

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL



VIII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

GUSTAVO HENRIQUE PASCHOAL

©2018 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Sérgio Tibiriçá Amaral & Gustavo Henrique Paschoal
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VIII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriçá (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Hermenêutica Constitucional / Sérgio Tibiriçá Amaral & Gustavo Henrique Paschoal, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2018. (Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-69-2

1. Hermenêutica Constitucional / Sérgio Tibiriçá Amaral & Gustavo Henrique Paschoal

CDU-340.12

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Hermenêutica Constitucional.
340.12

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A IMPORTÂNCIA DA HEMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DO SENTIMENTO DE CONSTITUIÇÃO COMO SUBSTRATOS PARA A CONSTRUÇÃO DE CIDADANIA NO BRASIL	5
Jessica Caroline Pauka RASERA João Pedro Facholi Goulart QUIRINO	
A INTERVENÇÃO ECONÔMICA NOS ESTADOS LIBERAL, PROVIDÊNCIA E REGULADOR: DO ABSTENTEÍSMO RADICAL AO INTERVENCIONISMO MODERADO	19
Américo Ribeiro MAGRO Hugo Crivilim AGUDO	
A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A RESPONSABILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA APÓS A DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760.931	40
Gustavo Henrique PASCHOAL	
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM VIAGENS AÉREAS INTERNACIONAIS: ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	55
Renan Cauê Miranda PUGLIESI Leticia Soares PADOAN	
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA: USUCAPIÃO DOS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS E FINALIDADES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	78
Vinicius Alves SCHERCH Sandra Santos Rosa SCHERCH	
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: POSSÍVEL APLICAÇÃO NA SAÚDE PÚBLICA	95
Mariana Costa BARRETO Taigoara Finardi MARTINS	
NECESSIDADE DE LEI ISENTIVA PARA AFASTAR COBRANÇA DE IPTU SOBRE IMÓVEL DECLARADO EM PARTE COMO ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE COM NOTA DE <i>NON AEDIFICANDI</i>: ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ	113
David Gilberto MORENO JÚNIOR Wesley Gabriel Bueno FURQUIM	
PROSELITISMO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS: A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 2566	128
Tatiana STROPPA Carlo José NAPOLITANO	
UMA ANÁLISE LÓGICA-SEMÂNTICA SOBRE A VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA	

A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DO SENTIMENTO DE CONSTITUIÇÃO COMO SUBSTRATOS PARA A CONSTRUÇÃO DE CIDADANIA NO BRASIL

Jessica Caroline Pauka RASERA
João Pedro Facholi Goulart QUIRINO

RESUMO

O presente artigo consiste em uma análise da hermenêutica jurídica onde foram abordados não só os conceitos e métodos clássicos de interpretação sistematizados por Friedrich Carl von SAVIGNY, mas também aqueles que convencionaram o que chamamos de Nova Hermenêutica Constitucional. Além disso, faz-se um estudo buscando versar sobre os conceitos de espírito de constituição, assim como o de vontade de constituição, realizando uma análise crítica do papel exercido pelo poder judiciário atualmente, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, buscando a efetivação deste sentimento de constituição com base nos ensinamentos de Pablo Lucas VERDÚ e Konrad HESSE, mostrando assim a necessidade de proporcionar ao povo a oportunidade de melhor conhecimento da Lei Maior, realizando a introdução de seu estudo já na educação infantil, consultando-a com mais frequência, e também usando dos instrumentos que são constitucionalmente previstos, pois, defende-se não ser suficiente como ferramenta concretizadora para a efetivação do Espírito de Constituição a hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Constitucional. Lei Maior. Povo. Constituição. Sentimento de Constituição. Instrumentos Constitucionais.

ABSTRACT

The present article consists of an analysis of juridical hermeneutics which is not only classical concepts and methods of interpretation, systematized by Friedrich Carl von Savigny, but also those that have convened what we call the New Constitutional Hermeneutics. In addition, a study is carried out seeking to deal with the concepts of the spirit of constitution, as well as the desire for constitution, searching for a critical analysis of the role played by the judiciary, especially the Federal Supreme Court, seeking to achieve this sentiment of constitution based on the teachings of Pablo Lucas VERDÚ and Konrad HESSE, thus showing the need to provide the people with the opportunity to better understand the Major Law, by introducing their study already in early childhood education, consulting it more frequently, and also using the instruments that are constitutionally foreseen for it is defended not to be enough as a concretizing tool for the effectiveness of the spirit of constitution, the constitutional hermeneutics.

KEY WORDS: Constitutional Hermeneutics. Greater Law. People. Constitution. Feeling of Constitution. Constitutional Instruments.

1.INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade onde os valores morais não podem ser separados do indivíduo, onde este poderia permanecer dissociado da noção de completude instintiva ao ser humano, amparado pelos mais variados sentidos, onde elementos irracionais se fundem na formação de sua personalidade. Para que a integralidade do sujeito seja reconhecida, suas aspirações e anseios

deverão interferir necessariamente na conduta a ser seguida pelo Estado. Sendo assim, não é mais possível separar o humano do universo jurídico, pois através do sentimento de valor normativo ele passa a reclamar a proteção do direito.

Em um discurso ético, para que seja realizado o reconhecimento da verdadeira existência de um sentimento constitucional, embora atrelado ao fundamento constitucional, este deve ser analisado não só pela ótica da hermenêutica constitucional, mas também pelo respeito à cidadania.

É possível dizer que os ideais humanos estão fundamentados na multiplicidade de formas de convivência, desta forma, colocando o cidadão no centro das decisões políticas. Nesta circunstância, em um Estado Democrático de Direito, calar a diversidade cultural na intenção de formar uma aparente homogeneidade de formas de vida não convém.

Sendo assim, faz-se necessário assegurar o direito à afirmação da diferença a cada ser humano, bem como o reconhecimento de direitos em respeito à sua dignidade, nascendo então a necessidade de garantir que povo tenha acesso ao conhecimento efetivo da Carta Magna, pois nota-se que o conhecimento desta por esses não passa de um conhecimento efêmero, deixando de lado o espírito de constitucionalidade tendo em vista que as pessoas não gozam de uma experiência constitucional plena.

No presente estudo, abordaremos a hermenêutica constitucional como um instrumento de concretização do espírito de constitucionalidade. Apresentando preliminarmente o conceito de hermenêutica, passando de maneira breve pelas escolas *jus* filosóficas mostrando os diferentes métodos interpretativos desenvolvidos por estas.

Além disso, métodos clássicos desenvolvidos e sistematizados por SAVIGNY serão descritos, bem como técnicas modernas de Hermenêutica Constitucional, com base nas obras de autores da atualidade como Lenio Luiz Streck.

Após realizar uma explicação sintética de cada uma delas, serão conceituadas expressões como “vontade de constituição”, utilizada por HESSE (1991, p. 15), bem como “sentimento de constituição” ou “espírito de constitucionalidade” com base nos termos ensinados por VERDÚ (2004, p. 127-152).

Por fim, fazendo uso não só das clássicas, mas também das técnicas modernas, reconhece-se que a hermenêutica constitucional pode ser um forte instrumento para que haja a concretização dos valores e princípios constitucionais, sendo que o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, já tem agido nesse sentido.

No entanto, o uso da hermenêutica constitucional não se mostra eficiente para a efetivação do sentimento de Constituição. Desta forma, verifica-se necessário também a educação do povo sobre a Magna Carta através do estudo de seu texto, o qual deveria se dar já a partir da educação

infantil e suas subsequentes, assim como usar os instrumentos do plebiscito e referendo, a fim de aumentar a frequência da participação direta do povo.

2. CONCEITO DE HERMENÊUTICA

Dentre os saberes filosóficos, a hermenêutica é um ramo que busca se dedicar aos pressupostos, metodologia e à sistematização da interpretação.

A palavra Hermenêutica, tem como origem etimológica “Hermeneuein”, que tem como significado “Interpretar”, fazendo referência à Hermes, um personagem da mitologia grega. Hermes, filho de Zeus e Maia, era um deus mensageiro que tinha como função interpretar e traduzir as mensagens “trocadas” entre deuses e homens, sendo então conhecido como “o interprete da vontade divina”. NADER (2006, p. 261)

Sendo assim, podemos dizer que a Hermenêutica Jurídica se trata de um ramo do saber da Ciência do Direito, sendo este voltado ao estudo dos pressupostos, da metodologia e da sistematização dos métodos de interpretação das normas jurídicas.

De acordo com a doutrina, é possível que o termo “Hermenêutica” seja utilizado em dois principais sentidos, sendo eles o técnico-jurídico e o coloquial. No sentido técnico-jurídico, de acordo com MAXIMILIANO (1961, p. 14), “a hermenêutica estuda e sistematiza os critérios aplicáveis à interpretação das regras jurídicas”. Já no sentido coloquial, hermenêutica seria sinônimo de interpretação.

De acordo com REALE (2006, p.289) não existe diferença essencial entre esses termos, pois para ele “Hermenêutica e Interpretação, consistindo ambos na habilidade de compreender a lei na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um dos seus dispositivos”.

A Hermenêutica em geral nada mais é que uma atividade de mediação comunicativa. Independente do campo de atuação da hermenêutica, em relação a comunicação, o interprete é aquele que irá mediar a relação existente entre o sistema jurídico e a sociedade. A lei por si só não tem “voz”, sendo assim, é por meio do interprete que ela irá falar, sendo este, portanto, uma espécie de “mediador” entre o significado da lei e aqueles que a ela devem obediência.

Em relação a Hermenêutica Constitucional, podemos entendê-la como o saber que tem como intuito propor o estudo de princípios, técnicas e métodos que nos permita compreender os institutos da Constituição.

Por meio da Carta Magna o legislador constituinte originário, responsável pela fundação do Estado Brasileiro, realizou o trabalho de emissor da mensagem, ou do conjunto de mensagens normativas que tem como objetivo organizar os poderes legítimos do Estado, assim como definir os

direitos fundamentais.

Por outro lado, no que tange a relação comunicativa, a sociedade jurídica aparece exercendo o papel de receptora desse conjunto de mensagens normativas. Desta forma, é possível dizer que a Hermenêutica Constitucional, ao ser realizada pelos interpretes da Constituição, vem com o intuito de mediar esta relação comunicativa entre esses dois pólos, sendo eles o emissor (legislador constituinte) e o receptor (sociedade jurídica).

Entretanto, é necessário atentar-se no que diz respeito a essa relação comunicativa pois ela não é linear, mas circular, pois as mensagens do emissor são elaboradas por meio de dados fornecidos pelo receptor, de forma que o interprete também vive e sofre tais influências ao traduzir a mensagem.

3. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ESCOLAS DE HERMENÊUTICA

A Hermenêutica Jurídica no estágio em que a encontramos atualmente teve grande influência de várias escolas de pensamentos.

De acordo com o professor HERKENHOFF (2010, p.39-40), as escolas hermenêuticas são divididas em três grupos: escolas de estrito legalismo ou dogmatismo; escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo; escolas que se abrem a uma interpretação mais livre.

No que se refere ao primeiro grupo das escolas, o professor nos traz como exemplos a Escola da Exegese (França Séc. XIX) e a Escola Analítica da Jurisprudência (Inglaterra – Séc. XIX).

Nestas escolas foi desenvolvido o método filosófico de interpretação, também conhecido como método gramatical, o qual consiste na busca do sentido literal da norma jurídica. No passado, este método era supervalorizado entre aqueles que representavam a Escola Exegética, mas, nos tempos atuais, este método é usado apenas como um ponto de partida do momento interpretativo, pois, com toda evolução da Ciência Hermenêutica, foi constatado que ao realizar a interpretação de uma norma ao pé da letra, em alguns casos, tal interpretação poderia ocasionar conclusões injustas.

No que diz respeito às escolas de reação ao estrito legalismo, também conhecido como dogmatismo, temos como representantes a escola Histórica do Direito e a Teleológica.

De acordo com aqueles que são adeptos da Escola Histórica, o direito é algo que nasce da consciência nacional, ou seja, do espírito do povo, das tradições e convicções da comunidade, sendo esta formada espontaneamente assim como a linguagem, e desta forma, não podendo ser imposto em nome de princípios, mesmo que racionais e abstratos, ao interprete.

A seguir trataremos os métodos clássicos de interpretação, que mesmo sendo básicos, são importantes para que seja determinado o sentido e alcance de toda norma jurídica, em especial as

constitucionais. Porém não são os únicos.

4. HERMENÊUTICA CLÁSSICA E SEUS MÉTODOS

Friedrich Carl Von Savigny, um jurista alemão do século XIX, realizou estudos voltados aos métodos clássicos da hermenêutica, os quais foram organizados e sistematizados (1961, p. 54-62) da seguinte forma:

A) Método gramatical: O método de interpretação gramatical realiza a análise do valor semânticos das palavras que são utilizadas nos textos, da síntese e pontuação. A interpretação gramatical é a primeira fase do processo interpretativo. Entretanto, o método de interpretação gramatical, de acordo com BONAVIDES (2004, p.440), não deve ser utilizado de forma isolada pois é comum que este seja insuficiente para garantir ao interprete o real sentido e alcance da lei.

B) Método Lógico: O texto constitucional possui uma estrutura própria. Sendo assim, o intérprete, ao exercer sua atividade criadora, precisa de forma lógica interligar os vários elementos que o compõe (lógica interna). Essas ligações lógicas são realizadas por meio de métodos dedutivos, indutivos e silogístico. Não obstante, analisar apenas a lógica interna da lei não é o suficiente. A partir do que está expresso nas regras, é importante realizar uma associação com os fatos que estas devem reger.

Para realizar uma hermenêutica de forma correta, a doutrina mais moderna defende que o interprete deve aplicar a “**LÓGICA DO RAZOAVEL**”, que de acordo com Paulo NADER (2016, p. 278) consiste em:

Uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas, que além de tudo trazem consigo os ensinamentos colhidos da experiência própria e também do próximo através da história. Para Recaséns Siches, ao contrário do que ocorre com a lógica da inferência, de caráter neutro e explicativo, a lógica do razoável procura entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos, e portanto, dos políticos e jurídicos, assim como realiza operações de valoração e estabelece finalidades ou propósitos.

Desta forma, é possível dizer que este método busca realizar uma interpretação com base nas experiências vividas por terceiros, e não só as experiências vividas pelo próprio interprete, pois assim é possível que haja menos injustiças, teoricamente falando.

C) Método Sistemático: O método de interpretação sistemática consiste em correlacionar todos os dispositivos normativos presentes em uma Constituição, ou seja, este método busca realizar a interpretação de cada norma constitucional por meio da análise desta com o sistema descrito na Carta Fundante. Ou seja, de acordo com este método não devemos realizar a interpretação da Constituição em “partes”, mas sim de maneira integral.

Seguindo a mesma linha de raciocínio e fazendo uso das lições de KELSEN (2000, p. 222),

a interpretação sistemática, assim como Kelsen, vê o sistema jurídico organizado como uma pirâmide que tem em seu topo a Constituição, e logo abaixo encontramos a legislação ordinária e complementar, tendo em seguida os atos administrativos e, por fim, contratos e decisões. Todos esses componentes do sistema jurídico devem ser interpretados conjuntamente com a Carta Magna.

D) Método Histórico: Tal método de interpretação consiste na busca por antecedentes remotos e imediatos que interferiram no processo de elaboração da norma constitucional. Este método nos propõe que para que haja uma compreensão do sentido contemporâneo das normas constitucionais é necessário entender primeiramente o “passado” dos institutos. Ou seja, para que haja uma interpretação da Constituição Federal de 1988 por meio do método histórico, é possível que se busque nas Constituições anteriores a origem dos institutos existentes na atual Constituição, estudando assim a sua evolução.

Além disso, seria possível analisar os trabalhos da constituinte de 1987 estando atento aos debates, anais, relatórios, pareceres, assim como às circunstâncias históricas do período anterior a promulgação da CF/88. Desta forma, é possível perceber o porquê de muitas vezes existirem valores aparentemente antagônicos na Carta Maior. Tal fato é decorrente da divergência de ideologias existente há época, período em que o mundo estava sendo dividido entre: Comunismo (URSS) X Capitalismo (EUA).

E) Método Sociológico: Este método visa realizar uma interpretação da Constituição a partir da realidade social. O método social busca a eficácia social evitando que haja um abismo entre o texto constitucional e os fatos sociais da realidade. Com este método, a ótica normativista é revista, para que então, a interpretação seja realizada visando não só a norma jurídica, diferente do método gramatical, mas também para os fatos e valores sociais que este tem como objetivo administrar.

F) Método Teleológico ou finalista: Este método busca a finalidade das normas constitucionais. Ou seja, busca realizar uma interpretação teleológica visando a *ratio essende* das normas constitucionais, podendo ser extraído inclusive do art. 3º e incisos, assim como do preâmbulo da CF/88.

Art. 3º

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - Garantir o desenvolvimento nacional;

III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ou seja, solicita atentar que estas técnicas não são excludentes e sim ao contrário. De acordo com este método, para que a interpretação possa alcançar seu verdadeiro sentido, assim

como o alcance da norma, faz-se necessário que estes métodos sejam utilizados de maneira concomitante.

5. DA FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CARACTERIZAÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

Os operadores do direito, segundo Lenio Luiz Streck (2001, p. 230), apenas reproduzem uma pré-compreensão do campo jurídico, sendo que estes não apresentam contornos criativos, mostrando “dificuldade” em destituir argumentos previamente delineados. Essa não destituição de argumentos, acaba resultando em uma compreensão hermenêutico-jurídica limitada apenas a segurança que é representada pela dogmática jurídica, dando sentido à essa delimitação de domínio que é atribuída à função interpretativa, sendo que esta não se apresenta livre de pré-compreensões, demandando de forma permanente a interpenetração dos sentidos.

Sobre o tema, Alexandre de Castro Coura diz que:

É relevante, portanto, compreender que toda reflexão envolve interpretação, o que ocorre num contexto histórico específico e pressupõe um pano de fundo compartilhável, que não pode ser simplesmente desconsiderado, seja pela tentativa de abstração, seja pela pretensão de distanciamento do intérprete (2009, p. 32).

Com isto, é possível verificar que existe uma alteração da racionalidade estrita para a influência da reflexão no que diz respeito aos elementos extrajurídicos abordados no discurso jurídico. O sentimento é algo que está constantemente interligado a atuação do ser humano. Ainda que tal sentimento não integre o discurso jurídico como um foco central de sua consciência, este atuará ao menos como pano de fundo, conforme dispõe Alexandre Castro.

O ser humano é um ser efetivo que se liga às diversas formas existentes de manifestação por meio de laços emocionais mesmo que estes estejam mais ou menos definidos. Realizando uma análise dentro deste contexto, é possível verificar que o sentimento é apreendido como a realização em algo que interessa ao sujeito. A caracterização do sentimento constitucional se apresenta em um conteúdo ético, sendo reconhecido os valores fundamentais do indivíduo frente à arbitrariedade e à injustiça.

Neste sentido, destaca Pablo Lucas Verdú que:

[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar com o Direito vigente. Com o todo ou parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro e/ou mais justo. Deste modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional (2004, p. 53).

Sendo assim, é possível constatar que esta implicação pode se realizar não só pela via de reconhecimento, atuando de forma positivas, assim como negativamente, mas também ao rechaçar à

ordem jurídica posta. Ou seja, é fato que não estaremos diante do sentimento constitucional apenas reproduzindo conceitos previamente definidos. Na verdade, está reprodução seria apenas uma de suas vertentes a reconhecer que o ideal buscado pelo ordenamento retrata fielmente os anseios sociais.

Por conseguinte, o sentimento jurídico brota de uma comoção da alma que normalmente contém momentos de prazer e de desgosto. No primeiro caso, após racionalizar-se, tende a aderir ou a harmonizar-se com o ordenamento vigente e, portanto, a respeitá-lo; no segundo, incentiva o distanciamento em relação a este último em virtude do desgosto por ele proporcionado, seja pela injúria que lança sobre o afetado ou sobre os seus próximos (efeito de simpatia), seja porque considera – e aqui reaparece o elemento intelectual – que ele é injusto se comparado ao ordenamento jurídico ideal imaginado ou querido (IBIDEM, p. 56)

Entretanto, observamos a face negativa do sentimento constitucional no Brasil, pressupondo o repúdio ao ordenamento jurídico, podendo dizer-se que essa face negativa é resultado de não apresentarem aos indivíduos inclinação suficiente para que estes atuem em conformidade com o Direito, diante a falta da relação das normas com o ideal de justiça, sendo que esta relação é algo de grande importância.

Sendo assim, de acordo com uma ótica negativa, temos a não aceitação da ordem estabelecida, resultando no distanciamento da população do reconhecimento da tutela constitucional, acarretando no descrédito do próprio direito, enquanto norma de conduta a ser seguida.

Ou seja, sempre haverá o sentimento constitucional sendo este equivalente a uma função crítica do direito. Entretanto, a dimensão apresentada pelo sentimento de constituição irá depender da forma em que a sociedade experimenta os padrões de conduta, assim como está se vê inserida no contexto social. Assim, embora o sentimento jurídico seja algo que brote de uma comoção da alma, a adesão ou distanciamento do direito irá depender do grau de valoração daquilo que os cidadãos buscam como ideal.

6. O SENTIMENTO DE CONSTITUIÇÃO

O sentimento de constituição pode ser compreendido, de acordo com a obra de VERDÚ (2006, p. 127-129), como a autoconsciência, autoestima, o respeito e a admiração, assim como a visão de pertencimento que cada indivíduo tem sobre si e sobre o grupo social ao qual ele pertence.

Para VERDÚ, aquilo que engloba o indivíduo como se este fosse um todo, fortalecendo-se na vivência com seu povo assim como na efetivação dos costumes, valores, idioma e etc. do grupo ao qual pertence, é chamado de *Völkgeist* (Espírito de Constituição). Nas palavras de VERDÚ (2006, p. 127), *o indivíduo encontra a essência mais íntima para a expressão de sua própria personalidade, pois cada um de nós é filho de seu povo.*

O “espírito de constituição” ainda não fixou raízes na consciência do povo, mesmo este sendo detentor do poder. Ao que tudo indica, boa parte das pessoas sequer tem conhecimento da Constituição Federal ou consegue viver o espírito que dela irradia. Os atuais acontecimentos que temos presenciado em nosso país, deixa mais do que claro que a própria Administração Pública, em todas as suas esferas, assim como nos três poderes, todos os dias descumpre ou se afasta dos valores insculpidos em nossa Constituição Federal.

