tão-somente para as relações do Estado com os indivíduos.¹³⁸

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 196 e 854-859; ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1, p. 121-125.

¹³³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 288.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 229; SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, cit., p. 134.

¹³⁵ TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*, cit., p. 1.688.

¹³⁶ Como bem observa Laurence Tribe: “*Despite the precedents, and despite the vocabulary, the Supreme Court has not succeeded in developing a body of state action ‘doctrine’, a set of rules for determining whether governmental or private actors are to be deemed responsible for an asserted constitutional violation. The Court itself has acknowledge the stubborn individuality of the state action cases.*” (*American constitutional law*, cit., p. 1.690). Para Joaquim Benedito Barbosa Gomes, “a doutrina da ‘ação governamental’, e a legitimação jurídica que esta obteve por parte da Corte Suprema na segunda metade do século 19 e início do século 20, constituem uma das causas do recrudescimento do racismo e das perseguições contra os negros nos EUA após a guerra civil. Tal doutrina conferiu a base jurídica para algumas decisões infamantes daquela Corte no período, como é o caso do famoso caso ‘Plessy v. Ferguson’, que durante várias décadas serviu de sustentáculo à segregação dos negros” (*Ação afirmativa e princípio constitucional: o direito como instrumento de transformação social; a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81).

¹³⁷ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 1995. p. 470.

¹³⁸ Para John E. Nowak e Ronald D. Rotunda: “*The Bill of Rights by its terms and necessary implications has been viewed only to limit the freedom of the government when dealing with individuals.*” (*Constitutional law*, cit., p. 470).

Uma das exceções à *state action* existente no ordenamento jurídico constitucional norte-americano, no pertinente à pretensão eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, está consignada na 14^a Emenda, que aboliu a escravidão nos Estados Unidos, porquanto ela também é dirigida aos particulares¹³⁹. Nesse sentido, aliás, é o escólio de Joaquim Benedito Barbosa Gomes, *expressis*:

“Isto porque a 14^a Emenda à Constituição, promulgada em 1868 com o fim expresse pôr cobro à marginalização social e jurídica dos negros, foi concebida como instrumento de contenção voltado contra os Estados-membros, isto é, contra entidades políticas. Disso resultou que a intervenção estatal visando ao fim da discriminação sempre foi considerada legítima nas atividades públicas propriamente ditas, nas atividades dependentes de regulamentação ou outorga estatal, naquelas em que haja dispêndio de recursos públicos, ainda que em montantes irrisórios ou de forma indireta, em suma, em todas aquelas hipóteses em que se faça presente o exercício de qualquer forma de autoridade estatal, seja ela a mais singela. Portanto, a presença do interesse público e/ou estatal na respectiva atividade sempre foi a linha demarcatória da ação coercitiva do Estado no sentido de compelir o particular a ceder aos imperativos governamentais de integração, diversidade e não discriminação. O fato, porém, é que esse entendimento restritivo da ação inibidora do Estado resultou no encorajamento à discriminação de caráter privado.

Mas ao Poder Judiciário coube o papel de mitigar a rigidez dessa dicotomia entre público e privado, através de decisões que ao longo do tempo tenderam a identificar indícios de ‘significativo envolvimento estatal’ ou a presença de uma ‘função pública’ em inúmeras atividades que, do ponto de vista ontológico, seriam em princípio privadas. Nessas decisões, a Corte Suprema, em julgamentos memoráveis, procedeu a uma, digamos, ‘publicização’ de comportamentos até então tidos como eminentemente privados, ora neles vislumbrando indícios de atuação regulatória ou fiscalizadora do Estado, ora detectando alguma modalidade de dispêndio de recursos públicos (*‘Taxing and Spending Clause’*) que, aliás,

¹³⁹ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., *Constitucional law*, cit., p. 470.

como já dito, constitui o mais relevante dentre os fatores suscetíveis de legitimar a atuação do Estado em prol da concretização do princípio da igualdade e, em muitos casos, no sentido de limitar a autonomia individual.”¹⁴⁰

O divisor de águas para os norte-americanos está em identificar se a violação cometida contra os direitos e garantias individuais de um indivíduo por outro – indivíduo ou ente privado – pode ser imputada ao Estado¹⁴¹, ou seja, se essa ação pode sofrer as limitações presentes na Constituição, em suas emendas e na *Bill of Rights*. Para Nowak e Rotunda, a configuração das hipóteses de *state action* somente ocorre quando o indivíduo ou ente privado acusado de ter violado um princípio jufundamental não esteja atuando em nome do Estado¹⁴², pois nesses casos, os indivíduos ou entes privados argüiriam em seu favor a impossibilidade de praticarem ingerências contra os direitos e garantias individuais, uma vez que não integram o aparato estatal.

Ao ensejo da apreciação das práticas discriminatórias e das ações afirmativas no direito norte-americano, Joaquim Benedito Barbosa Gomes afirma que “por razões históricas e em consequência da inegável predominância de valores individualistas e privatistas no Direito norte-americano, o combate à discriminação racial deu-se prevalentemente naquele país na esfera pública”, de modo que “ao Governo não é dado interferir na esfera íntima das pessoas, sob pretexto de coibir os atos discriminatórios”.¹⁴³

¹⁴⁰ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa, *Ação afirmativa princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 82-84.

¹⁴¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. XV.

¹⁴² “The so called ‘state action’ issue arises only when the person or entity alleged to have violated the Constitution is not acting on behalf of the government. In such a case the person alleged to have violated the constitutional provision will argue that he is incapable of violating the Constitution because he is not part of the government, giving rise to the state action issue.” (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional law*, cit., p. 470).

¹⁴³ Joaquim Benedito Barbosa Gomes adverte ainda que “essa é uma questão que permeia praticamente todo o direito constitucional dos EUA: autonomia privada versus intervenção do Estado. Dela decorrem inúmeras questões. Qual o papel a ser desempenhado pelo Estado no processo econômico e social? Deve o Estado manter-se neutro e distante dos embates que se travam na seara econômica como era a regra do período conhecido como ‘Lochner Era’, ou, ao contrário, a ele deve ser dado amplo poder regulatório? Qual a extensão do poder regulatório? Nele estaria compreendido o poder de ‘intervenção seletiva’ em prol de ‘minorias insulares’, inclusive minorias econômicas, como sugere a célebre nota de rodapé n. 4 do juiz Stone no caso *Carolene Products*? Do ponto de vista constitucional, quais são as condições e os limites dessa ‘intervenção seletiva’. As respostas a essas e outras questões *au coeur* da rica jurisprudência da Corte Suprema referente ao tema dos direitos civis em geral e das

A rigor, todos os casos que envolvem a *state action* possuem um aspecto em comum: a violação dos direitos e garantias constitucionais por outrem (indivíduo ou ente privado), o que implica reconhecer que a *state action* encerra um inequívoco problema de imputação¹⁴⁴. De fato, a questão resume-se em verificar quais dos direitos envolvidos possuem maior relevância sob o aspecto constitucional e a quem pode ser imputada a agressão aos direitos e garantias individuais. Essa questão, entretanto, depende da constatação do conteúdo estatal das ações praticadas pelo agressor¹⁴⁵, de modo a identificar se elas se submetem aos valores e limitações presentes na Constituição e suas Emendas. Destarte, caso a corte encontre conexões suficientes entre a agressão praticada e as funções públicas típicas, deverá, por conseguinte, declarar que os direitos da parte agredida devem prevalecer.¹⁴⁶

Na primeira fase de análise, a corte buscará identificar inicialmente se o particular que causou o dano a um outro estava atuando em conformidade com a lei de sua jurisdição. O segundo aspecto a ser apreciado pela corte combina a função pública típica e o exame dos complexos precedentes de *state action*. Na segunda etapa da análise, a corte determinará se as ações dos particulares podem ser definidas como equivalentes às ações desempenhadas por um ente público. Realizada essa determinação, a Suprema Corte entendeu que as cortes devem sempre averiguar três fatores: 1) a proporção em que o particular agressor conta com o apoio e os benefícios governamentais; 2) se o ator está realizando uma função pública típica 3) e se o dano causado é agravado em razão da presença da autoridade estatal.¹⁴⁷

condições afirmativas em particular. (...) Esse entendimento traz em si, implícita, a idéia de que em certas esferas do comportamento humano o indivíduo seria inteiramente livre para discriminar, eis que circunscrito a zonas vedadas à interferência estatal. Exemplos de tais zonas de permissividade discriminatória seriam as atinentes à liberdade de associação, ao domínio estritamente íntimo de cada um etc.” (*Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 80-81).

¹⁴⁴ Sobre a possível imputação ao Estado de violação a direitos e garantias individuais em razão de sua inércia, cf.: TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*, cit., p. 1.689 e 1.692.

¹⁴⁵ Conforme ensina Laurence Tribe: “Accordingly, when litigants claim the protection of such guarantees, courts must first determine whether it is indeed government action – state or federal – that the litigants are challenging.” (*American constitutional law*, cit., p. 1688).

¹⁴⁶ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional law*, cit., p. 471.

¹⁴⁷ Para John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, “if a private actor who is alleged to have harmed persons by violating a constitutional provision was not performing a public function, a court must examine the totality of facts and circumstances in the case to determine whether the government has been involved with the private actor to constitutional limitations. If the court finds that the totality of facts and

A mudança de posicionamento por parte da Suprema Corte acerca da *state action* teve início com a transformação da dimensão normativa entre público e privado, o que, em matéria de discriminação, ocorreu com o caso *Shelley v. Kramer*¹⁴⁸. A Suprema Corte, inclinada pela perspectiva de assegurar a proteção dos direitos e garantias individuais dos particulares em suas relações jurídicas, passou a compreender de forma extensiva o conteúdo de determinadas atividades privadas. Inúmeras atividades ou empreendimentos, em princípio de natureza privada, foram considerados públicos ou de interesse público em decorrência do simples indício de autoridade estatal.¹⁴⁹

circumstances shows the government being involved in the harm caused to the victims of the private actor the court is likely to conclude that the private actor was acting with state action and violated the civil liberties of the victim. In other words, when a case does not involve a traditional government function, a court must simply look at the totality of facts and circumstances in determining whether: (1) the harm caused to the victim was somehow traceable to the private actor using a right granted to him by state law; and (2) whether the connection of the government to the private actor, and the harm caused by the private actor, is such that it is fair to subject the private actor's actions to constitutional restrictions" (Constitutional law, cit., p. 472-474).

¹⁴⁸ Joaquim Benedito Barbosa Gomes ressalta que nesse caso a “Corte Suprema considerou ilegal a presença de cláusula discriminatória em contratos de direito privado. O fato de uma Corte estadual haver concedido medida injuntiva ao particular considerando legítima a aplicação que ele fizera da referida cláusula contratual, foi o elemento decisivo para a Alta Corte vislumbrar ali uma ‘ação governamental’. Ou seja, em princípio tratava-se de um contrato eminentemente privado. Sua ‘publicização’ se deu a partir do momento em que o Poder Judiciário interveio para assegurar a sua aplicação. (...) Citem-se, à guisa de ilustração, alguns dos casos julgados pela Corte Suprema, e que ao longo do tempo foram abrandando a exigência de ação governamental como requisito de indispensável à intervenção do Estado em matéria de combate à discriminação racial. Assim, por exemplo, em *Burton v. Wilmington Parking Authority* (365 US 715 – 1961), considerou-se como pessoa governamental um permissionário de uso de estacionamento público que, em violação da cláusula de Igual Proteção das Leis da 14ª Emenda, entendia não ser da sua obrigação cumprir o objetivo governamental de não discriminar; em *Smith v. Allwright* (321 US 649), cuidava-se de saber se um partido político tem a natureza de entidade privada ou se, ao contrário, se trata de ente governamental ou paragovernamental. A Corte entendeu que partido político não se confunde com associação privada, sendo reversamente um *agent of the state*. Logo, não pode discriminar em razão de raça, cor, sexo, origem, nacional e deficiência física.” (*Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 84-85). O citado autor aponta o caso *Reitman v. Mulkley* como preponderante para a mitigação da *state action*.

¹⁴⁹ Joaquim Benedito Barbosa Gomes adverte, no entanto, que embora a *state action* tenha ganhado contornos mais condizentes com a realidade social cambiante, “durante as três últimas décadas, período em que estiveram à frente da Corte Suprema os Juízes Warren Burger e William Rehnquist, houve pequenos retrocessos, no sentido de dar caráter privado a certas atividades outrora consideradas públicas, como ocorreu no caso *Rendell-Baker v. Kohn* (457 US 830 – 1982), em que a Corte julgou não ser dever do Estado coibir discriminação em uma escola privada, mesmo quando essa escola opera sob contrato governamental para cumprir certas obrigações no que concerne à educação especial de parcela de seus estudantes.” (*Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*, cit., p. 87-88).

Em suma, a grande crítica à *state action* está diretamente relacionada aos pressupostos sobre o qual fora construída: a estanque separação entre público e privado e a concepção dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos exercidos exclusivamente contra o Estado. Dessa forma, conforme expõe Bilbao Ubillos, a *state action* “*pressupone la viabilidad de la distinción entre actos de los poderes públicos y actos de particulares u organizaciones privadas*”, de maneira que “*la virtual quebra de esta distinción básica, que hace agua por todas partes, es el verdadero talón de Aquiles de la concepción tradicional*”¹⁵⁰. Ao invés de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, os norte-americanos preferem adotar o caminho mais complexo: ampliar a conotação pública de determinadas atividades designadamente privadas¹⁵¹. O contra-senso desse posicionamento está em ampliar, diante de um Estado de conotação neoliberal (mínimo), aquilo que deve ser entendido por ação governamental ou estatal.

3 O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares

Malgrado a jurisprudência brasileira seja incipiente em relação à adoção de um referencial cultural da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares¹⁵², afigura-se possível identificar em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, mormente no RE n. 201.819/RJ (rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes), os delineamentos básicos para a sua aplicação. O Supremo Tribunal Federal, ao menos em quatro oportunidades, apreciou casos em que a controvérsia poderia ter sido dirimida por intermédio da invocação dos pressupostos teóricos da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

¹⁵⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. XIV.

¹⁵¹ Juan María Bilbao Ubillos salienta que “*la clave está, por tanto, en la dilatación del concepto de poder público, de acción estatal, una alternativa a las soluciones ensayadas en otras latitudes que en ningún momento pone en cuestión el principio, comúnmente aceptado en aquella cultura jurídica, de que los derechos proclamados en la Constitución vinculan solamente a las autoridades e instituciones del Estado*” (*Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. XVI).

¹⁵² Para conferir a desenvoltura da jurisprudência brasileira sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, mormente a do Superior Tribunal de Justiça, precursora na aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, ver: SOMBRA, Thiago Luís Santos, *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais, cit.

Por oportuno, convém destacar que, embora a Suprema Corte somente recentemente tenha emitido expresso e inequívoco entendimento sobre a *quaestio juris*, todos os precedentes analisados, além de corretamente julgados sob o prisma da *Drittwirkung*, demonstram a sinalização para a consagração de uma teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares.

Em aresto cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de julgar um caso em que uma companhia de aviação francesa concedeu vantagens salariais a seus empregados franceses, sem que o correspondente tratamento fosse também concedido aos seus empregados brasileiros.

Embora a lide consistisse no emprego do estatuto de pessoal da referida companhia de aviação exclusivamente aos empregados franceses, em detrimento dos brasileiros, o Tribunal Regional do Trabalho confirmou sua inaplicabilidade em relação a eles, o que ensejou a interposição de recurso de revista, o qual o Tribunal Superior do Trabalho não conheceu, sob os seguintes fundamentos: “(...) inócorre a pretendida lesão ao artigo 153, parágrafo 1º, da Carta Magna, vez que a discussão pretendida é inviável pois prende-se em torno de norma regulamentar da empresa e de aspectos probatórios da demanda, cujo exame é defeso nesta fase recursal”.

Com o escopo de reformar o acórdão recorrido, ante a suposta presença de *error in iudicando* e afronta direta à Constituição Federal, o empregado brasileiro interpôs recurso extraordinário, que o Supremo Tribunal Federal conheceu, preliminarmente, para examinar questão constitucional relativa à ofensa do princípio da isonomia e, no mérito, concedeu provimento para determinar a aplicação do estatuto de pessoal da companhia de aviação ao recorrente, em acórdão assim ementado:

“Constitucional – Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira. Estatuto do pessoal desta. Aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. Constituição Federal de 1967, artigo 153, parágrafo 1º; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*.

I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens a empregados, cuja aplicabilidade

seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: Constituição Federal de 1967, artigo 153, parágrafo 1º; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*.

II - A discriminação que se baseia em atributos de qualidade, em nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do Supremo Tribunal Federal: AgR AG n. 110.846/PR, Célio Borja, *RTJ* 119/465.

III - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV - RE conhecido e provido.”¹⁵³

Dessarte, a controvérsia foi explicitada pelo Ministro Carlos Velloso nos seguintes termos, *verbis*:

“É que a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo, ou, noutras palavras, ‘a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria diferenciada’. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 47-50).

Examinemos o caso em julgamento.

Aqui, deixou-se de aplicar, em relação ao empregado, o recorrente, o estatuto da empregadora, que concede vantagens a empregados, ao argumento puro e simples de que ele não ser aplicável porque o empregado não era de nacionalidade francesa, mas brasileira. Não se considerou, todavia, que a prestação de serviço realizava-se no Brasil, sujeita a empresa às leis brasileiras, convindo registrar que na empresa havia empregados franceses e brasileiros, todos empregados da mesma empresa, certo que não reservara aos franceses um certo tipo de trabalho diferente do trabalho praticado pelos brasileiros. Noutras palavras, os empregados franceses não exerciam tarefas típicas, em relação a brasileiros. Brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa sujeita às leis brasileiras, não exerciam, uns em relação a outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros.

¹⁵³ STF – RE n. 161.243/DF, 2ª Turma, rel. Carlos Velloso, j. 29.10.1996, *DJU*, de 19.12.1997, p. 57.

Não há, aliás, nos autos, uma só palavra a esse respeito. O fator desigualizador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade.

(...)

No caso, porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república.”

Conquanto brilhantes e robustos os fundamentos impingidos pelo Ministro Carlos Velloso, o referido acórdão não fez alusão à teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. À evidência, constata-se que o ministro relator corretamente relegou a segundo plano um pouco do extremismo concedido à autonomia privada, afinal, por mais que o recorrente tivesse conhecimento da restrição presente em seu contrato individual de trabalho acerca do estatuto de pessoal da empresa, dever-se-ia considerar sua condição de inferioridade em relação à companhia de aviação.

Ao direito fundamental à isonomia foi concedida prevalência, visto que, por força da condição de desigualdade, não se poderia permitir que um ente detentor de poder social impusesse determinado discrimen em desobediência aos ditames e parâmetros de razoabilidade.

Em outro julgado paradigmático, o Ministro Sepúlveda Pertence teve a oportunidade de julgar o RE n. 160.222/RJ (*DJU*, de 01.09.1995), no qual as trabalhadoras de uma fábrica de roupas femininas eram sujeitas a revistas íntimas e diárias realizadas por prepostos do empregador, asseguradas por cláusula inserta em contrato individual de trabalho, com o intuito de verificar se escondiam sob suas indumentárias as peças íntimas produzidas.

Infelizmente, o mencionado caso, tal qual o HC n. 82.424/RS¹⁵⁴, envolvia matéria de índole criminal, porquanto o Ministério Público havia denunciado

¹⁵⁴ No referido caso, um escritor gaúcho publicou um livro com conteúdo notadamente anti-semita. Embora a matéria fosse de natureza eminentemente criminal, ou seja, prescrição ou não do crime de racismo pelo qual o escritor fora denunciado, poder-se-ia aventar a possibilidade de uma associação judaica – dotada de personalidade jurídica –, por exemplo, requerer uma tutela inibitória ou ação de obrigação de não fazer em face da editora e do autor, consistente na abstenção de publicar e circular a referida obra. Aliás, cumpre destacar que o mecanismo da tutela inibitória, nos moldes da lição de Luiz Guilherme Marinoni, afigura-se um dos instrumentos mais importantes para conferir proteção e efetividade à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*Tutela inibitória*: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35-36). Conferir, outrossim: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

o empregador como incurso no tipo de constrangimento ilegal e, em virtude da superveniência da prescrição intercorrente, o ministro relator, com grande pesar, foi obrigado a declarar extinta a punibilidade e julgar prejudicado o recurso, o que o fez nos seguintes termos: “Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exarcebado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.”

Conforme destacado pelo Ministro Pertence, o caso certamente demandaria uma contraposição entre a autonomia privada e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, de modo que, matizado pela teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, o privatismo exarcebado concedido pelo acórdão recorrido não prevaleceria. Assim como o precedente anteriormente citado, o caso em espécie suscita a perspectiva da desigualdade fático-econômica entre os atores sociais envolvidos, o que não dispensa a correta delimitação das premissas que ensejarão a graduação da incidência dos direitos fundamentais.¹⁵⁵

Sob o enfoque de relativa igualdade social, o Ministro Marco Aurélio julgou o RE n. 158.215/RS¹⁵⁶, em que dois cooperados foram excluídos de uma cooperativa, sem direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, pelo simples fato de terem desafiado a assembléia geral da entidade. Para o ministro relator, somente após o julgamento por um órgão colegiado, com observância à ampla defesa e ao contraditório, poderiam os referidos cooperados ser expulsos¹⁵⁷, *expressis*:

“Exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol das garantias constitucionais. Conforme ressaltado pela Procuradoria Geral

¹⁵⁵ Consoante exposto anteriormente, esse é o papel a ser desempenhado pelo hermenêuta: conduzir o bisturi constitucional de forma a permitir que incisão seja gradual e pontual. Deverá pautar-se, dessa forma, pela apreensão, com aguçado senso de realismo crítico, das teorias desenvolvidas sobretudo na Alemanha e Espanha, visto que a mera importação desses modelos sem a devida apreciação e adaptação apenas fará com que o tema continue relegado a segundo plano ou não goze de um mínimo de identificação com os padrões culturais, sociais, econômicos e jurídicos da população brasileira.

¹⁵⁶ STF – RE n. 158.215/RS, 2ª Turma, rel. Marco Aurélio, j. 30.04.1996, *DJU*, de 07.06.1996, p. 19.830. Acerca desse acórdão em específico, impende seja citado: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 13, p. 1-5, abr./maio 2002.

¹⁵⁷ Por ocasião da votação da reforma da previdência no Senado Federal, e a contrariedade à posição manifestada pelo líder da bancada do Partido dos Trabalhadores, a senadora Heloísa Helena foi ameaçada de expulsão pelo Diretório Nacional do Partido. Tal decisão, à evidência, somente poderia ser efetivada após o devido processo legal e o exercício do direito de ampla defesa e contraditório pela senadora.

da República, os recorrentes foram excluídos do quadro de associados da cooperativa em caráter punitivo, tal como depreende-se do acórdão atacado (...). O colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos recorrentes no sentido de serem julgados pela assembléia da cooperativa. A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurado da plenitude da defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. Uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio pela parte interessada, algo diverso é o atropelo das normas próprias à espécie, julgando-se o processo sem a abertura de prazo para a produção da defesa e feitura de prova. Na esteira do pronunciamento da Procuradoria Geral da República, tenho que o recurso extraordinário interposto está a merecer conhecimento e provimento. Provejo-o para, reformando o acórdão de fls., julgar procedente o pedido formulado na demanda anulatória. Fulmino o ato da assembléia da recorrida que implicou a exclusão dos recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, com os consectários pertinentes e que estão previstos no estatuto da recorrida.”

Após longo período de incertezas quanto ao entendimento inequívoco do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, enfim sobreveio o julgamento de um caso que permitiu aos ministros apreciar todos os deslindes teóricos da aludida teoria.

A União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado, excluiu de seu quadro de sócios um determinado indivíduo, em razão da inobservância de determinadas infrações estatutárias, sem a observância do devido processo legal. A relatora Ministra Ellen Gracie concedeu provimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de “que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor”, pois “cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

Para a relatora, a controvérsia deveria ser dirimida sob a ótica do estatuto social e da legislação civil, de modo que inconcebível a invocação do artigo 5º, LV, da Constituição Federal para efeito de reintegrar o sócio excluído nos quadros da UBC. Para a Ministra Ellen Gracie, é preponderante a circunstância de que, “obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada”.¹⁵⁹

Em seguida, sobreveio pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, que inaugurou a corrente divergente, que reconheceu a eficácia direta dos direitos fundamentais, nos seguintes termos, *verbis*:

“Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas. (...)

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da União Brasileira de Compositores, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

(...)

No Brasil, a doutrina recente tem se dedicado com afincamento ao desenvolvimento do tema. Mencionam-se a propósito os estudos de Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino do Vale e Thiago Sombra, os quais também enfatizam o amadurecimento dessa questão no Tribunal. Com base nas raras ocasiões em que a Corte se debruçou sobre o tema, é possível delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privadas pode assumir (cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações*

¹⁵⁹ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. possibilidades e limites de aplicação no direito constitucional brasileiro*. Tese (Mestrado em Direito), orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves, 2004; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 2, out./dez. 2003; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p. 170-174; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998).”

Por sinal, bem adverte o Ministro Gilmar Mendes que as penalidades impostas, a despeito de amparadas pelo estatuto social da sociedade civil, deveriam ter sido aplicadas em consonância com o princípio do devido processo legal, por meio do contraditório e ampla defesa. A rigor, a hipótese vertente apresenta uma significativa peculiaridade que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, “transcende a simples liberdade de associar ou permanecer associado”¹⁶⁰, visto que a integração a entidades dessa natureza é um imperativo para o regular exercício das atividades de compositor.

Em sua notável conclusão, assevera o Ministro Gilmar Mendes que, por força do caráter público das atividades desempenhadas pela União Brasileira de Compositores, é inconteste a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório ao processo de exclusão de sócio da entidade.

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, que também teceu outras oportunas e inusitadas considerações sobre a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, *verbis*:

“O acórdão objeto do presente recurso extraordinário, ao assinalar que o estatuto das liberdades públicas (enquanto complexo de poderes, de

¹⁶⁰ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

direitos e de garantias) não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, reconheceu que os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal.

(...)

O exame da controvérsia jurídica suscitada nesta sede recursal extraordinária faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional, consistente na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, valendo referir, a esse respeito, valiosas opiniões doutrinárias (Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, Malheiros; Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004, Fabris; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*”, 2004, Fabris, v.g.).

(...)

Entendo correta, por isso mesmo, com a devida vênia, a opção que levou o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a proferir a decisão objeto do presente recurso extraordinário, notadamente no ponto em que essa colenda Corte judiciária reconheceu a impossibilidade de determinada associação civil (como a parte ora recorrente) excluir, de seus quadros, compulsoriamente, em caráter punitivo, qualquer associado, como o ora recorrido, que ostentava, de modo regular, a legítima condição de membro integrante dessa entidade de direito privado.

(...)

Impende destacar, ainda, considerados os fundamentos ora expostos, que essa visão da controvérsia pertinente à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletido na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro de decisões que esta Suprema Corte proferiu a propósito da incidência da garantia do devido processo legal nas hipóteses de exclusão de integrantes de associações e cooperativas, ou, ainda, em casos nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, incidiram em práticas discriminatórias contra trabalhadores brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade.”

Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello também consignou seu entendimento no sentido de que os direitos fundamentais deveriam apresentar eficácia direta, sobretudo em razão da natureza jurídica da União Brasileira de Compositores. Não se olvide, outrossim, que o Ministro Celso de Mello concentrou seu cerne de análise sobre o confronto entre os limites da autonomia privada e outros direitos fundamentais, *verbis*:

“É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Isso significa, portanto, que a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.

Concluo, pois, senhores ministros, no sentido de reconhecer que assiste, ao associado, no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve, em cláusula mandatória, a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LV, não obstante se trate, como no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada.”¹⁶¹

A referência aos precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal vem consolidar a idéia de que a *Drittwirkung der Grundrechte* envolve temas notadamente cotidianos e dotados dos mais inusitados vieses, o que implica reconhecer que a constante imbricação e interdisciplinariedade exige do

¹⁶¹ STF – RE n. 201.819/RJ, 2ª Turma, rel. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJU, de 27.10.2006.

hermeneuta uma incessante busca pelos significantes normativo-culturais da realidade social subjacente.

4 Argumentos contrários e refutações à *Drittwirkung der Grundrechte*

Com amparo na teoria clássica dos direitos fundamentais, ou seja, direitos e garantias individuais voltados exclusivamente em face do Estado, alguns autores continuam a rechaçar a possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Por sinal, um dos autores que oferece maior resistência à *Drittwirkung* é Forsthoff, um jurista de influência notadamente liberal, para quem os direitos fundamentais podem continuar a cumprir sua função social, sem que seja necessário renunciar à sua natureza de direitos subjetivos públicos¹⁶². Para Prieto Sanchís, todavia, as restrições à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares restringir-se-iam a dois fatores principais:

*“Primero, en que la regla de la autonomía suele verse, y no sin buenas razones, como la tradición al Derecho privado de un derecho general de libertad, de modo que la aparente pérdida de vigor de los derechos supondría en realidad el triunfo del más primigenio de los derechos humanos; y, segundo, en que los negocios o relaciones sometidos a ese principio de autonomía se conciben – esta vez con peores razones – como una manifestación de la igualdad jurídica consagrada por el Código; es el homo juridicus imaginado por el Código quien decide sobre su propia vida en un marco de plena igualdad y ¿qué mejor expresión de la libertad?”*¹⁶³

O excessivo apego à vertente histórica dos direitos fundamentais e à irritada proteção ao princípio da autonomia privada constituem os dois maiores argumentos contrários à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

¹⁶² Para Forsthoff, “desde premisas rigurosamente positivistas, rechaza la interpretación de estos derechos como un sistema de valores y critica las propuestas innovadoras (‘conceptos bien intencionados, moralmente encomiables, pero jurídicamente en las nubes (...)’) que crean inseguridad y pueden conducir a la disolución de la Constitución” (apud BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 278-279). Além de Forsthoff, Bilbao Ubillos aponta G. Amato, Scheuner, Aubert, Favre e Rogel Vide como contrários à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

¹⁶³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 208.

O primeiro, por todas as razões esposadas nos tópicos antecedentes, carrega em sua bagagem um fardo ideológico formado essencialmente pela separação estanque entre público e privado; o segundo, por sua vez, relaciona-se à autonomia e independência do Direito Privado e de seu preceito primordial: a autonomia da vontade. Ademais, cumpre ressaltar que nas relações entre particulares, estar-se-á diante de dois titulares de direitos fundamentais, que reclamam, simultaneamente, um dever de proteção por parte do Estado.

Além dos citados argumentos, um dos mais recentes e robustos óbices à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a atividade judicial. Diante da pretensa completude dos códigos e leis, os juízes, em geral, julgam cada vez menos com supedâneo na Constituição¹⁶⁴. Os códigos e as leis passaram a constituir a fonte imediata e direta da atividade judicial, afinal, se um determinado caso pode ser perfeitamente resolvido por um dispositivo do Código Civil, não paira razão para invocar um dispositivo constitucional.

A timidez dos juízes, que preferem se amparar nos textos legais e nos precedentes jurisprudenciais, ao invés da norma constitucional, revela a tradição de sujeição exclusiva à lei – *civil law*. Os juízes acabam por esquecer, portanto, que somente estão adstritos ao princípio da legalidade a partir da ótica de um Estado Constitucional de Direito, no qual a primeira norma a ser observada, protegida e aplicada é a Constituição. Tal argumento é, contudo, relativamente compreensível – abstraída a falsidade da premissa menor – à medida que existe uma norma legal positivada para solucionar determinada lide, todavia não se sustenta em definitivo, quando efetivamente não há nenhum preceito legal para dirimir a controvérsia.

Essa linha de argumentação é, sob o ponto de vista ontológico, absolutamente equivocada, pois relega a segundo plano a condição de superioridade hierárquica e fundamentalidade das normas jusfundamentais. A Constituição deve, sempre que possível, ser aplicada, ou seja, ainda que exista dispositivo infraconstitucional expreso sobre o tema, visto que “*la experiencia nos indica que los dispositivos genuinamente privados ofrecen una protección ‘genérica’ y ‘fragmentaria’, por lo que se hace necesario en no pocos casos*

¹⁶⁴ Para Marc Carrillo, “*la fuerza normativa de la Constitución es el presupuesto básico sobre el que se fundamenta su aplicación inmediata por jueces y tribunales*” (*La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, cit., p. 33).

acudir directamente a las garantías constitucionales”¹⁶⁵. Em suma, nada mais condizente com a unidade e máxima efetividade que a aplicação de um preceito legal em combinação com outro de natureza constitucional.¹⁶⁶

5 Referências

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión. *Actualidad Jurídica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. 10, 1981.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O STJ e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1243>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 63/64, p. 1-49, jan/dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

_____. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹⁶⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 328.

¹⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro, *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito constitucional*, cit., p. 11.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. *Juizes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTRADA, Julio Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 4.

GARCIA TORRES, Jesús; JIMENEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social, a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 3, p. 73-80, jan./jun. 2000.

_____. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍN VIDA, María Ángeles. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Boletín de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Madrid, n. 5, dic. 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. v. 4.

MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Imprensa Nacional, ano 38, n. 152, out./dez. 2001.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los Límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitucional law*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing, 1995.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antônio E. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 74, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *A eficácia e eficácia dos direitos fundamentais nas relações com particulares*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3460>>. Acesso em: 12 set. 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, p. 41-52, abr./jun. 1987.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 1988.

VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VONGEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

AS TERRAS DEVOLUTAS NA REFORMA URBANA

José Roberto Fernandes Castilho¹

“(...) terras devolutas, que a inércia do Estado conserva a monte, sem saber por que nem para que (...)”

(Monteiro Lobato, *A onda verde*, 1920).

Sumário: 1 Introdução. 2 Terras devolutas municipais. 3 Objetivos do Estatuto da Cidade. 4 Aspectos do ordenamento territorial em áreas urbanas devolutas. 5 Considerações finais. 6 Referências. Anexo.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 previu em capítulo próprio e inédito na história das nossas cartas políticas a “reforma urbana” instituída como política pública, e esse capítulo, com dois artigos apenas, veio a ser regulamentado em 2001, com a edição do chamado Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001). Na verdade, a ementa da lei afirma que ela “regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”. Porém, parece-me que o texto da lei nacional vincula-se antes à competência genérica estipulada no artigo 21, XX, ou seja, à incumbência da União na instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano (mas não, com exclusividade, a execução delas), inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Em outras palavras, para promover a “reforma das cidades” – como meio de assegurar o fundamental “direito à cidade” –, cumpre definir uma política urbana para o país e, para tanto, a própria Constituição já estabeleceu alguns mecanismos nos referidos artigos 182 e 183. Alguns, não todos.

¹ Procurador do Estado de São Paulo e professor doutor do Departamento de Planejamento, Urbanismo e Ambiente da FCT/Unesp de Presidente Prudente.

Uma das preocupações principais da lei urbanística foi a regularização fundiária, que identificamos, em outro texto, com um dos seus princípios norteadores. De fato, a regularização fundiária, expressão que nominalmente se repete por quatro vezes na lei (arts. 2º, XIV, 4º, V, "q", 26, I e 35, III), está também presente, de modo latente, em diversos dispositivos dela, desde o usucapião especial urbano (com fulcro no art. 183 da CF) e a concessão de uso especial de bem público, até o direito de preempção e a transferência do direito de construir. Isso sem falar nos instrumentos tradicionais, preexistentes, como a desapropriação, a concessão de direito real de uso, etc. Trata-se, em suma, de buscar formas e mecanismos de "legalização urbanística" das ocupações do solo, e isso deve ser entendido de modo amplo. Essa legalização envolve não só o lote em si, mas também a urbanização de seu entorno, porquanto o direito à moradia – que o Estado implementa – compreende o acesso aos equipamentos coletivos, como afirma, corretamente, o artigo 246, parágrafo único, da Constituição do Estado de Minas Gerais². A dignidade da vida urbana exige o acesso aos equipamentos coletivos, sem os quais, hoje, a cidade não merecerá esse nome.

Portanto, quando se fala em regularização fundiária, deve-se pensar, *a priori*, num amplo programa de *urbanificação* (= correção dos males da urbanização) de áreas casado com a titulação dos domínios ou o reconhecimento das posses. Obviamente com isso se garante o direito à habitação que Henri Lefebvre considera a primeira expressão, muito imperfeita, a primeira palpatção, do direito à cidade³. E o direito à cidade é, na verdade, o outro nome da reforma urbana (um existe em função do outro), expressões valorativas que designam tarefas do Poder Público a demandar enorme esforço de planejamento e execução dos planos urbanísticos, vinculando os domínios privados e públicos. Mas a questão que se coloca é a seguinte: Não poderá o Estado exercê-las de modos diversos que aqueles preconizados no Estatuto da Cidade? Não haverá caminhos mais expeditos e eficazes para promover-se a reforma urbana que a Constituição determina?

A meu ver, a resposta é positiva e esse caminho consiste na utilização do amplo – *e desconhecido (cui prodest?)* – patrimônio federal, estadual e

² O texto do artigo 246 da Constituição mineira é o seguinte: "O Poder Público adotará instrumentos para efetivar o direito de todos à moradia, em condições dignas, mediante políticas habitacionais que considerem as peculiaridades regionais e garantam a participação da sociedade civil. Parágrafo único - O direito à moradia compreende o acesso aos equipamentos urbanos."

³ LEFEBVRE, Henri. *A vida cotidiana no mundo moderno*. São Paulo: Ática, 1991. p. 162.

municipal composto por terras devolutas, instituto jurídico “genuinamente brasileiro, tanto em sua conceituação originária como em seu desenvolvimento, hoje mais que centenário”⁴. É a aplicação das terras devolutas na reforma urbana, tema transversal algo antigo e já trabalhado magistralmente por Messias Junqueira – antigo Procurador do Estado Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário do Estado de São Paulo – que remete à reforma agrária (a obra antes citada é de 1964, elaborada no calor das chamadas “reformas de base”, de onde foi retirado o título do texto presente). São ambas reformas estruturais, apenas com a mudança de foco: da produtividade, passa-se para a habitabilidade (*livability*), cuja análise exige tratamento interdisciplinar.

2 Terras devolutas municipais

O conceito de terras devolutas é um conceito complexo do direito administrativo, inserto no capítulo dos bens públicos. Não pretendo aqui formular uma definição, mas apenas identificar o instituto, haja vista o alcance particular do texto. Em resumo, classificam-se como bens dominicais (art. 99, III, do novo Código Civil) os que, depois de apurados mediante processo discriminatório, passam a integrar o patrimônio público, embora muitas vezes permaneçam na posse de particulares, seus ocupantes. O instituto das terras devolutas, como um sucedâneo das sesmarias, foi inicialmente pensado pelo Patriarca da Independência José Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838), no início do século XIX (no âmbito de um projeto nacional que tinha para o Brasil), mas ganhou forma definitiva apenas em 1850, com a edição da Lei de Terras. Como se sabe, o Brasil viveu de 17 de julho de 1822 (quando, em resolução imperial, foram suspensas todas as sesmarias “até a convocação da Assembléia Geral Constituinte”) até 18 de setembro de 1850, com a edição da Lei n. 601 (a Lei de Terras), um período de plena liberdade na ocupação do seu território. Como escreve Messias Junqueira – o grande tratadista do assunto –, “neste período o território brasileiro esteve, com a tolerância do governo imperial, à mercê de quem quisesse pura e simplesmente ocupá-lo”.⁵

⁴ JUNQUEIRA, Messias. *As terras devolutas na reforma agrária*. São Paulo: Ed. do Autor, 1964. p. 61.

⁵ JUNQUEIRA, Messias. *O instituto brasileiro das terras devolutas*. São Paulo: Lael, 1976. p. 73.

Após a edição da lei – ocorrida no mesmo mês da Lei Eusébio de Queirós, que aboliu o tráfico negreiro⁶ –, o panorama jurídico do território nacional mudou por completo, porquanto ela demarcou o espaço público e o espaço privado. Estremou. Como consequência, acabou por não incentivar o acesso do homem à terra, tal qual ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos (com o *Homestead Act* de 1862). Pelo contrário, dificultou ou mesmo impediu o acesso. Assim, o processo de colonização foi totalmente distinto num e noutro país, com as consequências conhecidas⁷. Basicamente, a Lei n. 601 reconheceu a porção do território nacional que já estava ocupada pelos particulares ou pelo próprio Estado – uma restritíssima parcela, sobretudo litorânea – e considerou o restante “terra devoluta”, isto é, devolvida à Coroa, portanto pública. Então, “terras devolutas são terras não apossadas, não aproveitadas, não cultivadas”⁸, isto à época da edição da lei. Nesse sentido, no início do século XIX, no Rio de Janeiro, falava-se em “terreno devoluto” – como terreno não edificado – para efeito da aplicação da Décima Urbana, imposto imobiliário instituído no Brasil em 1808. Hoje, o conceito de terras devolutas nada tem a ver com terras vagas.

Essas terras ainda não aproveitadas, tornadas públicas, poderiam doravante ser transferidas ao patrimônio particular somente mediante compra (art. 1º, princípio básico da Lei de Terras), o que constituía um poderoso fator de incentivo (agora sim) à ilegalidade ou à informalidade no sistema de propriedade, num momento histórico chave quando, com a expansão do capitalismo, a imigração intensificava-se e o fim da escravidão se desenhava no horizonte. E foi isso o que de fato ocorreu. Historicamente, deu-se a pura e simples ocupação de amplas glebas, cujos títulos foram forjados para dar aparência de legalidade à ocupação das áreas (o que veio a se denominar “grilagem”). Cumpre notar que, não raro, o fraudador inicial vendia de imediato a terra precariamente “legalizada” a desbravadores, que eram por ele enganados (sobre o tema, deve-se reler o texto clássico de Monteiro Lobato *O grilo*, publicado em

⁶ A Lei Eusébio de Queirós, assim chamada em referência ao Ministro da Justiça Eusébio de Queirós Coutinho Matoso da Câmara, é de 4 de setembro de 1850. A Lei de Terras data de 18 de setembro. Portanto, entre uma e outra há o espaço de apenas 14 dias.

⁷ Sobre o tema, deve-se consultar o estudo pioneiro de Emília Viotti da Costa (Política de terras no Brasil e nos Estados Unidos. In: COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987).

⁸ JUNQUEIRA, Messias, *As terras devolutas na reforma agrária*, cit., p. 73.

1920)⁹. Ao Poder Público, constitui hoje tarefa relativamente fácil comprovar, em processo discriminatório, a falsidade do título original da cadeia dominial – vício que vai se transmitindo nas sucessivas transmissões –, o que demonstra a natureza pública da terra.

Em muitas dessas glebas devolutas, levantam-se hoje cidades inteiras. Isso se dá em todo o Brasil. No Oeste do Estado de São Paulo, em especial, essa é a regra. Há diversas cidades pequenas e médias instaladas totalmente em perímetros julgados devolutos (para o Pontal do Paranapanema, ver o dossiê organizado pelo autor¹⁰). Nesse caso, as terras devolutas pertencem ao patrimônio municipal porque em São Paulo, desde 1891 (mesmo ano da Constituição republicana de 24 de fevereiro, que transferiu, no art. 64, a maior parte das terras devolutas aos Estados-membros¹¹), houve o trespasse, puro e simples, da titularidade das terras devolutas com destino urbano aos municípios. Acabando de vez com o tradicional *rossio* e transformando os baldios em logradouros públicos, a Lei n. 16, de 13 de novembro de 1891 – primeira lei de organização dos municípios paulistas – falava, no artigo 38, 1º, em terras “adjacentes às povoações de mais de mil almas em raio de círculo de seis quilômetros a partir da praça central”. O critério do número de mil habitantes (critério demográfico) para definição do raio municipal manteve-se até 1945, destacando-se a capital, em caso especial, já em 1935 (v. Anexo). Em 1945, o interventor federal Fernando Costa, por decreto-lei, uniformizou as terras de propriedade dos municípios do interior em oito quilômetros a partir do “centro das sedes”. Então, entenda-se: não há terras devolutas originariamente municipais, *ex vi constitutione*. As terras devolutas, desde a Constituição republicana, ou são federais ou estaduais. Na Constituição de 1988, a distinção entre os dois patrimônios é feita pelos artigos 20, II (as federais) e 26, IV (as estaduais). Assim, o artigo 110, parágrafo 1º da Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990, mostra-se manifestamente inconstitucional, já que incorporou aos bens do Município todas as terras devolutas “que se situem dentro de seus limites”.

⁹ LOBATO, Monteiro. *A onda verde e o presidente negro*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1951. (Obras Completas, 1ª Série, v. 5).

¹⁰ CASTILHO, José Roberto Fernandes (Org.). Atuação da PGE na solução dos conflitos fundiários da Região do Pontal do Paranapanema. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 49/50, p. 129-312, jan./dez. 1998.

¹¹ Observe-se que de 1891 são a Constituição republicana de 24 de fevereiro, a Constituição paulista de 14 de julho e a primeira Lei de Organização dos Municípios, de 13 de novembro.

Porém, os Estados-membros, depois de receberem a titularidade em 1891, transferiram, por lei, parte das terras devolutas que lhes cabiam às municipalidades. Ao longo do tempo, em São Paulo, essa área foi sendo estendida. Ainda vigora atualmente o Decreto-Lei Complementar n. 9/69, que é a última lei orgânica dos municípios paulistas e que estabelece, no artigo 60, um raio de 6 km a partir do “ponto central” da sede dos distritos (as vilas), 8 km a partir do “ponto central” da sede dos municípios (as cidades) e 12 km no Município de São Paulo, a partir da Praça da Sé, como terras devolutas municipais¹². O “ponto central” é fixado por lei local. A diferença entre cidades, vilas e a capital atendia, à época, um princípio racional, que hoje não mais se justifica, haja vista que o perfil da urbanização do Estado se alterou por completo (há três regiões metropolitanas no Estado, há distritos com população maior que sua sede, etc.). Tratando das terras devolutas municipais, Messias Junqueira observava que “todas as leis estaduais trazem dispositivos em que se alude à entrega de terras devolutas aos municípios, para os mais diversos objetivos, travados com o interesse público, especialmente no que respeita à urbanização, produção alimentar, proteção de mananciais para o abastecimento das populações, parques, estabelecimentos públicos, etc.”¹³. Refere as leis do Espírito Santo e de Minas Gerais, segundo as quais o governo entregaria aos municípios os terrenos que fossem necessários à fundação e desenvolvimento das povoações, vilas e cidades, fazendo eco à Lei n. 601. O verbo “entregar” está a indicar, de modo claro, que no nosso sistema constitucional não existe previsão de terras devolutas originalmente municipais.¹⁴

É de fato interessante observar que a própria Lei de Terras preocupou-se com a formação de vilas e cidades porquanto, no artigo 12, determinou a reserva de terras devolutas “para a fundação de povoações, abertura de estradas e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos”. O dispositivo foi disciplinado nos artigos 77-79 do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que aprovou o regulamento para execução da Lei de Terras. Previa-se

¹² Sobre essas informações, deve-se consultar: BARHUM, Sérgio Nogueira. *Contribuição ao estudo da ação discriminatória de terras devolutas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Oeste Paulista (Unoeste), Presidente Prudente, 2003.

¹³ JUNQUEIRA, Messias, *As terras devolutas na reforma agrária*, cit., p. 120.

¹⁴ Daí a polêmica acerca de o Município ter legitimidade para a propositura de ação discriminatória, já que não é titular originário do domínio. Observo que a jurisprudência, antes resistente, hoje vem admitindo a hipótese, apesar de não haver previsão na Lei n. 6.383/76 (v. acórdão de 2004 do 1ºTACivSP reproduzido na RT 834/259, se bem que com frágil fundamentação).

tanto a distinção de lotes urbanos (com 10 braças de frente e 50 de fundo, ou seja, 22 m x 110 m) e lotes rurais (de maior extensão), como também que sua distribuição aos povoadores seria feita “a título de aforamento perpétuo”, ou seja, nunca mediante doação, o que o artigo 1º da Lei expressamente vedava. Quanto à configuração do lote, lembre-se a lição de Nestor Goulart Reis Filho a respeito do lote urbano colonial, que era estreito e muito comprido, determinando uma arquitetura peculiar. Segundo o professor da FAU-USP, “no Pará ou no Recife, em Salvador ou em Porto Alegre, encontram-se ainda hoje casas térreas e sobrados dos tempos coloniais, edificadas em lotes mais ou menos uniformes, com cerca de dez metros de frente e de grande profundidade”¹⁵. Mas, ao menos em São Paulo, desconheço a utilização de terras devolutas para formação específica de núcleos urbanos, tornando concreta a previsão da lei imperial.

Portanto, a realidade que quero apontar é esta: em muitas cidades brasileiras, o solo com destino urbano é, total ou parcialmente, público, municipal, embora o Poder Público ordinariamente ou desconheça isso ou então – o que é pior – legitime as posses, indiscriminadamente, de todos os ocupantes, tal como elas se apresentam, sem nenhuma “previdência”, sem nenhum propósito de reforma. A legitimação de posse implica a transmissão, clausulada ou não, da propriedade do Estado ao particular que a ocupa, com posse “mansa e pacífica” e, hoje, produtiva. Como ensina Messias Junqueira, “o instituto da legitimação de posse nasceu com o próprio instituto das terras devolutas, no texto do artigo 5º da Lei 601”¹⁶. Daí coloca-se a questão fundamental: Deve-se aplicar, em face dessa realidade, o Estatuto da Cidade com seu rol de instrumentos de intervenção para a ordenação territorial?

3 Objetivos do Estatuto da Cidade

Como dito de início, dentre os vários objetivos da lei urbanística – que se conjugam para garantir o direito a “cidade sustentáveis” –, dois objetivos imediatos devem ser destacados: a regularização fundiária (art. 2º, XIV, do Estatuto da Cidade), que está incluída dentre as preocupações maiores da lei, e, como derivação, a instalação de equipamentos coletivos (art. 2º, V, que fala em

¹⁵ REIS FILHO, Nestor Goulart. *Quadro da arquitetura no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 22.

¹⁶ JUNQUEIRA, Messias, *O instituto brasileiro das terras devolutas*, cit., p. 128.

“equipamentos urbanos e comunitários”). Isso para se eliminarem os bolsões das chamadas “formas subintegradas de crescimento urbano”, materializadas em “habitações subnormais”, favelas e cortiços, que consistem na negação total do direito à cidade (São Paulo, por exemplo, tinha 1.648 cortiços em 2000, onde vivia quase um milhão de pessoas)¹⁷. Mas, como explica Ermínia Maricato, “terra urbana significa terra servida por infra-estrutura e serviços (rede de água, rede de esgotos, rede de drenagem, transporte, coleta de lixo, iluminação pública, além dos equipamentos de educação, saúde, etc.). Ou seja, a produção da moradia exige um pedaço de cidade e não de terra nua”¹⁸, o que o processo de parcelamento do solo deixa claro ao falar dos equipamentos e das obras exigidas do loteador (v. arts. 4º, I, e 18, V, da Lei n. 6.766/79). Cumpre registrar que, mesmo na hipótese da venda direta de imóvel público “no âmbito de programas habitacionais de interesse social”, autorizada desde 1994 pela Lei de Licitações (art. 17, I, “f”), sem concurso, exige-se sempre o respeito dos parâmetros urbanísticos da Lei do Parcelamento do Solo, que é norma de alcance nacional, como o Estatuto.

Em resumo, a regularização fundiária consiste na legalização jurídico-urbanística do lote e do seu entorno (infra-estrutura urbana em geral). Já os equipamentos coletivos ou comunitários – indispensáveis – materializam-se em obras públicas que o Poder Público tem de efetivar para garantir determinados direitos da cidadania ligados à urbanização, como, por exemplo, a praça pública e outros espaços coletivos que possibilitam o gozo do direito ao lazer. Mas, pode-se pensar na escola e no direito à educação, no hospital e no direito à saúde, no parque e no direito à “qualidade de vida” etc. Como diz Hely Lopes Meirelles, ao tratar do equipamento urbano, são “melhoramentos próprios da cidade”, o que inclui vias e logradouros¹⁹. A Lei do Parcelamento do Solo define: “Consideram-se equipamentos comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares” (art. 4º, § 2º, da Lei n. 6.766/79). Portanto, a “oferta de equipamentos urbanos e comunitários” (art. 2º, V do Estatuto) aparece, ao lado dos equipamentos infra-estruturais ligados ao lote (abastecimento de água, esgotamento sanitário, energia elétrica, etc.), como condição para a fruição de certos direitos da cidadania. A respeito,

¹⁷ *O Estado de S. Paulo*, de 11.01.2004, p. C-4.

¹⁸ MARICATO, Ermínia. *Brasil cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 119.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 266.

observa Maria Hermínia Tavares de Almeida, no debate sobre o Programa Fome Zero, “parcela significativa dos brasileiros que vivem abaixo da linha de pobreza não precisa de comida, mas de serviços públicos – saúde, educação, saneamento – com um mínimo de qualidade, moradia decente e renda suplementar para suprir outras necessidades”²⁰. Muitos desses serviços tidos como essenciais transitam pela existência do equipamento.

O Estatuto previu diversos instrumentos para cumprimento desses dois objetivos relacionados, todos dispensáveis e desnecessários, em se tratando de terras devolutas urbanas, pela razão óbvia de que se as terras são públicas, basta ao município – seu titular *ex lege* – reivindicá-las do seu ilegítimo ocupante e aplicá-las no fim adequado. Como escreve Messias Junqueira, deve-se “somente incorporar-se ao patrimônio público as terras devolutas vagas e as ilegalmente ocupadas, *a fim de que, pelos meios próprios, sejam aplicadas às diversas finalidades do interesse público*”²¹. Porém um outro objetivo – mediato ou indireto – da lei ou, antes, da Constituição, não é, em absoluto, dispensável, mesmo diante dessa realidade territorial peculiar: trata-se do *plano urbanístico*.

Documento sintético e diretivo, vinculando todos os “atores urbanos”, o plano urbanístico – chamado Plano Urbanístico Diretor – vai pensar a cidade a partir da realidade físico-ambiental. E, portanto, diante da existência do patrimônio devoluto urbano, vários problemas se resolvem *a priori*. Vislumbra-se aqui a quase possibilidade de um urbanismo como ciência da formação das cidades, porquanto o Poder Público tem amplas possibilidades de atuação nessa área, sem a necessidade de desapropriação. Pode promover reformas profundas, seja no desenho ou remodelação dos lotes ou das quadras, seja no sistema viário, seja nos equipamentos urbanos. Com efeito, em outra situação, o grande entrave para isso é o custo da desapropriação que, dados os juros compensatórios incidentes (uma criação jurisprudencial que tenta compensar, ao proprietário, a perda antecipada da posse), catapulta o valor da indenização, e por isso não está mais sendo utilizada pelo governo federal, nem mesmo na reforma agrária. Haja vista a proverbial morosidade da Justiça, a desapropriação – cujo processo costuma levar décadas para encerrar-se – acaba por tornar-

²⁰ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. O que há de errado no Fome Zero? *O Estado de S. Paulo*, de 02.03.2003, p. A-2.

²¹ JUNQUEIRA, Messias, *O instituto brasileiro das terras devolutas*, cit., p. 128, destaquei.

se um “prêmio” ao proprietário, num efeito perverso. Em face da dominialidade pública já posta e consolidada, torna-se desnecessária a expropriação, bastando cumprir-se o artigo 30, VIII, da Constituição Federal, que determina às comunas, como competência executiva (e reserva de poder local), a promoção do seu “adequado ordenamento territorial”. Em suma, que façam elas do urbanismo uma função pública, tal como deve ser, porquanto, do contrário, o particular insere-se indevidamente nessa competência-dever, na busca de benefícios privados. Ora, *como se promove o ordenamento territorial em terras já integradas no domínio público, embora sem destino definido?* Essa, parece-me, é a questão fundamental, que será tratada aqui em grandes linhas.