Desta maneira, fica evidente que o caminho a ser perseguido para que o real desejo do Presidente da Assembleia Constituinte de 1988 se realize, é longo. No presente contexto, as novas técnicas de hermenêutica constitucional que são aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) funcionam não só como ferramentas de desvelamento dos valores e princípios da Constituição, mas também como instrumentos de concretização dos direitos e garantias fundamentais que estão nela presentes.

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu conteúdo valores que estavam fixados na sociedade após mais de 20 anos de regime militar, o qual era limitador de liberdades, assim como um agressor dos direitos fundamentais, pois este regime não respeitava tais direitos mesmo que estes já existissem e fossem teoricamente garantidos ao povo.

Em 1988, nasce uma nova Constituição Federal e, com ela, a promessa de que estes valores fundamentais seriam concretizados pelos poderes por ela instituídos, e que esta concretização resultaria na harmonia social, desenvolvimento, justiça e bem de todos (Preâmbulo e art. 3º, inciso IV da CF/88).

Passados praticamente 30 anos da promulgação de nossa Constituição, é possível constatar, ainda mais com o momento de instabilidade jurídica que enfrenta nosso país, que muito dos direitos, garantias e valores ainda estão distantes de se efetivarem.

Diferente do que afirmava Ulysses Guimarães em seu discurso¹ de promulgação da Constituição Federal (1988):

[...] e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa a Constituição [...]. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. [...]. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil. As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las... Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios. Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são governo o Executivo e o Legislativo. [...]. Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los[...]. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os

1 **Discurso de Promulgação da Constituição de 1988.** Disponível em URL: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materiais/2008/09/29/em-discurso-historico-ulyssesguimaraes-comemora-a-promulgacao-da-carta-de-1988>>. Acesso em 10 julho 2018.

cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção[...]. Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais. O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o super legislador, habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento [...]. A moral é o cerne da Pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam. Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública [...]. A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor, que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições [...].

Entretanto, acredita-se que para que haja o crescimento e a popularização do sentimento de constituição, também chamado por HESSE de “vontade de constituição”, não devemos apostar todas as nossas fichas em um único poder ou órgão, como no STF, por exemplo. Na verdade, para que esse sentimento pudesse crescer e se popularizar, deveríamos investir na instrução do povo, para que todos fossem apresentados aos valores e princípios que são protegidos pelas disposições constitucionais. O povo deve ser educado de acordo com a “vontade de constituição”.

O fato de a comunidade jurídica, ou seja, os advogados, juízes, promotores e estudantes de Direito, serem os únicos capazes de traduzir essa vontade de constituição, não se faz suficiente. É necessário que toda população, mesmo que a princípio de uma maneira superficial, tenha conhecimento sobre a Constituição para que este sentimento comece a ser desenvolvido logo cedo. Essa era uma das ideias do projeto de lei de Romário², atual senador, que pretendia incluir já nos ensinos básicos e fundamental o estudo da Constituição Federal, esse tipo de atitude, assim como outras iniciativas de divulgação do texto da nossa Carta Magna para a grande massa, são os primeiros passos para que haja a popularização do sentimento de constituição, fazendo com que este possa vir a ser universalizado.

Faz-se necessário atentar-se que nossa Constituição já nos deu uma quantidade de imposições normativas suficientes para educar o povo. Existe, apenas, a necessidade de cumpri-la.

Se os poderes do Estados cumprissem com as ordens que emanam de nossa Constituição, poderíamos então promover facilmente o nascimento de um Sentimento de Constituição no povo, fazendo com que este fortalecesse a si próprio e também a democracia brasileira que se encontra em um momento de fragilidade, pois pela falta dessa “vontade de Constituição” do povo, encontra-se na mão daqueles que se julgam competentes para realizar interpretações, mas acabam fugindo a essência de nossa Constituição.

Não é difícil encontrar dispositivos constitucionais que tem como objetivo facilitar uma “educação para constituição”, pois são vários dispositivos que permitem fiscalizar a ordem dada pelo Poder Constituinte Originário aos poderes constituídos para que esses instituíssem uma

2 BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.954 de 2013 de 12 de dezembro de 2013**. Disponível em URL: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604367>>. Acesso em 11.07.2018

“educação para constituição”.

Tais dispositivos podem ser facilmente encontrados em nosso ordenamento, conforme as disposições do art. 5º, inciso XIV e XXXIII, art. 37 § 1º, art. 205 *caput* e art. 221, I e II da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 5º, XIV e XXXIII

XIV - é assegurado a todos **o acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a **receber dos órgãos públicos informações** de seu interesse particular, ou de **interesse coletivo ou geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Art. 37, §1º

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter **caráter educativo, informativo** ou de **orientação social**, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Art. 205, *caput*

Art. 205.

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, **será promovida e incentivada** com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, **seu preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho.

Art. 221, I e II

I - Preferência a **finalidades educativas**, artísticas, **culturais** e **informativas**;

II - **Promoção** da **cultura nacional** e **regional** e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; (grifos nossos)

Após uma leitura simples dos dispositivos aqui presentes e fazendo uso de métodos de interpretação como o sistemático/teleológico. Podemos verificar que se o Estado atuar de forma que nos garanta o acesso às informações de interesse público, assim como o acesso do conteúdo da Constituição, de forma facilitada e explicativa, fazendo uso dos grandes meios de comunicação social, sendo estes os que atingem as grandes massas, passando tais conhecimentos desde o Phd em Ciências Jurídicas até o agricultor analfabeto do interior, dessa maneira, certamente seria mais fácil fazer com que este sentimento cresça dentro de cada brasileiro, fazendo com que estes anseiem pela concretização dos valores e princípios dispostos nas normas constitucionais, pois a Constituição não deve ser apenas aquilo que o judiciário diz que é, mas sim aquilo que o povo quer que ela seja. E, para que isso ocorra, se faz necessário uma maior participação popular, e de forma mais direta.

Se faz necessário que as instituições de poder, que se dizem democráticas, deixem de lado o medo e a desconfiança existente em torno da capacidade do povo em escolher sobre grandes temas. É necessário que o titular do poder, ou seja, o povo, seja consultado com mais frequência.

É possível perceber que aqui não se defende a criação de novos procedimentos ou institutos jurídicos, pois é evidente que com os dispositivos presentes em nossa Constituição, essa maior participação popular já seria algo possível, pois a própria Constituição, assim como as ordens infraconstitucionais, prevê e regula tais matérias.

7. CONCLUSÃO

Neste trabalho, a hermenêutica constitucional foi abordada como uma ferramenta necessária para que o espírito de constitucionalidade fosse concretizado. Em um primeiro momento, tivemos o conceito de hermenêutica, onde foram elencadas as escolas jus filosóficas, sendo demonstrados os diferentes métodos hermenêuticos desenvolvidos por estas, descrevendo então o método clássico de hermenêutica que nasceram dessas escolas.

Após realizar a exposição de cada um dos métodos clássicos de interpretação, abordamos a definição de sentimento de constituição, também chamado de “espírito de constitucionalidade” por VERDÚ, e de “vontade de Constituição” por HESSE.

Ao final, foi constatado que a hermenêutica constitucional, por meio do uso das técnicas de interpretação, pode ser um forte instrumento para que haja a concretização dos valores e princípios constitucionais. Mostrando que o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, já vem agindo nesse sentido.

Entretanto, entendeu-se que a ação do Supremo Tribunal Federal não é suficiente para a efetivação do sentimento de Constituição, assim como o uso da hermenêutica constitucional de forma individual. Para que este sentimento seja concretizado e popularizado, faz-se necessário proporcionar ao povo a oportunidade de conhecer melhor a Constituição Federal, seja por meio do seu estudo já na educação infantil e média, começando de uma forma superficial e desenvolvendo-a com o passar dos anos, assim como os outros ensinamentos escolares, e também ouvir o povo com mais frequência, por meio dos instrumentos e dispositivos que já são constitucionalmente previstos, como por exemplo o Referendo e Plebiscito, que são meios de “ouvir” a vontade do povo, atentando-se sobre os valores e princípios que o povo deseja que sejam reconhecidos.

Sendo assim, é possível concluir que se o povo for previamente educado sobre o texto da Constituição, e desta forma fazendo com que aumente a participação popular direta em relação as grandes pautas que são discutidas e decididas apenas por aqueles que fazem parte da sociedade jurídica, nascerá no povo o sentimento de pertencimento a algo maior, fazendo com que aumente a impressão de ser então possível que sua vontade influencie na escolha dos rumos da nação, e como consequência, que nasça e floresça o espírito de Constituição.

Acredita-se que a implementação do aqui proposto, irá aproximar o povo comum do nosso “sistema constitucional” assim como “das grandes questões sociais”, que embora sejam decididas por instâncias consideradas juridicamente legítimas, são dissonantes e afastadas do pensamento e vontade popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Acesso em 10 de julho 2018.

_____. Projeto de Lei 6.954 de 2013 de 12 de dezembro de 2013. Disponível em URL:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604367>>. Acesso em 10.07.2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (IN) Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2009.

FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971. v.1. p.112.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso de Promulgação da Constituição de 1988**. Disponível em URL:<<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2008/09/29/em-discurso-historico-ulyssesguimaraes-comemora-a-promulgacao-da-carta-de-1988>>. Acesso em 10 julho 2018.

HAMILTON, Alexander, **O federalista / Hamilton, Madison e Jay**. Líder: Belo Horizonte, 2003.

HARBELE, Peter. (Trad. Gilmar Mendes) **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Sérgio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 12 ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HESSE, Konrad. (Trad. Gilmar Mendes). **A Força Normativa da Constituição**. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans. (Trad. João Baptista Machado). **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MAUS, Ingeborg. (Trad. Martônio Lima e paulo Albuquerque). **O Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP. N.º 58, novembro 2000.

MÜLLER, Freidrich.(Trad. Eurides Avance de Souza.)**Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 26 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. Ajustada Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do advogado,

2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. (Trad e prefácio Agassiz Almeida Filho). **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política..** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

A INTERVENÇÃO ECONÔMICA NOS ESTADOS LIBERAL, PROVIDÊNCIA E REGULADOR: DO ABSTENTEÍSMO RADICAL AO INTERVENCIONISMO MODERADO

Américo Ribeiro MAGRO¹
Hugo Crivilim AGUDO²

RESUMO

Pretende este artigo, sem pretensões de simular crítica política extensa ou estudo econômico de grande profundidade, analisar brevemente os diferentes modelos de Estado a que o desenvolvimento histórico testemunhou e, especificamente, a abordagem que em cada ido se realizou no plano econômico. Visa-se, por assim dizer, analisar as repercussões de cada modelo de Estado em relação a atividade econômica. Para tanto, buscou-se eleger, previamente, três modelos políticos de Estado: o Estado Liberal, o Estado Providência ou de Bem-Estar Social e, ao cabo, o que se procura denominar como “Estado Regulador”, inaugurado entre nós (e com percalços) com o “Programa Nacional de Desestatização”. Escolhido o terreno, buscou-se, a seguir, traçar uma sucessão histórica entre tais modelos, desde as matrizes liberais oitocentistas até o modelo regulatório (acidentado) que visou atenuar o prejuízo advindo das escolhas populistas do Estado Providência, destacando, em cada modelo, o comportamento do ente estatal em relação à atividade econômica e a produção de riquezas, ora relegada ao Mercado, ora exercida pelo próprio Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Liberal. Liberalismo econômico. Estado Providência. Estado de Bem-Estar Social. Estado Regulador. Regulação. Desestatização.

ABSTRACT

This article intends, with no pretensions to simulate deep political or economical reviews, to analyse, briefly, the different models of State witnessed by the historical development and, specifically, the chosen economical approach in each epoch. It aims, as to say, to analyse the repercussions of each model of State regarding the economical activity. In order to do so it aimed to elect, previously, three political types of State: the Liberal State, The Providence Estate (or Welfare State) and, finally, what can be defined as “Regulatory State”. Chosen the ground, it aimed, afterwards, to draw a historical succession between those models, since the liberal origins to the regulatory model that aimed to soften the loss that rose from the populists choices of the Welfare State, underlining, in each model, the State behaviour onto economic activity and riches production, wich were some times given to the Market and, in others, conducted by the State itself.

KEY WORDS: Liberal State. Economic Liberalism. Providence State. Welfare State. Regulatory State. Regulation.

1 INTRODUÇÃO

-
- 1 Advogado. Bacharel em Direito e Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: americomagro@hotmail.com.
 - 2 Advogado. Bacharel em Direito e Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Público pela Verbo Jurídico. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: hugo_crivilim@hotmail.com

Quer este estudo discorrer sobre a evolução histórica de três modelos de Estado, com inúmeras, e controversas (do ponto de vista ideológico), repercussões no plano político e econômico: o Estado Liberal, o Estado Providência (ou de Bem-Estar Social) e o dito Estado Regulador.

Não se ignora que é possível falar em outros modelos político-econômicos de Estado, e que mesmo as denominações eleitas são bastante tumultuosas entre os teóricos da Ciência Política, mas a exiguidade do espaço força que se afunile tão rico tema a um prisma menor – no caso presente, este prisma é o modelo e as escolhas econômicas adotados em cada época em que tais “estados” surgiram.

É por isso que, se utilizando de um método histórico-comparativo, busca-se traçar um panorama entre tais modelos de Estado, explanando, sucintamente, suas origens políticas, para, ao final, analisar suas escolhas econômicas, mormente a que ente se atribui a tarefa e ordenação e produção de riquezas (o Estado ou o Mercado).

É assim que, por primeiro, o Estado Liberal é posto a lume – destacando-se as suas origens iluministas e contratualistas, com valorização do indivíduo e ampla autonomia do Mercado –, seguido do Estado Providência ou de Bem-Estar (*Welfare State*), a resposta ocidental ao ideário comunista de coletivização da propriedade e economia planificada, mas que acaba por promiscuir-se no mais descarado populismo, às expensas do tesouro público. Ao final analisa-se o *soi disant* Estado Regulador, trazido à luz como solução à crise econômica criada pelo Estado Providência, de inúmeras estatais perdulárias e políticas assistenciais desvairadamente assumidas sem considerações orçamentárias.

Ao cabo de tal análise histórica, com suas devidas repercussões jurídicas e econômicas, o que se pretende aqui demonstrar aqui é que não cabe falar de uma evolução ou involução do modo como o Estado encara a atividade econômica; em cada período, mesmo no liberalismo absenteísta, sempre existiu alguma forma de intervenção, pois tal é a própria razão de existir do Estado enquanto ente criado como produto da vontade coletiva para organizar a vida social.

Quanto à metodologia utilizada, empregar-se-á no presente trabalho o (I) método histórico, mediante exposição da evolução dos modelos político-ideológicos de estado, descrevendo os acontecimentos e legislações relevantes que foram sua gênese; (II) método comparativo, através da conferição dos mecanismos de intervenção econômica observados em tais modelos, bem assim seu sustentáculo normativo, o (IV) método dialético, através de um raciocínio lógico que, lastreado em princípios e teorias, partiu da avaliação dos rudimentos do absenteísmo *laissez faire* à intervenção moderada do programa regulatório inaugurado pela vigente Constituição, para daí deduzir os limites e atributos da intervenção estatal na economia.

2 EVOLUÇÃO E INVOLUÇÃO: ESTADO LIBERAL, ESTADO PROVIDÊNCIA E ESTADO REGULADOR

Antes de inaugurar qualquer análise sobre a “evolução” do modelo político-econômico de Estado – da absoluta inércia dos tempos liberais ao paternalismo providencialista da política de bem-estar social –, cabe uma pequena observação preliminar visando a justificação do tema: a inafastável relação entre Direito e Economia.

2.1 Preliminarmente: Da relação entre Direito e Economia

Por questões históricas, a existência de regras imperativas, editadas, a rigor, por um poder político superior a quem se atribui legitimidade, decorre da necessidade de disciplinar, de acordo com o interesse coletivo, as circunstâncias da vida em sociedade, entre tais, a atividade econômica, seja ela exercida pelos agentes econômicos privados ou pelo Estado-empresário, mas que, tanto em um quanto em outro caso, repercute sobre toda a comunidade política ³.

Isso não quer dizer que a economia seja a única circunstância social que influencie no processo de normatização estatal, mas, como aponta Hermann Heller (1968, p. 143), “em uma sociedade capitalista, (a economia) certamente é decisiva, e sem o seu conhecimento não é possível levar a cabo uma frutífera investigação sobre o Estado”.

Para Ludwig Von Raiser (1990, p. 37),

Numa época em que o Estado intervém para programar e para dirigir a economia nacional, o papel do ordenamento jurídico se manifesta completamente novo. Aos olhos do observador, economia e direito não estão mais ligados por uma relação meramente causal, mas por um nexu finalístico ou instrumental: a ordem imposta pelo Estado sob forma de direito está relacionada à persecução de objetivos estabelecidos pela política econômica.

Tamanha é a autonomia da atividade econômica que a classificação dos “sistemas” de Estado, a que aqui se pretende tecer brevíssimos comentários, decorre justamente da organização do aparato de poder em relação ao mercado, seja para assegurar, à distância, o processo de autorregulação, seja para intervir diretamente como personagem do jogo de interesses (Estado-empresário) ou, ainda, para simplesmente garantir o funcionamento saudável da máquina econômica, observadas as expectativas do bem comum.

Com efeito, tal qual destaca João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 170), “a cada momento histórico, direito e economia se relacionaram de forma peculiar, como resultado do fenômeno cultural de que são expressão”, de sorte que “em cada fase da história a relação direito e economia se exprimiu através de uma linguagem própria, formando um discurso propiciador da

3 Não se pode olvidar que crises econômicas, como se viu da última “onda” (para alguns, “marola”), não afetam pessoas, mas povos inteiros, repercutindo sobre todo o tecido social.

imposição de princípios destinados a reger a interação humana”.

Explica-se: ao longo da sucessão histórica, é possível detectar uma razão jurídica, fruto da ação hermenêutica que dá origem ao ordenamento jurídico vigente em cada época. Esta razão jurídica decorre da opção, em um dado momento histórico, por uma determinada *Weltanschauung*, sendo, portanto, expressão de um referencial, uma tomada de posição filosófica e, principalmente, a adoção de uma determinada linha política ⁴.

Assim é que, conforme explica Ludwig Von Raiser (1990, p. 39/41)

A economia não consiste num conjunto desordenado de ações e de eventos, mas sim em uma estrutura dotada de forma e de sentido, na qual [...] se podem encontrar elementos estruturais e estilísticos fundamentais determinantes. [...] A experiência e a análise histórica ensinam que a economia de uma nação é a resultante de vários fatores concomitantes e de diversos princípios propulsores de natureza ideal ou moral, peculiares a sistemas diversos. De um lado, com efeito no curso da história, o novo não suplanta completamente o velho, mas se superpõe a ele, dando origem a uma vasta gama de formas intermediárias; de outro, também no interior de um mesmo sistema, as diversas esferas da vida econômica não são sempre organizadas com base nos mesmos princípios estruturais.

Se a relação entre Direito e Economia é necessária, embora dinâmica, ora conferindo-se maior autonomia ao mercado, ora desconfiando dele, é certo que se influenciam mutuamente, o que irá determinar, de acordo com o momento histórico, o tamanho e a extensão dos controles do Estado em relação a formação da riqueza nacional.

Cumpram aqui, porém, destacar uma dificuldade de classificação: todo modelo de Estado, independentemente de sua razão jurídica, exerce um papel interventor na economia – mesmo no Estado Liberal do *laissez-faire* é possível falar em atividade interventora, ainda que reduzida, pois que tal é indissolúvel da noção superior de Estado. Assim, não é frutífero empregar, cruamente, o critério intervenção para tentar formular a tipologia de Estado que se pretende: o ideal, na verdade, é falar em graus de intervenção (TAVARES, 2003, p. 49).

2.2 Estado Liberal (ou Mínimo): A “Mão Invisível” do Mercado

Antes de envidar qualquer esforço tendente a apresentar uma breve noção do que seja o Estado Liberal e, principalmente, o liberalismo econômico (considerando que mesmo uma simples definição de liberalismo é, por si só, tarefa bastante complexa ⁵), cumpre, preliminarmente, analisar,

4 Como ensina André-Jean Arnauld (1981, p. 27), “a razão jurídica é o motor em virtude do qual um sistema jurídico se organiza de maneira coerente e própria para realizar certos fins. A perspectiva teleológica é inseparável do aspecto estrutural do sistema jurídico, cuja dinâmica ela justifica. A razão jurídica é a condição necessária e suficiente da existência de um sistema jurídico”.

5 De fato, segundo Norberto Bobbio (*et al*, 2004, p. 686), “a definição de liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos ou descobrir um Liberalismo ‘ecumênico’, que não têm muito a ver com a história”. Segundo o notável filósofo, tal dificuldade se põe em virtude de uma “tríplice ordem de motivos”: (I) a história do Liberalismo liga-se a história da democracia; (II) o Liberalismo se manifesta em diferentes países e em tempos históricos bastante diversos; (III) em cada país no qual se manifestou, o Liberalismo se defrontou com problemas específicos, cuja solução determinou seu conteúdo e sua fisionomia (por isso, segundo o autor, não é possível falar em uma “história-difusão” do

de forma sucinta, os processos históricos que levaram à sua afirmação na modernidade.

2.2.1 Antecedentes e formação histórica

No que nos interessa, pode-se dizer que a ascensão do Liberalismo Econômico está associada à derrocada da doutrina do Mercantilismo, considerando sua “inadequação” em face das transformações do Estado Moderno que se consolidaram no Século XVIII, decorrentes do “triunfo” da burguesia (revolucionária) sobre o absolutismo monárquico. Na verdade, cuidou-se de um conflito de interesses: o Mercantilismo era a doutrina econômica do absolutismo, foi idealizada segundo esta ordem e se punha a sustentá-la; com a vitória da burguesia, triunfaram também os ideais liberais, já defendidos pelos teóricos iluministas (note-se a valorização do individualismo na doutrina liberal) ⁶.