4 Aspectos do ordenamento territorial em áreas urbanas devolutas

Nas comunas, as terras devolutas municipais ou abrangem a totalidade da área urbana da sede do município (como, no caso, por exemplo, de Mirante do Paranapanema, no Pontal) ou apenas parte da área urbana (caso de Presidente Prudente, cuja faixa forma uma meia-lua). No primeiro caso, fazendo um pequeno cálculo geométrico, a área devoluta máxima corresponderá a: para as cidades, 8 km = 20.106,19 ha; para as vilas, 6 km = 11.309,73 ha; para a Capital, 12 km = 45.238,93 ha (como, é claro, um município pode ter vários distritos, assim as áreas devolutas se multiplicam). Para efeito de comparação, segundo Milton Santos, em 1954 o raio de paisagem construída da metrópole paulistana, então com três milhões de habitantes, já alcançava 15 km²². Em ambos os casos, porém, a solução será a mesma: o plano urbanístico deve ser necessariamente complementado pelo plano de ocupação dessa área. Conhecido como “plano geral”, na Lei paulista n. 3.962/57 (que rege ainda hoje o processamento das legitimações de posse em terras devolutas estaduais), ou como plano de “legitimação de posses” (nome impróprio porque não se faz apenas isso), em se tratando de área urbana, ele constituirá aquilo que, em direito urbanístico, se denomina “plano de pormenor” ou “plano particularizado”. Esse tipo de plano tem nítido caráter operativo, em face das diretrizes gerais do uso, da ocupação e da transformação do solo urbano. Naqueles dois municípios do Pontal, entretanto, isso não foi feito, sendo as posses imediatamente

²² SANTOS, Milton. *Metrópole corporativa fragmentada: o caso de São Paulo*. São Paulo: Nobel, 1990. p. 17.

legitimadas em bloco (como aconteceu em Mirante, nos anos 90, com grandes festejos) ou vem sendo paulatinamente transferidas aos particulares (como ocorre em Presidente Prudente), mediante o requerimento do interessado. Ou seja, para repetir o engenheiro baiano Theodoro Sampaio, o Pontal continua – ainda hoje, e não só por isso – um “problema geográfico”.²³

Grifo, de início, que a ocorrência da dupla plano geral/planos particularizados é comum na experiência européia da disciplina urbanística e constitui uma exigência própria da racionalidade planificadora. Na Itália, por exemplo, se o *piano regolatore generale* (que corresponde ao nosso plano urbanístico diretor) constitui o instrumento básico de ordenação urbana – que sistematiza e estrutura o território municipal –, a lei prevê eventuais *piani regolatori particolareggiati* (arts. 13 e 14 da Lei Urbanística de 1942) como instrumentos de execução daquele. A distinção é evidente. O primeiro contém diretivas de caráter geral (*piano di massima*, como escreve Gian Carlo Mengoli²⁴) enquanto o segundo, subordinado, especifica os mecanismos de atuação particular, em porção específica do território. Também em Portugal, o artigo 2º do Decreto-Lei n. 69/90 classifica os planos municipais em planos diretores, planos de urbanização e planos de pormenor, os quais definem “com minúcia, a tipologia de ocupação de qualquer área específica do município” (art. 9º, 4). Ora, no caso, trata-se da ocupação das áreas devolutas municipais (veja-se que o próprio Estatuto da Cidade cogita de um plano particularizado no art. 33, para as operações urbanas consorciadas). Não se cuida de mero “programa” (como na dicção do art. 35, III) – conjunto de projetos *unidirecionados* –, haja vista o vasto alcance, territorial e urbanístico, das áreas devolutas e suas múltiplas possibilidades.

Na análise do destino dos imóveis nessas áreas das cidades ou das vilas, deve-se de pronto fazer uma distinção essencial. Deve-se separar as áreas que são – ou serão, no futuro – de interesse público daquelas que, por não serem interessantes ao Poder Público, podem ser transferidas aos particulares livremente, mediante legitimação de posse, onerosa ou gratuita. Quando se fala da primeira espécie, é preciso especificar melhor, o que é matéria, por excelência, do plano. Isso porque “interesse público” constitui termo de conceito

²³ COSTA, Luiz Augusto Maia. *O ideário urbano paulista na virada do século: o engenheiro Theodoro Sampaio e as questões territoriais urbanas modernas*. São Paulo: Rima; Fapesp, 2003. p. 165. Ver também: CASTILHO, José Roberto Fernandes. Estado, propriedade e cidadania. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 49/50, p. 147-162, jan./dez. 1998.

²⁴ MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1992. p. 233.

indeterminado, que é apenas verificável em concreto. Veja-se, assim, que a própria Lei Orgânica dos Municípios Paulistas (Lei n. 16 de 1891) determinava que na demarcação do raio municipal haveria a “especificação da área dos baldios necessários para logradouros públicos, os quais serão inalienáveis” (art. 38). Ou seja, no momento do trespasse, deveria se prever a localização dos logradouros públicos (lograr = fruir, gozar, desfrutar), expressão notadamente genérica para designar ruas, avenidas, praças, largos, etc., todos bens de uso comum do povo (art. 99, I do CC).

De outra parte, uma constatação também se mostra evidente: a área está ocupada, construída (é *brick and mortar zone*, como diziam os urbanistas ingleses, ou “paisagem construída”, como interpreta Milton Santos²⁵), urbanizada ou em vias de ocupação, posto situar-se em zona urbana ou de expansão urbana. Evidentemente, no primeiro caso, a atuação será bem mais dificultosa do que no segundo. No caso de área já ocupada, cumprirá ao município indenizar o proprietário pelas benfeitorias existentes, posto que, se a terra é pública, não o são as casas e demais construções nela existentes, que devem ser indenizadas, caso houver a reivindicação do solo. Mas, nessa hipótese, evita-se a delonga porquanto há o instituto processual da antecipação, total ou parcial, da tutela, como vem fazendo, desde 1995, a Procuradoria do Estado de São Paulo, com sucesso, na reivindicação de áreas rurais do Pontal.

Com efeito, deve-se verificar claramente que haverá uma *sobreposição* (que deve ser objeto de representação cartográfica, parte indispensável do plano) entre a área devoluta urbana – definida de modo circular – e a zona urbana e/ou de expansão urbana, que consiste, como se sabe, em parte da classificação do solo municipal²⁶. Definida pela lei estadual, a primeira será, em tese, um círculo perfeito demarcado a partir da “praça central” da cidade (desde a primeira Lei Orgânica paulista, de 1891, passando pelas de 1935, 1947 e 1967, fala-se nesse equipamento comunitário tradicional como centro do raio, alterado depois, mais especificamente, para “ponto central” – que é o “marco zero” – na Lei de 1969, a última antes da federação trina, que seguiu o disposto no artigo 4º do Decreto-Lei n. 14.916/45) e a outra, a classificação, uma figura irregular – definida por lei local, a partir de critérios urbanísticos – que

²⁵ SANTOS, Milton, *Metrópole corporativa fragmentada: o caso de São Paulo*, cit., p. 17.

²⁶ Ver o artigo 3º da Lei n. 6.766/79, que o classifica em zona urbana, de expansão urbana e de urbanização específica – descolada da zona urbana –, além da zona rural.

contrasta com a primeira, podendo sobrepor-se integralmente ou não. Ficam de fora, em princípio, as áreas urbanizáveis ou de urbanização específica, por não serem sede nem de município e nem de distrito.

Assim, estamos cogitando de área que está total ou parcialmente ocupada para fins urbanos, tanto assim que os imóveis situados nessa região pagam o IPTU, como se vê em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa afirma: “Incide a cobrança do IPTU sobre imóvel considerado por lei municipal como situado em área urbanizável ou de expansão urbana, mesmo que a área não esteja dotada de qualquer (sic) dos melhoramentos elencados no artigo 31, parágrafo 1º do CTN.” (RT 812/190). Nesse registro, estamos tanto em face de áreas consolidadas quanto de “franjas urbanas”, normalmente ocupadas por população de baixa renda, mas não só (v.g. os “loteamentos fechados”, que também se distanciam dos centros urbanos em busca de uma “qualidade de vida” artificial). É certo que poderá haver também áreas rurais municipais, que serão, porém, quase excepcionais, com o “espalhamento” sobre o território que caracteriza as cidades brasileiras, pequenas ou grandes.²⁷

Em Presidente Prudente, no Oeste do Estado, a Lei n. 5.187, de 26 de novembro de 1998, que “institui o processo de regularização do domínio sobre terras devolutas municipais” (veja-se, significativamente, a dicção da lei: regulariza-se o domínio particular, e não o patrimônio fundiário municipal), dispõe, no artigo 4º, que, dentro das terras devolutas municipais, que alcançam 4.539,85 ha ao sul da cidade – por força do contraste antes referido –, apenas não serão objeto de legitimação aquelas áreas “I - necessárias à expansão do sistema viário; II - necessárias à instalação de equipamentos públicos e instalações de interesse da Administração; e III - que interessem à preservação do meio ambiente”. Foram essas as áreas *a priori* excluídas da transferência aos particulares, o que se pode resumir nos “equipamentos urbanos e comunitários” do Estatuto (art. 2º, V), além da proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído”, também nele previsto (art. 2º, XII).

Porém, como demonstraram Ana Luíza Suzuki e Maria Célia Castilho Garcia, em levantamento feito na Prefeitura de Presidente Prudente²⁸, até

²⁷ SANTOS, Milton, *Metrópole corporativa fragmentada: o caso de São Paulo*, cit., p. 17-33.

²⁸ SUZUKI, Ana Luíza; GARCIA, Maria Célia Fernandes Castilho. O processo de legitimação de posse de terras devolutas em Presidente Prudente. Monografia (Especialização em Planejamento e Gestão Municipal) – FCT/Unesp, Presidente Prudente, 2002.

agora o Poder Público vem sistematicamente legitimando todas as ocupações, nada reservando ou declarando de interesse público²⁹. E isso ocorre por uma razão única: o procedimento previsto naquela lei não prevê plano nenhum. Basta ao interessado requerer a transferência (art. 6º), pagando pequena “taxa de regularização”, quando não houver isenção (art. 14). Não se obedeceu ao mesmo esquema da lei estadual de 1957, que se volta para as áreas rurais. Ora, como inexistente plano de ocupação dessa extensa área, é impossível ao administrador saber quais parcelas serão necessárias à expansão do sistema viário ou à preservação ambiental, embora haja diversos fundos de vale no local, que poderiam ser destacados na carta para futura atuação preservadora e eventual urbanização. Há também loteamentos clandestinos (v.g. Chácaras Arilena), conjuntos habitacionais (v.g. Ana Jacintha) e larga faixa de “bairros populares”, que poderiam – e deveriam – ser objeto de intensiva atuação municipal, haja vista a necessidade de segurança dominial e de extensão dos serviços públicos.

Mas a mera exclusão de áreas, como faz a lei prudentina, ou como fazia a mais que secular Lei Orgânica paulista, não esgota todas as possibilidades do plano de ocupação do patrimônio devoluto urbano do município. Outras medidas executivas de ordenação, ainda mais específicas, podem ser tomadas. Uma delas – para áreas vazias – é o próprio assentamento populacional, que pode ser promovido pelo Poder Público em terras de seu domínio, visando garantir o direito à habitação, direito social declarado no artigo 6º da Constituição. Outra – para áreas já ocupadas – é algo semelhante ao reparcelamento do solo urbano, procedimento, por assim dizer, “terapêutico”. Como se sabe, o artigo 44 da Lei n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do solo) autoriza o município a expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para reloteamento, demolição, reconstrução e incorporação, visando a evitar-se lesão aos padrões de desenvolvimento urbano (c.c. o art. 40). Trata-se de instrumento urbanístico bastante comum na Europa – onde a figura existe há décadas (*ricomposizione particollare* na Itália, *remembrement urbain* na França, *reparcelación* na Espanha) – para reordenar ou remodelar os lotes de uma ou várias quadras, ajustando-os ao plano urbanístico geral, que define a “estrutura geral e orgânica do território” (art. 65

²⁹ Mesmo grandes glebas, destinadas a loteamentos, são legitimadas, o que implica a entrada da área no domínio privado e, logo depois, o retorno de parte dela ao domínio público, por força do disposto no artigo 4º, I da Lei n. 6.766/79. No Município, ainda se aplica, por lei local, o percentual de 35% da gleba, excluído da lei geral do parcelamento do solo em 1999.

da Carta Municipal de Barcelona). É, pois, medida de urbanização compulsória, chamada na Espanha de “sistema de atuação urbanística por reparcelamento”, que pode, no caso de terras públicas, promover uma nova divisão da área já loteada e ocupada, com enorme facilidade, haja vista a desnecessidade da desapropriação. Seriam legitimadas as posses dos lotes já com sua nova configuração territorial, indenizando-se apenas eventuais demolições. Assim, também esse aspecto específico da regularização fundiária seria obviado com o plano de ocupação das áreas devolutas urbanas, absolutamente necessário.

Ampliam-se, alargam-se, pois, as possibilidades de promoção da ordenação urbana. Para isso, há um plexo de deveres urbanísticos do município, no exercício de sua competência própria (art. 30, VIII, da CF) que, nessa hipótese, consubstancia *dever*, porquanto a Constituição manda que ordene ou promova o ordenamento do solo urbano (art. 182). Esse é um imperativo, não é competência discricionária, tanto assim que o Estatuto da Cidade incluiu o “planejamento do desenvolvimento das cidades” dentre as suas diretrizes gerais (art. 2º, IV), ao lado da “regularização fundiária” (inc. XIV), como vimos. Mas, sintomaticamente, falta “previdência”, falta planejamento na regularização das áreas devolutas urbanas, que demandaria plano urbanístico específico para elas, apartado do plano geral da cidade. Trata-se de questão distinta, que gera problemas e apresenta soluções diferenciadas. Mas, em Presidente Prudente, por exemplo, só há o plano diretor geral de 1996, que é o segundo plano diretor da cidade. O primeiro é de 1973, aprovado pela Lei n. 1.582/73, e é um anacrônico Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado – PDDI; e o segundo é a Lei Complementar n. 29, de 31 de julho de 1996, vigente. Nenhum deles trata da questão do patrimônio devoluto em qualquer de seus dispositivos. É como se não existissem os mais de quatro mil hectares de área pública, encravados na zona urbana. Portanto, não se mostram eles adaptados à realidade que supostamente pretendem ordenar.

5 Considerações finais

Embora não prevista pelo Estatuto da Cidade, muitas leis orgânicas municipais incluem, corretamente (mas não se sabe com qual eficácia), a “discriminação de terras públicas” dentre os instrumentos jurídicos da reforma urbana (Porto Alegre, art. 302, II, “a”; Salvador, art. 81, parágrafo único, II, “j”, de 1990; também a Constituição do Pará, de 1989, art. 283, III, “h”).

Todas elas adotam o mesmo esquema de listagem dos instrumentos jurídicos, tributários, urbanísticos, etc., constante dos anteprojetos de leis nacionais de reforma urbana, listagem que acabou figurando no Estatuto (art. 4º) com a incompreensível exclusão da discriminação. Trata-se de instrumento hoje, por assim dizer, *alternativo* à lei geral, que pode se mostrar de enorme eficácia, unindo conceitualmente “direitos espacializados”: a disciplina urbanística e a dominialidade pública e seu destino, que o direito administrativo – fonte da matéria anterior – estuda.

Para o perfil dessas áreas, pode-se levantar o seguinte quadro, tomando por base o vigente – porque recepcionado pela nova ordem constitucional – artigo 60 do Decreto-Lei Complementar estadual n. 9/69, que é a última Lei Orgânica dos Municípios paulistas, e levando-se em conta a potencialidade *máxima* de patrimônio devoluto municipal (pressupondo a inserção total do círculo em perímetros cujos títulos foram julgados imprestáveis):

Quadro das terras devolutas municipais em São Paulo

Núcleo urbano	Centro do raio	Extensão do raio	Área máxima (ha)
Cidade	Ponto central	8 km	20.106,193
Vila	Ponto central	6 km	11.309,734
Capital	Praça da Sé	12 km	45.238,934

Porém, diante do exposto, duas conclusões exsurgem claras. *Primo*: a existência de terras devolutas, municipais e urbanas (devidamente já discriminadas) afasta a necessidade da utilização dos instrumentos do Estatuto da Cidade para promoção da reforma urbana. Basta o poder local dar um destino socialmente útil aos seus bens dominicais, tal como manda, por exemplo, o artigo 158 da Lei Orgânica do Município de São Paulo (1990): “Os bens públicos municipais dominiais não utilizados serão prioritariamente destinados, na forma da lei, a assentamentos da população de baixa renda e à instalação de equipamentos coletivos, assegurada a preservação do meio ambiente”. *Secundo*: tal destino deve ser objeto de um plano urbanístico específico, que a lei estadual chama de “plano geral”, mas que, na verdade, se trata de um plano urbanístico particularizado, de *urbanificação* ou mesmo de *urbanização genética* (assentamentos), conforme a área já esteja ou não efetivamente ocupada para fins urbanos. Com base no plano diretor, o objetivo principal desse plano específico, operacional, será o de separar as porções de interesse público

daquelas outras, que não o são e que, por isso mesmo, podem ser transferidas, gratuita ou onerosamente, aos particulares que as ocupem, ou ainda a terceiros, remodeladas ou não. Tais tópicos se baseiam no pressuposto da existência efetiva desse patrimônio do poder local, mediante trespasse estadual, posto que, em termos constitucionais, não existem terras devolutas originariamente municipais, como vimos.

Porém, se não ocorrer tal “plano geral” – que, por óbvio, não se confunde com o plano urbanístico diretor –, a atuação do município será indiscutivelmente prejudicial ao interesse coletivo. E aí a pergunta cabível será aquela que remete ao interesse público também presente na legitimação, na medida que consiste em modo de regularização fundiária, objetivo do Estatuto da Cidade. Na verdade, tanto a legitimação de posse (regularização) quanto a reivindicação da área para cumprimento de finalidades públicas (equipamentos coletivos) materializam interesses, públicos e privados. No entanto, a diferença é flagrante, e de escala: a criação de um parque ou uma praça ou o prolongamento ou ampliação da malha viária beneficiará um número indeterminado de pessoas. Contempla “direitos urbanos”, que são *transindividuais*. De outra parte, um processo de legitimação das posses, tal como elas se apresentam, beneficia apenas os beneficiados pela outorga dos títulos, ainda que o “sistema formal da propriedade” seja a “central hidrelétrica do capital”, na conhecida teoria do economista peruano Hernando de Soto. Mas pode prejudicar os padrões do desenvolvimento urbano e, portanto, todos os cidadãos.

Portanto, pensando-se no conjunto da cidade e dos cidadãos, é evidente que, antes de legitimar as posses, o município deve separar as áreas de interesse público. Há que discriminar, o que é da essência do direito urbanístico. Mas as duas coisas podem e devem ser feitas em conjunto. Porém, isso exige planejamento territorial em nível local e, como se sabe, os administradores dos quase seis mil municípios brasileiros só são preventivos mediante ameaças penais (a *ultima ratio*), como aconteceu com a Lei de Responsabilidade Fiscal de 2000, que passou a exigir deles um planejamento orçamentário que não fosse ficção (os quatro crimes contra o ordenamento urbano previstos na lei dos crimes ambientais são pífios). Embora não sejam ficção, mas realidade concreta e desconhecida (de novo, *cui prodest?*), as terras devolutas municipais urbanas ainda são “capital morto” dos entes comunais que, ou por falta de providência ou para atenderem apenas aos interesses privados dos ocupantes, simplesmente

desconsideram esse vasto patrimônio imobiliário, que se apresenta como uma alternativa de extraordinária valia ao Estatuto da Cidade e seus instrumentos de intervenção. Com efeito, qual a utilidade do direito de preempção ou das sanções sucessivas do artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal, em face da dominialidade pública existente? O usucapião, igualmente – outro modo de regularização –, por expressa determinação constitucional, não incide em terras públicas, sendo inaplicável. Mas há, na experiência municipal brasileira, um *desgoverno* do território, cujos resultados são visíveis. Na verdade, o que falta às comunas é vontade de ação transformadora, o foco da reforma urbana constitucionalmente prevista, fundada na idéia de que existe um “direito à cidade”, ou melhor, direito à dignidade de vida urbana, que é, na expressão clássica de Leon Battista Alberti, a “vida que se desenvolve numa cidade bem ordenada” (*vitam bene beateque agendam*).

6 Referências

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. O que há de errado no Fome Zero? *O Estado de S. Paulo*, de 02.03.2003, p. A-2.

BARHUM, Sérgio Nogueira. *Contribuição ao estudo da ação discriminatória de terras devolutas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Oeste Paulista (Unoeste), Presidente Prudente, 2003.

BRASIL. Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários. *Coletânea: legislação agrária, legislação de registros públicos, jurisprudência*. Brasília, 1983.

CASTILHO, José Roberto Fernandes (Org.). Atuação da PGE na solução dos conflitos fundiários da Região do Pontal do Paranapanema. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 49/50, p. 129-312, jan./dez. 1998.

_____. Estado, propriedade e cidadania. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 49/50, p. 147-162, jan./dez. 1998.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

COSTA, Luiz Augusto Maia. *O ideário urbano paulista na virada do século: o engenheiro Theodoro Sampaio e as questões territoriais urbanas modernas*. São Paulo: Rima; Fapesp, 2003.

JUNQUEIRA, Messias. *As terras devolutas na reforma agrária*. São Paulo: Ed. do Autor, 1964.

_____. *O instituto brasileiro das terras devolutas*. São Paulo: Lael, 1976.

_____. Terras devolutas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 12, p. 415-431, jun. 1978.

LEFEBVRE, Henri. *A vida cotidiana no mundo moderno*. Tradução de Alcides João de Barros. São Paulo: Ática, 1991.

LOBATO, Monteiro. *A onda verde e o presidente negro*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1951. *Obras Completas*, 1ª Série, v. 5.

MARICATO, Ermínia. *Brasil cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENGOLI, Gian Carlo. *Manuale di diritto urbanistico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

REIS FILHO, Nestor Goulart. *Quadro da arquitetura no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

SANTOS, Milton. *Metrópole corporativa fragmentada: o caso de São Paulo*. São Paulo: Nobel, 1990.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Projetos para o Brasil*. Organização de Miriam Dolhnikoff. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SUZUKI, Ana Luíza; GARCIA, Maria Célia Fernandes Castilho. O processo de legitimação de posse de terras devolutas em Presidente Prudente. Monografia (Especialização em Planejamento e Gestão Municipal) – FCT/Unesp, Presidente Prudente, 2002.

Anexo – A definição das terras devolutas municipais nas Leis Orgânicas paulistas

1891 – Lei n. 16, de 13 de novembro

“Artigo 38 - A receita dos municípios constituir-se-á das seguintes verbas, cuja renda será exclusivamente municipal, salvo posterior deliberação do poder legislativo do Estado:

1º - Do produto da alienação, aforamento e locação dos móveis e imóveis pertencentes ao domínio privado das municipalidades, ficando compreendidas, entre estes, as terras devolutas adjacentes às povoações de mais de mil almas em raio de círculo de seis quilômetros, a partir da praça central. Este perímetro será demarcado à custa dos municípios em cada uma das povoações de seu território com especificação das áreas dos baldios necessários para logradouros públicos, os quais serão inalienáveis;”

1935 – Lei n. 2.484, de 16 de dezembro

“Artigo 124 – Entre os próprios municipais, a que se refere o n. 12 do artigo 50, compreendem-se as terras devolutas, adjacentes às povoações de mais de mil habitantes, num raio de círculo de seis quilômetros, a partir da praça central.

Parágrafo único – No Município da Capital, esse raio será de oito quilômetros, a partir da praça da Sé; nos do interior, onde haja mais de uma povoação, contando cada uma delas habitantes em número superior a mil, o raio será também de oito quilômetros e partirá da praça central situada na sede do município.”

1945 –Decreto-Lei n. 14.916, de 6 de agosto (dispõe sobre terras devolutas)

“Artigo 4º - O raio de círculo das terras devolutas transferidas pelo artigo 124 da Lei estadual n. 2.484, de 16 de dezembro de 1935, aos municípios e adjacentes às povoações que lhes servem de sede, fica aumentado de oito para doze quilômetros no município da Capital e uniformizado em oito quilômetros nos municípios do interior, medidos da Praça da Sé para aquele, do centro das sedes para estes, determinado por decretos-leis municipais.

§ 1º - Relativamente a estas terras são obrigados os municípios a obedecer, mutatis mutandis, às regras do presente Decreto-Lei sobre a discriminação, legitimação e justificação de posse, alienação, arrendamento e expedição de títulos, guardando as provisões

regulamentares que expedirem e fixando as taxas ou preços que melhor lhes aprouver.

§ 2º - Entre as transferidas à Capital compreendem-se as que porventura circundavam num raio de seis quilômetros o extinto Município de Santo Amaro, cujo centro será determinado por competente Decreto-Lei.”

1947 – Lei n. 1, de 18 de setembro

“Artigo 111 – Pertencem ao patrimônio municipal as terras devolutas adjacentes às povoações de mais de mil habitantes, num raio de círculo de seis quilômetros partindo da praça central.

§ 1º - Nas sedes dos municípios, de população superior a mil habitantes, esse raio será de oito quilômetros.

§ 2º - No Município da Capital, esse raio será de doze quilômetros contados a partir da Praça da Sé.”

1969 – Decreto-Lei Complementar n. 9, de 31 de dezembro

“Artigo 60 - Pertencem ao patrimônio municipal as terras devolutas que se localizem dentro do raio de oito quilômetros, contados do ponto central da sede do Município, e de doze, contados da Praça da Sé do Município de São Paulo.

Parágrafo único - Integram, igualmente, o patrimônio municipal, as terras devolutas localizadas dentro do raio de seis quilômetros, contados do ponto central dos seus distritos.”

OS PLANOS DE SAÚDE E A COBERTURA DA IMPLANTAÇÃO DE STENTS: UMA ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA

Jaques Bushatsky¹

Sumário: 1 Fixação do tema: a colocação de *stents* e a respectiva cobertura por planos de saúde. 2 As previsões contratuais ordinárias. 3 O que é o *stent*? 4 Lembrança de princípios elementares que devem nortear as relações de consumo. 5 Algumas hipóteses de cobertura e a crueldade do refugio pelo plano. 6 O fim social dessa modalidade de contrato. 7 A outorga judicial diante da omissão do plano: a tutela antecipada é admitida em casos tais. 8 A negativa acarreta dano moral indenizável. 9 Conclusão.

1 Fixação do tema: a colocação de *stents* e a respectiva cobertura por planos de saúde

Uma dúvida tem atormentado quantos precisem submeter-se a tratamento cirúrgico coronariano: a implantação de *stents* para evitar a cirurgia de colocação de *pontes*, em decorrência de insuficiência coronária, é coberta pelos planos de saúde, mesmo que se omita a tal respeito o contrato celebrado?

Em caso de resposta positiva, a omissão da administradora do plano pode ensejar antecipação da tutela, para instar o imediato suporte dos custos respectivos?

2 As previsões contratuais ordinárias

De seu lado, a ciência médica experimenta progressos diários, salvando vidas ou minorando sofrimentos, sendo natural o desenvolvimento de novas

¹ Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Procuradoria Fiscal da Capital (Fazenda-ré).

técnicas ou novos tratamentos, obviamente – até diante da própria novidade – não previstos especificamente nos contratos de adesão firmados.

Dentre as novidades, a colocação de *stents* é técnica que ganhou destaque na cardiologia mundial, única alternativa terapêutica que pode hoje impedir a nova obstrução das artérias, podendo evitar outros e mais complexos procedimentos cirúrgicos, mais arriscados para o paciente e mais onerosos para os planos de saúde.

E, são celebrados em quantidade imensa, contratos objetivando a garantia do suporte ou do reembolso de despesas médico-hospitalares, especialmente em casos que exijam internamento hospitalar por risco de vida ou por sofrimento intenso.

Para subsidiar estas notas, cumpre observar, foram estudadas as minutas divulgadas e utilizadas pelas mais famosas empresas atuantes no setor.

Verificou-se cediça cláusula nesses contratos de adesão, prevendo o pagamento de todas as despesas médico-hospitalares em casos de cirurgias em geral e de urgências clínicas, considerados como tais os casos que determinam risco de vida ou sofrimento intenso. O palavreado altera-se muito pouco nos textos analisados.

3 O que é o *stent*?

No que consiste o procedimento médico popularmente conhecido como *stent*?

Obedecendo ao escopo destas notas, convém estudar o entendimento já filtrado pela jurisprudência, ao invés de arriscar-se a apresentação das definições médicas.

Nada mais é o *stent* que um simples anel de dilatação das artérias que permite a fluidez do líquido sanguíneo. É distinto da prótese, a qual substitui total ou parcialmente parte do órgão ou do sistema natural por outro idêntico artificial, como bem esclarecido pelo Desembargador Egas Galbiatti.²

² TJSP – AI n. 216.716-4/2-00, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Egas Galbiatti, j. 08.10.2001, agravante Omint Assistencial Serviços de Saúde S/C Ltda., agravado João Leopoldo Rodrigues Nogueira.