As medidas protecionistas típicas do mercantilismo (barras aduaneiras, busca pela balança comercial favorável, relações externas xenofóbicas e protecionismo) fizeram por fortalecer economicamente o Estado, o que conduziu à formação de um *Poder Absoluto*, caracterizado pela centralização total do poder (político, social e econômico) *in manus regis*, isto é, sob o domínio do soberano. Nessa ordem, o poder absoluto é de tal forma exercido que a figura do monarca se confunde com a própria noção do Estado (“*l’etat c’est moi*”, como proclamou Luis XIV) e, em sua ascensão como semipotestade, acompanham-lhe a nobreza e o clero.

Embora os Estados Nacionais e seus monarcas absolutistas tenham se deleitado com os benefícios da política mercantil e os produtos do comércio, tal também lhes foi fatal, pois, na mesma proporção em que se fortaleciam, fortaleceu-se também a classe que se encarregou da atividade mercantil de geração de riquezas: a burguesia (*Terceiro Estado*) – o estamento social que iria liderar as revoluções liberais que tomaram a Europa do Século do XVIII e deixariam as cabeças coroadas em polvorosa.

Cabe aqui, *concessa venia*, uma correção histórica: tomando a França do Século XVIII ⁷ como referencial, pode-se afirmar que o processo revolucionário liberal não foi resultado da insatisfação de uma burguesia cruelmente oprimida por um poder real autoritário, mas, na verdade, a insatisfação de um grupo social cada vez mais influente, que queria deter, além do poder

Liberalismo). Para maiores explicações acerca dos diversos “conceitos”, vide *Dicionário de Política*, especialmente o verbete *Liberalismo*.

6 De fato, como analisa Paulo Bonavides (1995, p. 62/63), quando se dá a “Revolução burguesa”, a doutrina do estado liberal-democrático já se afirmava basicamente pelas obras de Locke e Montesquieu e a contribuição de Rousseau; faltava, “apenas”, a transposição das noções teóricas construídas para a realidade prática do poder.

7 Um esclarecimento: embora optamos por tomar a França do século XVIII como referência da revolução burguesa, não se pode olvidar que décadas antes da Revolução Francesa, a chamada Revolução Gloriosa de 1688, que destituiu Jaime II do trono da Inglaterra e instituiu a monarquia parlamentarista, já se havia consolidado e, para todos os efeitos, seria mais frutífera que seu semelhante francês, já que não experimentou período de terror tão atroz.

econômico, também o poder político ⁸.

Assim, quando, em 14 de julho de 1789 – logo após a Assembleia Nacional ter se declarado Assembleia Constituinte – a Bastilha caiu, desabou com ela a monarquia absolutista e o modelo mercantilista que a sustentava, para ascender o Estado Liberal-Burguês, calcado nos ideais contratualistas (notadamente, de Locke) e na plena liberdade de mercado (que teve em Adam Smith seu mais conhecido defensor), bem como na valorização do individualismo e sua autodeterminação.

2.2.2 *Contratualismo e liberalismo: Estado x indivíduo*

Com a tomada do poder, a doutrina do *contrato social* se converteu no mais importante referencial ideológico dos revolucionários burgueses – com efeito, o clamor por uma Constituição nacional⁹ decorria justamente da tese de que o contrato social nela se manifestava.

O contratualismo, como doutrina, consiste na ideia de que, para superar os inconvenientes do *estado de natureza*, os homens se reúnem e convencionam entre si um pacto, que servirá de instrumento de passagem da condição “negativa” do estado de natureza para o estágio político do estado social, bem como forma de legitimação do “Estado de Sociedade” (STRECK et al, 2003, p. 33). Dentre os teóricos que, ao fio dos anos, moldaram as noções de contrato social que tanto influenciaram os revolucionários franceses, destacam-se Thomas Hobbes ¹⁰ e John Locke ¹¹.

Em ambos exsurge o contratualismo como pensamento baseado no ideal de *individualismo*, mas é Locke quem aprofunda a ideia de outorga do consentimento, tornando-o periódico e condicional; ao fazê-lo, inaugura uma política de confiança que deverá pautar o estado civil. Assim, o individualismo e o consentimento defendidos por Locke, em lugar da subserviência automática, é justamente a principal característica de legitimidade da política liberal (MERQUIOR, 1991, p. 45).

Assim é que o Estado democrático liberal, em oposição ao modelo preponderante de Estado dos Séculos XV a XVIII, caracterizado pela centralização estatal, consolidou-se nos Séculos XVIII e XI, fundamentado, basicamente, na ideia de que todos, inclusive os governantes, deveriam

8 Como resume Paulo Bonavides (1995, p. 70), daí se manifesta a mencionada contradição: “a superestrutura política do feudalismo abrindo à infraestrutura econômica da burguesia caminhos que lhe eram fatais” – ao fim e ao cabo, o absolutismo monárquico aparelhou a crise revolucionária que resultaria na própria destruição.

9 Note-se aqui importante influência do Abade Sieyès, teórico das origens modernas do constitucionalismo, que propôs que a Assembleia dos Estados Gerais se convertesse em Assembleia Constituinte.

10 Para Hobbes, cujos ideais teóricos se encontram em “O Leviatã”, o contrato social é constituído pelos homens que, para preservarem suas vidas (constantemente em risco “guerra de todos contra todos” do estado natural), transferem a um terceiro todos os seus poderes em troca de proteção e segurança – este terceiro é justamente o Estado, “deus mortal” que recebe o nome do monstro marinho descrito no Livro de Jó.

11 Para Locke, como exposto em seu “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, o estado de natureza não é encarado como um referencial distante, mas sim como um estágio que ainda pode persistir e onde já existem direitos estabelecidos. Nele, o contrato social é mais um “pacto de consentimento”, tendente evitar a generalização do conflito, mediante consentimento unânime dos indivíduos para ingressarem no estado civil e, posteriormente, formarem um governo, guiado pelo princípio da maioria.

sujeitar-se aos ditames genéricos albergados nas leis (TAVARES, 2003, p. 50) – o que permitiu assegurar as liberdades econômicas, que constituíram limites à atuação estatal.

2.2.3 Liberalismo econômico: intervenção mínima, autonomia máxima

O modelo econômico do liberalismo pauta-se nos pilares da propriedade privada e economia de mercado livre de controles estatais, com ênfase no caráter voluntário das relações entre os diversos fatores econômicos (com plena liberdade de contrato) (STRECK et al, 2003, p. 55). Assim, se ao Estado cabia a estrita função de guardião (garantia dos meios de preservação da liberdade, mas sem intervenção direta para efetivá-la), o mercado, *pari passu*, “deveria desenvolver-se *livremente*, isto é, sem interferência do Estado, salvo para prestar a necessária segurança e para atuar naqueles setores nos quais não haveria interesse para a iniciativa privada” (TAVARES, 2003, p. 50) – é justamente nesse contexto que o Estado Liberal também foi denominado de “*État Gendarme*”, isto é, “Estado Policial” ou “Estado-Polícia” (*Polizeistaat*), já que atua apenas para garantir os meios por meio dos quais o mercado possa se desenvolver, segundo sua própria autodeterminação e de acordo com as regras consensualmente estabelecidas pelos agentes econômicos.

O liberalismo, embora *in origine* uma doutrina de organização política, tornou-se mais conhecida por sua conotação econômica. De fato, o liberalismo político não teria sentido concreto se dissociado da liberdade econômica, pois “o homem não vive ou não vivencia no dia-a-dia de sua existência os grandes embates políticos, mas sim exerce tarefa diuturna de prover o atendimento de suas necessidades, pela administração de recursos escassos”; daí que “[...] a liberdade política teria de encontrar, para se tornar plenamente eficaz, o seu complemento necessário, a liberdade econômica” (NUSDEO, 2000, p. 126).

Significa dizer, conforme aponta João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 174), que o liberalismo pôde assumir variadas formas, mas o que se sucedeu ao mercantilismo caracterizou-se pela defesa do princípio segundo o qual “o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado, sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado” – é justamente nesse ponto em que se sobressai a doutrina de Adam Smith, o mais conhecido teórico do liberalismo econômico e a quem se atribui a criação da economia política¹².

As teorias de Adam Smith sobre economia encontram-se reunidas em seu mais famoso

12 Não se pode olvidar que David Hume, já em seus *Ensaio Econômicos*, procura refutar o mercantilismo, mostrando a importância do comércio exterior como estimulante da economia e fonte do progresso manufatureiro. É o primeiro a expor a *teoria do equilíbrio automático das trocas*. Por sua contribuição (que não se encerra no estudo econômico, dada a fama de sua literatura), Hume é o precursor de Adam Smith, seu amigo e a quem influenciou grandemente (FONSECA, 1995, p. 174).

escrito, “A riqueza das nações”, publicado na Inglaterra em 1776, onde sua “investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações” o faz endossar os postulados liberais ¹³.

Segundo as postulações de Adam Smith (e de todos os outros teóricos que o influenciou), o Estado não deveria, mesmo através da lei, interferir no funcionamento do mercado, mas conferir a maior liberdade possível à ação individual e limitar seu papel à simples manutenção da ordem e segurança (*État Gendarme*), já que sem qualquer intervenção da lei “[...] os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e a distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade” (SMITH, 2009, 199). Assim é a lógica orgânica da liberdade de mercado:

Todo o indivíduo está, o tempo todo se esforçando para encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer capital que possa controlar. Ele tem em vista sua própria vantagem, e não da sociedade, mas o estudo de sua própria vantagem, de forma natural, ou como deve ser, leva-o a preferir investir naquilo que é mais vantajoso para a sociedade (SMITH, 2009, p. 346/347).

Pelas ideais do liberalismo econômico e nos termos da teoria de Adam Smith, o Estado não deve interferir, de forma alguma, no processo de desenvolvimento do mercado, pois este se guia pelo que Smith denominou de “mão invisível”, isto é, as leis naturais do mercado, que, independentes de qualquer intervenção estatal, ordenam, por conta própria, a produção de riquezas e garantem o equilíbrio entre os interesses concorrentes.

Ao dar preferência ao apoio da indústria doméstica em vez da estrangeira, ele (o indivíduo) almeja apenas sua própria segurança; e ao direcionar essa indústria de forma que sua produção possa atingir o maior valor possível, ele almeja somente seu próprio ganho, e é nesse caso, assim como em muitos outros, guiado por uma mão invisível a atingir um objetivo que não fazia parte de sua intenção inicial. Ao almejar seu próprio interesse, ele quase sempre promove o da sociedade com maior eficácia do que quando de fato deseja promovê-la. (SMITH, 2009, p. 348)

2.2.4 O “aggiornamento” do estado liberal: O estado liberal mínimo dá lugar ao estado liberal interventor

A concepção de um liberalismo atomista, de plena liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida pela realidade histórica: a partir da metade do Século XIX o capitalismo se transforma com o advento do Estado industrial, resultado do esforço dos novos grupos econômicos; com a crise econômica de 1929, no período entre guerras, surge um novo Direito e a imperiosidade de atuação do Estado no domínio econômico (FONSECA, 1995, 177). De fato, segundo Vincenzo Tosi (1935, p. 129)

Scoppiò la crisi mondiale (1929), la quale si differenzia dalle precedenti, non solo per la

13 Seguindo, diga-se, o pensamento econômico-liberal elaborado pela chamada escola fisiocrática, fundada por François Quesney, autor do famoso *Tableau économique* (1758), que defendia a ordem natural e providencial das coisas, sem a influência da vontade humana, como a melhor solução para atingir o bem de todas as nações (NUSDEO, 2000, p. 126).

*sua grandiosità e durata, ma anche perchè documenta la incapacità del sistema economico liberale a ristabilire l'equilibrio con quella automaticità che si riteneva costituisse il suo pregio fondamentale*¹⁴.

A concepção de Estado liberal gerou, em momentos críticos da humanidade (notadamente a crise econômica de 1929), uma situação insuportável, de modo que, mesmo em países de notável tradição liberal e capitalista, passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Estado no mercado e na economia, ainda que tal intervenção se desse muito restritamente ou se limitasse a setores específicos.

Dentre os fatores que motivaram a transmutação do Estado Liberal Mínimo em (Estado Liberal) Interventor, pode se destacar a *concentração econômica* – “fenômeno pelo qual as empresas tendem a aumentar sua dimensão, quer pela ampliação de sua extensão setorial e geográfica, quer também pela eliminação da concorrência” (FONSECA, 1995, p. 177)¹⁵.

Na âmbito social, o grande poderio econômico acumulado pelas empresas passou a impor pesado ônus à classe trabalhadora. Esta crise social materializou-se, acentuadamente, a partir da Revolução Industrial, deflagrada na Inglaterra em 1770 e que modificaria fatalmente a realidade social em todos os países.

Assim é que compelido pelas pressões sociais (especial destaque à encíclica “Rerum Novarum” de 1891, do Papa Leão XIII), o Estado opta por transformar seu perfil, de estado mínimo a estado interventor, no qual, embora seja mantida a propriedade privada dos meios de produção, o governo intervém, através de ordens e proibições, no exercício do direito de propriedade (MISES, 2010, p. 19).

Nessa linha, pode-se dizer que a intervenção do Estado liberal no domínio econômico tem como marco a implantação do plano do *New Deal* no governo Franklin Roosevelt para contornar a crise econômica de 1929. Como destaca Robert Heilbroner (1987, p. 205), foi por ocasião deste plano econômico que, “meio por intenção, meio por acidente, foram lançados os alicerces de um novo padrão de relacionamento entre o Governo e a iniciativa privada, um padrão que iria significar uma radical mudança na organização do capitalismo”, manifestada pela maior intervenção do Estado na economia, contra os postulados clássicos do liberalismo econômico.

É assim que a doutrina liberal do século XIX, apoiada no individualismo, liberdade plena de mercado e mínima intervenção econômica, foi forçada a conviver, pelas circunstâncias históricas

14 “A eclosão da crise global, que se diferencia das anteriores, não só pela sua grandeza e durabilidade, mas também porque documenta a incapacidade do sistema econômico liberal para restaurar o equilíbrio com a automaticidade que foi considerada seu valor fundamental” (tradução livre).

15 Segundo Gérard Farjat (1982, p. 141), foi em virtude da concentração econômica que surgiu a necessidade de o Estado intervir (através de normas) no mercado, não para impedir a concentração de empresas, como falsamente se entende, mas para garantir efetivamente a liberdade de mercado, com a proteção das classes que poderia vir a ser desfavorecidas com a nova feição dos grupos empresariais.

do fim do século XIX e início do século XX, com um novo fator: a justiça social ¹⁶. De fato, a centralização da questão social no debate econômico viria a alterar, fundamentalmente, o papel do Estado em relação a economia, já que, com os clamores da classe operária crescente e a crise econômica experimentada no período entre guerras, o modelo abstenteísta e o livre desenvolvimento do mercado não mais se compatibilizavam com o novo contexto social.

Friedrich Hayek, no entanto, atribui o declínio do liberalismo mais a uma impaciência com o lento, porém concreto, progresso da política liberal e a uma ambição por novas melhorias ditas sociais, reputadas inalcançáveis sob a égide do “velho sistema”. Para o economista austríaco (também da Escola), esta impaciência deveu-se a obstinada ortodoxia de alguns vulgarizadores da doutrina liberal, que se apegaram a certas regras gerais primitivas, sobretudo o princípio do *laissez-faire* ¹⁷, conferindo-lhes caráter de imutabilidade ¹⁸ (HAYEK, 2010, p. 42/43).

Não bastasse o “aguerrimento” destes liberais, o liberalismo econômico enfraqueceu-se, ainda mais, devido ao “[...] progresso necessariamente lento de uma política que visava à gradativa melhoria do arcabouço institucional de uma sociedade livre”, progresso este que dependia de uma “maior compreensão das forças sociais e das condições mais favoráveis ao seu bom funcionamento” (HAYEK, 2010, p. 43). Aí resume, com sua clareza peculiar, o Nobel de economia (idem)

Como a tarefa era auxiliar e, onde fosse preciso, suplementar a ação de tais forças, o primeiro requisito era compreendê-las. A atitude do liberal para com a sociedade é semelhante à do jardineiro que cuida de uma planta e que, a fim de criar as condições mais favoráveis ao seu crescimento, deve conhecer tudo o que for possível a respeito da estrutura e das funções dessa planta.

De todo modo, diante de uma suposta insuficiência do dogma do individualismo em relação a nova situação social do século XX (causada pela impaciência geral com o progresso do modelo liberal), o Estado, antes pragmático, experimentou novos contornos ditos sociais, o que implicaria na adoção de um inédito modelo político, essencialmente prestacional, com sérias repercussões no domínio econômico: trata-se do *Estado Providência* ou, como é usualmente conhecido, *Estado de Bem-Estar Social (Welfare State)* – claro demonstrativo de como a emenda pode sair pior que o soneto.

2.3 Estado Providência (ou de Bem-Estar Social): A mão pesada do Estado

16 Vista como a necessidade de apoiar os indivíduos de uma ou outra forma quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto necessário demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas (STRECK et al, 2003, p. 59/60).

17 Expressão derivada da conhecida moto do liberalismo: “laissez faire, laissez aller, laissez passer” - de origem imprecisa, embora usualmente atribuída a Vincent de Gournay, comerciante francês dos idos de 1750 e fervoroso ativista da desregulação do comércio e da indústria.

18 O próprio Hayek, contudo, ressalva que esta insistência foi necessária e inevitável, dado que “diante dos inumeráveis interesses a demonstrar que certas medidas trariam benefícios óbvios e imediatos a alguns, ao passo que o mal por elas causado era muito mais indireto e difícil de perceber, apenas regras fixas e imutáveis teriam sido eficazes” (2010, p. 42/43).

Na aurora do Século XX, a “era dos extremos” (como já o consagrou Eric Hobsbawm), o Estado Providência (ou de Bem-Estar Social) representou “a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social”, transmutando-se em “prestador de serviços e empresário” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 22).

É com a crise do modelo liberal e o surgimento de novos fatores de justiça social que o Estado Providência, na vontade de monopolizar a prestação particular, toma de assalto domínios outrora pertencentes a iniciativa privada, explorando novos nichos comerciais e industriais, reestruturando o mercado e chamando para si a tarefa de renovar as estruturas sociais e econômicas; ao fazê-lo, abandona a postura negativa do estado liberal clássico do século anterior.

Conforme André Ramos Tavares (2003, p. 60/61)

O conceito de Welfare State, que aqui se enfrenta, tem essencialmente, nas políticas públicas assistenciais, sua razão de ser. Identifica-se por força da existência de uma determinada parcela de políticas públicas, que se ofertam à sociedade com finalidades bastante precisas: promoção do bem comum com a prestação assistencial geral e econômica. A expressão refere-se, pois, à ação do Estado.

Historicamente, o modelo providencialista de Estado tem como marco de implantação a Constituição Mexicana de 1910, que se preocupou com a incorporação de direitos econômicos; mas foi na Lei Fundamental de Weimar de 1919 – que inaugurou a primeira elaboração de um capítulo dedicado à ordem econômica em texto constitucional – que o papel do Estado na economia foi devidamente ampliado, “de modo que a via de inserção da matéria no rol daquelas consideradas constitucionais foi a escolhida para transformar a posição do Estado, admitindo-o na economia com maiores aberturas”, com o que se pretendia assegurar a prevalência do interesse público sobre os interesses privados e individuais decorrentes do liberalismo exacerbado e seu individualismo correlato (TAVARES, 2003, p. 61).

Adotando-se aqui a sistemática elaborada por Erros Grau (2006, p. 122) – segundo quem se sobressai 03 espécies de intervenção estatal na economia: (I) “*intervenção por absorção ou participação;*” (II) “*intervenção por direção*” e (III) “*intervenção por indução*”¹⁹ – tem-se que o *Welfare State* passa a adotar a *intervenção por absorção*, dado que avoca grande leque de funções econômicas, assumindo (a título de intervenção) setores que antes eram do domínio dos empreendedores privados, bem como atuando, diretamente e em maior grau, em campos que já lhe eram reservados por natureza, mas que explorava, até então, de forma mais reduzida.

2.3.1 A crise do Estado Social: Excessiva onerosidade e insuficiência econômica

A idealização do Estado Providência mostrou-se, verdadeiramente, um “Cavalo de Tróia”,

19 Salienta-se, contudo, que não há que se falar em intervenção quando o Estado apenas atua em área que já lhe é reservada por natureza, v.g., quando desenvolve atividades atinentes à prestação do serviço público.

já que, a pretexto de forçar o desenvolvimento social – supostamente negligenciado pelo liberalismo econômico –, trouxe em si problemas ainda mais atroz, notoriamente o enfraquecimento da democracia pelo populismo político e a ruína das economias nacionais.

Um mero raciocínio aritmético é capaz de enunciar a impraticidade do Estado Providência: gastos demais para orçamento de menos – como se diz por aqui, “a conta não fecha”.

Como se afirmou acima, o Estado não pode se arvorar à posição de agente econômico produtor de riquezas; pelo contrário, se é algo que a burocracia estatal nos ensina é que não é capaz de produzir ou conduzir qualquer atividade que seja senão através do método mais moroso e perdulário possível ²⁰.

Este ponto – a ineficácia e posterior falência do *Welfare State* – pode ser explicada, com mais qualidade, pela história do Estado Providência nacional, que tomamos como caso paradigma. Com efeito, melhor do que expor conceitos técnicos, é sentar-se diante do julgamento da História, que, como já dizem os doutos, é professora da vida (*Historia magistra vitae est*).

Em terras brasileiras, o modelo do Estado Providência é inaugurado com a tomada do poder pelo ditador Getúlio Vargas, na intitulada “Revolução de 1930”. Guiado por pretensões populistas do dono do poder (que primeiro foi presidente constitucional, depois ditador e novamente presidente), o estado getulista se dedica, fervorosamente, ao crescimento da administração pública (e do *establishment* estatal), avocando totalmente o encargo de fomentar e promover o desenvolvimento econômico do país.

É inegável que no início o providencialismo obteve resultados positivos, principalmente no que tange aos direitos trabalhistas e previdenciários; porém, em que pese os êxitos, dada sua onerosidade o modelo estava fadado ao fracasso.

Em exíguo resumo, poderemos destacar, dentre outros mais, os principais fatores que resultaram na então inviabilidade do *Welfare State* no Brasil: a (I) *crise fiscal*, decorrente do inédito (e espantoso) desenvolvimento populacional (já que quanto maior o conforto experimentado, maior também é a expectativa de vida) e da crescente ineficiência da burocracia estatal em desempenhar as funções que assumiu – o que representou a acabada incapacidade do estado em cumprir com um mínimo de eficiências as obrigações e os projetos ambiciosos que assumiu; e (II) a *elevação da dívida pública* (interna e externamente), dado que os projetos e obrigações assumidos extrapolavam, largamente, o orçamento e a capacidade do Tesouro.

Destacam-se, ainda, como ensejadores da crise estrutural do Estado de Bem-Estar Social brasileiro, o (I) *problema previdenciário* (desajuste dos cálculos previdenciários aos novos

20 Como já disse Mises (2010, p. 29), “se todas as leis intervencionistas fossem realmente observadas, levariam a uma situação de absurdo. Todas as engrenagens acabariam parando, emperradas pelo braço forte e inoperante do governo”.

patamares de longevidade, capacidade laboral e participação no mercado de trabalho da população), a (II) *evolução tecnológica* sentida nos países capitalistas (em contraposição à pasmaceira nacional), a (III) *crise social* (decorrente, dentre outros, do descrédito do *stablishment* junto à população, já que burocrático e ineficiente), bem como (III) *a pressão política da iniciativa privada*, evidentemente interessada na abertura do mercado nacional.

Como resume Phillip Gil França (2008, p. 114),

Essa política (providencialista), ao longo do tempo, apenas gerou o crescimento desordenado e a insustentabilidade da máquina administrativa, pois a Administração viu-se obrigada a arcar com ônus impraticáveis e sem perspectiva de recuperação de bônus que a sustentasse [...]. Entre outros fatores que revelaram a bancarrota estatal, frisa-se a crise financeira, uma vez que o Estado afundou-se em suas dívidas externa e interna para – no mesmo sentido – empurrar o problema de manutenção da máquina pública para frente.

Mas, para além de causar inevitável ruína econômica, o modelo providencialista de Estado – sempre tendo em vista o contexto nacional – contribuiu, sobretudo, para o fortalecimento do autoritarismo político (antidemocrático), em detrimento do ideal de liberdade. O ponto da questão é que os entusiastas de um Estado Social adotaram concepções socialistas profundamente enraizadas no pensamento atual, inconciliáveis, a longo prazo, com o ideal da sociedade livre.

É que se, atualmente, poucos pretendem reconstruir a sociedade a partir dos alicerces do socialismo radical – supostamente naufragado com a (também suposta) queda do império soviético – são entretanto numerosos os que, embarcando na política de bem-estar social, “ainda acreditam em medidas que, embora não visem a uma reforma completa da economia, podem no entanto produzir involuntariamente esse mesmo resultado, por efeito de conjunto” (HAYEK, 2010, p. 15). Conforme advertiu, e já vaticinou, Hayek (2010, p. 16)

Essa mistura de ideais contraditórios e com frequência inconsistentes que, sob o rótulo de estado providenciário, em grande parte substituiu o socialismo como objetivo dos reformadores, precisa ser analisada com discernimento, se não quisermos que seus resultados sejam semelhantes aos do socialismo extremado. Não negamos que alguns de seus alvos, além de praticáveis, sejam louváveis. Mas há muitos meios de buscar o mesmo alvo, e nas presentes condições da opinião pública há um certo perigo de que nossa impaciência por obter resultados rápidos nos conduza a escolher instrumentos que, embora talvez mais eficientes para produzir determinados fins, são entretanto incompatíveis com a preservação de uma sociedade livre.

Com efeito, o problema do Estado Social (e terríveis consequência para a liberdade individual), é a constante radicalização em direção ao estatismo (e o socialismo); ou seja, a tendência é que, quanto maior a intervenção do Estado, maior o clamor para que intervenha ainda mais, a ponto de enraizar-se na consciência social o entendimento de que não existe outra via, política e econômica, senão a imposta pelo ente estatal. Este radicalismo autofágico deve-se, sobretudo, a ineficiência da administração do Estado Providência, o que, porém, não é percebido

por aqueles que já se acostumaram com a maciça presença da administração na vida privada ²¹.

Como aponta Ludwig von Mises (2010, p. 29/30), ao concluir sua notória anedota dos produtores de leite²², “os problemas básicos do intervencionismo não são absolutamente questionados” e “aquele que timidamente ousa duvidar de alguma justificativa das restrições impostas aos capitalistas e empresários será com toda a certeza, ou tachado de mercenário, que só pensa em seus interesses particulares — aliás, sempre considerados extremamente prejudiciais para a sociedade como um todo — ou, então, na melhor das hipóteses, tratado com mudo desprezo”.

De todo modo, ante o desajuste entre a pretensão do modelo providencialista e sua incapacidade de prestação das obrigações assumidas no plano concreto, o Estado viu-se obrigado a diminuir sua titânica estrutura burocrática. Entre nós, tal preocupação (em reduzir o arcabouço produtivo e prestacional), concretizou-se com o advento do denominado *Programa Nacional de Desestatização* (PND), inaugurado com a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 (depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997), que significou o arrefecimento do monopólio estatal em várias áreas estratégicas de interesse público, como os setores elétrico, petrolífero, de telecomunicações, dentre outros.

O *Programa Nacional de Desestatização* marca, pois, a mais recente transição do Estado brasileiro, do modelo providencialista, de ímpeto estatizante, para o modelo regulatório, termo médio entre a abstenção e a intervenção. Cabe-nos, portanto, prosseguir em análise do modelo de Estado Regulador, nascedouro político das agências reguladoras independentes, objeto deste estudo.

2.4 Estado Regulador: O aperto de mãos entre o absenteísmo e o intervencionismo econômico

Como acima explanado, apesar das inegáveis conquistas sociais que o Estado Providencialista foi capaz de proporcionar (especialmente à multidão de descamisados sempre presentes em nosso país), tais fatores levaram a uma inevitável crise econômica e crescimento exponencial da dívida externa, considerando que a ausência de recursos próprios impôs que o Estado se socorresse de fundos internacionais, tomando vultosos empréstimos (com vultosas taxas de juros) destinados a “tapar os buracos” das combalidas finanças sociais.

É diante de tal crise estrutural que surgem os primeiros movimentos político-econômicos

21 Pensamento que, atente-se, não se restringe ao povo leigo em assuntos econômico, mas enraíza-se também entre os cientistas sociais, denominados, por Ludwig von Mises, como *etatists* (estatistas), “que exigem que o governo assuma responsabilidades cada vez maiores quanto ao bem-estar econômico de seus cidadãos” e que, “independentemente do que os economistas modernos tenham escrito sobre a validade geral das leis econômicas, [...] preferem seus julgamentos éticos aos princípios da economia, e o poder político à cooperação voluntária” (MISES, 2010, p. 11). Estes iluminados “estão convencidos de que, sem o controle e as leis do governo, sem um planejamento e uma autoridade centrais, a vida econômica seria selvagem e caótica” (idem) e, assim, legitimam as decisões da voraz administração estatal.

22 Vide “*Uma crítica ao intervencionismo*” (2010).

que propõem a correção de rumos, com a *desregulamentação*, a *desestatização* e a *redução das cargas impositivas*, para reestimar o crescimento – é nesse contexto, como destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 74) “que a velha interpretação pesada, pró-Estado, se transforma na nova interpretação leve, pró-sociedade”. Segundo o respeitável autor (MOREIRA NETO, 2003, p. 74), nessa nova interpretação “o papel do Estado muda: de agente *monopolista, concorrente* ou *regulamentador*, torna-se uma um agente *regulador e fomentador*” – tal mudança, ressalva-se, não significa um movimento para chegar a um *Estado mínimo*, como se poderia pensar, mas para torná-lo um *Estado melhor*.

O Estado, portanto, encara a proposta de uma nova mudança: suas funções sociais permanecem, mas são indispensáveis novos regimes de intervenção e controle capazes de evitar o crescimento descontrolado da despesa pública, com desagradáveis consequências orçamentárias e burocráticas, e promover a eficiência econômica (MONCADA, 2003, p. 44).

2.4.1 Intervenção direta x intervenção indireta

Nessa ordem, vislumbra-se a oposição entre dois modelos de intervenção no domínio econômico: a *intervenção direta*, adotada pelo Estado Providencialista, e a *intervenção indireta*, idealizada no Estado Regulador ²³.

Para Luís Cabral S. de Moncada (2003, p. 42), a *intervenção direta* ²⁴ existe quando é o próprio Estado que assume o papel de agente produtivo, criando empresas públicas ou controlando sociedades comerciais, através das quais atua, intervindo nos circuitos de comercialização, se adquire produtos através dos organismos de coordenação econômica, se intervém na importação, quando importa diretamente certos produtos através de monopólios de importação, etc., de modo a não desequilibrar o mercado interno. De um modo geral, na intervenção direta o Estado “ou assume a posição de um sujeito econômico, ou determina directamente a conduta de um sujeito económico dele distinto, por ex., uma empresa privada ou pública” (MONCADA, 2003, p. 42).

A seu turno, a *intervenção indireta* existe quando a atividade das empresas privadas, mistas ou mesmo públicas, é objeto de medidas de caráter fiscalizador (poder de polícia) ou de estímulo (poder de fomento). Vale dizer: a intervenção indireta do Estado limita-se a condicionar, a partir de fora, a atividade econômica privada, sem que assuma a posição de sujeito econômico ativo. Tal

23 Tal terminologia (intervenção direta e indireta) é adotada por J. Simões Patrício, Manoel Afonso Vaz e Luís S. Cabral de Moncada. Diversamente, Bernard Chenot e Alberto Venâncio Filho, preferem a denominação *Direito Regulamentar Econômico*, referindo-se ao conjunto de normas que regem, estimulam e incentivam a atividade econômica no setor privado, e *Direito Institucional Econômico*, para designar a situação em que o Estado atua diretamente na atividade econômica.

24 A intervenção direta aqui se refere a um *comportamento político do Estado*, e não se confunde com o conceito homólogo usado no Direito Administrativo para definir a atuação da *administração pública direta*, através das *autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista*.

como explica Luís Cabral S. de Moncada (2003, p. 43)

Na intervenção indirecta o Estado nem sempre produz bens e serviços, orientando simplesmente a partir de fora a actividade dos sujeitos económicos, sejam eles privados ou públicos, de acordo com finalidades públicas ou simplesmente evitando que a actividade respectiva lese interesses socialmente relevantes. Trata-se da regulação (grifo nosso).

Ao que se vê, o Estado Regulador opta pela descentralização institucional de certas tarefas e atribuições, substituindo a intervenção direta por formas de intervenção indireta ou reguladora, para conferir à atividade privada o desempenho total ou parcial de suas funções sociais. O paradigma, portanto, “é o do Estado regulador e não o do Estado (directamente) intervencionista” (MONCADA, 2003, p. 45).

2.4.2 Plano Nacional de Desestatização: A ascensão do Estado Regulador brasileiro

Como anteriormente exposto, o Estado Providencialista brasileiro, que se estendeu desde o governo Vargas até os estertores do regime militar, resultou em uma crise fiscal sem precedentes. Nesse cenário, o Estado Democrático, definitivamente (re)inaugurado com a promulgação da Constituição da República de 1988, já nasce com inúmeros problemas de receita, especialmente o elevado passivo contraído a nível internacional e, internamente, o ineficiência do controle inflacionário.

Às voltas de uma severa crise econômica, defronta-se o Estado com a necessidade de reduzir sua imensa estrutura econômica, adquirida ao cabo de sucessivas governanças populistas. Para tanto, dá-se início ao chamado *Programa Nacional de Desestatização* (PND), deflagrado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 – posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que passou a discipliná-lo –, através do qual o Estado brasileiro, à custa de concessões e privatizações, intentou adotar a intervenção indireta em detrimento da atuação direta no domínio econômico; ao optar por esta mudança setorial, abandona o gigantismo do Estado Social em favor do pragmatismo do Estado Regulador²⁵.

Assim, o PND objetivou a transferência de atividades e serviços públicos do Estado aos particulares, reestruturando a Administração Pública de forma a (apenas) controlar a atuação das empresas privadas, conferindo-o o caráter de “interventor subsidiário perante a prestação do serviço público e atendimento da sociedade” (FRANÇA, 2008, p. 126).

À guisa de demonstração deste intento, o art. 1º da Lei nº 9.491/97 prevê que o *Programa Nacional de Desestatização* tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada

25 Não se olvide também da importância da Emenda Constitucional nº 19/98, a chamada *Emenda da Reforma Administrativa*, que igualmente prestou-se a conferir caráter mais técnico à Administração Pública, condizente com seu (novo) papel regulador.

atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Vê-se que a *desestatização*²⁶ (fenômeno abrangente que aqui se optou por identificar a par da expressão adotada *intra legem* no Brasil), deflagrou um novo modelo de capitalismo liberal, a substituir, por necessidade, o antigo Estado Providência – surge, assim, o que alguns definem como *neoliberalismo*²⁷, em oposição ao modelo anterior, que “nada promete, mas parece tudo cumprir, com uma mudança do papel do Estado, fomentador da atividade econômica, que passa agora a ser *regulador*” (LEHFELD, 2008, p. 58).

Destarte, se no Estado Providência, a promoção do bem comum “reside num complexo heterogêneo de atuações estatais”, o Estado Regulador “atenua a relevância das propostas de intervenção direta e material”, efetivando-o mediante a atividade regulatória, com a edição de regras e outras providências tendentes a influir a ação dos indivíduos e das instituições (FRANÇA, 2008, p. 27).

Como destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006, p. 02), a “reforma administrativa do Estado gerou a flexibilização dos rígidos modos de atuação da administração pública” e, para esse fim,

É proposta a substituição de seu modelo burocrático, no qual ‘a norma, a finalidade, o meio e a impessoalidade objetiva dominam sua conduta’, para gerencial, ou seja, de uma Administração Pública autoritária, verticalizada e hierarquizada, para outra mais democratizada, com prevalência da eficiência e indicadores objetivos e mensuráveis de gestão, dando maior ênfase ao resultado do que ao processo. Objetiva também o atendimento do cidadão-usuário, ou cidadão-cliente; a descentralização instrumentalizada, através das agências executivas, reguladoras e organizações sociais controladas por indicadores de desempenho, através dos contratos de gestão.

À guisa de uma melhor compreensão e seguindo, respeitosamente, a sistematização elaborada por Marçal Justen Filho (2002, p. 25/26), o modelo regulatório criado pelo PND ostenta,

26 A teor do art. 2º, § 3º da Lei nº 9.491/1997, considera-se desestatização: “a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei”.

27 Ressalvamos aqui o emprego do termo *neoliberalismo*, considerando as inúmeras divergências acerca de sua real acepção. Por isso, no mais, optamos pelo uso da terminologia Estado regulador, que consideramos mais condizente.

dentre outras, as seguintes mutações essenciais em comparação com a antiga política providencialista:

- a) Âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de Direito Público e de Direito Privado: De um lado, cogita-se a transferência de atividades antes desenvolvidas pelo Estado em favor da iniciativa privada; por outro, propõe-se a flexibilização dos monopólios estatais sobre atividades estratégicas, para oportunizar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado;
- b) Inversão da relevância do instrumento interventivo: O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não como interventor direto e sim como partícipe indireto, valendo-se, nesse novo paradigma, do instrumento normativo e de suas competências políticas para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem comum;
- c) Ampliação das possibilidades de intervenção: Tradicionalmente, a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios; no modelo regulatório; doutro modo, admite-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social;
- d) Institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada: No modelo regulador, o Estado abandona o regramento *estático* em favor de uma concepção de regramento *dinâmico*, no sentido de que tem de dispor de mecanismos de acompanhamento e controle dos agentes privados, o que implica na necessidade de inovação *contínua*.

A reforma administrativa brasileira, com a ascensão (ainda em trôpega transição) da função reguladora do Estado, consolidou-se *de facto* com a criação das agências reguladoras federais, concebidas como instrumentos de intervenção estatal no setor econômico; instituindo-as, o estado brasileiro assume, concretamente, o papel de regulador dos mercados que outrora criou. Como bem destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2002, p. 03), “através do processo de *desestatização*, o Estado brasileiro redimensionou sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica”, tal qual disposto no art. 174, da Constituição Federal ²⁸, “voltando-se para a criação de agências reguladoras e para um novo modelo de regulação para a competição”.

3 CONCLUSÃO

Apesar da brevidade deste simples exame, preciosas conclusões se extraem da análise histórica pretendida.

Observando, à distância, a sucessão histórica de diferentes correntes e ideologias políticas, infere-se, num primeiro momento, que a atividade interventora é uma constante em todo modelo de Estado, mesmo no liberalismo do *laissez faire*.

De fato, por maior que seja a autonomia conferida ao Mercado – considerando-se, inclusive, que hoje não mais se experimenta o absentéismo radical que se viu no Século XIX e início do Século XX –, onde existe uma forma de Estado, persiste, invariavelmente, uma forma de intervenção no plano econômico. Assim, à guisa de se empregar uma linguagem técnica que seja

²⁸ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

mais consentânea com a realidade histórica, o ideal não é falar em existência ou inexistência de intervenção em tais e tais modelos político-econômicos, mas sim em graus de intervenção, cuja incidência varia a depender do referencial ideológico tomado pelos mandantes do Poder.

Tais graus de intervenção variam também conforme a necessidade histórica de cada momento. Com a Revolução Industrial houve considerável produção de riqueza – mesmo para os operários fabris, que gozavam de condição melhor que seus semelhantes da manufatura ou do campo – e, na prosperidade, a sociedade passou a clamar por melhorias sociais que fossem proporcionais aos ganhos proporcionados pelas novas técnicas de produção. Em resultado, advém, inicialmente, o Estado Marxista-Comunista (notoriamente o soviético) e, mais tardiamente, o Estado de Bem-Estar Social – o último, uma inconfessa resposta ocidental à expansão comunista no Leste Europeu, de matrizes fortemente interventoras.

O Estado Previdência (assim como seu equivalente comunista), porém, falha em desempenhar a contento o amplo quadro de funções que assumiu, o que resulta em administrações infladas, de estatais ineficientes e perdulárias e, ao cabo, em séria crise fiscal e econômica.

Neste cenário, a necessidade histórica mais uma vez dá o seu passo, e a sociedade que antes clamava por uma maior presença estatal, quer então a redução das estruturas burocráticas; surge daí o que se procurou definir por Estado Regulador, que sem optar por uma posição excessivamente negativa (liberalismo *laissez faire*) ou positiva em exagero (providencialismo), assume um comportamento intermediário: o protagonismo da atividade econômica é da iniciativa privada, mas o Estado, que pode atuar secundariamente como empresário, não se descuidará de evitar que se cometam abusos, estipulando, para tanto, regulamentos disciplinares.

Um parêntese: não se ignora que muito se utiliza a expressão “neoliberalismo” para definir o pensamento sucessor do *Welfare State*; contudo, o termo guarda inúmeras divergências sobre sua real acepção, em termos semânticos e de ciência política, o que demandaria uma análise exclusiva para que fosse aqui adotado a contento. Registre-se, porém, o entendimento de certos autores, aqui citados, de que o estado regulador é nada menos que uma das facetas do estado neoliberal.

Finalmente, cabe considerar que o panorama histórico que se desenhou não quer expressar uma evolução ou involução dos modelos políticos e das escolhas econômicas de cada estado; na verdade, de cada tempo, um pouco se aproveitou e outro tanto foi rejeitado, e até posteriormente reaproveitado – é assim que o Estado Regulador, ao mesmo tempo em que volta às matrizes liberais na esperança de atenuar a crise resultante do providencialismo excessivo, não apaga as conquistas sociais alcançadas pelo *Welfare State*.

Assim, de cada época algo se aproveitou e as experiências futuras só foram possíveis com o testemunhar dos erros e êxitos dos modelos anteriores – como resume Ludwig Von Raiser, “no

curso da história, o novo não suplanta completamente o velho, mas se superpõe a ele, dando origem a uma vasta gama de formas intermediárias”. Ao cabo de tudo isso, o que se vê é que a História nem tanto é marcha; também é ciclo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2. 12. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOVERO, Michelangelo. **Contro il governo del peggiore. Una grammatica della democrazia**. Roma: Laterza, 2000.

FARJAT, Gérard. **Droit Économique**. Paris: PUF, 1982.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 06, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 01 de junho de 2012.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEILBRONER, Robert L. **A formação da sociedade econômica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo: antigo e novo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991 apud STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MISES, Ludwig von. **Uma crítica ao intervencionismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. **Intervencionismo, uma Análise Econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. **Liberalismo – Segundo a Tradição Clássica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. APEC, 1989.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18. ed., reest., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Madras, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TOSI, Vincenzo. **Economia politica: nozioni fondamentali – Produzione e distribuzione**. Milano: Ulrico Hoepli, 1935 apud TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

VON RAISER, Ludwig. **Il Compito del Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'Economia di Tre Decenni**. Milano: Ulrico Hoepli, 1990.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A RESPONSABILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA APÓS A DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760.931

Gustavo Henrique PASCHOAL¹

RESUMO

O artigo trata da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas de seus contratados, principalmente a partir da decisão do STF proferida no RE 760.931, em 2017. O posicionamento do STF contraria jurisprudência histórica do TST, principalmente no ponto em que retira a possibilidade de responsabilização imediata da Administração Pública, salvo nos casos de débitos previdenciários. A fim de auxiliar a discussão, é feito um estudo sobre a terceirização no Brasil, desde a ausência de regulamentação até a elaboração da Súmula nº 331 do TST, principal instrumento normativo sobre o tema. Ao final, é feita uma análise da decisão do STF proferida no RE 760.931, principalmente em relação aos votos dos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, antagônicos em relação à responsabilização do Estado nos processos de terceirização. Em sede de considerações finais, fica evidente a precarização de direitos a partir da decisão do STF, dentro do espírito do governo brasileiro de flexibilizar e desregulamentar direitos trabalhistas historicamente conquistados.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Flexibilização. Trabalhadores. Precarização. Administração Pública.