Não foi outro o entendimento do Desembargador Carlos Augusto de Santi Ribeiro em caso similar³, não diferindo os Desembargadores Paulo Hungria, Cezar Peluso e Osvaldo Caron.⁴

Bem por isso, o Tribunal de Justiça de São Paulo já firmou entendimento em ações que discutiam a cobertura do fornecimento de *stent* aos consumidores, sempre em prol deles⁵. É compreensão sólida, diga-se.

O ser ou não o *stent* uma prótese (a resposta afirmativa inseriria a negativa de cobertura em outra usual modalidade de exclusão contratual) também foi objeto de conclusão da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁶

³ TJSP – AI n. 270.372-4/7-00, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro, j. 18.12.2002, agravante Itauseg Saúde S/A, agravado César Ciampolini Neto e outros.

⁴ TJSP – AI n. 268.865-4/7, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Osvaldo Caron, j. 04.02.2003, agravante Omint Assistencial Serviços de Saúde S/C Ltda., agravada Albertina Farhat Zacharias.

⁵ TJSP – AI n. 285.456-4/5, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Mauricio Vidigal, j. 13.05.2003, agravante Assistência Médica São Paulo S/A Blue Life, agravado Jaime Glass; TJSP – AC n. 162.691.4/00, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Sergio Gomes, j. 01.07.2003, apelante Saman Serviço de Assistência Médica de Americana S/C Ltda., apelado Benedito Vitorino da Silva; TJSP – AI n. 233.657.4-7, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Sergio Gomes, j. 02.04.2002, agravante Bradesco Seguros S/A, agravado Antonio Monea; TJSP – AI n. 156.864.4/0, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marco César, j. 06.06.2000, agravante Amil Assistência Médica Internacional Ltda., agravado Salim Kezan; TJSP – AI n. 296.883-4/9-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Stroppa, j. 14.08.2003, agravante Sul América Seguro Saúde S/A, agravado Waldir Montroni; TJSP – AC n. 67.418-4/2, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Cunha Cintra, j. 11.02.1999, apelante Interclínicas-Assistência Médica Cirúrgica e Hospitalar S/C Ltda., apelado César Caio Ferreira da Ponte; TJSP – AI n. 165.993-4/0, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Linneu Carvalho, j. 19.09.2000, agravante Reginaldo Cuencas, agravada Interclínicas-Assistência Médica, Cirúrgica e Hospitalar S/C Ltda.; TJSP – AI n. 188.372-4/4-00, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Renato, j. 29.03.2001, agravante Unimed de São Paulo Cooperativa de Trabalho Médico, agravado Luiz Pereira de Souza; TJSP – AC n. 091.577-4/8, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Alfredo Migliore, j. 28.01.2000, apelante Gilberto Saad, apelada Bradesco Seguros S/A; TJSP – AI n. 320.728-4/0-00, 6ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Magno Araújo, j. 04.12.2003, agravante Consult Assistência Médica e Cirúrgica S/C Ltda., agravada Rubenita da Costa Cavalcanti; TJSP – AC n. 67.418-4/2, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Cunha Cintra, j. 11.02.1999, apelante Interclínicas Assistência Médica, Cirúrgica e Hospitalar S/C Ltda., apelado César Caio Ferreira da Ponte; TJSP – AI n. 319.954-4/9, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Maia da Cunha, j. 18.11.2003, agravante AMESP Saúde Ltda., agravado Willi Ehret.

⁶ TJRS – AC n. 0005755368, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 15.04.2003; TJRS – AC n. 70002785533, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 07.08.2002, apelante/apelado Carlo Forte, apelante/apelada Golden Cross Assistência Internacional de Saúde S/A; TJRS – AC n. 70005755368, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 15.04.2003, apelante Unimed Porto Alegre Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., apelado Jorge Alberto de Souza Cunha; TJRS – AI n. 70004761433, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Leo Lima, j. 10.10.2002, agravante: Bradesco Saúde S/A, agravado Maria Terezinha Machado Santos, interessado Hospital São Francisco da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia.

Em julgamento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷, definiu-se que *stent* não é prótese, não sendo lícita a negativa de cobertura contratual de seu fornecimento sob tal argumento:

“Apelação Cível – Seguro. Plano de Saúde. Angioplastia coronariana. Colocação de *stent*. Negativa de cobertura. O *stent* não constitui prótese como pretende fazer crer a requerida, sendo, portanto, descabida a negativa de cobertura. Precedentes jurisprudenciais.”⁸

Vale a pena transcrever alguns fundamentos do voto do relator Desembargador Cacildo de Andrade Xavier:

“Os fundamentos sentenciais não sofrem qualquer abalo, pois alicerçados no não-enquadramento dos *stents* como próteses, razão pela qual os adoto como razões de decidir: (...) o *stent* não pode ser conceituado como prótese, como assentado no acórdão prolatado na Apelação Cível n. 598045524.

Tal acórdão, ao transcrever a sentença de primeiro grau, trouxe a lume o depoimento do cirurgião cardiovascular Luis Yordi, como segue: ‘Ao ser perguntado sobre a caracterização do *stent* como uma prótese respondeu: Não. O *stent* é uma estrutura usada para suportar o vaso depois que ele foi dilatado; em termos médicos, a definição de prótese é uma estrutura que substitui outra, no caso específico da Doutora Elizabete não há substituição, é apenas uma estrutura que se põe no sentido de suportar o vaso, evitando que ele possa fechar (...). Não é prótese, na verdade, em termos técnicos não é uma prótese, é uma estrutura de suporte.’”⁹

4 Lembrança de alguns princípios elementares que devem nortear as relações de consumo

O associado, quando adere a uma apólice de seguro individual de reembolso de despesas médicas e/ou hospitalares, na verdade paga desejando ardentemente não necessitar reembolsos, principalmente em caso de risco de vida imediato. Acredita-se coberto, deseja jamais utilizar o direito.

⁷ TJRS – AC n. 70002785533, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 07.08.2002.

⁸ TJRS – AC n. 70002785533, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 07.08.2002.

⁹ TJRS – AC n. 70002785533, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 07.08.2002.

Primeiro argumento ao cuidar da colocação de *stent*: sem dúvida alguma se cuida de procedimento coberto pela usual e ampla cláusula, voltada às urgências clínicas, consideradas inclusas as situações que determinam risco de vida imediato.

Em julgado conduzido pelo Desembargador Clarindo Favretto, foi decidido:

“Seguro Saúde – Cobertura. Cláusula limitadora de riscos. Angioplastia com colocação de *stent*. Divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza do *stent*, se prótese ou mero complemento ao funcionamento do órgão. Cláusula contratual dificultando interpretação dos contratantes. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Proteção contratual. Interpretam-se em favor do consumidor as cláusulas contidas em apólice de seguro que dizem respeito às despesas excluídas e que se encontram amplamente obscuras e de difícil interpretação, ainda mais se considerarmos que o público alvo destas espécies de contratos não possui conhecimento para interpretá-las. Decisão confirmada.”¹⁰

De fato, negativa em casos tais viola princípios elementares que devem nortear as relações de consumo: a redação das cláusulas contratuais jamais pode impossibilitar ao consumidor-segurado a interpretação do seu sentido e da sua extensão, certeza bem sedimentada em nossos tribunais, consistindo esplêndido exemplo, paradigmático, o acórdão relatado pelo Desembargador Ênio Santorelli Zuliano, em setembro de 2007, quiçá jogando verdadeira pá de cal em debates tais. (TJSP – AC n. 523.112-4/0, j. 27.09.2007).

A previsão da legislação do consumo, de que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor” (§ 3º do art. 54) é flagrantemente violada por plano que negue a cobertura em comento, portanto.

Não se despreze, em circunstâncias do gênero, a gritante infração do dever de informação do fornecedor (segurador), que há de prestar “informação adequada e clara” (art. 6º, inc. III, do CDC) ao segurado sobre a hipótese de exclusão de cobertura, incidindo na espécie o disposto no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰ TJRS – AI n. 70005123047, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 27.02.2003.

Ademais, o parágrafo 4º do mesmo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a obrigatoriedade de redigir-se “com destaque” cláusula que implique limitação de direito do consumidor, de modo a permitir “sua imediata e fácil compreensão”.

Também é nula a exclusão, se não respeitado pelo segurador o disposto no parágrafo 2º do artigo 12 da Lei n. 9.656/98, principalmente porque a redução da cobertura deve vir amparada por “declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano-referência, e de que este lhe foi oferecido”.

Ao inscrever-se o aderente num desses planos, é convencido de que terá assistência plena e de que seus problemas de saúde serão imensamente atenuados com a celebração do contrato. É aspecto crucial sob o prisma comercial, com evidente consequência jurídica.

Adite-se que a Portaria n. 3, de 19.03.1999, da Secretaria de Direito Econômico determinou, em seu item n. 2: “Divulgar, em aditamento ao elenco do artigo que seja considerada nula a cláusula da Lei n. 8.078/90, e do artigo 22 do Decreto n. 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito: 2. Imponham, em contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei n. 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares) contrariando prescrição médica”, como, aliás, destacado pelo Desembargador Thyrsó Silva, do Tribunal de Justiça de São Paulo.¹¹

Ora, não há qualquer previsão quanto à não-cobertura do fornecimento do *stent* aos consumidores, certeza auferida após a análise de algumas dezenas de contratos disponíveis na praça.

E, mesmo diante da eventual novidade do procedimento, pode ser indagado: Os planos teriam condições operacionais de comunicar a exclusão? A resposta é afirmativa e as empresas possuem farto aparato tecnológico para tanto, como se depreende da imensa quantidade de comunicações, propostas e anúncios encaminhados diariamente aos consumidores, bastando examinar a caixa de correio... É evidência notória.

¹¹ TJSP – AC n. 105.737-4/3, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Thyrsó Silva, j. 19.09.2000.

5 Algumas hipóteses de cobertura e a crueldade do refugo pelo plano

Outrossim, a hipótese prevista no inciso VII do artigo 10 da Lei n. 9.656/98 faz referência à não-cobertura do “fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico”. Argumento a *contrario sensu*, o que é ligado ao ato cirúrgico deve ser coberto pelo segurador.

Nesse exato sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Plano de saúde – Aplicação, em sede de tutela antecipada, *inaudita altera parte*, da norma do artigo 10, *caput*, VII, da Lei n. 9.556/98, que dispôs sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, combinado com seu artigo 12, tornando imperativa a inclusão nas coberturas do fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios, quando ligados ao ato cirúrgico. Presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, mantém-se a concessão de tutela antecipada para cobrir o emprego de *stent*, inserido na artéria obstruída para evitar sua contração indevida, em caso de angioplastia. Agravo da prestadora de serviços improvido.”¹²

Estabelece ainda o artigo 35-C da Lei n. 9.656/98, que trata da obrigatoriedade da cobertura do atendimento, no caso “(...) de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente”.

Assim, a evidente gravidade do estado de saúde de quantos necessitem submeter-se ao procedimento em foco já consiste razão mais que suficiente para que o plano suporte ou reembolse as despesas da colocação dos *stents*; a tal razão, acrescenta-se cuidar-se de fornecimento ligado ao ato cirúrgico.

Não bastasse, a legislação conferiu aos consumidores o reconhecimento da boa-fé objetiva, inserto o princípio na política nacional das relações de consumo (art. 4º, III, do CDC), daí resultando orientação que rege todo o seu ordenamento, mormente o estabelecido no artigo 47, no sentido de que “as cláusulas serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

¹² TJSP – AI n. 156.864.4/0, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marco César, j. 06.06.2000.

6 O fim social dessa modalidade de contrato

São sérias as conseqüências da inserção de cláusulas dúbias e leoninas nesses contratos, tanto para o exercício da medicina, quanto para a saúde do paciente.

Os contratos restringem inúmeros tratamentos e, dessa forma, o objetivo do pacto jamais será alcançado, até porque qual a utilidade de um tratamento que nunca poderia ser concluído, em decorrência de abusivas exclusões?

De que adiantaria tratar uma doença só parcialmente (como nesse caso: dá-se cobertura para o tratamento clínico, mas no momento em que o médico sugere a colocação de *stents*, nega-se o pagamento) se a cura nunca seria alcançada, visto que o procedimento lógico e consecutivo é eventualmente obstado pelo contrato?

Adicione-se que o novo Código Civil, em seus artigos 422 e 423, prestigiou a boa-fé nos contratos regularmente celebrados, merecendo acolhimento do referido princípio, notadamente quando a sua aplicação envolve o mais valioso de todos os bens do ser humano, que é o direito à vida, na sua forma mais ampla e incondicional.

Nunca é demais lembrar que o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, norte evidente da apreciação judicial.

7 A outorga judicial diante da omissão do plano: a tutela antecipada é admitida em casos tais

As situações que decorrem de negativas tais são cruéis e claras: o paciente precisa e tem direito de proteger sua vida; refrata a lógica imaginar-se tratamento médico parcial; não existem cláusulas claras de exclusão nos contratos padrão; caso se submeta ao tratamento em qualquer hospital e não ocorra pagamento (pelo paciente ou pelo plano), será criada outra situação constrangedora, pois médicos e hospital poderão recusar futuro atendimento, e certamente o hospital levará o título representativo do débito a protesto (maculando o cadastro do doente), promovendo ação judicial de cobrança.

Aliás, omitindo-se o plano em tais casos, na assistência ao autor, há de responder pela sua ação omissiva, sendo esta pressuposto da culpa, como se extrai dos artigos 247 e 249 do novo Código Civil.

Não é demais observar que, via de regra, a despesa em comento causa menor impacto ao caixa do segurador do que a cirurgia evitada, valendo lembrar que tal situação, pelo caráter material que ostenta, poderá ser integralmente recomposta, caso o plano, ao final, reste vencedor, em demanda aforada pelo associado.

Remansosamente o Tribunal de Justiça de São Paulo confere a antecipação nessas situações, servindo de exemplo:

“Plano de saúde – Ação declaratória. Tutela antecipada para que a empresa suporte gastos com implantação de prótese denominada *stents*. Presença dos requisitos necessários à concessão da medida. Agravo não provido.”¹³

“Seguro Saúde – Tutela antecipada. Colocação de válvula *stent* na aorta do paciente. Negativa de pagamento ao fundamento de que se trata de prótese excluída de cobertura securitária. Ação ordinária movida contra seguradora. Antecipação de tutela para determinar à ré que proceda ao pagamento imediato ao hospital da fatura respectiva. Requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil presentes na espécie. Desnecessidade de prestação de caução. Decisão mantida. Recurso não provido.”¹⁴

Perceba-se, na hipótese cuidada, que a prova inequívoca reside exatamente na relação jurídica existente, cujas obrigações por parte do aderente hão de estar regularmente cumpridas; acrescente-se que relatórios médicos hão de demonstrar a necessidade da continuação do tratamento, normal em patologias do gênero, e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação restará estampado.

O direito em tela não é só aparente (situação suficiente para estear liminar ou antecipação de tutela): apresenta-se respaldado nos princípios

¹³ TJSP – AI n. 267.415-4/7, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabelo, j. 14.08.2003.

¹⁴ TJSP – AI n. 270.372-4/7-00, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro, j. 18.12.2002.

de direito, na legislação consumerista, em vasta jurisprudência e na Constituição Federal, sendo nítidas as possibilidades de demanda concretizada nos moldes descritos ser julgada favoravelmente ao consumidor, a teor da jurisprudência já referida. Diga-se que, em confronto com o interesse econômico do plano, está o direito à saúde do aderente (arts. 6º e 196 da CF) e, evidentemente, a prevalência há de ser em favor da sua pretensão, até porque, em caso de eventual improcedência da ação, os prejuízos poderão ser resolvidos em perdas e danos, o que não poderá, efetivamente, ocorrer em substituição da saúde ou da vida de uma pessoa.

Por outro lado, o que representa a quantia em jogo em discussões sobre colocação de *stents* para uma grande empresa? É discussão que tem sido enfrentada pelo Judiciário e vale a esse propósito transcrever parte da decisão proferida pelo Juiz Dimas Borelli Thomaz Junior, ao deferir antecipação de tutela em face de uma grande empresa, cuidando de ação de indenização:

“No que concerne à existência dos demais requisitos legais, ensejadores da concessão da tutela antecipada, pleiteada nos autos, convém trazer à baila preciosas lições proferidas por doutrinadores que já se dedicaram ao estudo do tema. Assim, para Cândido Rangel Dinamarco, ‘para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação do fato. Não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a propiciar graus de certeza necessários para julgamentos definitivos, não provisórios como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária, destinada segundo o binômio representado (a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e (b) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes. É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício de outro que pareça provável. O direito não tolera o sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O direito improvável é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável. O monografista fala da coexistência entre o princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a

permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso (...)’ (*A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 144. (...).

E para a formação dessa opinião, deve-se levar em conta, segundo a lição de Rangel Dinamarco, as repercussões que a tomada da medida trarão ao patrimônio de cada um dos litigantes.

Ora, o autor penou e expiou longa internação hospitalar, submetido a incontáveis procedimentos cirúrgicos, afastou-se de tudo e de todos – mesmo porque ficou em estado de isolamento por mais de três meses internado no hospital –, enquanto a ré, sabida e reconhecidamente grande empresa que, mostram os documentos periciais, pôs à disposição de um de seus consumidores equipamento falho.

Portanto, essa dúvida deve ser dirimida em favor do autor, acolhendo-se seu pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela porque presentes os requisitos legais para tanto e dada a grave repercussão que a negativa desse pedido pode ter em sua vida, ao passo que é quase nenhuma a repercussão desta decisão na normalidade da vida da empresa requerida.”¹⁵

Ou seja, foi determinado àquela empresa, o imediato pagamento (sem embargo dos posteriores trâmites processuais) de valores provadamente despendidos, levada em consideração a proporcionalidade do eventual abalo patrimonial em uma e outra parte litigante.

8 A negativa acarreta dano moral indenizável

Erguem-se vozes respeitáveis pregando que, em casos tais, ocorreria singelo inadimplemento pelo plano, e que essa circunstância não geraria dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, já dispôs que “conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de

¹⁵ 30ª Vara Cível do Foro Central da Capital-SP – Ação Ordinária, Processo n. 000.03.110444-4, Juiz Dimas Borelli Thomaz Júnior, j. 10.09.2003, autor Lars Peter Lemche, ré Cia. Ultragaz S/A.

seguro saúde”¹⁶. Essa decisão concluiu, aliás, litígio acerca da cobertura de *stents*, e foi relatada pela Ministra Nancy Andrichi.¹⁷

Muito embora o aspecto do dano moral não esteja no escopo destes comentários, parece impossível deixar de observar que a renitência com que os planos negam tais coberturas (como várias outras, em situações em tudo e por tudo semelhantes à ora cuidada), levando desesperados aderentes à invocação da tutela judicial, somente como utilização indevida do Judiciário poderá ser entendida.

Realmente, e esse aspecto certamente haverá de merecer mais e melhores discussões, até que ponto é justo e moral exigir uma empresa privada que um consumidor somente consiga satisfazer seu direito após submeter-se aos espinhosos, lerdos e caros trâmites judiciais? E, especialmente na hipótese debatida, são cogitadas portentosas e lucrativas empresas, apresentadas em estreito vínculo com enormes instituições financeiras, pródigas na exibição de lucros estratosféricos, mas infelizmente pródigas, igualmente, na prática de sistemática e rotineira negativa de direitos de seus clientes.

Por óbvio, o mecanismo imediatamente disponível pelo Judiciário reside na imposição de indenização exemplar pelos danos morais acarretados por esses absurdos inadimplementos.

9 Conclusão

Se existe contrato, o aderente está em dia com os pagamentos e os procedimentos médico-hospitalares em foco são necessários, a negativa de pagamento pelo plano mostrar-se-á indevida, a ensejar ação, assinalando que o suporte do custo de colocação de *stents* tem sido imposto pelos tribunais em favor dos aderentes. A pensar contrariamente, estar-se-ia afrontando até mesmo o princípio da boa-fé, proclamado em diversos diplomas legais.

¹⁶ Inúmeros precedentes citados nesse acórdão: REsp n. 657.717/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrichi, *DJU*, de 12.12.2005; REsp n. 341.528/MA, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU*, de 09.05.2005; REsp n. 880035/PR, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, *DJU*, de 18.12.2006; AgR AG n. 846077/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU*, de 18.06.2007; AgR AG n. 520.390/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Menezes Direito, *DJU*, de 05.04.2004.

¹⁷ STJ – REsp n. 986.947/RN (2007/0216173-9).

De resto, existindo óbvia urgência e sabido que eventual futura improcedência da ação poderá ser resolvida sem abalo patrimonial ao fornecedor, mostra-se admissível a concessão de tutela determinando o suporte dos valores ou, caso já gastos, o pronto ressarcimento por parte do plano das despesas médico-hospitalares decorrentes da colocação de *stents*.

Por fim não será excessivo destacar que estas anotações resumem cristalina inteligência jurisprudencial¹⁸ e, já percorridos tantos e tão longos processos, uníssona a conclusão, já não há mais razão para eventual negativa ao suporte dos procedimentos médicos focados, pena de tangenciar a litigância descabida, repelida pelo direito e pela moral.

¹⁸ A jurisprudência paulista, pode ser dito, está cristalizada no sentido defendido nestas notas e tem sido exibido como paradigma o acórdão do julgamento: TJSP – AC n. 523.112-4/0, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliano, j. 27.09.2007.

A APOSENTADORIA COMO EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO DO EMPREGADO PÚBLICO

Renato Kenji Higa¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Pareceres da Procuradoria Administrativa. 3. ADIns ns. 1770-4 e 1721-3. 4 Posição do Supremo Tribunal Federal. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que empregado público contratado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que presta serviços às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, não se equipara ao empregado particular.

Na esfera privada, não há óbice legal em o empregado particular aposentar-se voluntariamente perante o INSS e continuar prestando serviços ao mesmo empregador mediante salário. Em suma, não existe incompatibilidade de cumular aposentadoria e salário.

O empregado público, por sua vez, é uma espécie de agente público, com responsabilidades inerentes às relevantes funções, devendo atuar com o escopo último de servir à população. Nesse sentido, existe um conjunto de normas administrativas que procuram nortear a sua conduta. Apenas para servir de exemplo, o empregado público que for responsável pela administração de dinheiro público deverá prestar contas ao Tribunal de Contas, e eventualmente pode responder por improbidade administrativa.

No âmbito da Constituição Federal, há vários artigos que se aplicam ao empregado público, como a necessidade de prestar concurso público (art. 37, II, da CF) e a vedação de acumulação remunerada de cargos e empregos públicos (art. 37, XVII, da CF).

¹ Procurador do Estado de São Paulo, atuando na Coordenação das Empresas e Fundações Públicas. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP e professor de Direito Processual Civil da UNIP.

Portanto, ao empregado público são aplicáveis a CLT, bem como normas administrativas e constitucionais.

As pessoas jurídicas da Administração Pública indireta estadual, muito embora tenham personalidade jurídica distinta da do Estado de São Paulo, estão vinculadas aos pareceres jurídicos da Procuradoria Geral do Estado. Cabe à Procuradoria Geral do Estado estabelecer a orientação jurídica para a Administração Pública indireta, conforme estabelecem os artigos 99, II e 101 da Constituição Estadual. Vigora o entendimento jurídico pacificado da Procuradoria Geral do Estado, no sentido de que a aposentadoria do servidor celetista acarreta a cessação do vínculo empregatício, razão pela qual a sua permanência após a aposentadoria constitui ilegalidade.

2 Pareceres da Procuradoria Administrativa

O Parecer PA n. 64/2007, de autoria do Procurador do Estado Luiz Francisco Torquato Avolio, aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 02.05.2007, em resposta a indagação formulada pelo Hospital das Clínicas, acerca da ocorrência ou não da ruptura do vínculo empregatício em face da aposentadoria voluntária, tem a seguinte ementa:

“Servidor Trabalhista – Aposentadoria voluntária e ruptura do vínculo laboral do empregado com a Administração. Análise da orientação vigente em face das decisões definitivas proferidas nas ADIns ns. 1.770-4 e 1.721-3, tendo por objeto os parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT. Votos disponíveis dos relatores que não abalaram os fundamentos da exegese administrativa, que repousa sobre o *caput* dos artigos 453 da CLT e 37, II, da Constituição Federal. Alusão ao julgamento do RE n. 449.420, que reputou o *caput* do referido artigo 453 violador da garantia constitucional contra despedida arbitrária. Demais precedentes nesse sentido. Controvérsia deflagrada pelo deferimento de liminar na Reclamação n. 3.401, ademais, que se desfez com a cassação da referida medida, por decisão do relator publicada no *DJU*, de 07.12.2006, ‘porque não tem a decisão reclamada arrimo expresso nos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT’. Precedentes administrativos sobre a matéria e sua aplicabilidade aos empregados públicos.”

O referido parecer, após longa análise doutrinária e jurisprudencial, conclui que a aposentadoria voluntária do empregado público é motivo para a extinção automática do contrato de trabalho. A readmissão do empregado público aposentado dependeria de nova realização de concurso público, caso contrário deveria ser exonerado do serviço público.

O Parecer PA n. 202/2007, de autoria da Procuradora do Estado Patrícia Ester Frysman, também aprovado recentemente pelo Procurador Geral do Estado, em 05.09.2007, tem o mesmo entendimento, decorrente da provocação do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (IAMSPE), conforme se verifica da ementa:

“Servidor Celetista – Contrato de trabalho. Extinção. Aposentadoria. Entendimento pacífico no âmbito da PGE (*e.g.* Pareceres PA-3 ns. 39/94, 270/94, 235/95, 28/98, 97/99, 248/99, 121/2001) no sentido de que a aposentadoria implica ruptura do vínculo jurídico entre servidor/empregado e a Administração Pública, de modo que a readmissão ou recontração do inativo somente pode ocorrer se ele for aprovado em concurso público. Solicitação de reexame da matéria, ante as decisões que julgaram procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.721-3 e 1770-4. Orientação aprovada (Parecer PA n. 64/2007) no sentido de que o teor de tais decisões judiciais não constitui fundamento suficiente para determinar a alteração do entendimento jurídico perfilhado pela Procuradoria Geral do Estado.”

Evidentemente que a situação do empregado público não pode ser equiparada ao do empregado particular. A readmissão do empregado público deve ser precedida de concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal.

De fato, o rompimento do vínculo funcional dá-se, portanto, com o advento da aposentadoria, voluntária ou compulsória, seja em decorrência da vacância do cargo, para o funcionário público, seja, igualmente, pela vacância da função-atividade, no caso do empregado público. É o que dispõem, respectivamente, os artigos 58 e 59 da Lei Complementar n. 180, de 12 de maio de 1978:

“Artigo 58 - A vacância do cargo decorrerá de:

I - exoneração;

II - demissão;

III - transposição;

IV - acesso;

V - *aposentadoria*;

VI - falecimento;

Artigo 59 - A vacância da função-atividade decorrerá de:

I - dispensa;

II - transposição;

III - acesso;

IV - *aposentadoria*;

V - falecimento.”

A Lei Complementar n. 180/78 é um diploma legal que se aplica aos empregados públicos, conforme se infere do artigo 205:

“Artigo 205 - Para fins desta lei complementar, passam a ser considerados servidores:

I - os admitidos em caráter temporário nos termos do artigo 1º da Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974;

II - os atuais extranumerários;

III - os atuais funcionários interinos;

IV - *os servidores admitidos nos termos da legislação trabalhista.*”

3 ADIns ns. 1.770-4 e 1.721-3

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.770-4 e 1.721-3 não alteraram a situação.

O artigo 7º, I, da Constituição Federal estabelece “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que proverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A Constituição Federal outorgou à lei complementar duas funções específicas: a) a de instituir hipóteses em que não pode ocorrer despedida arbitrária ou sem justa causa; b) a de fixar os parâmetros de indenização aos trabalhadores que vierem a ser despedidos.

Ocorre que até a presente data não foi publicada a referida lei complementar.

Por meio de Medida Provisória n. 1.596-14/97, foram introduzidos os parágrafos 1º e 2º ao artigo 453 da CLT. Essa medida provisória foi convertida na Lei n. 9528, de 10.12.1997.

A Constituição Federal teve o intuito de proteger o empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. O artigo 8º, VIII, da Constituição Federal (empregados sindicalizados) e o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (empregados da CIPA e gestantes) estabelecem as hipóteses de estabilidade constitucional relativa, que poderão ser ampliadas, quando do advento de lei complementar.