RESUMEN

El artículo trata de la responsabilidad de la Administración Pública por los débitos laborales de sus contratados, principalmente a partir de la decisión del STF proferida en el RE 760.931, en 2017. El posicionamiento del STF contradice la jurisprudencia histórica del TST, principalmente en el punto en que retira la posibilidad de responsabilización inmediata de la Administración Pública, salvo en los casos de débitos previsionales. A fin de auxiliar la discusión, se hace un estudio sobre la tercerización en Brasil, desde la ausencia de reglamentación hasta la elaboración de la Súmula nº 331 del TST, principal instrumento normativo sobre el tema. Al final, se hace un análisis de la decisión del STF proferida en el RE 760.931, principalmente en relación a los votos de los Ministros Luiz Fux y Rosa Weber, antagónicos en relación a la responsabilización del Estado en los procesos de tercerización. En base a consideraciones finales, queda evidente la precarización de derechos a partir de la decisión del STF, dentro del espíritu del gobierno brasileño de flexibilizar y desregular derechos laborales historicamente conquistados.

PALABRAS CLAVE: Tercerización. Flexibilización. Trabajadores. La precariedad. Administracion Pública.

INTRODUÇÃO

A terceirização, fenômeno que ganhou intensidade no Brasil a partir da década de 1960, sob o mote de agilização das atividades empresariais e diminuição dos custos de produção, permitiu

1 Procurador do Município de Ourinhos/SP. Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP – Jacarezinho/PR. Mestre em Direito Constitucional pela ITE – Bauru/SP. Professor dos cursos de graduação em Direito da UENP – Jacarezinho/PR e da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP. Integrante do grupo de pesquisas GP CERTOS. Contato: ghpaschoal1981@gmail.com.

que os empregadores repassassem a terceiros parte da produção, encerrando postos de trabalho formais e criando relações de trabalho precárias e à margem da proteção legal.

E a terceirização atingiu o serviço público. Assim, subverteu-se a lógica do concurso público permitindo-se o repasse de atividades próprias da Administração Pública para a iniciativa privada, por exemplo, limpeza pública, coleta de lixo e vigilância.

Entretanto, diante da ausência de regulamentação legal da terceirização, doutrina e jurisprudência viram-se obrigadas a criar parâmetros para responsabilização dos contratantes de serviços terceirizados, surgindo, assim, a Súmula nº 331 do TST, que ainda é o grande norte quando o assunto é terceirização.

Quanto à Administração Pública, entendeu o TST que, ao contratar serviços terceirizados, despojava-se de seu poder de império e igualava-se aos empregadores privados, de maneira que deveria sofrer a mesma responsabilização dos tomadores privados demandados por trabalhadores terceirizados.

Tal entendimento, contudo, contrariava o disposto no art. 71, §3º da Lei nº 8.666/1993, que isentava o Poder Público de qualquer responsabilidade trabalhista em relação aos seus contratados, apoiando-se no fato de que a Administração, ao contratar, submete os interessados a rígido processo de escolha por força da licitação.

Com a decisão do STF na ADC nº 16/2007, quando entendeu constitucional o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993, o TST viu-se obrigado a mudar o entendimento exposto na Súmula nº 331, incluindo, desta feita, novos elementos para responsabilização do ente público: culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Recentemente, porém, o STF propôs novo entendimento acerca da responsabilização do Poder Público nas hipóteses de terceirização, quando do julgamento do RE nº 760.931, assunto este que será tratado no presente artigo.

A pesquisa utilizará a metodologia dedutiva, valendo-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo como problema a responsabilização do Poder Público após a decisão do STF que considerou constitucional o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993 e retirou da Administração Pública a responsabilidade por trabalhadores terceirizados.

1. DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A ideia de terceirização surge no final da década de 1960, durante o grande salto de industrialização no Brasil. Com o aumento da produção, as empresas precisavam de mais empregados, o que aumentava os custos finais de produção. Desta forma, muitas empresas passaram a terceirizar alguns setores da produção, com a ideia de diminuir os custos.

A terceirização enquadra-se como consectário da flexibilização do Direito do Trabalho, a qual, para Guilherme Guimarães Feliciano², é

[...] a diretriz política segundo a qual os imperativos econômicos podem justificar a postergação ou atenuação de direitos sociais *stricto sensu* (direitos trabalhistas) como meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico, condição *sine qua non* para a melhoria social das condições de vida dos assalariados e de seus dependentes.

Para Gustavo Felipe Barbosa Garcia, a terceirização pode ser entendida como “a transferência da execução de certas atividades da empresa tomadora (ou contratante) a empresas prestadoras de serviços especificados”. Complementa o autor:

Terceirização tem o sentido de prestação de serviços a terceiros. [...] O trabalhador, assim, presta serviços ao ente tomador, mas mantém relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. A relação passa a ser triangular ou trilateral, pois na terceirização o empregado da empresa prestadora presta serviços ao tomador³.

Maurício Godinho Delgado⁴ escreve, sobre o tema, que “o laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em sua busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país”.

Na década de 1980 o TST editou a Súmula nº 256 na tentativa de regular a questão da terceirização:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Em 1994 o TST editou a Súmula nº 331, a qual tratou da questão da terceirização de maneira mais ampla do que a Súmula nº 256, esta que foi cancelada em 2003.

331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO N.256.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.0.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93)

2 **Curso Crítico de Direito do Trabalho:** Teoria Geral do Direito do Trabalho, 2013, p. 135.

3 **Curso de Direito do Trabalho,** 2018, p. 395.

4 **Curso de Direito do Trabalho,** 2007, p. 438.

Esclarecem Magda Barros Biavaschi e Alisson Droppa que o inc. IV foi incluído, atribuindo responsabilidade subsidiária à Administração direta e indireta, numa clara “reação ao aprofundamento da terceirização no Poder Público. Em 1997, a Reforma Administrativa (PEC 41/97), entre outras medidas, a introduziu na Administração Pública direta e indireta”⁵.

A Súmula nº 331 foi revista pela Resolução/TST nº 174/2011, apresentando-se com a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A modificação da redação da Súmula deveu-se, em muito, à decisão proferida pelo STF na ADC nº 16/2007, conforme será visto nas linhas que seguem. Passemos à análise detalhada da redação da Súmula nº 331 do TST.

2. DA SÚMULA Nº 331 DO TST E A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Como já dito nas linhas anteriores, ante a inércia legislativa em regulamentar a questão da terceirização no Brasil, o TST viu-se obrigado a “legislar” acerca do tema, criando regras norteadoras que pudessem trazer um mínimo de ordem aos contratos de terceirização em franca expansão no Brasil.

Apesar das inúmeras lacunas e de alguns conceitos vagos, a Súmula nº 331 do TST trouxe um norte a respeito das terceirizações, cujos direcionamentos passamos a analisar nos itens que

5 **A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:** a alteração na forma de compreender a terceirização, 2011, p. 131.

seguem.

(a) A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

Empresa interposta, para fins trabalhistas, é aquela que intermedeia a contratação de mão de obra, ou seja, tem como produto a ser oferecido no mercado o trabalho humano. O ordenamento jurídico brasileiro não admite que o ser humano seja tratado como mercadoria, de maneira que o inciso I da Súmula nº 331, de plano, abomina a intermediação de mão de obra.

A regra, no entanto, não é absoluta, comportando apenas duas exceções: o trabalho avulso, cuja intermediação é feito pelo sindicato ou pelo órgão gestor de mão de obra, e o trabalho temporário, regulado pela Lei nº 6.019/1974, intermediado pelas empresas de trabalho temporário⁶.

Desta forma, excetuados os casos acima mencionados, a contratação de trabalhadores por intermediários gera o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, ou seja, o contratante, de maneira que o intermediário é excluído da relação jurídica que se forma⁷.

Não há, portanto, relação de subsidiariedade ou de solidariedade relativa ao intermediário: ele é afastado da relação jurídico-trabalhista, restando apenas o trabalhador e o tomador de serviços, que passa a ser o empregador, na forma do art. 2º da CLT.

(b) A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)

6 **TRABALHADOR AVULSO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO E RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS. SUPOSTA IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO. INTERMEDIAÇÃO DE MÃO DE OBRA PELO SINDICATO. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.** São características peculiares do trabalhador avulso: a) a liberdade na prestação de serviços, pois não tem vínculo nem com o sindicato, tampouco com as empresas tomadoras de serviço; b) a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa; c) o órgão sindical é que faz a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais, e fazendo o rateio entre as pessoas que participam da prestação de serviços; d) o curto período de tempo em que o serviço é prestado ao beneficiário. Além disso, no caso dos autos, após uma acurada análise da prova produzida, infere-se que a reclamante não comprovou, com a robustez necessária, a existência dos requisitos cumulativos exigidos pelo artigo 3º da CLT, para a caracterização do vínculo de emprego. Não constatado, ainda, qualquer indício de fraude na contratação intermediada pelo Sindicato, com consequente prestação dos serviços em favor da 2ª reclamada. Por tais fundamentos, impera negar provimento ao apelo obreiro, para manter a r. sentença de Origem.

7 **INTERMEDIAÇÃO DE MÃO DE OBRA VIA COOPERATIVA DE TRABALHO – atividade-fim DA EMPRESA – FRAUDE (CLT, art. 9º) - VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR (Súmula 331, I, do TST) - VIABILIDADE.** A contratação de pessoal por meio de cooperativa de mão de obra afigura-se fraudulenta, mormente quando o prestador de trabalho se insere na estrutura da empresa, subordinando-se diretamente à sua administração e seus serviços que se destinam ao atendimento da atividade-fim do empreendimento empresarial (TRT15 – Decisão Nº 027857/2010-PATR – Recurso Ordinário – Relator(a): JOSÉ ANTONIO PANCOTTI).

O inciso II da Súmula nº 331 é uma resposta à previsão constitucional da necessidade de concurso público de provas ou de provas e títulos para ingresso no serviço público federal, estadual ou municipal. Ninguém será admitido no serviço público sem a realização do devido concurso público, salvo hipóteses excepcionais previstas na própria CF.

É o que reza o art. 37, inc. II da CF:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

A respeito do tema, fazemos coro às palavras de José Afonso da Silva⁸:

O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Desta forma, ainda que se verifique a ocorrência de intermediação ilegal de mão de obra, fica o Poder Judiciário impedido de aplicar a regra prevista no inciso I da Súmula nº 331 que impõe o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços⁹.

(c) Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A Súmula nº 331 tratou de regulamentar quais seriam as hipóteses lícitas de terceirização: vigilância, conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador.

Sendo lícita a terceirização, surge uma relação triangular entre empresa contratante, empresa contratada e prestador de serviços. Aparece, aqui, a figura da **subordinação estrutural**, conforme leciona Vólia Bomfim Cassar¹⁰:

Isto quer dizer que, toda vez que o empregado executar serviços essenciais à atividade-fim da empresa, isto é, que se inserem na sua atividade econômica, ele terá uma subordinação estrutural ou integrativa, já que integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da empresa ou do tomador de serviços.

O prestador de serviços mantém com a empresa prestadora de serviços terceirizados

8 **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2008, p. 679.

9 **TERCEIRIZAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. INADMISSIBILIDADE.** A contratação irregular de trabalhador, através de empresa de prestação de serviços, não gera vínculo de emprego com os Órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, haja vista que a contratação de pessoal por estes exige a prévia aprovação em concurso público, consoante o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, como estabelece o Enunciado nº 363 do C. TST (TRT15. Decisão nº 002028/2001-SPAJ. RECURSO EX OFFICIO E ORDINÁRIO. Relator(a): DOMINGOS SPINA).

10 **Direito do Trabalho**, 2017, p. 490.

vínculo de natureza jurídica empregatícia, na forma do art. 3º da CLT. Já o vínculo do prestador com a empresa contratante do trabalho terceirizado é de trabalho *lato sensu*, na forma do inc. III da Súmula nº 331. Por fim, o vínculo entre as empresas envolvidas é contratual, ou seja, civil, escapando à competência do Direito do Trabalho.

Cabem dois comentários importantes nesta oportunidade. Primeiramente, há que se entender o sentido da expressão atividade-meio, o qual não é bem definido pela Súmula nº 331.

Sobre o tema, Ricardo Resende¹¹ escreve que “a tendência é considerar como atividade-fim aquela ligada indissociavelmente ao objeto social da empresa, ou seja, aquela sem a qual a empresa não realiza seu objetivo, sua atividade principal”, enquanto que atividade-meio “seria aquela atividade de apoio, importante, mas não essencial para a consecução dos fins do empreendimento”.

Assim, podem ser terceirizados apenas serviços que não componham o núcleo de atividades descritas no objeto social da empresa, pois, caso isso aconteça, a terceirização será ilícita, acarretando o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador dos serviços.

Por outro lado, importante observar que, ainda que as atividades terceirizadas se enquadrem nas hipóteses autorizadas pela Súmula nº 331, não podem estar presentes na relação entre prestador de serviço e tomador os elementos “pessoalidade e subordinação direta”, pois tais elementos caracterizam a existência de vínculo empregatício, conforme prevê o art. 3º da CLT.

Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se, invariavelmente, vínculo de emprego entre prestador de serviços e tomador, de maneira que a terceirização se torna ilícita, acarretando fraude a direitos trabalhistas, na forma do art. 9º da CLT.

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

Sendo lícita a terceirização não há que se reconhecer o vínculo direto com o tomador dos serviços, como prevê o inc. I da Súmula nº 331. No entanto, caso o empregador não cumpra suas obrigações para com o prestador de serviços, o contratante pode ser responsabilizado, de forma subsidiária, pelas verbas trabalhistas não adimplidas.

Por ser subsidiária a responsabilidade do tomador dos serviços, a Súmula nº 331 exige para a responsabilização dele que “conste também do título executivo judicial”. Desta forma, se o trabalhador pretende que o tomador dos serviços seja responsabilizado pelos haveres trabalhistas não quitados, é preciso reclamar judicialmente em face do empregador e do tomador dos serviços, a fim de que o nome de ambos figure na sentença.

11 **Direito do Trabalho Esquematizado**, 2011, p. 213-214.

Como a responsabilidade é subsidiária, o tomador não pode ser responsabilizado de maneira isolada, isto é, o prestador não pode ingressar com a reclamação somente em face do tomador, pois a subsidiariedade exige a tentativa de responsabilização do devedor principal em primeiro lugar.

Por outro lado, entendendo o prestador por reclamar somente em face do empregador, não poderá, posteriormente, incluir na execução o devedor subsidiário, tendo em vista que este não figurou no título executivo judicial e, de acordo com o art. 5º, inc. LIV da CF, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal pressupõe que o executado tenha participado da fase de conhecimento da relação processual e tenha a ele sido garantidos o contraditório e a ampla defesa.

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

De acordo com a redação anterior da Súmula nº 331, a Justiça do Trabalho, em qualquer caso, poderia reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em caso de terceirização lícita cujas verbas trabalhistas não foram pagas ao trabalhador pelo empregador.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

A redação da Súmula nº 331, no entanto, conflitava com o texto do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, o qual isenta a Administração Pública de responsabilidade em caso de não pagamento de verbas trabalhistas por parte de empresas contratadas em regime de licitação.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

A Justiça do Trabalho, independente da Lei de Licitações, reconhecia a responsabilidade subsidiária do ente público, sob a alegação de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993. No entanto, por força da ADC nº 16/2007, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, o STF

reconheceu a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, o que forçou o TST a rever a redação da Súmula nº 331.

Assim, em 2011, o TST deu nova redação à Súmula nº 331, principalmente no concernente à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, de maneira que, pelo novo entendimento, o ente público contratante de serviços terceirizados só pode ser responsabilizado subsidiariamente pelos débitos trabalhistas do contratado se restar provada a *culpa in vigilando*, ou seja, ficar demonstrado nos autos que o órgão público contratante, em momento algum, tomou os cuidados necessários a fim de verificar se o contratado paga seus empregados regularmente e de maneira correta¹².

A Administração Pública só poderá ser responsabilizada, portanto, se for negligente e não fiscalizar as atividades de seus contratados, não sendo mais suficiente o “mero inadimplemento das obrigações trabalhistas” por parte do empregador.

(f) A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral

Reconhecida a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços ele será responsabilizado por todas as verbas às quais o devedor principal foi condenado a efetuar o pagamento, independentemente da natureza jurídica da condenação.

Assim, o devedor subsidiário arcará não só com as verbas de natureza salarial, mas também com as de natureza indenizatória bem como com as punições eventualmente aplicadas ao

12 **TERCEIRIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TOMADORA E BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 37 DA CF/88, ARTS. 186 E 187 DO CÓDIGO CIVIL, ART. 67 E 71, §2º DA LEI 8.666/93, SÚMULA 331, V E VI DO C. TST E ADC 16 DO STF.** Nas terceirizações cabe ao tomador e real beneficiário dos serviços prestados exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora contratada, sob pena de ser chamado a responder pelo comportamento omissivo por culpa in vigilando (artigos 186 e 187 do Código Civil), conforme diretriz da jurisprudência dominante (Súmula 331, V do C. TST). Mesmo em se tratando de pessoa jurídica de direito público deve ser mantido referido entendimento, com supedâneo no artigo 37 da CF/88, pois o fato de ter ocorrido um processo de licitação não a desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação da contratada. A Lei 8.666/93 estabelece normas para licitações e contratos administrativos no âmbito dos poderes da União, Estados e Municípios, que devem ser interpretadas em conformidade com os preceitos constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, instituídos como fundantes da República, de modo que o disposto em seu artigo 71 não pode ser utilizado incorretamente como escudo de isenção de responsabilidade pela prática de atos lesivos aos direitos do trabalhador, entendimento que está em consonância com o julgamento proferido pelo E. STF na ADC nº 16. Acrescente-se que cabe ao tomador o ônus de comprovar o cumprimento dos requisitos da Lei 8.666/93, não só quanto às questões documentais, mas do fato como um conjunto, pois é a parte que expressamente detém a aptidão para a prova, ou seja, as melhores condições para demonstrar a fiscalização da atuação da empresa quanto ao cumprimento das obrigações legais trabalhistas (carga probatória dinâmica). Ressalte-se que o reconhecimento da subsidiariedade não implica em transferência de responsabilidade, face à necessária observância do benefício de ordem, de sorte que não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada (Súmula 331, VI, C. TST) (TRT15. Decisão nº 095331/2012-PATR. Recurso Ordinário. Relator(a): TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI).

devedor principal.

3. DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELAS LEIS Nº 13.429/2017 E Nº 13.467/2017

Por força da mencionada lei, o Governo Federal implementou mudanças na Lei nº 6.019/1974, sendo que algumas alterações promovidas são de grande impacto nas relações entre tomadores de serviços e trabalhadores terceirizados.

De positivo, a previsão expressa da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em relação aos haveres laborais não pagos por seus contratados, com exceção dos débitos previdenciários, quando há responsabilidade solidária (art. 10, §7º da Lei nº 6.019/1974).

Importante, também, a imposição de responsabilidade à empresa contratante de garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado, bem como de estender ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado (art. 9º, §§1º e 2º da Lei nº 6.019/1974).

A mudança mais impactante é a **possibilidade de terceirização das atividades-fim do tomador**, o que, até então, era vedado, em conformidade com o entendimento exposto pelo TST na Súmula 331. Diante deste quadro, o tomador poderá terceirizar não só as atividades periféricas de seu empreendimento, mas também o núcleo de seu objeto social.

A título de exemplo, uma escola que, até aqui, só poderia terceirizar limpeza e vigilância, pode agora relegar a terceiros, inclusive, os postos de trabalho de professor, diretor e auxiliares pedagógicos.

Trata-se, a nosso ver, de um grande **retrocesso dos direitos sociais** previstos na Constituição Federal, tendo em vista que a terceirização acarreta a precarização de direitos, fato este que pode ser comprovado diante das inúmeras ações que trabalhadores terceirizados movem todos os dias na Justiça do Trabalho em busca de direitos básicos não respeitados por empregadores que desaparecem sem deixar vestígios.

Apesar de sedutora, ao nosso sentir, é falaciosa a tese de que a terceirização vai possibilitar o aumento dos postos de trabalho. Ora, nenhum empregador vai terceirizar mais postos de trabalho do que aqueles que já possui. Além disso, as empresas terceirizadas não possuem a mesma capacidade econômico-financeiras das empresas contratantes, o que gera, como já dito, precarização de direitos e desrespeito ao mínimo previsto na legislação.

Na contramão do pensamento brasileiro, a Rússia, em decisão tomada no ano de 2015,

proibiu a terceirização no país a partir de 2016. A informação é trazida pelo site Valor Econômico¹³, que reproduz a fala do Abdegani Shamenov, integrante do conselho nacional do Sindicato dos Trabalhadores da Construção da Rússia, quando afirma seu orgulho com o fim da terceirização no país, haja vista que a prática não aumentou a oferta de emprego, além de diminuir salários e arrecadação de impostos.

A Rede Sustentabilidade ajuizou no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5685 contra a Lei 13.429/2017, que trata da terceirização, sancionada pelo presidente da República no dia 31 de março. O relator da ação é o ministro Gilmar Mendes, conforme informação do site do STF¹⁴.

A lei que publicou a reforma trabalhista acrescentou à Lei nº 6.019/1974 os art. 4º-A e 5º-A, os quais reforçam a possibilidade de terceirização da atividade-fim do empregador:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Foram acrescentados, ainda, os art. 5º-C e 5º-D, os quais, conforme já explicado anteriormente, tentam coibir a ocorrência da “pejotização”, proibindo que o empregador contrate como terceirizados empregados por ele dispensados nos últimos 18 meses.

4. DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760.931 E A RESPONSABILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES

O STF decidiu, por 6 votos a 5, no RE 760.931, publicado no DOU em 03/04/2017, que a Administração Pública não é responsável pelos haveres trabalhistas devidos por seus contratados. Da ementa do acórdão que julgou o referido recurso é possível extrair o seguinte excerto:

A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

A partir do julgamento do RE 760.931, estabeleceu o STF alguns fundamentos absolutamente criticáveis a respeito da terceirização no Brasil. Primeiramente, entendeu a Corte Suprema que a terceirização, *a contrario sensu* de todas as críticas apresentadas pela doutrina, é

13 Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/4025386/em-vigor-ha-20-anos-terceirizacao-sera-proibida-na-russia>. Acesso em 04.04.2017.

14 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339887>. Acesso em 04.04.2017.

necessária para que a Administração Pública possa fazer frente às necessidades dos administrados:

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores¹⁵.

Outro ponto merecedor de críticas é a fixação do conceito de que a terceirização traz benefícios para os trabalhadores, chegando a afirmar, inclusive, que não há precarização das relações de trabalho, fazendo ouvidos moucos à realidade que demonstra a fragilidade das relações firmadas entre empresas e trabalhadores terceirizados:

A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas¹⁶.

O voto vencedor foi do Ministro Luiz Fux, acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes. A relatora, Ministra Rosa Weber, foi acompanhada em seu entendimento contrário à tese vencedora pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Em seu voto, escreveu a Ministra Rosa Weber:

A terceirização já contém em si o estigma de vínculo precário sob diferentes ângulos – essencialidade, pessoalidade, subordinação. O empregado desenvolve atividade que, em tese, não é a principal do tomador de serviços; o tomador de serviços, em tese, não sabe quem é o terceirizado; o terceirizado, em tese, não está subordinado ao tomador de serviços.

Não obstante esse quadro, descrito em inúmeras obras acadêmicas sobre o tema, frustra-se

15 STF, RE 760.931, 2017.

16 STF, RE 760.931, 2017.

qualquer união dos terceirizados para eventual movimento reivindicatório, em face do “fracionamento” do coletivo de empregados da empresa contratada pelos diversos setores da(s) tomadora(s) de serviços.

Embora a terceirização, em todas as suas formas, implique, a rigor, na maioria das vezes, precarização, o fenômeno tem se ampliado “como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização”. Para atingir esses objetivos desconsideraram-se, frequentemente, pelos empregadores e tomadores dos serviços, os limites legais impostos com o fim de resguardar os direitos sociais e o valor constitucional do trabalho (CF, artigos 1º, IV, e 170, caput) e assegurar, em última análise, a incolumidade do princípio da dignidade humana, que já se disse, com propriedade, ser o “direito fundamental de todos os direitos fundamentais”¹⁷.

Por seu turno, votou o Ministro Luiz Fux:

Então, num primeiro momento, eu entendo que, já na contratação, o Poder Público tem capacidade de fiscalizar – não custa nada incluir uma cláusula no edital ou no contrato que imponha essa fiscalização. E se não fiscalizar, é infração do dever contratual, não precisamos ficar buscando soluções diversas. Mas, num primeiro momento, Senhor Presidente, eu peço toda a vênua, com todo o respeito ao voto magnífico da Ministra Rosa, voto paradigmático, para todos nós, sobre a fusão da função jurisdicional constitucional e o Direito do Trabalho, mas vou me ater à solução da ADC 16 e a ratio legis da Lei nº 9.032, que só criou responsabilidade solidária para encargos fiscais previdenciários; e, no mesmo momento que poderia ter erigido uma responsabilidade subsidiária, não o fez. Por isso, entendo que a jurisdição constitucional deve se curvar à deferência em relação ao Legislativo, como sói ocorrer em todos os doutrinadores que abordam os limites da jurisdição constitucional, alguns até com um dom de categorizar e de rotular através de alta criatividade, como, por exemplo, “supremocracia”, como se nós fôssemos a instância hegemônica. E, na verdade, a questão da judicialização da política, a questão do ativismo judicial, na verdade, isso é uma blasfêmia, porque o Poder Judiciário não age de ofício. E todo dia chega, no nosso gabinete, uma questão política judicializada, uma questão que não é resolvida e nós é que temos que solucionar, porque há uma regra, na Constituição Federal, de que o Judiciário, uma vez provocado, não pode denegar a prestação da justiça. Alguma solução há de ser dada¹⁸.

Prevalece, portanto, a redação do art. 71, §2º da Lei nº 8.666/1993, havendo responsabilidade solidária da Administração Pública apenas quanto aos encargos previdenciários, vez que, em seu voto, o Ministro Luiz Fux entendeu que “*se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas*” e “*se não o fez, é porque entende que a Administração Pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada*”.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017¹⁹.

Inaplicável, portanto, o entendimento trazido pela Súmula 331 do TST a respeito da possibilidade de responsabilização da Administração Pública, salvo, como já dito, em relação aos

17 STF, RE 760.931, 2017.

18 STF, RE 760.931, 2017.

19 STF, RE 760.931, 2017.

débitos de origem previdenciária, conforme dispõe o art. 71, §2º da Lei nº 8.666/1993. Sobre o tema, esclarecedoras as palavras de Juarez Freitas²⁰:

Tudo considerado, uma vez presente a antijuridicidade de ação anômala e desproporcional, por falta ou excesso, formar-se-á o nexo de causalidade e, conseqüentemente, surgirá o dever de indenizar. Não se mostra razoável perquirir sobre culpa ou dolo do agente público, nessa qualidade, mas simplesmente acerca da antijuridicidade e da sua extensão.

Tal entendimento, como já defendido nas linhas anteriores deste artigo, reflete o momento por qual passa o Direito do Trabalho no Brasil: a deterioração das relações de trabalho e a precarização de direitos, elegendo-se como vilão da crise econômica brasileira o trabalhador, retirando-se direitos historicamente conquistados em prol do ideal capitalista do lucro pelo lucro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização é um movimento, ao que parece, inevitável no Brasil, a despeito de outros países, a exemplo da Rússia, estarem proibindo tal comportamento, sob o fundamento de que precariza direitos e não traz vantagens para o contratante, problemas estes que não tocaram o legislador pátrio.

Quando se trata do Poder Público, a questão fica ainda pior, principalmente após o STF entender pela constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993, o qual retira da Administração Pública a responsabilidade por débitos trabalhistas de seus contratados, sob os auspícios do procedimento licitatório que operacionalizou a contratação.

Entendeu o STF que o inadimplemento de deveres trabalhistas pelo contratado não repassa, automaticamente, à Administração Pública contratante o dever de pagar os trabalhadores, salvo se o débito for previdenciário, quando, então, público e privado serão solidariamente responsáveis.

O TST, por se turno, firma entendimento de que, havendo culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* da Administração Pública, deve esta responder pelos débitos trabalhistas de seus contratados, o que parece não se coadunar com o entendimento esposado pelo STF.

De se aguardar a evolução da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros; STROPPIA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização, *in* **Mediações – Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 16, n.1, p. 124-141, Jan./Jun. 2011. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>. Acesso em 25.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760.931-DF**, Relatora Ministra

20 **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 2014, p. 100-101.

Rosa Weber, DJe em 12.09.2017. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+760931%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+760931%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pmyj3vn>. Acesso em 25.06.2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**, 14ª edição, São Paulo: GEN, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**, 12ª edição, São Paulo: GEN, 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**, São Paulo: Método, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 31ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM VIAGENS AÉREAS INTERNACIONAIS: ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Renan Cauê Miranda PUGLIESI
Leticia Soares PADOAN

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal no que tange à antinomia existente entre as Convenções de Varsóvia e Montreal e o ordenamento jurídico pátrio, mais propriamente o Código de Defesa do Consumidor, em caso que trata acerca da responsabilidade da empresa aérea por danos causados na prestação de serviço de transporte internacional. O objetivo posto em foco está em analisar a jurisprudência desta Corte à luz da Constituição, do princípio da igualdade e dos primados trazidos pelo microsistema de proteção ao consumidor enquanto parte presumidamente vulnerável dentro da relação de consumo, de sorte a verificar se essa inversão jurisprudencial respeita tais pressupostos ou se atenta contra eles. Para isso, torna-se fundamental a compreensão da modernidade e de como os tratados se inserem neste contexto. Além disso, imprescindível a análise das convenções mencionadas e da legislação consumerista, para o fim de trazer substrato teórico para a análise da jurisprudência da Corte Suprema. Para isso, utiliza-se do método dedutivo, bem como da técnica de pesquisa bibliográfica indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção de Varsóvia. Convenção de Montreal. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Retrocesso social.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the decisions of the Federal Supreme Court regarding the antinomy between the Warsaw and Montreal Conventions and the national legal order, more precisely the Consumer Protection Code, in which case it concerns the responsibility of the airline for damage caused in the provision of international transport service. The objective is to analyze the jurisprudence of this Court in the light of the Constitution, the principle of equality and the primacy brought by the micro-system of consumer protection as part presumably vulnerable within the relation of consumption, in order to verify if this reversal jurisprudence respects such assumptions or if it attacks them. For this, understanding of modernity and how the treaties are inserted in this context becomes fundamental. In addition, it is essential to analyze the mentioned conventions and consumer legislation, in order to provide a theoretical basis for the analysis of Supreme Court jurisprudence. For this, it is used the deductive method, as well as the technique of indirect bibliographic research

KEY WORDS: Warsaw Convention. Montreal Convention. Consumer relationship. Vulnerability. Social retrogression.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa esteve delimitada no campo de estudos do Direito Internacional e Direito do Consumidor, buscando analisar, no contexto da sociedade moderna globalizada, a relação entre os tratados internacionais, mais especificamente que tratam sobre o transporte aéreo

internacional, e sua relação com o ordenamento jurídico pátrio. Assim, não obstante a análise a partir de tratados, o estudo esteve delimitado à realidade jurídica brasileira.

Assim, a importância em se estudar esta temática reside na necessidade de se analisar o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal a uma questão de intrínseca complexidade, que envolve a relação entre tratados internacionais e o ordenamento jurídico pátrio, questão intrincada que levou a uma recente modificação no posicionamento deste Tribunal. Esta inversão na jurisprudência precisa ser cautelosamente analisada, para se verificar se o novo posicionamento é mais condizente e respeitoso aos direitos do consumidor ou se houve um prejuízo nesse sentido.

Assim, a problemática do trabalho residiu no seguinte questionamento: a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à antinomia existente entre os tratados que dispõem acerca do transporte aéreo internacional e o Código de Defesa do Consumidor é violadora e condizente com os fins buscados por este microsistema, bem como com o primado da vedação ao retrocesso?

Com isso, buscou-se analisar o diálogo que se dá entre os tratados internacionais e o ordenamento jurídico pátrio, compreendendo-se seus elementos e aplicabilidade, para depois se debruçar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de sorte a realizar um estudo crítico acerca da mudança recente de posicionamento deste no tocante à prevalência dos Tratados que tratam sobre o transporte aéreo internacional em face do Código de Defesa do Consumidor, tudo à luz dos mandamentos constitucionais e do primado da proibição do retrocesso.

Para isso, foi preciso, inicialmente, realizar uma breve análise acerca da modernidade e da globalização, assim como da importância dos tratados internacionais diante de tal realidade. Em seguida, realizou-se o estudo das Convenções de Varsóvia e de Montreal, ambas internalizadas pelo Brasil, que tratam acerca do transporte aéreo internacional, buscando-se compreender seus termos e as dimensões de suas tratativas. Ato contínuo, cuidou-se de analisar o Código de Defesa do Consumidor, microsistema de ímpar importância e concretizador dos mandamentos constitucionais que tutelam a defesa do consumidor e a eficácia da dimensão material do princípio da igualdade. Por fim, fez-se uma análise acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz de tudo o que foi anteriormente estudado, a fim de se verificar se respeita os mandamentos constitucionais e os primados protegidos pelo CDC e pela vedação ao retrocesso.

Para atingir tal fim, fez-se uso do método dedutivo, uma vez que, a partir da compreensão, em isolado, dos tratados e da legislação consumerista, realizou-se estudo específico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade da empresa aérea perante os danos causados ao consumidor. Além disso, utilizou-se da técnica de pesquisa documental indireta, que se deu através da consulta a doutrinas, artigos e demais publicações científicas.

1 GLOBALIZAÇÃO E TRATADOS INTERNACIONAIS

Em uma sociedade marcada por tanta complexidade, é natural que a regulamentação das relações intersubjetivas também guardem certa margem de dificuldade e alguns desafios. Afinal, uma das marcas da globalização consiste, justamente, na multiculturalização, na relativização da soberania e dos limites territoriais nacionais, bem como uma grande internacionalização social e jurídica destas relações.

Aliás, toda e qualquer relação jurídica que se pretende tratar e estudar deve vir amparada por uma compreensão do atual estágio do desenvolvimento humano que se vivencia. Nesse contexto, a *globalização*, antes mencionada, ganha ímpar importância, na linha das explicações de Anthony Giddens¹:

A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A *transformação local* é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço (grifo do autor).

De fato, o encurtamento das distâncias implica um impacto, de forma positiva ou negativa, em outros pontos do globo por atos ou decisões locais. Dificilmente alguma atitude deixará de refletir ou ser reflexo, em algum ponto, de um determinado contexto ou de outras medidas assumidas em outras localidades, próximas ou distantes. A relação de causa-efeito se intensifica e “multipolariza”, algo que traz impactos sociais, políticos e jurídicos quase imensuráveis.

É nesse sentido que Bauman² traz a complexidade da globalização e dificuldade e consequência de se imiscuir em integrar sua lógica:

Todos nós estamos, a contragosto, por desígnio ou à revelia, em movimento. Estamos em movimento mesmo que fisicamente estejamos imóveis: a imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança. E no entanto os efeitos dessa nova condição são radicalmente desiguais. Alguns de nós tornam-se plena e verdadeiramente “globais”; alguns se fixam na sua “localidade” – transe que não é nem agradável nem suportável num mundo em que os “globais” dão o tom e fazem as regras do jogo da vida. Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos e se tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam [...].

Nesse sentido, torna-se quase impossível fugir à lógica da globalização: ou, de uma forma ou de outra, busca-se uma adequação aos novos parâmetros de ações que são guiadas em

1 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 76.

2 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 8.

proporções globais, ou sofre-se as mais variadas consequências dessa omissão e pretensão de imunidade ou invisibilidade. Ser local, estar vinculado a uma determinada região ou território, e buscar que determinado ato seja isento de influências ou imaginar que não trará impactos – inclusive jurídicos – para outras localidades, significa imergir em uma ilusão que atrairá consequências impiedosas, de sorte que se pode afirmar que não é possível “negar a globalização”.

Nessa senda, constata-se que o mundo moderno – para alguns, *pós-moderno* – vem acompanhado de algumas questões de difícil tratamento e com traços de ineditismo, como, por exemplo, a aquela do crescente contingente de imigrantes e refugiados, oriundos de países em conflitos, territórios “sem lei” e “Estados afundando, ou já submersos” – o que tem gerado mais conflitos, além de xenofobia, racismo e um nacionalismo exacerbado e distorcido -³, ou relacionadas ao tratamento do meio ambiente enquanto direito transindividual, de titularidade indefinida, de todos, universal, e sua constante crise como reflexo de um capitalismo desenfreado.

Neste sentido, o Direito também carece de um “olhar globalizante”, de sorte que sua internacionalização seja uma consequência lógica a ser refletida e encarada, se se pretende a convivência pacífica dos Estados e o respeito aos direitos do ser humano. Por consequência, vislumbra-se uma relativização das soberanias nacionais, que, ao cancelar tratados e a ingerência de órgãos internacionais sobre si, renunciam à parcela do exercício do poder soberano sobre seu território, o que leva a um repensar dos conceitos tradicionais de Estado.

Em razão disso, muitas teorias surgiram para tratar dos novos arranjos jurídicos a serem delineados diante do mundo globalizado, podendo-se destacar ideias relativas à existência de um *transconstitucionalismo*⁴, bem como atentando-se para a *Teoria da Interconstitucionalidade*⁵, de sorte que buscam explicar e auxiliar na compreensão, com importância prática e concreta, acerca da relação entre os tratados internacionais e os ordenamentos jurídicos nacionais.

Independentemente da teoria a ser seguida, e até mesmo de suas definições – que não possuem grande relevância para os fins deste trabalho -, vale anotar que a relativização da soberania e, em certa dose (menor), dos ordenamentos jurídicos nacionais, não implica, por óbvio, a perda de sua importância ou em sua desconsideração; este continua tendo importância ímpar, é insubstituível, não devendo ser olvidado.

Nesse íterim, tem-se que, no tocante ao Brasil, a reflexão acima exposta é plenamente aplicável. Isso porque a Constituição Federal brasileira é a norma máxima do ordenamento jurídico

3 BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

4 NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalidade além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, 93: 201-232, 2014, p. 206-208.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008, p. 265-269.

pátrio, de principal e obrigatória observância em todo o território nacional; é o norte de todos os outros textos normativos existentes e por vir no ordenamento nacional, que devem nela se espelhar. Disso decorre, por exemplo, o princípio da *força normativa da Constituição*, do qual se deduz que o texto constitucional é parâmetro normativo e axiológico para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

No entanto, a legislação nacional não se mostra suficiente diante desse mundo de enorme complexidade e relações intersubjetivas plurais e multiculturais, de sorte que se mostra inevitável o reconhecimento dos tratados e convenções internacionais. Assim, o ordenamento jurídico pátrio não tem se imiscuído de relações externas.

Embora somente tenha ratificado a Convenção de Viena sobre os Tratados, de 1969 – a despeito de tê-lo assinado –, no ano de 2009, através do Decreto nº 7.030, tal fato não implica, por si só, a negação à submissão do Estado brasileiro ao Direito Internacional e suas normas anteriormente a isso. A propósito, a Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, já trazia o comprometimento do Brasil, em relação à ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Não obstante, ainda elencou uma série de princípios a reger a atuação do Estado brasileiro nas relações internacionais, conforme se depreende do artigo 4º do texto constitucional.

Deve-se destacar, ainda, a alteração no Texto Magno promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário. A partir dela, o artigo 5.º da Constituição da República recebeu a inclusão do §3º, que dispõe terem os tratados e convenções sobre direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, em dois turnos, equivalência às emendas constitucionais – o que se nomeou por tratados e convenções internacionais material e formalmente constitucionais⁶.

Contudo, imperioso ressaltar que, nos termos do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/SP, que analisou a questão da licitude da prisão civil do depositário infiel – dando origem, posteriormente, ao enunciado de Súmula Vinculante nº 25 –, os tratados e convenções que versarem sobre direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado, requisito incluído pela EC, possuem status de norma supralegal, encontrando-se acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição – são os chamados tratados e convenções internacionais materialmente constitucionais⁷.

De outra sorte, se não houver o tratamento acerca dos direitos humanos, não há que se falar em *status* constitucional ou supralegal, de modo que resta lógica a dedução de que os tratados e

6 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015, p. 133-134.

7 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015, p. 133-134.

convenções sobre temas diversos têm força de lei ordinária. É o que ensina Flávia Piovesan⁸:

Os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, *b*, do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), e se submete à sistemática de incorporação legislativa.

Compreendidas estas características iniciais acerca do contexto vivenciado pelos Estados-Nação em um mundo globalizado, da necessidade de existência de tratados internacionais, bem como o *locus* que ocupam dentro do ordenamento jurídico nacional, é preciso adentrar na temática foco deste trabalho, qual seja, a *Convenção de Varsóvia* e a *Convenção de Montreal* acerca do transporte aéreo internacional.

2 CONVENÇÃO DE VARSÓVIA, CONVENÇÃO DE MONTREAL E O TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

Retomando a linha de pensamento do antes analisado, é preciso considerar que muitos temas, não obstante possuam regulamentação própria dentro dos ordenamentos pátrios, são igualmente regulados internacionalmente, seja diante de sua importância, seja diante da necessidade de regulamentação que surge em face a situações que envolvem mais de uma soberania – como é o caso a ser tratado no presente trabalho.

Assim, cabe destacar duas convenções: a Convenção de Varsóvia, assinada em 12 de Outubro de 1929, internalizada pelo Decreto n. 20.704, de 20 de Novembro de 1931, que dispõe sobre o transporte aéreo internacional; e a Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, que foi internalizada através do Decreto n. 5.910, de 27 de Setembro de 2006.

Como se nota, ambas tratam do regramento a ser observado quando o conflito de direitos em questão disser respeito acerca de transporte aéreo internacional, algo que possivelmente envolverá mais de um Estado soberano e, por consequência, diferentes ordenamentos e previsões normativas, o que leva à necessidade de uma padronização. Afinal, haveria uma complexidade muito maior em deixar uma lacuna no que tange a que normas seriam aplicáveis ao caso concreto – normas relativas ao país do passageiro, da empresa de aviação, ou qualquer outra -, de sorte que geraria incertezas e insegurança jurídica insustentáveis.

Inicialmente, ressalta-se que o Decreto n. 20.704/1931 impõe que a Convenção que ele internaliza seja “executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”⁹, não abrindo margem à sua não aplicação em território brasileiro. Com isso, o Brasil deixou de exercer o direito

8 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 164.

9 Decreto n. 20.704/1931, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm>. Acesso em 20 jun. 2018.

de reserva, ou seja, de ratificar o texto da convenção fazendo ressalvas quanto a um ou outro artigo, se eximindo de seu cumprimento. Isso significa que o país e seu ordenamento estão sujeitos às disposições contidas na tratativa internacional.

Partindo para a análise de seu texto, tem-se que seu artigo 1º dispõe ser a convenção aplicável “a qualquer transporte internacional de pessoas, bagagens ou mercadorias, efectuado [sic] por aeronave mediante remuneração”, mesmo que o transporte seja gratuito. Além disso, *transporte internacional* é definido como qualquer um que tenha como local de partida uma “Alta Parte Contratante” diferente da de chegada (artigo 1º, 2), destacando-se que tal termo é atribuído para denominar país participante de um tratado ou convenção internacional.

Quanto às *bagagens*, ponto que se pretende abordar neste trabalho, a Convenção de Varsóvia traz, em seu artigo 4.º, que aquelas deverão ser registradas num boletim de bagagem entregue juntamente ao bilhete de passagem para embarque no meio de transporte aéreo, que deverá conter os pontos de partida e o local destino, bem como eventuais escalas aéreas, e se estas se situam na “Alta Parte Contratante” de partida, de destino ou no território de outro Estado diverso. Os bilhetes de passagem e os boletins de bagagem, quando o transporte for internacional, devem conter aviso indicando ser aplicável a Convenção de Varsóvia, a qual limita a responsabilidade da transportadora em caso de perda ou deterioração de bagagens. Tais disposições encontram justificativa na ideia de proteção, regulamentação, dever de informação aos passageiros e uniformização da responsabilidade trazida pela Convenção.