A extinção do contrato de trabalho em razão de aposentadoria voluntária foi introduzida na CLT sem lei complementar, em descompasso com o artigo 7º, I, da Constituição Federal.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ADIn n. 1.721-3, declarou inconstitucional o parágrafo 2º do artigo 453 da CLT. Na fundamentação do seu voto, que enfocava a situação do *empregado particular*, o relator Ministro Carlos Brito entendeu que a aposentadoria voluntária acabaria sendo maléfica ao empregado, pois determinaria o fim instantâneo do contrato, desconsiderando a própria e eventual vontade do empregador de permanecer com seu empregado. Lembrou até da hipótese de falta grave do empregado, fato que pode ser perdoado pelo empregador. Com a aposentadoria voluntária, não haveria autonomia de vontade das partes, característica do contrato de trabalho.

Outrossim, na ADIn n. 1.770-4, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 453 da CLT. O relator Ministro Joaquim Barbosa, acompanhado da maioria dos ministros, entendeu que a acumulação de proventos e vencimentos se estende à Administração indireta, nos termos do artigo 37, XVI e XVII, da Constituição Federal. A aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício, daí porque o empregado público aposentado iria receber cumulativamente proventos da aposentadoria e vencimentos, o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem negando sistematicamente (cf., *vg.*, RE n. 463.028, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma; AgR AG n. 484.756, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma; ADI n. 1.328, rel. Min. Ellen Gracie; RE n. 141.376, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio).

Portanto, os parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADIns ns. 1770-4 e 1721-3 (j. 11.10.2006), respectivamente.

“Artigo 453 - No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.

§ 1º - Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida a sua readmissão desde que atendidos requisitos constantes do artigo 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público. (O STF, na ADIn n. 1.770-4, DOU, de 20.10.2006, declarou a inconstitucionalidade).

§ 2º - O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta), se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício. (O STF, na ADIn n. 1.721-3, DOU, de 20.10.2006, declarou a inconstitucionalidade).”

Após esses julgamentos, apresentou-se novamente a questão acerca da legalidade da permanência do empregado público aposentado no serviço público.

Em uma interpretação apressada, cogitou-se que como os parágrafos 1º e 2º foram declarados inconstitucionais, a ausência de norma legal implicaria afirmar que a *aposentadoria* não colocaria termo à relação empregatícia e, portanto, não haveria óbice para continuar prestando serviços à Administração indireta. Não haveria, portanto, ofensa ao princípio do concurso público.

O argumento não convence.

É relevante repetir que a ADIn n. 1.721-3 teve como parâmetro o *empregado particular*. Em nenhum momento faz alusão ao empregado público. A aposentadoria não extinguiria automaticamente o contrato de empregado para o particular, que poderia auferir a aposentadoria do INSS e o salário da ativa. E se o empregador, caso entendesse demitir o seu empregado aposentado, deveria pagar as verbas rescisórias (v.g. multa de 40% do FGTS). Nesse sentido,

a Orientação Jurisprudencial n. 177 do TST teria sido cancelada com relação ao empregado particular, e não ao empregado público.

A Desembargadora Maria Inês M.S.A. Cunha, do TRT da 2ª Região, relatora do Recurso n. 00752.2004.005.02.00-3, faz interessante observação:

“No contrato de trabalho, além de pretender o empregado sua manutenção e de sua família, objetiva ainda a implementação de tempo de serviço, para se aposentar e assim auferir justo descanso após anos de trabalho e de contribuição para o processo produtivo. Foge ao senso comum que alguém se aposente para continuar trabalhando, como modo de aumentar a sua renda, visto que a finalidade da aposentadoria é que o trabalhador passe para a inatividade. Somente se pode atribuir a uma distorção do sistema o entendimento de que a aposentadoria não leva à extinção do contrato de trabalho.

(...)

Todavia, existe óbice intransponível para que assim se entenda, eis que se tratando de órgão da Administração, o mesmo está adstrito aos princípios que informam a Administração Pública, notadamente para a admissão de seus servidores, que somente poderão ingressar através de concurso de provas e títulos. A permanência em emprego ou cargo público, sem a prévia aprovação em concurso público, inquina de nulidade absoluta a contratação, não podendo surtir os efeitos pretendidos. Mesmo a argumentação no sentido de que deve prevalecer o interesse do hipossuficiente, não pode ser acolhida, já que o interesse individual não se sobrepõe ao interesse coletivo e muito menos ao interesse público.

A Administração Pública está adstrita aos princípios da moralidade, publicidade, e da legalidade em face dos interesses envolvidos e deste modo, não será possível admitir quaisquer derrogações.

Prestigiam-se as orientações consubstanciadas na Súmula 363 e OJ n. 177 da SDI do C. TST, assim redigidas:

‘Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo artigo 37, II e parágrafo 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.’

‘Aposentadoria espontânea. Efeitos. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria’.”

Ademais, cumpre ressaltar que o *caput* do artigo 453 da CLT continua em vigor. O referido artigo menciona o termo “readmitido”.

O Parecer PA n. 64/2007 elucidou a controvérsia, nos seguintes termos:

“Mas o argumento decisivo que emerge da redação do *caput* do artigo 453 da CLT não se circunscreve à interpretação que se deva emprestar, sob a ótica de direito público, ao termo ‘readmitido’. Na verdade, importa considerar-se a oração, entre vírgulas ‘quando readmitido’, cujo sentido não é temporal, mas nitidamente condicional, equivalendo a conjunção ‘quando’ a ‘se’, vale dizer: *se readmitido*, ou seja, *se assim for possível*. Pois, sob a ótica de direito público, o princípio da legalidade aufere leitura totalmente distinta da que teria no âmbito do direito privado. Basta evocar a conhecida lição de Hely Lopes Meirelles: enquanto ao particular é possível fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador público – jungido que está ao dogma da legalidade – somente pode fazer o que a lei permite.

Daí que a oração ‘quando readmitido’ vem pressupor, tão-somente, uma *possibilidade* de readmissão, que, sabidamente, a Constituição é expressa ao vedar no caso, pela regra do artigo 37, II – a exigência do prévio concurso público para ingresso em cargo ou emprego público. E, nessa senda, além dos empregados públicos, da Administração direta e indireta, regidos pela Lei Complementar n. 180/78, também os empregados das empresas estatais, posto que servidores em sentido amplo, ficariam impedidos de continuar em atividade após a aposentação, sem novo concurso público que, s.m.j, se poderia extrair do *caput* do artigo 453, no cotejo com a Lei Maior, harmonizando-se a observância dos princípios do concurso público e da garantia contra a despedida arbitrária – já que esta jamais teria essa conotação, se decorrente da irrestrita e singela aplicação da própria norma constitucional, a que está rigorosamente vinculado o administrador público, por força do princípio da legalidade, *ex vi*, ademais, do disposto no parágrafo 2º do artigo 37, II.

As demissões dos empregados públicos da Administração indireta que ocorreram no âmbito estadual não foram embasadas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT. As decisões das ADIns ns. 1.721-3 e 1.770-4 não foram afrontadas. Ao contrário, o *caput* do artigo 453 c.c. o artigo 37, II, da Constituição Federal, que estão em vigor, serviram de diretriz para as demissões.

4 Posição do Supremo Tribunal Federal

Na Reclamação n. 3.401, o Ministro Cezar Peluso, tendo em vista o julgamento do AgR RCL n. 3.940 (rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 23.02.2006), decidiu que:

“A interpretação do *caput* do artigo 453 da CLT ou o teor da OJ n. 177-SDI-I-TST não ofende a autoridade dos acórdãos das ADIns ns. 1.770 e 1.721. E não ofende porque não tem a decisão reclamada arrimo expresso nos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT, recentemente declarados inconstitucionais. Sendo assim, qualquer discussão sobre o *caput* do artigo 453 da CLT e da OJ n. 177-SDI-I-TST transpõe os limites da via processual eleita. É reiterada a jurisprudência nesse sentido: RCL n. 4.350, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU*, de 22.06.2006; RCL n. 4.129, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 30.05.2006; RCL n. 2.789, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 07.04.2006.”

Na Reclamação n. 5.215 (rel. Min. Carlos Britto, *DJU*, de 01.08.2007), ficou decidido que:

“(…) o pedido da reclamante também deve ser tido por manifestamente incabível. E isto pode ser constatado pelo esclarecimento do conteúdo das decisões deste Supremo Tribunal Federal nas ADI’s ns. 1.721 e 1.770. Nesta, a Corte declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 453 da CLT, o qual trata tão-somente da readmissão do empregado público que se aposentar. Já na ADI n. 1.721, este Supremo Tribunal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do parágrafo 2º do artigo 453 da CLT, que impõe a extinção do vínculo empregatício de quem se aposenta proporcionalmente.

Ora bem, a situação jurídica dos representados pela reclamante é bem diversa da tratada pelos dispositivos legais objeto das ADI ns. 1.721 e 1.770. Primeiro porque a reclamante não se desincumbiu do ônus

de comprovar que os representados foram aposentados por tempo de contribuição proporcional e, segundo, porque eles – os representados – ocupavam empregos públicos em pessoas administrativas (autarquia) e não em empresas estatais, como referido pelo parágrafo 1º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nessa ampla moldura, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o pedido de medida liminar.”

Na Reclamação n. 5.200/SP (rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJU*, de 01.08.2007), constou que:

“Bem examinados os autos, vê-se que a pretensão não merece acolhida, pois o pedido formulado pelo reclamante não se enquadra em nenhuma das hipóteses permissivas inscritas no artigo 102, I, “I”, da Constituição Federal, seja para preservar a competência dessa Suprema Corte, seja para garantir a autoridade de suas decisões.

As ações diretas apontadas como violadas tiveram como objeto os parágrafos 1º e 2º da CLT. Por sua vez, o entendimento de que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, conforme destacado nas informações, decorreu do *caput* do referido dispositivo legal, o qual permanece em vigor. Incabível, portanto, a reclamação.

Nesse sentido, cito diversas decisões em casos semelhantes ao presente: RCL ns. 2.670 e 3.862, rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL n. 4.129, rel. Min. Gilmar Mendes; RCL n. 2.789, rel. Ministro Celso de Mello. Isto posto, nego seguimento à presente reclamação (RISTF, art. 21, § 1º), prejudicado, o pedido de medida liminar.”

5 Conclusão

A Administração Pública está submetida a princípios constitucionais. A admissão de seus servidores está condicionada à realização de concurso público. A permanência em cargo e emprego público, sem prévia aprovação em concurso público, configura nulidade absoluta. O ato nulo não pode produzir efeitos e não pode jamais ser convalidado pela Administração Pública.

Aplicável *in casu* a Súmula n. 363 do TST:

“Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso

público, encontra óbice no respectivo artigo 37, II e parágrafo 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

Sendo assim, a contratação é nula e não pode gerar efeitos para pagamento de verbas rescisórias. *Ad cautelam*, seria razoável admitir o pagamento de salário como indenização pelos serviços prestados.

Ademais, a Orientação Jurisprudencial n. 177 da SDI do TST continua em vigor. O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 5.215 afirma que a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT não atingiu a OJ n. 177 do TST.

“Aposentadoria espontânea. Efeitos. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria.”

A aposentadoria voluntária do empregado público da Administração Pública indireta implica a extinção automática do contrato de trabalho. A readmissão, quando possível, deve ser precedida de concurso público. A ausência de concurso pública torna a contratação um ato jurídico nulo, não podendo produzir efeitos.

6 Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato Avolio. Parecer PA n. 64/2007.

FRYSMAN, Patrícia Ester. Parecer PA n. 202/2007.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 71, n. 8, p. 986-987, ago. de 2007.

APLICAÇÃO DAS REGRAS GERAIS DE PRESCRIÇÃO A FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA: A REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA DEMANDAR PRETENSÕES DE REPARAÇÃO CIVIL CONTRA O ESTADO¹

Rogério Ramos Batista²

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado em juízo. 3 O regime jurídico da prescrição a favor da Fazenda Pública. 3.1 Aspectos gerais. 3.2 A redução do prazo prescricional a favor da Fazenda Pública nas pretensões de reparação de danos. 3.3 O prazo prescricional a favor da Fazenda Pública nas demais pretensões. 3.4 Prescrição em curso – norma de transição. 3.5 A interrupção do prazo prescricional e seu efeito redutivo. 3.6 Relações de trato sucessivo. 3.7 Prescrição da pretensão executória (ou da pretensão ao cumprimento da sentença). 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Com o propósito de ser estudada por inteiro, a *prescrição* certamente demandaria o consumo de inúmeras coleções jurídicas, bem como o confronto de diversos autores, dos mais variados ramos do Direito. Para isso não bastaria apenas “ler”, mesmo que fossem *todas* as obras a respeito: seria preciso, sistematicamente, debruçar sobre todo o conjunto e *refletir* sobre as incontáveis questões que ele irradia.

Porém, mesmo assim, ousaríamos dizer que tal instituto ainda não teria sido desvendado por inteiro. E isso, dentre outras, por uma simples razão

¹ Tese aprovada no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado de 7 a 11 de outubro de 2007 em Porto Seguro-BA.

² Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Procuradoria Regional de Santos. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Universidade Católica de Santos.

(bastante, ao menos, para assegurar a ousada afirmativa): a dinâmica do Direito e de sua produção não cessa. Pior (ou melhor?): nos últimos tempos apresenta um ritmo cada vez mais acelerado e profuso.

Sendo assim, para os infelizes que, como eu, através do estudo, já tentaram e ainda continuam, teimosos, tentando buscar a compreensão absoluta e segura do instituto da *prescrição*, resta apenas o consolo de saber que isso é verdadeiramente impossível. Pois, diante de sua complexidade e aguda incidência em todos os ramos do Direito, tal seria o mesmo que atingir a perfeição, da qual (isso, sim, sabemos com certeza) nenhum ser humano é dotado.

Portanto, neste estudo trataremos de um de seus aspectos: *a aplicação das regras gerais de prescrição a favor da Fazenda Pública*, tema que envolve questões com inúmeras especificidades e de capital importância na preservação dos interesses do Estado em juízo.

Abordaremos o regime jurídico da prescrição com enfoque nas diversas nuances do instituto, tais como: a interrupção do prazo prescricional e seu efeito redutivo; sua contagem nas relações de trato sucessivo e nos casos de estar em curso quando do advento do novo Código Civil; sua ocorrência na pretensão executória (ou na pretensão de cumprimento da sentença); dentre outras.

Faremos isso para poder solidamente apresentar uma nova visão sobre a contagem do prazo prescricional, defendendo que houve sua redução a favor da Fazenda Pública, nas demandas de reparação de danos.

2 O Estado em juízo

Compreendido em sentido amplo, o Estado recebe em juízo a denominação de *Fazenda Pública*. Essa nomenclatura corresponde à designação pela qual se qualifica sua expressão patrimonial em juízo, porque é a Fazenda quem suporta os encargos pecuniários da demanda.

Conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles³, é oportuno destacar que, *lato sensu*, a expressão *Fazenda Pública* abrange também as *autarquias*

³ “A *Administração Pública*, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 693).

e as *fundações públicas*, não obstante a lei discrimine essas três entidades, como, por exemplo, o faz no artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil⁴, que trata do duplo grau de jurisdição obrigatório.

O novo Código Civil também faz essa distinção no artigo 41, ao destacar expressamente as autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei (incs. IV e V).⁵

Todavia, isso não significa que, na ausência de expressa previsão legal, não se lhes possa estender a aplicação das normas pertinentes, *a priori*, apenas às *Fazendas Públicas*, dada a similitude da natureza jurídica desses objetos, eis que todas são pessoas jurídicas de direito público interno.

3 O regime jurídico da prescrição a favor da Fazenda Pública

3.1 Aspectos gerais

No antigo Código Civil italiano a prescrição era definida como sendo o *meio pelo qual, com o decurso do tempo, alguém se liberava de uma obrigação*. A prescrição *extintiva*⁶, no Direito brasileiro, era conceituada pela maioria dos autores como sendo a *perda da ação atribuída a um direito*⁷, próxima, portanto, dos institutos de direito processual e distante da definição dada pelo ordenamento comparado.

Não obstante, a antiga definição do diploma italiano acabou sendo acolhida pelo novo Código Civil brasileiro que, no artigo 189, trata o instituto como

⁴ “Artigo 475 - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (...)”. Redação determinada pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Antes, porém, o artigo 10 da Lei n. 9.469/97 já havia estendido às autarquias e fundações públicas o disposto no artigo 475, *caput* e I, do Código de Processo Civil. A mesma Lei n. 9.469/97 também estendeu a esses entes o disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil, que trata dos prazos diferenciados para contestar e recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

⁵ Sem correspondência com o Código Civil de 1916.

⁶ Há duas espécies de prescrição: a extintiva e a aquisitiva (usucapião), sendo que essa última não afeta os entes públicos. A Constituição Federal, nos artigos 183, parágrafo 3º, e 191, parágrafo único, bem como o Código Civil de 2002, no artigo 102, dispõem expressamente que os bens públicos não são suscetíveis de usucapião.

⁷ SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1994. p. 284.

figura do direito material e não mais como direito abstrato de ação: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.”

Carlos Roberto Gonçalves observa que o Código de 2002 adotou a tese da prescrição da *pretensão*, mais adequada ao direito processual contemporâneo, uma vez que supera discussões, ao indicar que não se trata do direito subjetivo público abstrato de ação:

“Atendendo à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou o termo ‘pretensão’, que diz respeito à figura jurídica do campo do direito material, conceituando-se o que se entende por essa expressão no artigo 189, que tem a virtude de indicar que a prescrição se inicia no momento em que há violação do direito.”⁸

Nesse quadro, a prescrição se apresenta como um dos temas mais importantes do Direito, eis que constitui uma das primeiras barreiras a ser vencida por aquele que pretende ingressar em juízo buscando satisfazer seu interesse.

Dentre os diversos institutos de especial relevância para as ciências jurídicas, ela se destaca por sua inegável força obstativa à satisfação de pretensões postas perante o Poder Judiciário.

Por estar atrelada ao decurso do tempo, território governado por Cronos⁹, apresenta-se como um verdadeiro fantasma para o titular do direito, pois, caso ele se mantenha inerte, sorrateiramente pode lhe subtrair o bem da vida pelo decurso do prazo previsto em lei.

É importante destacar que o reconhecimento da *prescrição* leva o processo à resolução de mérito e, portanto, faz coisa julgada material, nos termos do artigo 269, inciso IV, c.c. o artigo 329, ambos do Código de Processo Civil.

Uma grande inovação ocorreu com a Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que entrou em vigor em maio daquele ano, alterando o parágrafo 5º do

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31-32. Em face do Código Civil de 1916, havia discussões para saber se o que prescreve é o direito ou a ação, mas a maioria da doutrina nacional entendia a prescrição como sendo a perda da ação atribuída a um direito. O Código Civil de 2002 adotou a tese da prescrição da pretensão, deixando claro que se trata de instituto de direito material.

⁹ Na mitologia grega, Cronos era o deus do tempo e tinha o hábito de devorar todos os seus filhos.

artigo 219 do Código de Processo Civil, para estabelecer que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Portanto, o reconhecimento da prescrição não depende mais de iniciativa da parte, podendo o juiz pronunciá-la *ex officio*.

Tamanha é a importância desse instituto que em todos os vastos campos das ciências jurídicas encontramos sua marca. No Direito Constitucional¹⁰, Direito Civil¹¹, Processual Civil¹², Penal¹³, Processual Penal¹⁴, Tributário¹⁵, Administrativo¹⁶, Empresarial ou Comercial¹⁷ e do Trabalho¹⁸, encontramos presenças marcantes da prescrição, pois não é exclusiva deste ou daquele ramo do Direito.

Em face das grandes dimensões do instituto, que penetra em todos os ramos das ciências jurídicas, sua análise absoluta somente poderia ser vislumbrada através do estudo e da produção de inúmeras obras. Na busca de desvendar a *prescrição* “por inteiro”, os trabalhos já elaborados a respeito, em verdade, merecem ser analisados em conjunto e sistematicamente, sem dispensarem a produção de outros tantos do gênero, até porque a dinâmica do Direito impõe novas e constantes reflexões sobre os antigos institutos.

¹⁰ O artigo 5º da Constituição Federal, nos incisos XLII e XLIV, estabelece a imprescritibilidade do crime de racismo e do crime praticado na “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

¹¹ Causa a extinção da pretensão do titular do direito lesado (art. 189 do CC).

¹² É uma das causas de resolução de mérito do processo (art. 269, inc. IV, do CPC).

¹³ É uma das causas de extinção da punibilidade (art. 107, inc. IV, do CP).

¹⁴ É uma das causas de absolvição criminal (art. 386, inc. V, do CPP).

¹⁵ É uma das causas de extinção do crédito tributário (art. 156, inc. V, do CTN).

¹⁶ O Decreto n. 20.910, de 06.01.1932, no artigo 4º, *caput* e parágrafo único, estabelece que não corre a prescrição durante a análise de pedido administrativo de pagamento de dívida líquida. Por sua vez, a Lei n. 9.873, de 23.11.1999, estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública federal, direta e indireta.

¹⁷ A Lei n. 11.101, de 09.02.2005, nova lei de falências e recuperação de empresas, estabelece, no artigo 6º, que “a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor”. No artigo 82, *caput* e parágrafo 1º, está previsto que prescreve em dois anos, “contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida”. Já o artigo 157 dispõe que “o prazo prescricional relativo às obrigações do falido recomeça a correr a partir do dia em que transitar em julgado a sentença do encerramento da falência”.

¹⁸ O artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal estabelece que os créditos resultantes das relações de trabalho prescrevem em cinco anos, “até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho”.

3.2 A redução do prazo prescricional a favor da Fazenda Pública nas pretensões de reparação de danos

Nesse contexto é que pretendemos contribuir, defendendo, através deste estudo, que houve a redução do prazo prescricional das pretensões de reparação de danos contra o Estado.

Embora o tema ainda não tenha sido estudado sob o enfoque que daremos neste trabalho, podemos seguramente afirmar que a redução desse prazo prescricional foi a mais importante novidade trazida pelo novo Código Civil, sob o ponto de vista da defesa da Fazenda Pública.

Agora, o prazo do Código Civil é menor (e, portanto, mais favorável à Fazenda Pública demandada) do que o previsto no artigo 1º do Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal em benefício do Estado.

Todavia, diante do *princípio da especialidade da norma*¹⁹, como aplicar o prazo menor do Código Civil se, para a Fazenda Pública, há diploma específico cuidando do tema?

Esse é o problema a que nos propusemos resolver.

Para podermos analisar melhor o assunto, também serão abordados outros aspectos importantes e singulares que envolvem a prescrição a favor da Fazenda Pública. Essas especificidades, por si só, já possuem consideráveis e relevantes proporções diante do universo de nuances que o instituto da prescrição encerra.

Tais questões reclamam especiais cuidados, a começar pela peculiaridade na fixação do prazo prescricional das pretensões contra os entes públicos, eis que o legislador cuidou de tratá-lo de forma diferenciada.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 178, parágrafo 10, inciso VI, já continha essa discriminação:

¹⁹ O brocardo *lex specialis derogat generali* (a lei especial derroga a geral) exprime o princípio da especialidade da norma. Está previsto no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942): “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

“Artigo 178 - Prescreve:

(...)

§ 10 - Em 5 (cinco) anos:

(...)

VI - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação.”

Posteriormente, o Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, no artigo 1º, reafirmou a prescrição quinquenal das pretensões contra as Fazendas Públicas.²⁰

Para dirimir quaisquer dúvidas no sentido de que o mesmo prazo se aplicava também às autarquias, o Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942, em seu artigo 2º, expressamente dispôs a esse respeito.²¹

Nessa mesma linha, a Lei federal n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, no artigo 1º-C, reafirma as espécies normativas citadas anteriormente, pois igualmente dispõe acerca da prescrição quinquenal do direito de obter indenização das pessoas jurídicas de direito público. Ademais, acrescenta uma novidade, ao dispor que a prescrição quinquenal também se aplica às demandas propostas contra as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, dentre as quais se destacam as concessionárias de serviço público.²²

A partir de 11 de janeiro de 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, embora nesse diploma não haja expressa menção à prescrição das pretensões contra a Fazenda Pública, é de se considerar, ao menos em relação

²⁰ O artigo 1º do Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, dispõe: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

²¹ “Artigo 2º - O Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.”

²² Lei Federal n. 9.494/97: “Artigo 1º-C - Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” (*Artigo incluído pela MP n. 2.180-35, de 24.08.2001*).

às demandas de reparação de danos, que o prazo ficou reduzido para três anos, a teor do disposto no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, o qual não tem correspondência com o Código de 1916.²³

Isso porque, para a reparação de danos, esse prazo do novo Código Civil é inferior ao de cinco anos previsto no Decreto n. 20.910/32.

E o prazo de três anos, sendo menor que o quinquenal, pode (e deve) ser perfeitamente aplicado, por força do *princípio da prevalência do menor prazo*, contido no próprio Decreto n. 20.910/32, em seu artigo 10, *verbis*: “O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras.”

Portanto, o fundamento de validade do *princípio da prevalência do menor prazo* está contido no próprio e vetusto diploma da prescrição quinquenal. É importante destacar que o mencionado artigo 10 ficou esquecido, não obstante os inúmeros artigos e diversas obras que se ocuparam até agora do tema da prescrição em face do advento do novo Código Civil.

Assim, no que se refere às demandas que versem sobre reparação de danos, o prazo prescricional das pretensões contra a Fazenda Pública ficou reduzido para três anos. O *princípio da prevalência do menor prazo* está contido no artigo 10 do Decreto n. 20.910/32 (norma especial) e nos remete à norma geral do novo Código Civil (art. 206, § 3º, inc. V), respeitando-se integralmente o *princípio da especialidade da norma*.

3.3 O prazo prescricional a favor da Fazenda Pública nas demais pretensões

Quanto às pretensões fundadas em outros motivos, diversos da reparação civil, como, por exemplo, aquelas cuja questão de mérito é unicamente de direito, como pode ocorrer com ações de servidores públicos buscando determinados benefícios²⁴, amparados no respectivo estatuto da classe ou em leis especiais, o prazo prescricional continua sendo o de cinco anos, uma vez que não houve, em face do Decreto n. 20.910/32, a ocorrência de qualquer das

²³ “Artigo 206 - Prescreve: (...) § 3º - Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil;”

²⁴ V.g.: reclassificação funcional ou equiparação de servidores públicos; concessão de aumento ou extensão de vantagens etc.

hipóteses contempladas pelo artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/42).²⁵

3.4 Prescrição em curso – norma de transição

Para os casos em que a prescrição estava em curso, quando do advento do novo Código Civil, há norma de transição no seu artigo 2.028, dispondo que o prazo prescricional será o do Código anterior, caso tenham sido reduzidos, e se, na data da entrada em vigor do novo Código²⁶, já houver transcorrido mais da metade do tempo que estava estabelecido na lei revogada.²⁷

Na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, editou-se a Súmula n. 50²⁸, que a esse respeito dispõe, *verbis*: “Artigo 2.028: a partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206).”

Esse enunciado imprime uma interpretação lógica ao comando da lei, bem como afasta qualquer incoerência na aplicação do citado artigo, ao dispor, acertadamente, que serão contados *por inteiro*, nos termos do artigo 206 do Código Civil de 2002, os prazos que já estavam em curso e ainda não haviam alcançado a metade da contagem, quando do advento desse novo diploma.

3.5 A interrupção do prazo prescricional e seu efeito redutivo

Outra questão que merece ser lembrada é a atinente à interrupção da prescrição. A *interrupção* da fluência de um prazo acarreta seu restabelecimento integral. Não havendo causa impeditiva, o prazo interrompido volta a correr, por inteiro, do início. Diferentemente, portanto, do que ocorre na *suspensão* da

²⁵ “Artigo 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (...)”

²⁶ O Código Civil de 2002 entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003 (art. 2.044).

²⁷ “Artigo 2.028 - Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

²⁸ Essa Jornada de Direito Civil ocorreu de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça.

fluência do prazo, eis que nessa hipótese há a retomada de sua contagem, após o término da causa que a ensejou, preservando-se, assim, o tempo transcorrido inicialmente, que será somado àquele que fluirá após o levantamento da causa suspensiva.

A prescrição que corre em favor da Fazenda Pública somente poderá ser interrompida uma vez. Esse é o comando contido no artigo 8º do Decreto n. 20.910/32.²⁹

Complementando esse dispositivo, o artigo 9º do mesmo diploma estabelece que “a prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo”.