Neste íterim, interessantes tais previsões, pois são imprescindíveis para a avaliação de eventual responsabilidade, consistindo em medida de segurança que a empresa forneça o bilhete exigido pela Convenção, que contenha os requisitos exigidos, como mecanismo de defesa e limitação da indenização que eventualmente deverá pagar. Além disso, consiste em importante meio de prova para o passageiro, que terá algum documento atinente aos bens que eventualmente se perderem.

Nesta trilha da questão acerca da responsabilidade, no que tange ao transportador, a questão é abordada no Capítulo III da Convenção de Varsóvia, que dispõe ser este “responsável pelo prejuízo superveniente em caso de morte, ferimento ou qualquer outra lesão corporal sofrida por um viajante quando o acidente que causou o prejuízo se produziu a bordo da aeronave ou no decurso de quaisquer operações de embarque ou desembarque” (artigo 17º), sendo necessário, portanto, o *nexo causal* entre o prejuízo sofrido e o transporte contratado, ou seja, o dano deve ter sido produzido durante o transporte aéreo.

Além da proteção à *pessoa do passageiro*, trazida pela responsabilidade abordada no artigo 17º supra, importa a este trabalho discutir a responsabilidade do transportador sobre bagagens, não

menos importante. A Convenção de Varsóvia aborda sobre a destruição, perda e avaria dos pertences dos passageiros em seu artigo 18º, de modo a fazer recair a responsabilidade na empresa contratada quando o evento que produziu o dano em tais pertences ocorrer durante o transporte aéreo internacional por ela realizado. Verifica-se, deste modo, também aqui, ser necessária a existência de nexo causal entre o prejuízo e o transporte.

Ainda, cabe mencionar que a responsabilidade inclui *atraso* no transporte aéreo de viajantes, bagagens e mercadorias, exceto se o transportador provar que tomou todas as medidas necessárias para evitar o prejuízo (artigo 20º). Assim, presume-se que o atraso, por si só, já seja causador do dano, devendo a prestadora do serviço arcar com os danos causados, ressalvada a hipótese em que tomou todas as medidas para evitar o prejuízo.

O artigo 22.º da Convenção limita a responsabilidade da transportadora em relação a cada passageiro à quantia de duzentos e cinquenta mil francos, fazendo o mesmo para cada quilo de bagagem registrada no boletim de bagagem que for extraviada, perdida ou deteriorada, a duzentos e cinquenta francos.

Entretanto, tal regra quanto à responsabilidade pelo quilo da bagagem encontra ressalva se houver declaração especial de valor no momento de entrega da bagagem, para a qual pode ser cobrada taxa suplementar. Nestes casos, a transportadora não ficará adstrita ao valor estabelecido pela Convenção, e sim ao valor declarado, exceto se houver prova que o montante excede ao real perdido ou deteriorado. Resta claro que se tem uma presunção relativa de veracidade do valor declarado pelo passageiro, o qual pode – ou deve, em casos de excessivo valor, - ser corroborado com notas fiscais indicativas. Havendo tal presunção, o passageiro receberá tal quantia a título de dano material, de sorte que caberá à empresa comprovar, caso assim entenda, que os valores excedem à real perda.

Aliás, é nessa trilha que dispõe a Convenção de Montreal (Decreto n. 5.910/2006), no sentido de indicar ser relativa a presunção de veracidade a declaração contida na documentação necessária ao despacho de bagagens, conforme se nota:

Artigo 11 – Valor Probatório dos Documentos 1. Tanto o conhecimento aéreo como o recibo de carga constituem presunção, salvo prova em contrário, da celebração do contrato, da aceitação da carga e das condições de transporte que contenham. 2. As declarações do conhecimento aéreo ou do recibo de carga relativas ao peso, dimensões e embalagem da carga, assim como ao número de volumes, constituem presunção, salvo prova em contrário, dos dados declarados; as indicações relativas à quantidade, volume e estado da carga não constituem prova contra o transportador, salvo quando este as haja comprovado na presença do expedidor e haja feito constar no conhecimento aéreo ou no recibo de carga, ou que se trate de indicações relativas ao estado aparente da carga.¹⁰

Além disso, dispõe o artigo 22º, 2, c, da Convenção de Varsóvia, que a perda, o extravio ou

10 Decreto n. 5.910/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em 20 jun. 2018.

a deterioração de apenas parte da bagagem serão indenizados proporcionalmente e, caso provado que a sua ausência diminui significativamente o valor ou inutiliza o restante das bagagens, será pelo valor total indenizado, tomando-se por base a pesagem total da bagagem avariada.

Ainda, convém mencionar que a Convenção de Varsóvia também trata de *mercadorias* despachadas em bagageiro que sofram perda, extravio ou deterioração, atribuindo a responsabilidade à transportadora no valor de 17 direitos especiais de saque por quilograma, exceto se houver declaração especial, tal como no caso de bagagens – além da já mencionada responsabilidade por eventual atraso, também aplicável em casos de transporte de mercadorias.

Importante salientar que é vedada a existência de cláusulas que excluam o direito de indenizar, ou que estabeleçam patamar de indenização menor que o fixado na Convenção de Varsóvia, por força de seu artigo 23º. Neste ponto, importante ressaltar a semelhança com as normas brasileiras, que fixam ser o estabelecido em lei um parâmetro mínimo a ser exigido nos contratos, podendo haver extensão desses direitos, e nunca sua diminuição. Há de se apontar ainda para a vedação existente, no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, à existência de cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios em produtos ou *serviços*, as quais, caso façam parte do contrato, serão nulas de pleno direito.

Além da já mencionada Convenção de Varsóvia, carece de atenção o Decreto n. 5.910/2006 que, em seu artigo 1º, ordena que as regras da Convenção de Montreal sejam executadas e cumpridas no Ordenamento Jurídico brasileiro como estão previstas no texto internacional. Tal Decreto possui como um de seus objetivos modernizar e repaginar o conteúdo da Convenção de Varsóvia, não havendo grandes alterações quanto ao disposto naquela.

Conforme foi possível inferir acerca da curta, embora densa, análise acima realizada, preocuparam-se os Estados tratantes da Convenção de Varsóvia, em 1929 – ano marcado pela forte instabilidade econômica (famigerada *Crise de 1929*) e inserido em um período entreguerras em que a internacionalização começa a entrar em foco -, com a relações internacionais oriundas do tráfego aéreo, até mesmo em razão da intensificação do fluxo de pessoas neste período.

A Convenção de Montreal vem reafirmar e renovar as tratativas firmadas décadas antes, algo salutar diante das alterações sociais vivenciadas no mundo, notadamente pela globalização, embora, em verdade, não tenha trazido muitas alterações em relação à Convenção de Varsóvia.

Após este breve estudo, e antes de prosseguir para a problemática levantada, é preciso compreender que a legislação internacional não atua sozinha – como já afirmado; antes, é aplicada em conjunto com o ordenamento jurídico interno, em verdadeiro diálogo das fontes.

Não obstante, pode-se mencionar que o Código Brasileiro de Aeronáutica, compilado na Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, traz algumas disposições sobre o transporte aéreo, sem

contudo especificar regras sobre aquele exclusivamente internacional. O Diploma de Aeronáutica, já em seu artigo 1.º, dispõe ser o direito aeronáutico regulado por ele próprio, e por tratados, convenções e atos internacionais de que o Brasil seja parte, bem como por legislação complementar.

Em seu artigo 203¹¹, o Código Brasileiro de Aeronáutica retira de si a competência primordial para regulamentar o transporte internacional de pessoas, bagagens e cargas ao dispor, em seu parágrafo único, que a exploração de tais serviços regular-se-á por tratados e convenções assinados pelo país, e somente em sua falta, por suas próprias disposições¹².

Tendo em vista que o Código apenas se aplica de forma subsidiária em relação ao que não for disposto pelos diplomas estrangeiros bilaterais, é imperioso dar visão à norma contida no texto brasileiro, em seu artigo 234, §2.º, de que o transportador, quando declarado o valor das bagagens em termo adicional, pode conferir os volumes a fim de confirmar se o valor declarado coincide com o real.

Tal norma procedimental a ser adotada pela empresa transportadora não encontra respaldo nas Convenções acima citadas, de modo que se entende ser sua aplicação possível, por não confrontar as disposições das normas alienígenas, podendo ser um meio de se refutar a presunção relativa de veracidade dos valores declarados pelos passageiros na ausência de notas fiscais comprobatórias.

Mesmo as previsões trazidas pelo referido Código, este possui previsões esparsas, não consistindo em erro afirmar que, de certo modo, não existe lei *stricto sensu* específica para o caso de transporte aéreo internacional, tendo em vista a timidez normativa do Código de Aeronáutica quanto à temática. No entanto, ainda que se observe o tratamento aprofundado que as Convenções oferecem, não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor é passível de aplicação, cabendo um breve estudo acerca deste.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR

Um dos efeitos do mundo globalizado e capitalista é o encurtamento das distâncias físicas entre as pessoas e a acentuação do abismo social existente entre uma míngua minoria, detentora de grande parte das riquezas, e uma maioria que pouco participa efetivamente da sociedade, com muitos excluídos e vivendo em situação de miséria; nunca a pobreza e a marginalização estiveram tão evidentes quanto na atualidade.

11 Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em 11 jul. 2018.

12 O Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu Título VIII, aborda sobre Responsabilidade Civil. Neste trabalho não convém dispor sobre suas tratativas, visto que a aplicação daquele é subsidiária, ou seja, aplicável em não havendo norma de direito internacional ratificada pelo Brasil apta a dispor sobre o assunto, o que não ocorre quanto ao tema da responsabilidade.

Diante disso e da necessidade de respeito pelos direitos humanos, principalmente após um período em que estes foram constantemente e institucionalmente violados pela ditadura militar, a Constituinte brasileira, que laborou em 1987 e 1988, preocupou-se em tratar, com bastante acerto, na proteção da dignidade humana, com especial enfoque nas minorias e nos hipossuficientes.

Nesse sentido que a Constituição da República previu a defesa do consumidor como direito fundamental e dever do Estado, no artigo 5º, XXXII, incluindo-o, portanto, como parte do núcleo intangível da Constituição. Aliás, o próprio texto constitucional renova este intento ao tratar dos princípios que tangenciarão a ordem econômica, elencando, igualmente, o projeto de defesa do consumidor entre eles (artigo 170, IV).

Visando se coadunar com os preceitos constitucionais – até mesmo porque o supramencionado inciso do artigo 5º impôs o dever de defesa do consumidor pelo Estado “na forma da lei” -, com a principiologia e a essência do texto constitucional, bem como com a previsão contida no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o legislador infraconstitucional entendeu por bem a criação de uma lei específica para tal, a Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Referido diploma de proteção consumerista nacional, enquanto um *microsistema legislativo*¹³ - que abriga normas dos mais variados ramos do Direito, visando a efetividade na proteção de um grupo específico -, traz normas cujo conteúdo é expressamente de *ordem pública e interesse social*, conforme exposto no artigo 1º do Código, não podendo ser modificadas pela vontade das partes, tampouco dispostas. Sua caracterização como de ordem pública “revela um *status* diferenciado à norma que, uma ordem pública de proteção em razão da vulnerabilidade reconhecida ao consumidor que [...] lhe outorga um *caráter preferencial*”¹⁴.

O direito do consumidor vem proteger a parte vulnerável na relação de consumo, tendo em vista a existência de posições de desigualdade em sociedade, algo que atinge de forma cada vez mais intensa a sociedade, muito embora todos sejam iguais perante à lei e à norma constitucional.

Há de se observar, ademais, que o *Princípio da Vulnerabilidade* é o pilar da proteção do consumidor, de sorte que “a vulnerabilidade do consumidor fundamenta o sistema de consumo. É em razão dela que foi editado o CDC, que busca fazer retornar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor e fornecedor”¹⁵. É através da proteção a partir do reconhecimento da vulnerabilidade que se restaura a harmonia nas relações de consumo.

13 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2014, p. 39.

14 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 61.

15 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2014, p. 57.

A vulnerabilidade é aspecto presente em todas as relações de consumo, sendo, poder-se-ia dizer, em alusão ao direito administrativo, uma “pedra de toque”. Ela pode ser definida como a “insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para sua proteção”¹⁶.

É preciso destacar, ainda, que vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência. A primeira diz respeito ao direito material, havendo uma presunção absoluta, por conceito legal, de que todo consumidor é vulnerável. A hipossuficiência, a seu turno, diz respeito ao direito processual, a determinada condição de inferioridade (técnica, financeira, etc.) do consumidor em face do fornecedor, de modo que deve ser aferida pelo juiz em cada caso concreto¹⁷.

Nesta senda, infere-se que o fim primordial do CDC é restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, diante da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor, privilegiando-se, dessa forma, o *princípio da igualdade*, um dos mais caros às relações humanas e ao Estado Democrático e Social de Direito brasileiro. Afinal, assim não fosse, o legislador constituinte originário não teria trazido, logo no preâmbulo, a igualdade como valor supremo da sociedade, ou, em seu artigo 3º, III, como objetivo fundamental da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Aliás, o princípio da igualdade deve ser destacado para a elaboração da reflexão. Isto porque, como se pode perceber da análise do texto da Constituição, este princípio é constantemente reafirmado e trazido à baila, de sorte que pode ser considerado um dos valores mais importantes a serem protegidos pelo ordenamento jurídico. Outrossim, é preciso destacar que um sentido muito específico de igualdade deve ser buscado, numa dimensão distinta, que vá além da proteção diante da lei, de sorte que é preciso diferenciar igualdade *formal* e *material*.

Joaquim Barbosa¹⁸ ensina que a igualdade formal funcionou como sustentáculo jurídico para o Estado liberal burguês, sendo caracterizada pela aplicação da lei de forma igual para todos, sem qualquer distinção. Possui natureza abstrata e se faz acompanhar de um viés de extrema neutralidade, assumida pelo Estado liberal, sendo, em razão disso, concretização dos próprios ideais libertários.

Por outro lado, no que tange à dimensão material da igualdade, tem-se que esta

16 BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. Disponível em: <<http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018, p. 77.

17 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2014, p. 57.

18 GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação; Unesco, 2007, p. 48.

corresponde a um viés democrático e social, caracterizado, em primeiro plano, pela proibição da discriminação e, numa perspectiva mais profunda, na obrigação da diferenciação¹⁹. Concretiza-se, por este motivo, dentre outros casos, através de prestações positivas de inclusão e transformação social, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Observa-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor tenta harmonizar os interesses das partes contratantes – consumidor, vulnerável, e fornecedor -, fazendo surgir entre eles um aspecto juridicamente igualitário, contraposto à realidade desigual existente faticamente²⁰.

Nesta linha, leciona Walter Claudius Rothenburg²¹:

Simplificadamente, diremos que há uma dimensão negativa e outra positiva do princípio da igualdade. A primeira exprime-se por meio de uma proibição à discriminação indevida e, por isso, tem em mira a “discriminação negativa” (ou apenas “discriminação”, o sentido usual do termo, que encerra um sentimento ruim). A segunda exprime-se por meio de uma determinação de discriminação devida e, por isso, tem em mira a assim chamada “discriminação positiva” (ou “ação afirmativa”).

Diante disso, pode-se concluir que a proteção ao consumidor não viola o princípio da igualdade, mas, ao contrário, tutela “uma necessidade humana a partir do reequilíbrio de uma relação de desigualdade [...] [e] incide sobre as relações de consumo, estabelecendo uma preferência aos interesses dos consumidores”²². Há a percepção de uma desigualdade, a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor, em um mercado de consumo que é regido por uma lógica que lhe deixa e condição de certa vulnerabilidade.

O Diploma do Consumidor, em seu artigo 6º, elenca um rol exemplificativo de direitos básicos, que incluem a proteção à vida, à saúde, à segurança, à educação, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, dentre outros.

Estes direitos básicos, estabelecidos no artigo 6.º do Código, devem ser vislumbrados, em princípio, não como um grupo de normas dotadas, originariamente, de coerência e homogeneidade. São, antes, normas que derivam de um sem número de diplomas legais e disciplinas tradicionais da ciência e da dogmática jurídica, e que a partir de um critério de identidade com determinado interesse reconhecido pela ordem jurídica, redundam na formação de um corpo específico de normas de proteção, a partir da constituição de um sistema de defesa que realizasse a determinação constitucional da promulgação de um Código.²³

Nesta linha dos direitos elementares do consumidor, tem-se, dentre eles, de acordo com o

19 ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013, p. 258.

20 BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. Disponível em: <<http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018, p. 79.

21 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva**: o princípio da isonomia. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 13, n. 2, p. 77-92, jul.-dez. 2008, p. 81.

22 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

23 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 57.

inciso VI do artigo 6º, do CDC, “a efetiva prevenção e a reparação de danos morais e patrimoniais, individuais, coletivos e difusos”.

É de se observar que o Direito Civil já estabelece a reparação de danos, nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002. Tal reparação contida no diploma cível deverá ser apurada de acordo com o prejuízo sofrido pela parte e resolvida em danos morais e/ou materiais. A proteção contida no Código de Defesa do Consumidor tende a parecer mais ampla, pois diz respeito à reparação integral dos danos causados – termo não utilizado pela legislação cível -, sejam “os prejuízos diretamente causados pelo fato, assim como aqueles que sejam sua consequência direta”²⁴. De fato, a reparação integral do diploma consumerista apenas tem o condão de enfatizar aquela abordada pelo Código Civil, de modo a não permitir espaço para dúvidas quanto à extensão – que deve ser absoluta – da reparação de danos sofridos pelo consumidor.

A Organização das Nações Unidas – ONU, na Resolução n. 39/248, promulgada em 10 de abril de 1985, tratando do direito dos consumidores, em seu item 2, dispõe que “os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor”²⁵. Por sua vez, o item 3 da referida Resolução expõe que as normas de proteção devem ser editadas de modo a criar a possibilidade de *real* ressarcimento ao consumidor, sendo uma realidade da proteção consumerista brasileira que “a efetividade da reparação do consumidor, assim, estará vinculada [...] à integral reparação do dano”²⁶

Como forma de proteção, estabelece-se que a responsabilidade civil em face de danos causados ao consumidor será objetiva, preocupando-se com a influência da sua vulnerabilidade na produção da prova de culpa.

Nesse íterim, é possível observar que o diploma brasileiro de proteção ao consumidor é eminentemente voltado a equiparar os lados desiguais da relação de consumo, compensando-se uma disparidade fática no plano jurídico, possibilitando, assim, que o personagem vulnerável tenha condições de ver seus direitos garantidos. Quanto à reparação integral dos danos, no entanto, encontra-se problemática em sua aplicação no transporte aéreo face às Convenções de Varsóvia e Montreal, ponto que se abordará adiante.

4 LIMITES À RESPONSABILIDADE E CONFLITO APARENTE DE NORMAS: ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

24 MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 214.

25 Disponível em: <http://www.terrazul.m2014.net/IMG/doc/Diretrizes_para_protocao_do_consumidor_ampliadas.doc>. Acesso em 11 jul. 2018.

26 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

Após a análise da modernidade, marcada pela globalização e complexidade das relações, que passam a ser internacionais, e um estudo detido acerca da Convenção de Varsóvia, da Convenção de Montreal e do Código de Defesa do Consumidor, carece de análise a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se averiguar como a Corte vem aplicando as normatizações no que diz respeito ao transporte aéreo internacional, mais especificamente no que atine à responsabilidade da empresa aérea quanto aos danos causados na prestação do serviço.

Destarte, cumpre assinalar que a Constituição da República, em seu artigo 178, dispõe que o transporte internacional deverá observar os acordos firmados pela União, atendendo-se o princípio da reciprocidade. Tal artigo abriu margem para que o entendimento jurisprudencial quanto à aplicação ou não das Convenções de Varsóvia e Montreal em sobreposição ao Código de Defesa do Consumidor no que tange à responsabilização do transportador em viagens internacionais.

Como já abordado, o CDC traz norma de reparação integral aos danos causados, o que deveria também ser aplicado a viagens internacionais, visto ser o transporte um serviço oferecido por uma empresa transportadora, logo, fornecedora de um serviço, de acordo com o artigo 3º da lei consumerista²⁷. Além disso, tal proteção é oriunda de norma de ordem pública e interesse nacional, que resguarda um direito fundamental do cidadão, qual seja, sua proteção enquanto consumidor, nos termos do artigo 5º, XXXII, da Constituição da República.

No entanto, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal – STF é o de aplicação das disposições das Convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento da aplicação do CDC, como abordado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 766.618 SP²⁸, tema tido, inclusive, como de repercussão geral.

27 “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

28 “Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CONFLITO ENTRE LEI E TRATADO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO EM CONVENÇÃO INTERNACIONAL . APLICABILIDADE . 1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade. 2. Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor. 3. Tese afirmada em sede de repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 4. Recurso extraordinário provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 766.618/SP. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento em 25 maio 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=766618&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 14 jul. 2018).

Para tal, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso enfrentou a questão do status que as Convenções supra possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o Ministro, possuem elas *status* de lei ordinária, visto que tratam da regulamentação de viagens internacionais, tema que, mesmo atinente ao direito do consumidor, não pode ser considerado relativo a direitos humanos – o que atrairia o *status* supralegal ou de emenda constitucional, caso submetidas ao quórum qualificado.

Há, deste modo, antinomia existente entre leis ordinárias, de uma lado o CDC e de outro as Convenções. Tendo em vista que a Convenção de Montreal, que renova muito do disposto na Convenção de Varsóvia, é posterior à codificação de proteção ao consumidor, e ambas são especiais em relação às normas gerais trazidas pelo Código, pois tratam especificamente da matéria acerca do transporte aéreo internacional, ter-se-ia de empregar, diante da aplicação dos critérios de resolução de antinomias, o disposto nas tratativas internacionais. Esta conclusão, ademais, estaria respaldada pelo artigo 178 da Constituição, que, segundo o STF, consiste em norma especial de resolução de conflito, fato que leva à prevalência da aplicação dos tratados e convenções.

Essa conclusão implica na aplicação da limitação à indenização quando da ocorrência de danos oriundos da prestação de serviços de transportes aéreo internacional, o que implica uma condição menos benéfica ao consumidor em comparação à possível aplicação das normas previstas no CDC.

No entanto, verifica-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nem sempre foi o de aplicação das Convenções em detrimento do CDC, conforme se infere da análise do acórdão do Recurso Extraordinário (RE) nº 351.750/RJ:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido.²⁹

A respeito da temática, a doutrina trazia entendimento condizente com a jurisprudência então predominante, no sentido de necessidade de tutela dos direitos do consumidor. A esse respeito, aliás:

É o caso, por exemplo, do conflito entre as normas do CDC e a de tratados internacionais incorporados no direito brasileiro com hierarquia de lei. O caráter de ordem pública e o

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 351.750/RJ. Rel(a): Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado 24 set. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313246068&tipoApp=.pdf>. Acesso em 11 jul. 2018.

fundamento constitucional da proteção do consumidor, como regra, afastam a aplicação da norma de direito internacional quando esta conflitar com o direito interno. É o que ocorre com a disciplina na responsabilidade civil do transportador aéreo, em contratos de transporte internacional, matéria regulada pela Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929), que dentre suas disposições estabelece a limitação do valor da indenização por extravio de bagagens, lesão e morte de passageiros. A Convenção de Varsóvia (recentemente alterada pela Convenção de Montreal de 2003, vigente no Brasil a partir de 2006), quando em conflito com as disposições do CDC, em especial em relação à limitação dos valores da indenização, teve sua aplicação afastada pelas Cortes brasileiras, inclusive pela jurisprudência do STF³⁰.

Sobre a mudança, maiores reflexões precisam ser elaboradas. De fato, a alteração teve o condão de retirar importante norma de proteção ao consumidor, a qual constitui norma fundamental da Carta Magna. É possível observar antinomia entre normas da própria constituição: esta que estatui a proteção do consumidor como direito fundamental pertencente ao núcleo intangível do texto, e a que ordena a aplicação de tratados internacionais ao transporte internacional genericamente, sem impor limites ou vedações, o que possibilitou a supressão do direito à reparação integral do dano sofrido pelas Convenções de Varsóvia e Montreal.

Além disso, o Direito não pode ser fonte de inseguranças, diante de uma sociedade moderna já altamente complexa que traz, de forma elementar e intrínseca, suas próprias incertezas. A partir do momento em que um direito é garantido, após árdua conquista, não se pode simplesmente retroagir, dando passos atrás que significam olvidar anos de lutas e conquistas, além da vulneração de um incontável número de pessoas.

É nesse sentido que se vislumbra o *princípio da vedação ao retrocesso social*. Embora não seja enfoque deste trabalho trilhar o terreno tortuoso que se apresenta diante da busca por uma definição, ou de uma delimitação imune às críticas, convém notar, de forma superficial, que este consiste num princípio de defesa, que está implícito na Constituição, o qual decorre do Estado de Direito, que busca a proteção à confiança e à segurança, bem como do caráter social do Estado, assegurando-se graus mínimos de segurança social e, por fim, da dignidade da pessoa humana³¹, fundamento máximo da Constituição da República do Brasil. Esta última tem sua proteção ligada diretamente à segurança social e jurídica, de modo que a dignidade da pessoa humana “não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por

30 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 62.

31 REIS FILHO, José Wilson; ALVES, Fernando de Brito. **Princípio da vedação do retrocesso social**: uma interpretação ampliada. In: MORAES FILHOS, José Filomeno; MARTINEZ, Regina Célia; ROBL FILHO, Ilton Norberto (coords.). Teoria do estado e da constituição. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=143>>. Acesso em 14 jul. 2018, p. 10.

um tal nível de instabilidade jurídica”³², sem que, nas palavras de Sarlet³³, possam “confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas”. Ou seja, é claro que não há como se obter a plena e irrestrita proteção ao fundamento máximo da Constituição se não for possível que se torne o ordenamento seguro juridicamente na medida em que estável e não passível de regressão.

Aliás, Sarlet³⁴ traz vários princípios e critérios para a aplicação da vedação ao retrocesso, destacando-se entre estes justamente as noções de segurança jurídica (que deve ser, diante dos pensamentos do autor, princípio fundamental da ordem jurídica estatal própria de um país bem como da internacional³⁵), proteção da confiança, dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que trazem balizas possibilidade de se fazer valer do mencionado princípio.

Nesse sentido:

Assim é que, tendo em conta essa simbiose entre a dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e a proteção à confiança, o Princípio da Vedação do Retrocesso Social emerge como uma robusta norma jurídica contra medidas retrocessivas por parte do legislador, o qual, sem qualquer compensação, reduz ou revoga total ou parcialmente leis que tratam de conquistas sociais, atingindo o núcleo essencial dos direitos até então conquistados e retirando destes dispositivos (geralmente dependentes de regulamentação infraconstitucional) a eficácia – o que leva o ordenamento jurídico a um vazio totalmente contrário ao texto constitucional. Daí a inequívoca ilação de que se trata de um princípio de cunho negativo (ou de defesa).³⁶

Ou seja, havendo clara ofensa a tais pressupostos, de sorte que haja uma violação aos direitos fundamentais diante de uma retroação na proteção ou garantia destes direitos, um retorno a um estado de ausência de tutela ou a uma proteção menos eficaz, cabível será a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social.

Embora haja intensa discussão acerca dos limites desta aplicação, há que se compreender que o retrocesso *social* significa uma violação ao avanço em termos de tutela de direitos enquanto conquistas de toda a sociedade. Assim, todo direito fundamental pode ser tutelado através da aplicação deste princípio. É o que se observa:

32 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista E-eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 21 Salvador, março-abril-maio 2010, p. 9.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista E-eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 21 – Salvador, março-abril-maio 2010, p. 9.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 465.

35 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista E-eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 21 – Salvador, março-abril-maio 2010, p. 5.

36 REIS FILHO, José Wilson; ALVES, Fernando de Brito. **Princípio da vedação do retrocesso social**: uma interpretação ampliada. In: MORAES FILHOS, José Filomeno; MARTINEZ, Regina Célia; ROBL FILHO, Ilton Norberto (coords.). Teoria do estado e da constituição. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=143>>. Acesso em 14 jul. 2018, p. 22.

A partir do exposto, verifica-se que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.³⁷

A despeito disso, a defesa do consumidor enquanto dever do Estado consiste em um direito fundamental garantido constitucionalmente, de sorte que o fundamento para tal se encontra no princípio da vulnerabilidade enquanto valor que atrai consigo uma presunção absoluta: não importa em que circunstâncias, o consumidor será sempre vulnerável.

A partir disso, há que se notar que esse pressuposto axiológico que ganha concreitude através das normas protetoras materializadas pelo CDC embasa, de forma intrínseca e inafastável, toda relação de consumo. Assim sendo, todo conflito envolvendo consumidores deve ser enfrentado e resolvido sob a égide deste valor.

Em razão disso, ainda que os critérios para a solução de conflitos aparentes de normas trilhem em sentido de se aplicar as Convenções em detrimento do CDC, tal entendimento consiste em violação ao valor máximo que orienta todo o microssistema de proteção ao consumidor enquanto materialização das previsões constitucionais fundamentais.

Aplicarem-se normas que vão de encontro à vulnerabilidade do consumidor em uma relação de consumo, limitando-se a responsabilidade da empresa contratada para a prestação do serviço, implica em atentar contra seus direitos e, em última análise, contra a Constituição, inclusive no que tange ao princípio da isonomia e, mais ainda, à dignidade da pessoa humana. Afinal, o consumidor, já vulnerável perante empresas que realizam transporte internacional, em caso de ter seus direitos violados, não conseguiriam a justa e integral indenização diante da falha na prestação do serviço. A igualdade, nesse caso, é ignorada, de sorte que a disparidade entre os polos não apenas sem mantém, como é potencializada e institucionalizada através da lei.

Ainda que não se esteja falando em tratados e violações diretas aos direitos humanos, isso não significa que em alguma dimensão, ainda que de forma indireta, estes não sejam violados diante de um conflito que, aparentemente patrimonial, se torna uma experiência de sofrimento e persistentes ataques à dignidade do consumidor.

Deste modo, o Brasil deveria ter acatado a Convenção de Montreal com reserva a

37 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 457.

dispositivos que conflitassem com a Constituição, o CDC e o fim último desse importante microssistema, qual seja, a proteção do consumidor. Como tal não se deu, o Judiciário não pode simplesmente cancelar essa falha na atuação do Estado brasileiro, decidindo de forma técnica e conveniente, mas distante dos primados mais caros da justiça que informam a Constituição Federal e a essência do Estado Democrático e Social de Direito.

CONCLUSÃO

Durante a elaboração da pesquisa, observou-se que a globalização surte efeitos inclusive na seara jurídica dos países, que tendem a unificar, por meio de tratados e convenções, temas que podem causar atrito entre diferentes nações, de modo a tornar a resolução de eventuais conflitos mais tênue, seguindo-se as propostas adotadas nos documentos internacionais.

O Brasil, em seu artigo 4º do Texto Maior, inclusive, traz vetores à sua atuação em relações internacionais. Nesse sentido, houve a internalização, sem ressalvas, das Convenções de Varsóvia (Decreto n. 20.704/1931) e de Montreal (Decreto n. 5.910/2006), ambas referentes ao Transporte Aéreo Internacional. Estas possuem regramento referente à limitação da responsabilidade da empresa transportadora em casos de dano causado no transporte internacional, seja à pessoa, à bagagem ou à mercadoria.

No entanto, a Constituição da República de 1988 traz como direito fundamental a proteção ao consumidor, que vem a ser materializada pelo microssistema do Código de Defesa do Consumidor, o qual tem como base a reparação integral do dano sofrido nas relações consumeristas. Neste ponto do trabalho, foi possível observar antinomia entre a aplicação da norma brasileira mais benéfica e a norma internacional, mais recente e específica, e pautada pelo artigo 178 da Constituição da República.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal vem considerando como acertada a aplicação, em casos de danos sofridos em viagens aéreas internacionais, das Convenções de Varsóvia e Montreal, em detrimento do CDC, por motivos de aplicação de normas de resolução de antinomia e da regra expressa da Carta Magna. Entretanto, este entendimento jurisprudencial é recente, visto que anteriormente decidia-se pela prevalência da proteção ao consumidor. Evidencia-se, portanto, uma inversão jurisprudencial nesta corte, de modo a prejudicar o consumidor, parte presumidamente vulnerável nas relações de consumo.

A partir da análise crítica das decisões do STF, concluiu-se que, em observância ao princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso social, bem como em respeito à vulnerabilidade e o primado da igualdade, não há que se falar em aplicação das Convenções supra a despeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, visando atender aos ditames

constitucionais de proteção ao consumidor como direito fundamental, pertencente ao núcleo intangível do Texto Maior. Necessária seria alteração no Decreto n. 5.910/2006, posterior e específico em relação ao CDC, de modo a incluir norma de ressalva às disposições de limitação à reparação de danos ocorridos em viagens aéreas internacionais, beneficiando a parte vulnerável da relação consumerista.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. Disponível em: <<http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 jul. 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 14 jul. 2018.

_____. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código de Aeronáutica Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em 14 jul. 2018.

_____. Decreto nº 20.704/1931, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsovia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d20704.htm>. Acesso em 20 jun. 2018.

_____. Decreto nº 5.910/2006, de 27 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em 20 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 766.618/SP. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento em 25 maio 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=766618&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 14 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 351.750/RJ. Rel(a): Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado 24 set. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313246068&tipoApp=.pdf>. Acesso em 11 jul. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação; Unesco, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalidade além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, 93: 201-232, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985. Diretrizes das Nações Unidas para a proteção do consumidor (ampliadas em 1999). Disponível em: <http://www.terrazul.m2014.net/IMG/doc/Diretrizes_para_protocao_do_consumidor_ampliadas.doc>. Acesso em 11 jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015.

REIS FILHO, José Wilson; ALVES, Fernando de Brito. **Princípio da vedação do retrocesso social**: uma interpretação ampliada. In: MORAES FILHOS, José Filomeno; MARTINEZ, Regina Célia; ROBL FILHO, Ilton Norberto (coords.). Teoria do estado e da constituição. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=143>>. Acesso em 14 jul. 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva**: o princípio da isonomia. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 13, n. 2, p. 77-92, jul-dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 21 – Salvador, março-abril-maio 2010.

EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA: USUCAPIÃO DOS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS E FINALIDADES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Vinicius Alves SCHERCH¹
Sandra Santos Rosa SCHERCH²

RESUMO

Moradia é um dos mínimos que se espera alcançar numa vida digna. Não vivemos num Estado de mínimos, vivemos no Estado democrático de Direito e toda ação precisa pautar-se na Constituição. O Estado deve ser garantidor de direitos e não o primeiro a violá-los, as pessoas não podem viver incertezas e depender das vontades do Estado. Falar de usucapião de bens públicos dominicais neste contexto, é falar de várias disciplinas do direito, em especial administrativo e civil, sem negar a força constitucional sobre elas exercida. É a difícil tarefa de desconstruir um direito administrativo e uma jurisprudência enclavados no conservadorismo e na soberania do Estado, em análise última, é defender o indivíduo e seus direitos fundamentais. A partir do método hipotético-dedutivo foi tratado do problema da inefetividade do direito à moradia e da usucapião dos bens públicos dominicais como uma solução, a conclusão que foi alcançada é a de que é preciso repensar velhos institutos do direito administrativo para buscar a concretização de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Bens Públicos; Constitucionalização; Direito à moradia; Função social da propriedade; Usucapião.

ABSTRACT

House is one of the minimums that one hopes to achieve in a dignified life. We do not live in a state of minimums, we live in the democratic State of Right and every action needs to be based on the Constitution. The State must be the guarantor of rights and not the first to violate them, people cannot live uncertainty and depend on the will of the State. To speak of usucaption of dominical public property in this context, is to speak of several disciplines of the right, in particular administrative and civil, without denying the constitutional force on them exerted. It is the difficult task of deconstructing an administrative law and jurisprudence embedded in conservatism and state sovereignty, in the last analysis, is to defend the individual and his fundamental rights. From the hypothetical-deductive method the problem of the ineffectiveness of the right to housing and the use of the Sunday public goods as a solution was dealt with, the conclusion reached was that it is necessary to rethink old institutes of administrative law to seek the concretization of fundamental rights.

KEY WORDS: Public properties; Constitutionalization; Right to housing; Social function of property; Usucaption.

-
- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP. Especialista em Administração Pública pela Unicesumar (2014), em Direito e processo do Trabalho pela Unopar (2015) e em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC (2018). Graduado em Gestão Pública pela Unopar (2015) e em Direito pela Faculdade Cristo Rei (2010). Integrante do grupo de pesquisa da Academia Brasileira de Direito Constitucional (2017), Intervenção do Estado na vida das pessoas INTERVEPES (2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito à moradia, direito orçamentário, direitos fundamentais, constituição e decisões políticas.
 - 2 Possui licenciatura plena em Geografia pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Cornélio Procópio - Paraná (2014). Atualmente aluna do curso de Direito pela UNOPAR, Campus Bandeirantes - Paraná. Atualmente aluna do curso de pós graduação IDCC-Direito Constitucional Contemporâneo.

1 INTRODUÇÃO

A ideia deste artigo é apresentar uma proposta de efetivação do direito à moradia, através de uma interpretação constitucional inclusiva e que vise concretizar suas disposições diante do regime dos bens públicos dominicais.

Partindo da premissa de que o direito à moradia se constitui em um direito fundamental que ocupa uma considerável camada das políticas públicas e que demanda, na maioria das vezes, o aporte de vultuosas quantias de recursos públicos, necessário se faz dialogar a respeito de uma harmonização das disposições constitucionais sobre o tema, com a disponibilização/disponibilidade de bens do Estado, por óbvio, desafetados.

Nem tão atual assim, o Censo de 2010 já trazia a informação de que cerca de 84% da população do Brasil mora em áreas urbanas e que, no Brasil, de modo geral, 11.425.644 habitam aglomerados subnormais, ou seja, conjuntos de habitações que somem mais de 51 unidade e que apresentem, ao menos, uma das deficiências seguintes: (i) irregularidade das vias de circulação e do tamanho e forma dos lotes, (ii) carência de serviços públicos essenciais (como coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública). Atualmente, o Brasil tem cerca de 6,9 milhões de famílias sem moradia e 6,05 milhões de imóveis desocupados³.

O desafio que encarado no presente artigo, é demonstrar que a supremacia do interesse público precisa ter como centro os indivíduos e não o Estado, para que somente assim encontre uma construção de acordo com a Constituição Federal.

A metodologia utilizada se compôs do método hipotético-dedutivo, trabalhando a partir do problema da alta de efetividade do direito à moradia e da utilização da usucapião como meio hipótese de solução, a pesquisa foi do tipo bibliográfica que consistiu na leitura e análise da produção de outros autores sobre o tema, para trazer mais a diante a delineação dos bens públicos, da função social da propriedade e das disposições da Constituição Federal que podem ser utilizadas no enfrentamento da efetivação ao direito à moradia.

Visando isso, analisaremos alguns posicionamentos da jurisprudência pertinentes à discussão, para o fim de verificar uma eventual evolução no entendimento sobre a ocupação de bens públicos para o fim de moradia e a aplicabilidade prática dessas decisões para nortear a busca de uma possível solução sob o aspecto da realização de direitos sociais e dando finalidade concreta aos imóveis públicos, à luz dos direitos fundamentais.

2 UM DELINEAMENTO DE BEM PÚBLICO

3 Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/brasil-tem-69-milhoes-de-familias-sem-casa-e-6-milhoes-de-imoveis-vazios-diz-urbanista.ghtml>> Acesso em: 14 mai. 2018.

Para dizer algo sobre a proposta que buscamos neste artigo, é de relevância trazer algumas linhas sobre os bens públicos, para que se possa entender da sua importância para o Estado e também para a realização dos interesses públicos primários, especialmente a realização dos direitos fundamentais.

Esclarece Marçal Justen Filho (2015, p. 1160), que os bens públicos são “os bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado, submetidos a regime jurídico de direito público, necessários ao desempenho das funções públicas ou merecedores de proteção especial”.

Os bens públicos, têm uma breve chancela do Direito Civil quanto à sua definição, compreendendo-se nos arts. 98 a 103 do Código Civil (CC). Assim, bens públicos são, de modo geral, aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, compreendendo, então, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e alguns entes da administração pública indireta, que se subordinam ao regramento de direito público.

Irrelevante por ora, esmiuçar meandros da aplicabilidade do regime público aos bens daqueles ditos da administração indireta, tais como sociedades de economia mista, empresas públicas e algumas fundações, matéria mais afeta ao Direito Administrativo e que representaria vasta excursão ao tema que tem mais afinidade ao Direito Urbanístico e ao Constitucional, preferimos manter esse foco.

Os bens públicos são dispostos em três categorias, de acordo com o art. 98 do CC, desta forma: (i) bens de uso comum do povo, como ruas, praças e rios, que pode-se dizer aqueles que ficam à disposição das pessoas para cotidiana utilização sendo onerosa ou não, conforme o art. 103; (ii) bens de uso especial, que são destinados, em regra ao funcionamento de repartições públicas e para a prestação de serviços pelo Estado; e (iii) bens dominicais, que são aqueles que não têm afetação servindo, basicamente, à composição do patrimônio dos entes públicos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para classificar os bens públicos observamos a sua relação de utilidade para o Estado ou para as pessoas, ou para ambos, pelas suas palavras:

o critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da administração, para consecução de seus objetivos (...); os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda. (DI PIETRO, 2009, 667)

Dentro desse esboço da afetação ou, como preferimos, utilidade, convém esmiuçar os bens dominiais segundo Hely Lopes Meirelles (2016, p. 639):

Bens dominiais ou do patrimônio disponível: são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar. Daí por que recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a Administração exerce "poderes de proprietário,

segundo os preceitos de Direitos Constitucional e Administrativo", na autorizada expressão de Clóvis Beviláqua.

(...)

Todas as entidades públicas podem ter bens patrimoniais disponíveis, isto é, bens não destinados ao povo em geral, nem empregados no serviço público, os quais permanecem à disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.

Das palavras de Hely Lopes Meirelles, desde já cabe questionarmos: bens públicos disponíveis para quê? A resposta, vem da mais óbvia conclusão, a disponibilidade dos bens públicos é justamente a sua instrumentalidade para o desempenho de uma função pública, ainda que essa função seja a de permanecer no rol patrimonial para servir de riqueza ao Estado ou para reafirmar a situação de supremacia, ou ainda para que sirvam, materialmente, à noção de solvência perpétua dos entes políticos. Bens dominicais, como afirma Carvalho Filho (2015, p. 1189), “constituem objeto de direito real ou pessoal das pessoas jurídicas de direito público”. Não é errado esse raciocínio, no entanto, tal ideia não satisfaz ao objetivo buscado nesta pesquisa, todavia necessário expô-la para então reconstruí-la à luz dos direitos fundamentais.

Seguindo em frente, importa destacar os arts. 100 a 102 CC:

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Os bens públicos, na forma do Código Civil, ostentam garantia de imprescritibilidade e inalienabilidade, já que em regra não podem ser objeto de disposição pelo Estado e tampouco de aquisição por particulares pela prescrição.

Neste sentido, é mister trazer as disposições constitucionais sobre os bens públicos, matéria praticamente exaurida, para o presente estudo, no art. 183, §3º e 191, parágrafo único da CF/88 para dizer da impossibilidade de sua aquisição mediante usucapião, no art. 52, VIII é trazida a hipótese em que a União submete ao Senado Federal a deliberação sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno e, por fim, no art. 100, § 6º é trazida a situação de possibilidade de sequestro em casos de preterição ou não alocação orçamentária dos precatórios. Grosso modo, seria este o regime básico dos bens públicos em sentido lato, dispostos na Constituição Federal.

Ainda que a doutrina dominante, em posicionamentos importantes como os de Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, afirme que os bens públicos são impenhoráveis em seu regime de disposição para execução de obrigações da Fazenda Pública, inferimos que a impenhorabilidade, embora prevista no Código Civil, constitucionalmente é relativizada, tanto pela possibilidade de oferecer os bens públicos em garantia, como pelo

sequestro de numerários para satisfação de precatórios.

Dentre os contornos que envolvem os bens públicos, se percebe que figuram como se quase intocáveis pelos cidadãos, elevando sobremaneira os interesses do Estado em detrimento do interesse público. Todavia, compartilhamos do que entende