Corroborando essas normas, o artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597, de 19.08.1942, além de repetir a essência dos citados artigos 8º e 9º do Decreto n. 20.910/32, tratou de dispor que os mesmos também se aplicam às hipótese de prescrição intercorrente, ou seja, àqueles casos em que a prescrição se verifica no curso do processo.³⁰

A respeito da interrupção da prescrição em favor da Fazenda Pública e da sua recontagem, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 383, cujo enunciado dispõe: “A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.”³¹

Roberto Rosas destaca o que diz o Ministro Luiz Gallotti:

“A interpretação razoável há de ser esta: o prazo da prescrição é de cinco anos, dentro do qual pode ser iniciada a ação contra a Fazenda Pública. Se o credor protesta na primeira metade do período, não se pode atribuir ao protesto o efeito de encurtar aquele prazo, que prevalecerá,

²⁹ “Artigo 8º - A prescrição somente poderá ser interrompida uma vez.”

³⁰ “Artigo 3º - A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.”

³¹ A Súmula n. 383 do STF foi aprovada na sessão plenária de 03.04.1964.

não obstante terminar antes dele, o de dois anos e meio, contado da data do protesto. Se este se faz na segunda metade do quinquênio, a prescrição se consumará dois anos e meio após o protesto, pois então não haverá risco de que a medida acauteladora produza illogicamente o efeito de reduzir o prazo da prescrição (ERE n. 43.346; v. art. 9º do Dec. n. 20.910/32; RE n. 98.805, *RTJ* 111/710).³²

Diante do que defendemos no item 3.2 deste estudo (ou seja, a redução, para três anos, do prazo prescricional a favor da Fazenda Pública nas pretensões de reparação de danos), podemos concluir que esse *prazo menor* trará reflexos diretos sobre a forma de interpretação e compreensão da mencionada Súmula n. 383 do STF.

Para que não seja interpretada *contra legem*, deve-se observar o artigo 10 do Decreto n. 20.910/32, norma especial que nos remete ao *menor prazo* da norma geral do novo Código Civil (art. 206, § 3º, inc. V), de modo que, nas pretensões de reparação de danos contra o Estado, a súmula deve ser compreendida nos seguintes termos: “A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por um ano e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de três anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.”

Portanto, caso se interrompa a fluência do prazo na primeira metade do período prescricional, ele não fica reduzido aquém do prazo original estabelecido pela lei, não havendo que se falar em prejuízo algum para o titular do direito.

O novo Código Civil trouxe uma novidade no artigo 202, *caput*, ao dispor, genericamente, que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez. Portanto, com o advento do Código Civil de 2002, a unicidade da interrupção do prazo prescricional não é mais um instituto que beneficia exclusivamente a Fazenda Pública, a qual gozava de distinção em face do disposto no artigo 8º do Decreto n. 20.910/32 e no artigo 3º do Decreto-Lei n. 4.597/42. É importante consignar que não houve revogação desses diplomas pelo novo Código, mas tão-somente a extensão do instituto da unicidade da interrupção para os casos em que o devedor da obrigação não é a Fazenda Pública.

³² ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 166.

Ainda no que se refere à interrupção do prazo prescricional que corre em favor da Fazenda Pública, é importante destacar que, nas hipóteses em que o processo resulte anulado por qualquer motivo, a citação não acarretará o efeito de interromper a sua fluência. É o que dispõe o artigo 7º do Decreto n. 20.910/32.³³

3.6 Relações de trato sucessivo

Quanto às chamadas obrigações de trato sucessivo, o artigo 3º do Decreto n. 20.910/32 dispõe que a prescrição atinge as prestações, à medida que elas, individualmente, forem completando seus respectivos prazos prescricionais.³⁴

São exemplos de obrigações dessa natureza as que envolvem benefícios previdenciários, bem como outras semelhantes, nas quais a obrigação se protraí no tempo, por ser de relação continuada.

Nesses casos, se aplica o enunciado da Súmula n. 85 do STJ, que dispõe, *verbis*: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

Tal enunciado reiterou o teor da Súmula n. 163 do extinto TFR³⁵, e é sob esse enfoque que deve ser interpretada a norma contida no citado artigo 3º do Decreto n. 20.910/32, eis que preserva o fundo de direito, o qual, uma vez reconhecido, não é atingido pela prescrição, que somente alcança as parcelas vencidas anteriores ao quinquênio da propositura da ação.

3.7 Prescrição da pretensão executória (ou da pretensão ao cumprimento da sentença)

O enunciado da Súmula n. 150 do Supremo Tribunal Federal dispõe, *verbis*: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.”³⁶

³³ “Artigo 7º - A citação inicial não interrompe a prescrição quando, por qualquer motivo, o processo tenha sido anulado.”

³⁴ “Artigo 3º - Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.”

³⁵ Súmula n. 163, de 27.9.84, do TFR: Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrevem as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

³⁶ A Súmula n. 150 do STF foi aprovada na sessão plenária de 13.12.1963.

Roberto Rosas, a esse respeito, anotou que:

“Pelo Código de Processo de 1939, a ação executória, sendo ação nova, não estava adstrita ao prazo prescricional da ação condenatória. Não se entendendo assim, não há nova ação, como pensa Pedro Batista Martins (*Comentários*, v. III/282). No primeiro sentido segue Liebman, porque a sentença condenatória, apesar de ter eficácia meramente declarativa pelo que diz respeito ao direito material, é, sem dúvida, constitutiva quanto à ação executória, e a execução é processo novo e distinto do de cognição. Para o grande processualista, parece certa a opinião de que, depois da sentença condenatória, recomeça a correr prazo de prescrição igual ao disposto em lei para ação respectiva (*Processo de execução*, 2. ed., p. 60; Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII/398, Ed. RT).”³⁷

Todavia, a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005³⁸, alterou o Código de Processo Civil, criando um processo sincrético, no qual se fundem cognição e execução.

Assim, a partir de 23.06.2006³⁹, com a entrada em vigor dessa reforma processual, como deveremos apurar a prescrição da pretensão executória? A Súmula n. 150 do STF ainda pode ser aplicada? Como, se não temos mais processo de execução fundado em título judicial⁴⁰, mas apenas fase de cumprimento de sentença?

Entendemos que a mencionada súmula pode continuar sendo aplicada mesmo no novo regime geral do processo sincrético, bastando apenas que a leitura de seu enunciado esteja afinada com as novas regras. Assim, propomos a adaptação de seu texto para o seguinte enunciado: “Prescreve a pretensão do cumprimento da sentença no mesmo prazo de prescrição da pretensão inicial.”⁴¹

³⁷ ROSAS, Roberto, *Direito sumular*, cit., p. 70.

³⁸ A Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, alterou o Código de Processo Civil, estabelecendo a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogando dispositivos relativos à execução fundada em título judicial.

³⁹ O artigo 8º da Lei n. 11.232/2005 dispôs que ela entraria em vigor seis meses depois de publicada. Sua publicação ocorreu em 23.12.2005, e portanto entrou em vigor em 23.06.2006.

⁴⁰ Essa é a regra geral. É importante observar que o artigo 730 do Código de Processo Civil não foi revogado pela reforma geral do regime das execuções promovida pela Lei n. 11.232/2005. Portanto, haverá processo de execução (autônomo) fundado em título judicial quando a executada for a Fazenda Pública.

⁴¹ Todavia, quando a executada for a Fazenda Pública (art. 730 do CPC), vale o enunciado da Súmula n. 150 do STF em sua redação original, pois a Lei n. 11.232/2005 não alterou o regime dessas execuções.

Aqui chamamos atenção para o que discurremos no item 3.1 deste trabalho, pois o novo Código Civil adotou a *tese da prescrição da pretensão* (instituto de direito material), superando divergências, ao afirmar que *não se trata do direito subjetivo público abstrato de ação*.

Portanto, após o trânsito em julgado da sentença, começa a correr a prescrição da pretensão executória (ou da pretensão ao cumprimento da sentença), que fluirá no mesmo prazo de prescrição da *pretensão inicial*. Essa (a pretensão inicial) nasce quando “violado o direito”. O artigo 189 do Código Civil dispõe que esse prazo prescricional começa a correr no momento dessa violação.⁴²

4 Conclusão

Diante de todo o exposto, concluímos que, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, em relação às pretensões de reparação de danos contra a Fazenda Pública, o prazo prescricional foi reduzido de cinco para três anos, embora o referido Código não tenha mencionado nada a respeito. Trata-se de aplicação do *princípio da prevalência do menor prazo*.

Conseqüentemente, para essas pretensões, afirmamos que a Súmula n. 383 do STF agora pode ser compreendida nos seguintes termos: “A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por um ano e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de três anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.”

Damesma forma, buscando coerência com a regra geral do novo regime do processo sincrético, propomos também a adaptação do texto da Súmula n. 150 do STF para o seguinte enunciado: “Prescreve a pretensão do cumprimento da sentença no mesmo prazo de prescrição da pretensão inicial.”⁴³

⁴² “Artigo 189 - Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.”

⁴³ Nesse caso, estaremos diante de uma hipótese de *prescrição intercorrente*, conforme bem observou Bárbara Camardelli Loi – Presidente da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB) e da Comissão Organizadora do XXXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado –, revisora desta tese, no parecer em que opinou pela sua aprovação, atenta ao instituto do processo sincrético.

Vimos que a aplicação das regras gerais de prescrição a favor da Fazenda Pública envolve questões que apresentam inúmeras especificidades e é de suma importância na preservação dos interesses da Fazenda Pública em juízo.

Encerramos este trabalho longe da pretensão de termos esgotado o assunto, buscando instigar o leitor a refletir sobre as conclusões apresentadas, na certeza de que as eventuais divergências, muitas vezes fruto dos debates aos quais estaremos sempre abertos, só nos trarão mais enriquecimento no incessante estudo do Direito.

5 Referências

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho e outros. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1994.

SISTEMA DAS NULIDADES PROCESSUAIS E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Ricardo de Barros Leonel¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Forma e formalismo no processo civil. 3 Tipicidade e planos dos atos jurídicos. 4 O dimensionamento das nulidades no processo. 5 O estatuto das nulidades no Código de Processo Civil. 6 Confinamento, suprimento, convalidação e aproveitamento. 7 Ineficácia dos atos das partes. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

O estudo do tema das nulidades processuais não se exaure, como poderia parecer ao leitor menos atento, à simples análise dogmática de dispositivos legais atinentes ao ponto.

A matéria não se confina, assim, à exegese dos artigos 243 a 250 do Código de Processo Civil (Capítulo V, sob a rubrica “Das nulidades”, inserido no Título V do Livro I, que trata do processo de conhecimento).

De outro lado, em adequada perspectiva metodológica, é possível extrair de tais dispositivos legais relevância prática que vai muito além do escopo de simples controle da regularidade do procedimento e dos atos processuais.

Como será possível observar, a correta visão das regras atinentes às nulidades no Código de Processo Civil revela, em projeção teleológica, verdadeiro estatuto da instrumentalidade no processo civil.

Mas para construir-se e pavimentar-se o caminho para tal raciocínio, é imprescindível a realização de digressão, ainda que breve, sobre a evolução recente (ou já nem tão recente) da ciência processual.

¹ Promotor de Justiça em São Paulo. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Até meados do século XIX o processo era visto como simples apêndice do direito material. No resquício das concepções históricas então vigentes, propor uma ação era nada mais que exercer uma das faculdades atinentes à titularidade de um direito, como seu gozo e fruição. Vivia-se, por assim dizer, a concepção *immanentista* ou *sincrética*, de absoluta vinculação (e dependência) do processo em relação ao direito material.

Questionamentos passaram a surgir, entretanto. Notória tornou-se a célebre polêmica a respeito da noção romana sobre o direito de ação, travada pelos romanistas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther. Na *polemica intorno all'actio*, parece terem os juristas de então dado início ao desenvolvimento das dúvidas que conduziram, a seguir, à imprescindível evolução.

A “centelha” acabou sendo ulteriormente captada e desenvolvida. Oskar von Büllow publicou, em 1868, sua obra sobre os pressupostos processuais e as exceções dilatórias. Seu grande mérito foi identificar a existência da relação processual e sua autonomia quanto à relação de direito material. Daí ser considerada, tal obra, a “certidão de nascimento” da ciência processual.²

Estava, pois, iniciada a fase *autonomista* dos estudos do processo, na qual foi possível alcançar grande evolução doutrinária e metodológica, em especial através das pesquisas tendo como enfoque os institutos fundamentais do direito processual, ou seja, a jurisdição, o processo, a ação e a defesa.

Entretanto, em meados do século XX, foi possível, para os estudiosos do processo, perceber a insuficiência do exame de seus institutos como um fim em si mesmo.

A inegável evolução científica não foi acompanhada pelas preocupações éticas voltadas aos resultados práticos do processo.

Com a subseqüente mudança de mentalidade, teve início a fase *instrumentalista* do direito processual, pela qual tão ou mais importante que a técnica é o alcance de resultados úteis através do processo.

Nessa fase, que ainda não se esgotou, a postura metodológica do estudioso deve ser de respeito à importância de sua ciência, sem olvidar da

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1, p. 258.

indispensabilidade do alcance dos escopos jurídico (aplicação do direito), político (manutenção do Estado Democrático de Direito) e social (pacificação de conflitos com justiça) do processo.³

Diante dessa perspectiva, deve ser invocada a máxima chiovendiana, pela qual, dentro do possível, o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo, e precisamente aquilo, que deveria ter obtido naturalmente. Afinal, como anota José Roberto dos Santos Bedaque, o processo é “método de solução de conflitos pelo Estado-juiz”⁴. Deve ser posto, sempre, a serviço do direito material.⁵

Tal perspectiva metodológica deve ser trazida ao estudo das nulidades. As regras sobre elas não são um fim em si mesmas, mas parâmetros do direito positivo, postos a serviço da finalidade de pacificar conflitos com justiça.

Extrair do processo seu melhor resultado útil é imperativo incontornável para a sociedade do terceiro milênio.

2 Forma e formalismo no processo civil

Assentada, pois, a correta perspectiva do processualista, que invoca fatores sociais e políticos que contribuíram para a concretização de sua ciência, cumpre descer das idéias gerais ao exame da técnica processual.

Isso torna indispensável a revisão de alguns conceitos.

Nesse passo, vem a pelo o exame dos conceitos de forma e formalismo no direito processual.

Bem tocou o ponto, com precisão, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao anotar que a “forma em sentido estrito” é o “invólucro do ato processual”, ou seja, o “conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta, e os requisitos a serem observados em sua celebração”.⁶

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, *passim*.

⁴ BEDAQUE José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, *passim*.

⁵ BEDAQUE José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, *passim*.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5.

De outro lado, o “formalismo” ou “forma em sentido amplo” é, conforme esse doutrinador, “a totalidade formal do processo”, ou seja, limitações aos poderes, faculdades e deveres dos participantes do processo. A finalidade do formalismo é o estabelecimento de ordem no processo, a disciplina da atividade dos órgãos judiciais, e assegurar a *par conditio* aos litigantes.

Tenha-se presente, pois, que o formalismo processual é verdadeiro “pe-nhor” de respeito ao devido processo legal.⁷

Nesse contexto, funcionando o “formalismo” como garantia para as partes e organização do método de solução de controvérsias, é oportuno analisar as regras procedimentais na perspectiva do alcance dos escopos do processo.

Recordemos que nosso modelo processual é delineado a partir do denominado *direito processual constitucional*, ou seja, da “tutela constitucional do processo”, que envolve o conjunto de normas constitucionais que estabelecem os parâmetros a serem observados pelo legislador infraconstitucional na conformação do sistema processual.

A propósito, embora o constituinte tenha sido extremamente pródigo na previsão de garantias constitucionais do processo, basta que invoquemos, como garantias-síntese, o devido processo legal e o contraditório com a ampla defesa e recursos que lhe são inerentes (art. 5º, LIV e LV, da CF), para, a partir delas, dimensionar adequadamente o sistema de nulidades no direito processual civil.

Em outras palavras, embora possa parecer simples, o emprego prático do raciocínio gera controvérsias, mas ele deve ser destacado: no exame das nulidades em concreto, avalia-se não só o respeito ao formalismo no processo, mas se o escopo das regras procedimentais, ou seja, a garantia do devido processo legal, e o contraditório, foram preservados.

Isso nada mais é que exame do processo, como método de solução de conflitos, e de suas formas como garantias aos litigantes, a partir de suas premissas constitucionais.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2, p. 533.

3 Tipicidade e planos dos atos jurídicos

O problema da tipicidade dos atos jurídicos tem relação direta com o alcance dos seus efeitos.⁸

O cumprimento integral da forma permite que o ato atinja, na dicção de Cândido Rangel Dinamarco, seus “efeitos programados”.⁹

Em sede de direito privado, é importante o estudo dos vícios dos atos jurídicos. Embora não seja possível fazer simples transposição dos conceitos ali obtidos para o âmbito do processo, tendo em vista que este se subsume ao regime de direito público, muito do que ali se produziu tem proveito na nossa ciência.

Exemplo disso é a teoria dos planos do ordenamento e dos atos jurídicos.

Pode-se formular raciocínio analítico pelo qual se realiza segmentação do ordenamento jurídico em três planos: da existência, da validade e da eficácia.

Para cada um desses planos, há dados próprios a preencher, quanto a cada ato jurídico. E a deficiência de qualquer deles impede que o ato atinja seus efeitos programados, ou então torna viável a cessação desses efeitos.

De modo mais singelo, pode-se afirmar que: (a) no plano da existência, devem estar presentes os elementos essenciais do ato (*essentialia negotii*); (b) no plano da validade, devem ser preenchidos os requisitos formais estabelecidos em lei; (c) no plano da eficácia se encontram os “fatores” indispensáveis à concretização dos efeitos do ato jurídico.

Exemplificando: sem o agente (elemento essencial) não é possível pensar em negócio jurídico translativo de propriedade; se o agente não é capaz (requisito de validade), poderão não se produzir ou cessar os efeitos programados do ato de disposição; e sem o registro imobiliário do ato de cessão do domínio imóvel, ele não produzirá sua eficácia.

Tal raciocínio pode, como anota Roque Komatsu, com as devidas cautelas e adaptações, ser aproveitado no estudo das nulidades processuais.¹⁰

⁸ CATAUDELLA, Antonino. Verbete Fattispecie. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1967. v. 16, p. 926-927.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 580 e ss.

¹⁰ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 29-42.

A ressalva quanto às cautelas a adotar decorre da diversidade de regimes que imperam, como visto, no direito privado e no processo, este último um dos ramos do direito público.

4 O dimensionamento das nulidades no processo

A doutrina estuda as nulidades, no direito processual, sob diferentes perspectivas, conferindo a elas, com peculiaridades próprias às concepções de cada autor, diferentes classificações.¹¹

Todavia, a classificação que nos parece mais apropriada é a adotada, em linhas gerais, por Cândido Rangel Dinamarco¹² e José Roberto dos Santos Bedaque.¹³

Esses dois autores conseguem sintetizar e sistematizar de forma clara o problema das nulidades no processo, evidenciando que: (a) os defeitos podem ser formais (lugar, tempo, modo e forma dos atos) e não formais (capacidade do autor, possibilidade jurídica do objeto do ato); (b) a consequência dos defeitos varia em conformidade com a gravidade e intensidade dos vícios; (c) a regra da instrumentalidade das formas permite reduzir as consequências decorrentes dos vícios do ato jurídico processual.

Dessas premissas extrai-se, no raciocínio dos renomados professores, a existência da seguinte classificação: (a) a situação extrema, da *inexistência* do ato processual, por falta de elemento essencial (v.g. sentença não assinada, ou elaborada e assinada por pessoa não investida da função jurisdicional); (b) nulidades *absolutas*, *relativas* e *anulabilidades*; (c) simples *irregularidades* (v.g. ausência de numeração e rubrica das folhas dos autos pelo serventuário da Justiça).

¹¹ Confira-se, v.g.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000; PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; MARELLI, Fabio. *La conservaziione degli atti invalidi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 2000; LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985; KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, cit.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 580 e ss.

¹³ BEDAQUE José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo: a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15, n. 60, p. 31-43, out./dez. 1990.

O estudo das meras irregularidades, embora conexo ao tema, extravasa os limites deste singelo texto.

Os demais aspectos – inexistência e nulidades – devem ser objeto de nossas preocupações.

No âmbito das nulidades, Bedaque e Dinamarco assim definem seus contornos: (a) nas absolutas, há violação de regras de ordem pública, e por isso mesmo cogentes; (b) nas relativas, há violação de regras voltadas à tutela do interesse privado, embora cogentes; (c) já as anulabilidades dizem respeito à não-observância de regras dispositivas, voltadas à proteção do interesse da parte.

O ponto em que os autores se distanciam é o destaque conferido por Dinamarco ao fato de entender incorrentes as anulabilidades em direito processual, embora teoricamente possível imaginar sua concepção doutrinária.

Ademais, convergem ambos para uma afirmação importantíssima: embora a classificação e a gradação dos vícios dos atos processuais seja relevante, doutrinariamente, para a compreensão do tema, na prática minimiza-se o relevo da classificação. Isso, na medida que “não há relação constante entre sanabilidade do procedimento e o caráter absoluto ou relativo das nulidades (...) pois há nulidades absolutas sanáveis e insanáveis”.¹⁴

Quanto à inexistência, embora haja certo dissenso a respeito da possibilidade de seu reconhecimento (afinal, deve sempre, tal como ocorre com as nulidades, ser declarada, e não se fala, no processo, em nulidades de *pleno iure*, como no direito privado), o próprio Código de Processo Civil faz menção a ela no artigo 37 parágrafo único, ao reconhecer como “inexistentes” os atos praticados pelo advogado sem procuração, quando não houver posterior regularização.

Vai a doutrina também evoluindo, na seara da inexistência no direito processual, a fim de associar o tema ao problema das impossibilidades, materiais ou jurídicas (v.g. condenação de alguém a préstimos corporais a terceiros; declaração de recesso de Estado da Federação)¹⁵. Mas a ampliação da dimensão

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 605.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

da inexistência, no processo, também acaba por extravasar os limites possíveis para o presente estudo.

Passemos, então, mais diretamente, ao exame do sistema de nulidades tipificado no Código de Processo Civil.

5 O estatuto das nulidades no Código de Processo Civil

Como já salientamos anteriormente, as regras processuais relacionadas ao sistema de nulidades estão, em linhas gerais, contidas nos artigos 243 a 250 do Código de Processo Civil. Embora topologicamente deslocado desse contexto, não se pode esquecer, ademais, do artigo 214 do Código de Processo Civil, que trata da possibilidade de convalidação do vício relacionado à falta de citação, através do comparecimento espontâneo do réu (§ 1º do art. 214) ou reconhecimento da eiva, com devolução do prazo para a defesa (§ 2º do art. 214).

Sem preocupação com a análise segmentada de cada um dos dispositivos mencionados, é viável, de forma sintética e sistemática, afirmar que são inspirados nas seguintes idéias: (a) a instrumentalidade das formas no processo; (b) a desnecessidade de reconhecimento do vício quando não houver prejuízo (*o pas de nullité sans grief*); (c) a causalidade ou contaminação, de forma que atos dependentes do viciado também são alcançados pela mácula; (d) a possibilidade de confinamento da nulidade, preservando atos não afetados pelo vício; (e) o destaque para a economia processual, recomendando a superação do vício, sempre que isso for viável.

Vê-se, pois, que o legislador infraconstitucional, certamente, ao tratar do tema, encontrou inspiração nas garantias constitucionais já referidas (devido processo legal e contraditório), prestigiando o aproveitamento máximo do processo. Esse também é o espírito que deve nortear os operadores do direito.

Ademais, a regra de ouro no sistema das nulidades talvez esteja mesmo situada nos parágrafos 1º e 2º do artigo 249 do Código de Processo Civil, que incorporam, a um só tempo, a idéia de que não há nulidade sem prejuízo.

Conforme o parágrafo 1º do artigo 249, “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”.

Sobre a aplicação dessa idéia (ausência de nulidade sem prejuízo), vem o exemplo, já referido, consistente na superação do vício de falta de citação, em decorrência do comparecimento espontâneo do réu (art. 214, § 1º, do CPC). Trata-se de evidente caso de nulidade absoluta que, pelo próprio sistema, encontra o caminho para a sua superação.

Poderíamos também recordar a hipótese de nulidade cominada de forma absoluta no parágrafo 1º do artigo 236 do Código de Processo Civil, que prevê a invalidade da publicação, para intimação, quando faltantes dados de identificação das partes e de seus advogados. Ninguém duvidará da possibilidade de superação do vício, se mesmo assim as partes tomam ciência da intimação e praticam os atos ou providência para as quais foram intimadas.

Por outro lado, o parágrafo 2º do artigo 249 do Código de Processo Civil diz claramente que “quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveita a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

Esse dispositivo vai além do estrito problema das invalidades no processo, permitindo até mesmo o julgamento de mérito, quando ausentes pressupostos processuais.

A questão foi analisada, com conclusão análoga à acima formulada, por exemplo, por Miguel Teixeira de Sousa.¹⁶

Esse posicionamento também foi assentado, de forma magistral, por José Roberto dos Santos Bedaque, quando da elaboração da tese de titularidade da cátedra de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.¹⁷

Como pontificou na sua obra o professor Bedaque, o raciocínio (que tem como pano de fundo a compreensão do processo como método à disposição da realização do direito material e o respeito às garantias constitucionais do processo) deve ser o seguinte: (a) se há vício relacionado à falta de algum

¹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais: algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, n. 63, p. 64-87, jul./set. 1991.

¹⁷ Publicada posteriormente: BEDAQUE José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

pressuposto processual, é necessário avaliar, na hipótese concreta, qual das partes seria em tese “protegida” pela exigência formal; (b) verificando que poderá decidir o mérito em favor daquela parte, deverá o magistrado fazê-lo de forma definitiva, sendo mais conveniente a decisão de mérito, apta à formação de coisa julgada material, que a simples extinção do processo sem exame do mérito, permitindo ulterior investida em juízo.

Encontramos exemplo clássico na aplicação do parágrafo 2º do artigo 249 do Código de Processo Civil, ademais, em matéria de nulidades propriamente ditas.

Basta recordar que a falta de intervenção do Ministério Público, quando presentes os motivos para sua atuação como *custos legis*, é nulidade cominada e, por isso, absoluta (cf. arts. 84 e 246 do CPC).

É pacífico o entendimento, entretanto, que nem sempre esse vício (ausência da intervenção do Ministério Público) provocará a nulidade do processo.

Eis o exemplo doutrinário¹⁸ e jurisprudencial: o *parquet* não foi intimado e não participou de feito em que havia interesse de incapaz. Contudo, a sentença de mérito dá solução favorável a ele. O vício deve ser superado: seria um contra-senso anular-se o processo a partir do momento em que deveria ter ocorrido a intervenção, quando a parte beneficiária da atuação protetiva do Ministério Público obteve no processo a *melhor solução possível* (sentença de mérito favorável).

Tratamos aqui, até então, de pontos e exemplos que têm foco centrado em aproveitamento integral do ato e do processo, sempre com fundamento na instrumentalidade das formas, na ausência de prejuízo e na economia processual.

Mas, em outras situações, tais idéias também se aplicam, ainda que de modo um pouco diverso, ou sem a possibilidade de superação integral do vício processual.

¹⁸ BEDAQUE José Roberto dos Santos, Nulidade processual e instrumentalidade do processo, cit.

6 Confinamento, suprimento, convalidação e aproveitamento

Sempre dentro da idéia de que não deve ser reconhecida nulidade se não houver prejuízo, e que as formas têm escopo instrumental quanto à tutela do direito material, é que o Código de Processo Civil sinaliza, mais de uma vez, no sentido de se extrair do processo seu resultado mais útil.

Vale aqui trazer à colação o pensamento de Eduardo J. Couture, para quem o processo, em que pese seu rigor formal, não deve ser visto como uma “missa jurídica”¹⁹. Ou então as precisas palavras de Andrea Proto Pisani, para quem o alcance do “escopo” do ato processual é o “metro” da sua validade.²⁰

Tais idéias estão em plena conformidade com a leitura das regras do direito processual, tendo como pano de fundo e premissa o respeito às garantias constitucionais antes apontadas, ou seja, o devido processo legal e o contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Assim, pensando na hipótese do aproveitamento do processo viciado, a jurisprudência tem aceitado de forma praticamente pacífica a superação do vício, até mesmo em grau de recurso.

Imaginemos a situação gravíssima apontada pelo legislador como hipótese de inexistência, no artigo 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Suponhamos então que o processo tenha percorrido todo o seu *iter* em primeiro grau de jurisdição, sendo proferida sentença de mérito. Ora, a falta do instrumento do mandato (procuração) relaciona-se com pressuposto processual atinente à parte (regularidade de representação).

Ela se trata, nos termos do artigo 267, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, de matéria de ordem pública, e assim pode ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição ordinária. Nessa hipótese, a juntada da procuração, ainda que em sede recursal, permitirá a regularização da falha, evitando-se a anulação do processo (*rectius* = reconhecimento da inexistência, cf. o art. 37, parágrafo único do CPC).

¹⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo; Buenos Aires: Julio César Faira, 2002. p. 318.

²⁰ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 232-234.

A juntada do instrumento de mandato permite a convalidação de todos os atos do processo e seu aproveitamento.

Outra hipótese: o processo que tenha tramitado perante juízo absolutamente incompetente. Trata-se também de matéria de ordem pública, pressuposto processual subjetivo relativo ao juiz, conhecível de ofício (cf. art. 301, II, § 4º, do CPC), que pode render ensejo, inclusive, a ação rescisória (art. 485, II, do CPC).

Nesse passo, o próprio Código racionalizou, ao determinar que apenas os atos decisórios devem ser anulados, remetendo-se os autos ao juízo competente, com aproveitamento do trabalho já produzido (art. 113, § 2º, do CPC). A própria lei, no caso, confina a nulidade ao indispensável.

Em outra situação, possível imaginar nulidade por cerceamento do direito à prova (que tem inclusive sede constitucional: confira-se o art. 5º, LV, da CF). Suponha-se indeferimento de prova pericial e realização de prova oral. Caso provida a apelação, com o reconhecimento da nulidade, e desde que viável a “separação” dos meios de prova (oral e pericial) sem prejuízo, a instrução deverá ser retomada, apenas para permitir a prova pericial indevidamente indeferida, sem necessidade de reprodução da oral, validamente formada. Eis então caso em que a nulidade ficou confinada ao absolutamente indispensável, a teor do artigo 248, *in fine*, do Código de Processo Civil.

Os exemplos poderiam se estender à exaustão, pois a prática processual é rica em oferecê-los, pondo à prova as premissas estabelecidas pela moderna ciência processual.

Ainda um exemplo que, de tão comum, já não nos causa perplexidade: a sentença que julgou *ultra petita*, concedendo valor maior que o pedido a título de indenização ou alimentos, violando, destarte, as regras da demanda, da inércia da jurisdição e da correlação ou adstrição entre a sentença e o libelo (arts. 2º, 128 e 460 do CPC).

É caso claro de nulidade da sentença, que pode ser equacionada, em sede recursal, com a reforma da decisão, reduzindo a condenação aos limites do pedido.

Absolutamente equivocada seria, na hipótese, a anulação da sentença, quando, excluído o excesso, mostra-se ela perfeita.

Presentes aqui as idéias que apontam para a instrumentalidade, o não-reconhecimento de nulidade sem prejuízo, o aproveitamento máximo do processo e a economia processual.

7 Ineficácia dos atos das partes

Apenas a título de ponderação, parece-nos oportuna, ainda uma vez, a utilização da idéia dos planos dos atos jurídicos, ou seja, existência, validade e eficácia.

Como acentua Cândido Rangel Dinamarco²¹, os atos das partes não estão sujeitos a invalidades, nem são declarados nulos. Simplesmente existem, podendo ser eficazes ou não.

Pensem os exemplos comuns: contestação intempestiva, recurso interposto fora do prazo ou sem o respectivo preparo, etc. Tais atos existem, Mas, nos exemplos imaginados, foram praticados sem observância da tipicidade legal, o que os torna ineficazes, por não darem ensejo aos efeitos que lhes são conferidos, a princípio, pelo ordenamento.

8 Conclusão

Cumpra-se aplicar as regras processuais, sempre tendo como pano de fundo os valores que pretendem elas preservar, à luz dos princípios constitucionais do processo.

Essa é a correta postura metodológica do processualista de nossa era, com vista sempre aos melhores resultados a alcançar, concretizando-se, assim, a promessa constitucional de tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) e, em última análise, o acesso à ordem jurídica justa.

9 Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 609.

_____. BEDAQUE José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo: a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15, n. 60, p. 31-43, out./dez. 1990.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CATAUDELLA, Antonino. Verbete Fattispecie. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1967. v. 16, p. 926-927.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo; Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1-2.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo, Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

MARELLI, Fabio. *La conservaziione degli atti invalidi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais: algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, n. 63, p. 64-87, jul./set. 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGISLACIÓN Y OMISIONES INCONSTITUCIONALES. EL MANDADO DE INJUNCIÓN: LA ALTERNATIVA BRASILEÑA

Pietro de Jesús Lora Alarcón¹

Sumario: Introducción. 1 Constitucionalismo y procesalismo. 2 ¿Existe un derecho fundamental a la legislación?. 2.1 El constitucionalismo escrito no es infalible. 2.2 El problema del silencio legislativo. 3 Examinando el mandado de injunción brasileño. 3.1 La originalidad del medio procesal. 3.2 El carácter híbrido del mandado de injunción. 3.3 El desarrollo del mandado de injunción en el Brasil. 4 Conclusiones. 5 Referencias.

Introducción

Descubrir en el laberinto de las modernas constituciones hipótesis de delegación al Congreso o Parlamento no es ciertamente ninguna novedad.

Un número bastante elevado de artículos insertados en los Documentos Constitucionales dan lugar a una posterior instrumentación legislativa, con la finalidad de que esta les otorgue condiciones de aplicabilidad y efectividad a los derechos formulados en su interior. De esa manera, se traslada la discusión sobre el como se erigen determinadas instituciones o se reglamentan derechos, al recinto del Legislativo.

En el desarrollo del constitucionalismo este hecho se reviste de especial importancia, porque en la medida en que el legislador atiende o desobedece el mandato constitucional, se conserva o se reproduce, se intensifica o se reduce la protección de los derechos o se establecen los parámetros adecuados para la

¹ Formado por la Universidad Libre de Colombia, con Maestría y Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil y estudios pos-doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid, España y en la Universidad de Coimbra, Portugal.

edificación de las estructuras jurídicas que conforman la institucionalidad. En suma, a partir de la legislación ordinaria se opera, en gran medida, la efectividad de la Constitución.

Pues bien, nuestra reflexión trata de un problema bastante concreto. Nos referiremos a la situación jurídica que se origina de la inacción del legislador, aquella que produce una neutralización o eliminación de la proyección del mandato constitucional. Más aún, indagamos sobre la posibilidad de que la persona, titular de un derecho que no puede ejercer, porque su viabilidad depende de una ley o un acto del Poder Público que todavía no fue promulgado o editado, utilice un remedio hábil para resolver su dificultad.

En el constitucionalismo Iberoamericano se puede ventilar que el amparo o la tutela serían remedios más que suficientes para obtener esa finalidad. En algunos casos se podrá argumentar que dotar de efectividad a la Constitución, cuando se generan omisiones normativas que ocasionan la pérdida de su fuerza o eficacia, sugiere recorrer a la fiscalización judicial de constitucionalidad de forma directa, es decir, acudiendo sin dilaciones al Tribunal o Corte Constitucional. Sin embargo, ocurre que en Brasil, la Constitución de la República Federativa, promulgada en 1988, creó la figura conocida como *mandado de injunción*, precisamente para intentar resolver el problema ocasionado por el incumplimiento del deber de legislar delante de la imposición del constituyente.

Así, intentaremos mostrar la alternativa brasileña, en la perspectiva de modestamente contribuir a la discusión sobre la mejor forma de superar la problemática referente a las omisiones inconstitucionales. Como toda alternativa o formulación inédita, existe un cierto e inevitable grado de polémica, la que es saludable y conveniente, para ir, gradualmente, allanando el camino a la plena efectividad de los derechos fundamentales.

1 Constitucionalismo y procesalismo

A mediados del siglo XVII surgió un movimiento de norte político y jurídico que desencadenaría un proceso histórico que hasta hoy se manifiesta en constante desarrollo. Nos referimos al constitucionalismo, que desde sus inicios pregonó que Europa Continental debería estructurar sus gobiernos teniendo como presupuestos las instituciones que desde el siglo XIII comenzaron a gestarse en Inglaterra y que implicaban una cierta forma de desconcentración para el ejercicio del poder.

Es un hecho indiscutible y que conviene recordar, que el movimiento constitucionalista llevó en su interior el germen del *procesalismo*. Consideramos posible paralelamente hablar de un *movimiento procesalista*, porque fue precisamente en la *Charta Magna Libertatum* de 1215 que se enunció la denominada *law of the land* que aparecería después en el conocido *Estatuto de Westminster* transformada en la locución *due process of law*, como una garantía de mayúscula trascendencia para la protección de los derechos.

Se puede constatar, en el trayecto histórico de los dos movimientos, que el primero se nutrió de un sentido ligado a la defensa de la vida humana en sus varias dimensiones, suscitando mecanismos racionales y técnicos de amparo de derechos individuales y colectivos, cuyo marco y ambiente fueron las sucesivas manifestaciones de actores sociales convencidos del resguardo y promoción de la paz, los derechos políticos y sociales y las libertades públicas. El constitucionalismo se impuso como un movimiento jurídico que, inclusive dentro de la intimidad propia de las disciplinas y estudios jurídicos, hoy pauta la reflexión de todos los ramos del Derecho, bajo los auspicios del principio de la supremacía constitucional.

Por los lados de procesalismo, hay que decir que este tuvo momentos importantes, especialmente cuando a través de las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos se adicionó al antiguo carácter procedimental del debido proceso legal un carácter substancial. Una valiosa acrobacia jurídica hizo surgir del instituto emanado de Inglaterra la idea de razonabilidad que debe inspirar todos los actos del Poder Público.

En nuestros días, las constituciones son los documentos jurídicos que guardan todo el conjunto de garantías constitucionales proclamadas a favor de las personas y que deben ser respetadas en el curso de los procesos. Mas, sería reducir el alcance de la cláusula del debido proceso legal no entender que cuestiones como el veto político o por razones de interés público o conveniencia política, o aún, la legalidad de los actos de la administración pública, elementos que también hacen parte de la armadura constitucional, tuvieron su génesis en ese aspecto substancial que ganó con la creación jurisprudencial norteamericana.

En la contemporaneidad, el proceso ostenta un singular prestigio. Precisamente, aquel que le otorga ser el instrumento por excelencia para tutelar

los derechos fundamentales dentro de un orden jurídico justo y en ambiente democrático, lo que lo convierte en el motor para la construcción o reconstrucción del tejido social y del Estado de Derecho.

Lógicamente, para que el proceso cumpla con su cometido debe ser el adecuado y necesita, además, de procedimientos ágiles y relativamente acelerados. Con todo, tal vez lo más interesante al tocar el tema, sea detectar la relación entre el instituto del proceso, como instrumento o medio, y la justificación de su existencia, lo que es solamente posible a partir de un examen de su finalidad concreta.

Lo que queremos decir es que para cada instituto procesal debe haber un fin previamente determinado, aquel que le concede un sentido, una razón de ser que lo legitima y de la cual se desprende su utilidad². Por evidente, en cada instituto procesal se halla una motivación constitucional, un propósito constitucional a alcanzar.

En el presente estudio acerca del mandado de injunción brasileño pretendemos demostrar las causas que justifican su existencia y examinar los elementos que contribuyen a visualizar su utilidad. Para tanto, debemos observar el telón de fondo en que aparece.

Si en algo existe acuerdo en lo que tiene que ver con el Constitucionalismo es que este tiene como fundamento la idea de un gobierno desconcentrado. Con efecto, la separación de poderes o funciones se impuso como una modalidad equilibrada de ejercicio del vigor estatal a través de órganos independientes y al servicio de postulados como la libertad y la igualdad.

Si bien la separación condujo a una racionalidad política, la verdad es que esta no está exenta de atritos. Por ejemplo, hay que reconocer que las autoridades electas por el mecanismo de la democracia representativa pueden carecer del control necesario para el cumplimiento adecuado de su función o, por lo menos, de lo de ella se espera. Por sobre ellos recaen toda suerte de presiones para que hagan su trabajo con sentidos determinados, ni siempre a favor del interés público, o para que dejen de hacer aquello a lo que están obligados. En

² En ese sentido, Cândido Rangel Dinamarco, desde el Brasil, ofrece su obra: *A instrumentalidade do processo* (11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003). Consúltense, especialmente, las páginas 181 y subsiguientes.

contraposición a un esquema ideal, la verdad es que el ejercicio sin control del poder puede ocasionar el recorte o la eliminación gradual o inmediata de derechos constitucionales.

Precisamente, fue el peligro de los excesos de las mayorías parlamentares que originó las precauciones para someterlos al control popular que, evidentemente, favorece la democracia y, entonces, como reconoce Landa Arroyo, la Constitución pasó a ser norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para las autoridades, quedando sometida así, la política al Derecho, en la forma del Estado de Derecho.³

En todo caso, y a pesar de las medidas para contener los abusos desde los escenarios del poder, la verdad es que se hizo necesaria la creación de la llamada *jurisdicción constitucional de las libertades*, que comprenden un sistema de acciones o formas de invocar al aparato judicial para hacer valer los derechos de las personas.

Un constitucionalismo en permanente evolución y especialmente dirigido a la protección de la democracia, regulando las relaciones entre individuos y Estado, entre el despotismo y la posibilidad de actuar conscientemente, produjo *en diferentes latitudes, aunque con tiempos y pautas distintas, según se trate de la tradición jurídica anglosajona del Common law o de la Europa continental del Reichstaat*⁴, esos mecanismos, algunos muy conocidos como el amparo mexicano, el *habeas corpus* y el *habeas data*, los *writ of injunction*, entre otras no menos importantes.

Esas fórmulas, sin embargo, demostraron que las relaciones entre legislativos y ejecutivos con jueces y tribunales pueden resultar estremecidas. Al fin y al cabo hay que llevar en cuenta que la decisión judicial se presenta, en tales casos, como un mecanismo de contención a la tarea de los otros.

En la tradición inglesa, por ejemplo, el sistema del *government and opposition*, que funciona sobre las base de un esquema de control y fiscalización de los electos popularmente, hizo que la solución de los conflictos tuviese su base en dos principios expuestos por Dicey: *the sovereignty of Parliament and the*

³ LANDA ARROYO, César. *Tribunal constitucional y estado democrático*. 2. ed. Lima: Palestra, 2003. p. 42.

⁴ Ibidem, p. 42.

rule of law – soberanía del parlamento y principio de la legalidad. Con un Parlamento soberano y que escoge al jefe del Ejecutivo la posibilidad de los jueces pasa a ser bastante tenue.

En la surgida en los Estados Unidos, el papel del juez es más determinante. Al lado de la supremacía de la Constitución⁵, el control judicial de la ley y de todas as formas de actuación de las autoridades, fue el resultado de un filtro sobre los actos que favorecían *lobbys* y pequeños grupos de privilegiados. Fue la *constructive interpretation* del debido proceso legal substantivo que transformó al órgano judicial en guardián del Documento Constitucional, sometiendo a examen, a partir del *rule of law* y de la *rule of reasonableness*, la validez de los actos del Legislativo y posteriormente del Ejecutivo.⁶

Como es perceptible, la unidad entre Constitución y proceso determinó la posibilidad de otorgar, en la práctica, vivacidad al Estado de Derecho, puesto que el órgano judicial se propone la fiscalización de las restricciones a la vida y la libertad personal.

Las figuras procesales así, están ligadas a la preservación de los derechos fundamentales. Esa es su razón de existencia y el motivo de su convergencia con la Constitución.

Pero además de esta constatación, y llegando a una época más reciente, hay que decir que el Constitucionalismo, el procesalismo y obviamente, el propio Derecho Constitucional, como disciplina destinada a la organización del conocimiento científico sobre la realidad del orden normativo, atraviesan una etapa delicada. Lo que no pasó desapercibido por la pluma de Paulo Bonavides, que detecta como la cuestión es todavía más urgente en los países periféricos, donde la concretización simultanea de los derechos fundamentales de primera generación, de un lado, e, de otro lado, de los derechos

⁵ Sobre la supremacía constitucional anunciaba Hamilton en 1788: “La Constitución es, en realidad, y debe ser respetadas por los jueces como una ley fundamental. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores, en otras palabras, la Constitución debe ser preferida sobre las leyes, el propósito del pueblo sobre el propósito de sus representantes.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist, or the new constitution*. Oxford: Basil Blackwel, 1948. p. 157).

⁶ Importante consultar sobre el punto la obra del profesor brasileño: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

fundamentales de tres generaciones consecutivas, ha hecho la ley fluctuar como nervio de una aplicabilidad que no siempre satisface las exigencias de la conciencia social y jurídica.⁷

Es en esta fase interesante, y llena de peligros que, como veremos, el mandado de injunción surge como instituto procesal, entiéndase, un instrumento o medio cuya justificación está en la necesidad de continuar defendiendo la supremacía de la Constitución, esta vez delante de la inercia legislativa. Por eso es herramienta comprometida con el fortalecimiento de los derechos fundamentales en un escenario de transformación social, iniciado cuando o Brasil sepultó el estado de excepción y reinauguró su Estado de derecho paudado por la legalidad y la igualdad.

2 ¿Existe un derecho fundamental a la legislación?

2.1 El constitucionalismo escrito no es infalible

En la raíz del Constitucionalismo se hallan las opciones de los pueblos para crear el *Estado Constitucional*, bien sea a partir de textos o documentos históricamente considerados, es decir, surgidos en diversas etapas del reconocimiento, declaración y ulterior desarrollo de las libertades o bien a partir de un documento único, que recoge variados elementos en la perspectiva de ofrecer un modelo ideal.

En esta última escogencia, la Constitución acostumbra tener una riqueza de contenido tal, que representa una fórmula más o menos acabada sobre todo lo referente al Estado, sus instituciones y opciones económicas. En ella también se incluyen, naturalmente, la mentalidad, las expectativas sociales y las condiciones de ejercicio de los derechos.

Las tendencias de redacción constitucional, las necesidades políticas y dificultades propias de la construcción colectiva del Estado y el orden jurídico, condujeron a la posibilidad de dejar al legislador ordinario la complementariedad de la regulación jurídica de derechos constitucionales.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional y legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 7, p. 79, 2003.

Entendida como una situación eficiente porque, al final, existe las garantías que representan la supremacía de la Constitución y la unidad del sistema jurídico, de modo significativo la delegación pasó a tocar la manera como los derechos son ejercidos, al punto que algunos padecen de una relación de sujeción a la aventura en que consiste la edición de actos por el Congreso. Desde la perspectiva interna del orden jurídico se distinguió, entonces, entre normas auto-ejecutables y normas no auto-ejecutables o normas auto-aplicables y no auto-aplicables.

La gran virtud del constitucionalismo de código único consiste en generar la sensación de certeza de que todo está debidamente comprendido por la norma jerárquicamente superior, punto de partida del Derecho y criterio de orientación para el Estado. El rigor de una realidad marcada por la desigualdad, los desniveles económicos, los abusos por parte de las elites en el poder, desenmascaran esa ficción.

Una de las manifestaciones más graves es el efecto ocasionado por las persistentes omisiones de los órganos encargados de cumplir los mandatos constitucionales de legislar para reglamentar derechos, frustrando los intentos de efectividad de los mismos y conduciendo a un desencanto popular imposible de ser ignorado. Por eso adquieren inusitada relevancia las figuras constitucionales que no permiten que se tome vacía la fórmula del Estado de Derecho, corrigiendo el problema ocasionado por la omisión o por el denominado *silencio legislativo*.

2.2 El problema del silencio legislativo

¿Cuál es el lugar y cual la función de la ley respecto a los derechos fundamentales? ¿Cuál debe ser el papel del legislador como receptor del mandato de establecer los linderos para el ejercicio de los derechos fundamentales? ¿El silencio del legislador debe ser respetado o es posible encontrar una salida segura para controlar jurídicamente la omisión legislativa?

Estos interrogantes son de imperiosa resolución si queremos avanzar en el estudio de la alternativa brasileña.

Antes de proseguir, conviene recordar que el profesor J. J. Gomes Canotilho, desde tierras lusitanas, nos advierte que la generalidad de la doctrina no reconoce un derecho subjetivo de los ciudadanos a la actividad legislativa:

“Embora haja um dever jurídico-constitucional do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação.”⁸

En verdad, hay que considerar que la discusión sobre la posibilidad de reclamar la innovación legislativa es bastante polémica. Con todo, la tendencia a experimentar nuevas formas de consolidar los espacios democráticos, especialmente en un contexto tan complejo en términos socio-económicos como el de América Latina tal vez sea una causa que debamos acompañar, en la perspectiva de modificar históricas condiciones de desigualdad y desconocimiento de derechos.

En ese sentido, por ejemplo, podemos advertir que no es raro que las omisiones del legislador para no efectivizar derechos se conviertan en formas de mantener realidades que exigen una transformación inmediata. Por otras palabras, la omisión del legislador configura un retroceso o un estancamiento del desarrollo del Estado de Derecho.

En Latinoamérica, las respuestas a los problemas de efectividad pasan, por la consolidación de figuras como la acción de incumplimiento, a la cual desde el Perú se refiere Landa Arroyo:

“(...) la acción de cumplimiento es una garantía constitucional que actúa para tutelar dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos y, segundo, la legalidad de los actos administrativos. (...) En este sentido, la acción de cumplimiento, esencialmente, busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, convirtiendo el cumplimiento de los mismos, por parte de la autoridad, en un nuevo derecho fundamental de los ciudadanos.”⁹

Muy a pesar de los esfuerzos teóricos y de las propuestas renovadoras, bajo la premisa de que el Congreso o Parlamento es el único que ostenta el juicio de conveniencia y oportunidad para la edición normativa y con eso

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1.024.

⁹ LANDA ARROYO, César, *Tribunal constitucional y estado democrático*, cit., p. 224.

define el ritmo de la efectividad de la Constitución hay quien pretenda inhibir cualquier posibilidad de control jurídico. Francamente, el argumento es cuestionable cuando se trata de la efectividad de un derecho fundamental. Como afirmó en su oportunidad el Tribunal Constitucional Español, el legislador no puede diferir *sine die* la regulación de una actividad.¹⁰

En importante decisión, la Corte Constitucional Colombiana, surgida de la Constitución de 1991, expresó claramente:

“Los fines esenciales del Estado imponen al órgano legislativo – como órgano constituido – el deber de llevar a cabo en un plazo razonable las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente, puesto que los derechos individuales solo adquirirían aplicabilidad inmediata a partir de la adopción de la norma legal.”¹¹

Volviendo a Europa, importante mencionar la previsión del artículo 53.1 de la Constitución Española. El dispositivo determina que todos los Poderes Públicos quedan vinculados por los derechos fundamentales y las leyes deberán respetar el *contenido esencial* de los derechos proclamados.

Esa idea de vinculación a todos los poderes, implica, obviamente, un mandato al legislador. Por eso, Jiménez Campo afirma que:

“(…) sobre el legislador pesa un deber de realizar los derechos fundamentales en la íntegra vida comunitaria (SsTC 18/1984 y 53/1985, FFJJ 6º e 4º, respectivamente), deber que, por decirlo aún en términos más amplios, exigirá, en unos casos, una acción pública de promoción de condiciones y medios para el efectivo disfrute del derecho y, en otras ocasiones, su protección legal frente a agresiones que provengan de quienes no son ‘poderes públicos’.”¹²

No pretendemos negar que exista un espacio de autonomía política del legislador ordinario. Mas, debe quedar claro que la omisión legislativa, cuando contradice la manifiesta intención del constituyente o se opone al ejercicio

¹⁰ Consultar STC 31/1994.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. S. 024. Enero 27 de 1994. Magistrado: Alejandro Martínez Caballero.

¹² JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p. 30.

de un derecho fundamental pasa a ser una omisión inconstitucional y, en ese sentido, debe haber un remedio adecuado dentro del sistema jurídico, para resolver la anómala situación.

Lógicamente, si imaginamos el caso de un individuo que está imposibilitado de ejercer su derecho porque eso depende de la acción del legislativo, se podría pensar en un correlato derecho a la legislación, bien sea para que el legislador actúe o para que lo haga en un cierto sentido.

De recurrir al aparato judicial, aduciéndose el derecho fundamental a la legislación, estaríamos procurando una decisión que obligue al legislador al cumplimiento de su deber. En esta opción, el juez, si declara procedente la pretensión del autor, expediría una orden para legislar y, obviamente, el clásico esquema de la separación de poderes vendría de inmediato en auxilio del legislador que no puede tolerar interferencias cuanto a la oportunidad y conveniencia de su trabajo.

Otra situación se presenta si el individuo busca con la decisión judicial la satisfacción de su derecho, con independencia de que el juez noticie o no al legislativo de que su silencio es perjudicial. Si el juez o Tribunal declaran la acción procedente, se impone, entonces, determinar el contenido del derecho y efectivizar la Constitución, es decir, garantizar su supremacía. En este caso, no nos parece posible satisfacer la pretensión sin determinar los linderos y la configuración, en el caso concreto, del alcance de la norma que no recibió el tratamiento del Legislativo.

Diciéndolo de otra manera, no se pide, en esta segunda posibilidad, al juez que legisle, mas que retire las consecuencias jurídicas derivadas de la inacción del Legislativo, es decir, el daño general al sistema jurídico, a la supremacía constitucional, y el daño concreto a la parte autora de la acción.

Esta visión del problema no puede huir de dos temas esenciales. El primero relacionado a algo que quedó en abierto cuando citamos la decisión de la Corte Constitucional Colombiana. Nos referimos al *plazo razonable* concedido al Congreso para legislar. El segundo, el problema de la conformación o delimitación legislativa del derecho establecido en la Constitución.

Sobre el primer asunto, el problema del plazo, que al principio podría considerarse sin relevancia alguna, es altamente importante cuando

el constituyente es quien lo determina. No siendo por él determinado, si la exigencia de legislar compromete el ejercicio del derecho fundamental, sobreviene la necesidad de buscar el parámetro de razonabilidad del cual se pueda deducir a partir de que punto se ocasionó un daño.

Esa búsqueda de la razonabilidad solamente puede ser hecha por el juez en clara práctica hermenéutica. El objetivo del plazo no es justificar que el juez legisle, mas determinar en que momento puede haber una extrapolación del ámbito de autonomía política que posee el Legislativo y consecuentemente, pasa a lesionar jurídicamente al individuo, impidiendo el ejercicio del derecho fundamental.

Si el constituyente delegó al legislador ordinario la capacidad para hacer las normas que determinan como delinear la moldura que permite el ejercicio del derecho fundamental, entonces, la razonabilidad temporal implica reconocer que, tratándose de esa categoría de derechos, sobre los cuales se edifica el Estado democrático y social, exige cierta urgencia, que debe ser examinada caso a caso.

Por esa vía de raciocinio, la conveniencia y la oportunidad no sirven para concluir que no se cumplirá el proceso legislativo, sino para establecer lo que es una urgencia constitucional y lo que no es una urgencia en esos términos. Y para eso el legislador ordinario debe observar la intencionalidad del constituyente, las conexiones de la norma constitucional con el todo normativo (sistema y unidad de la Constitución) y, finalmente, el sentido de justicia retirado de la colectividad que no admite la demora y desea ver removidos los obstáculos para abrir espacios a los postulados y valores expuestos en el interior del Diploma superior del ordenamiento.

Sobre la cuestión referente a la delimitación del contenido de los derechos por el legislador ordinario, el tema es interesante porque dependiendo de la exposición legislativa se puede dar lugar a la omisión parcial, es decir, a una apariencia de cumplimiento del mandato del constituyente.

Comenta Jiménez Campo que en el lenguaje del Derecho la palabra *limitación* es reservada a los casos en que se colocan barreras o constricciones a derechos, figuras, instituciones o situaciones jurídicas, mientras que la palabra *delimitación* parece cumplir otra función, la de establecer contornos o linderos. Bien por eso hay que distinguir los ámbitos de las dos expresiones para sustentar que el fundamento de la labor delimitadora se encuentra en la

ordenación legislativa del derecho como en su construcción jurisprudencial, “si una y otra se orientan a culminar, por mandato de la Constitución o con arreglo a ella, la definición del derecho fundamental.”¹³

El letrado del Tribunal Constitucional Español, distingue una:

“(...) delimitación directa (descripción del derecho fundamental por la norma que lo enuncia) y otra indirecta (reconocimiento constitucional de otros derechos y bienes, cuya afirmación y garantía ‘constriñe’ la expansión irrestricta, según su enunciado aislado del respectivo derecho). A uno y otro tipo de delimitación se ha referido, desde el principio, el Tribunal Constitucional al constatar que los derechos ‘tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos.’”¹⁴

Interesa observar que la Constitución, en algunos casos, delimita de forma inmediata el derecho a través de conceptos que no necesitan de integración o de precisión normativa específica. En ese caso, la jurisprudencia puede actuar actualizando el contenido del derecho en un fenómeno que puede eventualmente dar lugar a una mutación constitucional, una modificación o transformación del contenido de un derecho a partir de una reflexión sobre la manera como la sociedad siente que aquello debe ser regulado.

En otras oportunidades, la delimitación es mediata, es decir, remite al legislador, explícita o implícitamente, la tarea de precisar o culminar la definición de determinado elemento del derecho. En las palabras de Jiménez Campo:

“Las normas de ley que actualicen y cumplan estas remisiones realizan, por tanto, lo que cabe llamar una delimitación legislativa derivada del derecho fundamental, tarea que también la ley lleva a cabo en todos aquellos casos en que, aun sin remisión constitucional explícita, se impone el ajuste o integración entre derechos y bienes constitucionales de definición fronteriza.”¹⁵

¹³ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, cit., p. 39.

¹⁴ Ibidem, p. 39-40. Consultese, también, STC 5/1981, FJ 7º.

¹⁵ Ibidem, p. 41.

Pues bien, de lo afirmado se deduce que no solamente el legislador puede y debe orientar sobre el contenido de los derechos, sino que esa tarea también puede ser ejercida por la Magistratura, a través de una construcción jurisprudencial de innegable valor para el cumplimiento de la Constitución.

Llegamos al punto en nuestra breve reflexión en la cual precisamos observar, con fundamento en lo ya expuesto, la que hemos denominado de iniciativa brasileña, la figura del mandado de injunción, que nace con la Constitución promulgada en 1988 y que, a pesar de haber sido un tanto menospreciada durante sus primeros años, hoy presenta bríos renovados, considerándose las más recientes manifestaciones de la Suprema Corte del Brasil.

Así, avanzaremos sobre este instituto, aproximándonos a su intencionalidad manifiesta de efectivizar la Constitución.

3 Examinando el mandado de injunción brasileño

3.1 La originalidad del medio procesal

En el campo de las respuestas al problema de la omisión inconstitucional o el silencio legislativo, fue el ingenio del constituyente brasileño diseño una figura con las singulares características del mandado de injunción. La constatación sobre su originalidad no es particularmente nuestra, pues autores brasileños, desde el inicio, lo proclamaban como medida sin precedentes en el derecho, pues su confrontación con las famosas *injuction* de los Estados Unidos solamente lleva a la conclusión de que el parecido es apenas en cuanto al nombre.¹⁶

Sin embargo, y a la procura de antecedentes, se puede afirmar que el mandado de injunción sigue las raíces de las *Bill of Rigths* en Inglaterra, de la *Federal Rule 65* y de los artículos 31, 1-3, del Regimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Con todo, en suelo norteamericano los *writ of injuction*, conocidos como *preliminary injuction*, están destinados a ser interpuestos en el curso de un proceso contra actos de autoridad local o federal del Ejecutivo, con el objetivo de prohibir su realización porque ocasionarían daño a un derecho. En otro sentido, los *writ* también pueden obligar a la

¹⁶ Consultar la obra de los juristas brasileños: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2, p. 357.

Administración Pública o a un particular a realizar una acción, porque en este caso, la omisión daría lugar a un perjuicio.

Así, en los Estados Unidos, la tesis de *writ of injunction* indica un remedio relativamente frecuente y con fundamento en la jurisdicción de equidad, aplicable cuando la norma legal se muestra insuficiente o incompleta para solucionar con justicia determinado caso concreto.

A estas explicaciones debe añadirse el recuerdo de que en 1803, cuando el juez Marshall consagró el principio de la supremacía de la Constitución en la Corte Suprema de los Estados Unidos al manifestarse en el caso *Marbury vs Madison* – no olvidamos que estaba en cuestión la orden que el Presidente Thomas Jefferson impartió a su Secretario de Estado, James Madison, para no sellar las órdenes de nominación de los jueces de paz nombrados en el gobierno anterior y Marbury no alcanzó a ser notificado – Marbury, delante de la renuencia del Secretario de Estado, planteó un recurso judicial llamado *writ of mandamus*, una especie de amparo o mandado de seguridad.

Ese remedio, según el Derecho inglés, es expedido por las Cortes para que cualquier individuo o entidad que tenga un cargo público, cumpla con sus funciones en caso de no hacerlo de forma conveniente.

En todo caso, a pesar de cierta similitud, no nos parece que ninguna de esas figuras pueda ofrecer las posibilidades del mandado de injunción brasileño, que se dirige a resolver el problema de las omisiones legislativas.

En el ámbito latinoamericano, en Colombia y Perú, existe la *acción de cumplimiento*. En este último país, consagrada en el artículo 200, inciso 6 de la Constitución de 1993, la acción procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de la ley.

Como se puede observar, el remedio constitucional tiene un carácter distinto a la idea de subsanar vacíos legislativos. El fin consiste en obligar a la autoridad al cumplimiento de un deber pero no se trata de que, necesariamente, el órgano que decida por la procedencia del *writ* tenga capacidad para realizar el acto que posibilite el ejercicio de un derecho.

En Argentina, Néstor Sagüés, al abordar el Amparo como remedio constitucional, entiende que la inconstitucionalidad que deviene del incumplimiento

de una obligación de legislar establecida por la Constitución, en el caso de que lesione algún derecho, debe ser resuelta a través de esa figura procesal. Sagüés identifica normas constitucionales programáticas, que no pueden dar lugar al amparo puesto que en su cumplimiento el legislador tiene un juicio discrecional, y las normas constitucionales de cumplimiento obligatorio. Así, las normas constitucionales que implican una actuación del legislador son clasificadas en de *instrumentación simple* y de *instrumentación compleja*. Las primeras pueden dar lugar a una solución por la vía del juicio de amparo, pero, con relación a las segundas, el titular del derecho solamente tiene la opción de demandar al Estados por los daños y perjuicios ocasionados por la omisión.¹⁷

Pues bien, en el Brasil el mandato de injunción es asumido como un *writ*, es sin duda un remedio constitucional. Ahora bien, su estructura y características son distintas a las mencionadas y en vigor en otros países. De lo que se trata en Brasil es que el juez defienda la supremacía constitucional resolviendo el vacío ocasionado porque la norma que debería ser editada por el Legislativo no existe y, en consecuencia, la persona titular del derecho o libertad consagrada en la Constitución no puede tornarse efectivo.

Curiosamente, la norma constitucional que establece el mandato de injunción, la del artículo 5º, LXXI, y que se destina a dar aplicabilidad inmediata a las normas de eficacia limitada o no auto-ejecutables, fue cuestionada cuanto a su aplicabilidad inmediata. Es decir, ella también debería ser objeto de un mandato de injunción. Saliendo al paso, el Supremo Tribunal Federal brasileño reconoció unánimemente que la norma que consagra el *writ* es autoaplicable, es decir, que su operatividad es independiente de la edición de norma que la reglamente.

3.2 El carácter híbrido del mandato de injunción

Al examinar la constitución brasileña es posible depararse con el control judicial del silencio legislativo a partir de una fórmula de fiscalización denominada acción directa de inconstitucionalidad por omisión, focalizada en el párrafo 2º del artículo 103. Con todo, en Brasil las posibilidades de un particular obtener una decisión favorable por el Supremo Tribunal utilizando esta

¹⁷ SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional*: acción de amparo. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 102.

vía es escasa. Los legitimados estipulados en el propio artículo no comprenden particulares e, imaginándose que el particular tuviese esa oportunidad, el Tribunal ha sostenido que la decisión, en este caso, sirve apenas para transmitir mensaje al Legislativo con relación a su omisión. No existe, si esta es la hipótesis decisoria, la mínima razón para buscar la efectividad de un derecho en estas circunstancias jurídicas, a pesar de que el Magno Tribunal considere que la omisión legislativa origina situaciones de inconstitucionalidad, declare o estado de inercia del Congreso y coloque un plazo razonable para suplirla.¹⁸

Inconformado con la situación, el noble profesor Walter Claudius Rotherburg, en valiosa obra intitulada *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*, expone una interesante propuesta para la denominada Adin por omisión.

“Na busca de satisfação às promesas constitucionais, a proposta trazida pelo presente estudo sustenta a substituição do titular constitucionalmente indicado a realizar tais tarefas, por outro sujeito encontrável nos quadrantes da constituição. O Direito Constitucional contemporâneo ainda está um pouco aquém desse ponto, pois obriga a considerar o título inicialmente oferecido pela constituição como uma barreira à implementação constitucional em caso de omissão. A tese proposta representa, assim, mais um trecho do percurso rumo à efetividade constitucional: remover-se-ia um obstáculo de peso á concretização dos comandos da constituição, facilitando o alcance de uma realização efetiva.”¹⁹

En el intento de resolver el problema del sujeto titular de una libertad, un derecho fundamental o una prerrogativa ligada a la nacionalidad, a la soberanía y la ciudadanía, el constituyente brasileño proclamó el mandado de injunción. Una acción a través de la cual el juez o Tribunal competente establece una norma a seguir obligatoriamente para efectivizar el derecho consagrado en norma constitucional, que hasta el momento de la decisión no podía ser ejercido por la ausencia o de la ley o de la providencia del Poder Público, ocasionando la reducción de la fuerza normativa de la Constitución.

¹⁸ Decisión en la Acción 3682/MT relatada por el Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Juzgada en 9 de mayo del 2007.

¹⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

Con efecto, el artículo 5º, en su inciso LXXI, del Diploma brasileño determina:

“Se concederá mandado de injunción siempre que la falta de una norma que lo reglamente, torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.”

Como es apenas obvio, el nuevo instituto, creado especial y singularmente después de un periodo de excepción y con las características anunciadas en la propia Constitución generó múltiples expectativas. Según las estadísticas del Banco Nacional de Datos del Poder Judicial (BNDPJ) el Supremo Tribunal Federal del Brasil, entre los años 1990 y e 1991, juzgó 203 mandados de injunción y hasta agosto del 2006 fueron actuados 738. Entre los años 2006 a 2008 fueron actuados 84 mandados.

La naturaleza del mandado de injunción es híbrida: puede ser encarada como un writ, un remedio constitucional. Simultáneamente, es una forma de efectivizar la Constitución, una peculiar manera de resguardar la supremacía constitución, siendo así, se puede justificar también como un verdadero control de constitucionalidad. Finalmente, es la garantía constitucional para el particular ejercer su derecho.

En amplia perspectiva, Héctor Fix Zamudio nos recuerda que lo que denominados control de constitucionalidad es, en verdad, un conjunto de “(...) instrumentos jurídicos y procesales establecidos tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación (...) y lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales”.²⁰

De esa manera, en el fondo, el mandado puede ser analizado como un mecanismo de control que no deja naufragar el derecho fundamental. Si el control, como manifiesta Fix Zamudio, abarca las funciones de conservación, prevención y promoción del desarrollo de la Constitución, entonces, estamos delante de una figura evidentemente valiosa en ese empeño, pues las cumple a cabalidad.

²⁰ FIX ZAMUDIO, Héctor. *Introducción la estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. p. 16 y subsiguientes. (Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica, 12).

Si el objetivo es demoler los obstáculos que impiden la reproducción correcta del Estado de Derecho, especialmente del los derechos individuales, políticos y sociales que lo fundamentan, entonces el mandado de injunción ratifica que los Poderes Públicos están sujetos a la Constitución y vinculados de forma a darles efectividad plena.

Pasando revista a los elementos formales del mandado de injunción, se constata que cualquier persona puede requerirlo, con tanto que se verifica el presupuesto de admisibilidad de que exista una laguna técnica. Por otras palabras, debe haber un nexo entre la ausencia de una norma que se debería reglamentar y una consecuencial imposibilidad de ejercer un derecho de naturaleza constitucional por parte de un legitimado que busca insertarse en el vivir constitucional.

En ese camino podemos distinguir, para finalizar este segmento, algunos elementos inmediatos para poder implementar el *writ*, que desde nuestro punto de vista podrían ser resumidos en que, en primer lugar, la Constitución no pueda considerarse integrada por la legalidad preconstitucional, que podría ventilar el recurso da la recepción, ni por la legalidad con posterioridad a su puesta en vigor; luego, que se caracterice la omisión del legislativo, es decir, su pasividad en tiempo razonable en el cual podría hacer la norma y no lo hizo; por fin, que existe en virtud de la omisión una prohibición *ex silentio* dirigida a los titulares del derecho.²¹

Se comprende por ello que en Brasil se haya atribuido un interés máximo a esta figura, pues nos parece que en la historia no encontramos, a pesar de institutos semejantes, ninguno que pueda ostentar esa capacidad de demostrar la fuerza que se evidencia de la confluencia entre constitucionalismo y procesalismo para corregir el problema en pauta.

3.3 El desarrollo del mandado de injunción en el Brasil

El patrimonio de derechos de cada ser humano, originarios, independientes y reconocidos por la Constitución, pasó a ser defendido a través

²¹ Dice Javier Jiménez Campo: “Creo, por decirlo del modo más sencillo, que aquella protección extra legem es posibley necesaria en todos aquellos casos, y solo en ellos, en los que, de no ampararse judicialmente el derecho, la pasividad legislativa convertiría un mandato al legislador, incumplido, en una prohibición *ex silentio* dirigida a los titulares del derecho.” (*Derechos fundamentales: concepto y garantías*, cit., p. 60).

del mandado de injunción, no sin la polémica con relación a los límites de la decisión judicial. Con todo, la única posibilidad de otorgar condiciones de evolución progresiva a la nueva figura procesal es por la vía pretoriana. Es la actividad de la Suprema Corte en su calidad de guardiana de la Constitución la que ha promovido, después de algunos años de tibias decisiones, la franca evolución del instituto.

Como ya hemos dicho, en esta etapa de unidad del constitucionalismo y el procesalismo el mandado de injunción cumple una función concreta, se justifica con un medio para alcanzar finalidades constitucionales que nos parecen ya claramente expuestas. Sólo que, obviamente, esta función depende de la manera como el juez decide. Por eso se verifica la necesidad de una primorosa tarea hermenéutica que canalice la voluntad constituyente. Para esa finalidad, la decisión deberá estar fundamentada en principios constitucionales, responder a una ideología constitucional previamente definida y asentada en el texto de la Carta.

Hay que decir que el desarrollo del *writ* vino de la mano de una superación de las definiciones positivistas, puesto que una concepción práctica de la interpretación comenzó a vislumbrarse recreando la *constructividad jurisprudencial* delante de un ordenamiento que no tiene más posibilidades de ofrecer una respuesta y solamente una para las controversias de la vida²². Por eso, los principios y constitucionales pasaron a ser la medida que pauta la decisión judicial y el fundamento básico para no dejar escapar la jerarquía constitucional por la inercia legislativa, especialmente por su capacidad de relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente.²³

Y también por eso el juez desempeña un papel activo, pues la construcción normativa pasa por él. En el caso del mandado de injunción el juez, fundado en la Constitución, inicia el proceso de edificación de las hipótesis de solución posibles teniendo como parámetros el contenido jurídico del derecho fundamental, la unidad principiología de la Constitución y la razonabilidad.

Bajo esas premisas, el argumento de que no es posible efectivizar el mandato constitucional, porque las Cortes no legislan, es un sofisma, que no tiene conexión alguna con el postulado que crea el mandado de injunción

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta. 2007. p. 134.

²³ Ibidem, p. 125.

en tiempos de efectividad de la Constitución. Aquí, como ya se ha dicho por otros autores, la legitimidad de la justicia constitucional reposa también en el cuidado del juez en orientarse en sus sentencias y en sus diligencias hermenéuticas, por su adherencia a los valores representados e incorporados a la Constitución.²⁴

El juicio de conveniencia y oportunidad, como ya fue dicho, descalifica el *writ* brasileño y, en la medida en que se pretende anular el remedio ofreciendo como explicación que el problema de la omisión normativa conduce inevitablemente a una cuestión eminentemente política, se excluye la solución jurídica, que se produce con la intervención del órgano jurisdiccional.²⁵

Ya quedó sedimentado que en la experiencia de los Estados Unidos, el poder de los jueces – poder *contra-mayoritario* de protección de los intereses individuales y colectivos – afirmó, en virtud de decisiones fundamentadas en los postulados constitucionales, el *judicial review*. A despecho de que varios autores, entre ellos Carl Schmitt apuntasen los peligros de una politización de la justicia – *judicial police-maker* –, se reconoce que los jueces tienen una cuota de poder político-jurídico para controlar los actos del Congreso, lo que no menoscaba la idea formal de que este actúa como expresión de la voluntad general de los coasociados.²⁶

Es sabido que en los Estados Unidos han convivido, en la tarea del *judicial review*, dos tendencias de jueces: los partidarios de la *judicial restraint* – autolimitación judicial – y los del activismo judicial – *judicial activism* – confrontadas especialmente después de la Segunda Guerra Mundial en torno a los derechos de las minorías.²⁷

²⁴ BONAVIDES, Paulo, *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*, cit., p. 86.

²⁵ Aunque abogando por el amparo como la solución adecuada, Salgado y Verdaguer no son ajenos al problema: “Esta disyuntiva ofrece una fácil y recurrente vía de escape: la de señalar que estas cuestiones son ‘políticas’ y, por lo tanto, fuera del conocimiento de los jueces. Sin embargo, y más allá de lo dicho al tratar el tema de las llamadas ‘cuestiones políticas’, creemos que el camino a recorrer es otro y que el amparo es la vía adecuada a seguir.” (SALGADO, Alí Joaquín; VERDAGUER, Alejandro César. *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 91).

²⁶ Ese reconocimiento fué el que llevó al juez Hughes, en 1907, a manifestar “nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

²⁷ Consultese la exposición de César Landa Arroyo (*Tribunal constitucional y estado democrático*, cit., p. 34 e subsiguientes).

Ciertamente, el Tribunal brasileño también contó, teniendo en cuenta lo delicado del tema, con variadas interpretaciones sobre la forma de darle vida al writ. En todo caso, lo que nos parece fuera de discusión es que este exige una postura funcional que permita una interpretación dinámica de la Constitución, es decir, exige un rol activo del juez en los procesos políticos y sociales, que talvez en los Estados Unidos haya comenzado con la instauración del Tribunal Warren.

Debe notarse también que, a rigor, en el instituto que comentamos, el constituyente no pide exactamente la elaboración de una ley, mas, la elaboración de una norma. O sea, el constituyente no pidió la edición de un acto que ostente la característica de la generalidad, que es la esencia de la ley en el Estado de Derecho. Tampoco el envío de un mensaje o la noticia al Congreso. El pedido consiste en la prestación jurisdiccional. Acontece que, para esa finalidad, el juez elabora un modelo de conducta, una prescripción normativa, la decisión tiene sentido constitutivo.

Vale la pena observar que de la lectura del artículo de desprende que todo el abanico de derechos y libertades constitucionales está prácticamente resguardado por el remedio jurídico y apuntar que los efectos de la decisión deben se extender a todos los impetrantes que se encuentren en idéntica situación, pues no sería razonable tratar iguales de manera diferente.

Las decisiones sobre el mandado ponen de manifiesto las contradicciones de la polémica sobre autonomía política del Legislativo y poderes de la Magistratura, en particular, del Supremo Tribunal Brasileño. El Tribunal fue obligado a apreciar, en un corto espacio de tiempo no solamente la cuestión referente a la inmediata aplicación del remedio constitucional, con independencia de la creación de las reglas procesales aplicables, sino su significado, su naturaleza jurídica y sus posibilidades en el ordenamiento.²⁸

Con posterioridad, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia delimitaría con mayor claridad los contornos del novel instituto. Las decisiones promovieron, a los pocos, la esencia del mandado de injunción, aunque generándose discusiones jurídicas importantes, especialmente porque mientras por un lado se argumentaba la necesidad de permitir que el Supremo Tribunal Federal determinase las reglas para la concretización del derecho, convencidos

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007. p. 1.148.

sobre lo inédito de la figura, otros desconfiaban de esa idea que, en esta óptica, ocasionaría una lesión a la separación de poderes o funciones.

Al principio el Supremo Tribunal Federal, siendo relator el Ministro Sepúlveda Pertence, en el Mandado de Injunción 168/RS, determinó que,

“(...) el mandado de injunción ni autoriza al Poder Judicial a suplir la omisión legislativa o reglamentar, editando el acto normativo omitido, ni, menos todavía, le permite ordenar, de inmediato, acto concreto de satisfacción del derecho reclamado, mas, en el pedido, puesto que de atendimento imposible, para que el Tribunal lo haga, se contiene el pedido de atendimento posible, para la declaración de inconstitucionalidad de la omisión normativa, con ciencia al órgano competente para que la supla (...)”

Sin embargo, fue el mismo Supremo Tribunal, abordando la problemática de la integración de normas constitucionales, que determinó, en el MI 107 de 23 de noviembre de 1989, relatado por el Ministro Moreira Alves, que el dispositivo que consagra la garantía constitucional es auto-aplicable y que el rito procesal adecuado es el del mandado de seguridad, figura que reproduce la intención del derecho del amparo, para salvaguardar derechos líquidos e ciertos cuando desconocidos por ilegalidades o abusos de poder. También, después, en el Mandado de Injunción número 20/DF, relatado por el Ministro Celso de Mello en 19 de mayo de 1999, el Tribunal determinó que, por analogía a este último instituto, es posible la impetración de mandado de injunción de forma colectiva, es decir, por asociaciones, partidos políticos y otras entidades.

En cuanto a los efectos del mandado, en sus comienzos se determinó que la decisión fuese equiparada a la de la Acción directa de inconstitucionalidad por omisión. En el mandado de injunción 283 del Distrito Federal, relatado por el Ministro Sepúlveda Pertence, con relación a la edición de la norma prevista en el § 3º del artículo 8º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución brasileña, (ADCT) determinó el Tribunal un plazo para que la mora en que incurrió el Congreso fuese sanada y, subsistiendo el vacío, facultó al titular del derecho a obtener en juicio, contra la Unión, sentencia líquida de indemnización por las pérdidas y daños resultantes de la demora²⁹.

²⁹ Diário de la Justicia del Brasil de 14.11.1991.

La decisión fue reiterada en el Mandado de Injunción 562/RS relatado por el Ministro Carlos Velloso y publicada en 20 de junio del 2003 en el Diario de la Justicia, determinando también que, tratándose de un beneficio ya concedido, resulta desnecesaria una nueva notificación de su omisión al Congreso, que no solamente dejó pasar 14 años para hacer lo que debía, sino que ya había sido notificado otras veces por la misma causa en idénticas acciones.

También es interesante observar el caso del inciso I del artículo 7º de la Constitución del Brasil. La norma establece el derecho de los trabajadores urbanos y rurales a una relación de empleo protegida contra despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de ley complementar, que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos. Lo allí establecido debe ser combinado con lo estipulado en el artículo 10 del ADCT, que determina que hasta la edición de la ley complementar queda limitada la protección al aumento, para cuatro veces, del porcentaje previsto en el encabezado del artículo 6º y su § 1º de la ley 5107 de 1966.

Se exigió, entonces, la elaboración de una ley que en el ordenamiento brasileño recibe el nombre de *ley complementar*, cuyas características más relevantes son las de ser reservadas para determinadas situaciones - pues su campo material es residual con relación a la ley ordinaria - y votadas por un quórum de mayoría absoluta por el Legislativo.

Pues bien, ajuiciado el mandado de injunción 628 de 2002 de Rio de Janeiro, y relatado por el Ministro Sydney Sanches, la decisión fue en el sentido de que existiendo en la propia Constitución una reglamentación provisoria, entonces, no podría la el Tribunal manifestarse sobre el caso en mandado de injunción.³⁰

No compartimos, humildemente, del entendimiento del Tribunal, porque delante de la exigencia de la Constitución no hay como determinar que lo transitorio vire permanente. Es decir, la reglamentación ofrecida por el constituyente no tiene la intención de substituir en definitiva el contenido de la ley complementar que debería editarse. Por lo demás, a la época de la acción y contando los años desde la promulgación de la Constitución, el requisito del plazo razonable estaba más que cumplido.³¹

³⁰ *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 809, p. 167-169, mar. 2003.

³¹ Resulta interesante el voto, sobre el punto, del Ministro Marco Aurélio Farias de Mello.

En el mandado de injunción 712/PA, el Ministro Eros Roberto Grau, al analizar la aplicabilidad del artículo 37, VII de la Constitución brasileña, da a conocer valiosos entendimientos³². Argumenta el Ministro que el Supremo Tribunal Federal no puede dar decisiones ineficaces, refiriéndose a decisiones cuya única finalidad sea la de solicitar al legislativo que cumpla su deber. La remoción del obstáculo para el ejercicio del derecho se hace a través de la elaboración o formación de la norma que lo regule y que está ausente en el ordenamiento.

Distingue el Ministro entre la demora “pura y simple” y la “demora constitucional”, o sea, la demora incompatible con lo que se pueda observar como previsto y programado por la Constitución.

El Supremo Tribunal además, debe no solamente remover el obstáculo en el caso concreto, sino removerlo en todos los casos, en la perspectiva de la uniformización de la jurisprudencia sobre el tema.

De esta manera, el mandado de injunción continúa su marcha, atravesando no sin dificultades, la trilla de la efectividad del mandato constitucional. En lo que nos parece un intento de bastante coraje.

4 Conclusiones

En la actual etapa del Constitucionalismo y del Procesalismo en América Latina en pauta está la intervención directa del Tribunal para reconocer el derecho, ampararlo y llevarlo de la mera declaración a su efectividad en beneficio directo del titular y en prestigio de la supremacía de la Constitución. Técnicamente, eso supone un ejercicio de creación y construcción de una norma de decisión que además de tener como fundamento los principios y valores expuestos en la Constitución y la superación de la dificultad de determinar los linderos del derecho, su contenido y alcance.

No es lo mismo preservar un derecho que promover la realización de una norma o su entera aplicabilidad, aunque la fuente que da vida a lo primero sea exactamente lo segundo. Ahora bien, lo que el derecho fundamental sea, en cada caso de mandado de injunción, vendrá dado por el reconocimiento que

³² Diário de la Justicia del Brasil de 23.11.2007.

haga el intérprete, especialmente si este, en la condición de Tribunal o Corte Constitucional lo conduce a un mundo en transformación.

En esta perspectiva, el Tribunal no es un substituto del Legislativo. No hay como hablar de una infiltración del Poder Judicial en el Congreso. Tampoco el Legislativo es un ejecutor de la decisión del Tribunal al final de su proceso decisorio en el mandado de injunción. De lo que se trata es de establecer los parámetros que permitan que los derechos individuales, sociales y políticos sean efectivamente realizados a favor de los individuos y de la reproducción del Estado de Derecho y la concretización de la fuerza normativa de la Constitución.

El esfuerzo brasileño, su alternativa, la de una figura procesal constitucional híbrida, tiene un impacto concreto en la posibilidad de que las personas vivan *en Constitución*. En ese sentido estamos delante de un instituto legítimo y que, sin duda fortalece la democracia en este sector del Planeta.

5 Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 7, 2003.

CABALLERO CARBONELL, Rosalía. *Jurisprudencia constitucional*. Santafé de Bogotá, DC: Ediciones J.U., 1994. Tomo 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CROOK, Stephen. *Postmodernization*. London: Sage, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIXZAMUDIO, Héctor. *Introducción la estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. (Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica, 12).

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist, or the new constitution*. Oxford: Basil Blackwel, 1948.

HAYEK, Friedrich. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

LANDA ARROYO, César. *Tribunal constitucional y estado democrático*. 2. ed. Lima: Palestra, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional: acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

SALGADO, Alí Joaquín; VERDAGUER, Alejandro César. *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta. 2007.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

Rua da Mooca, 1921 São Paulo SP
Fones: 2799-9800 - 0800 0123401
www.imprensaoficial.com.br

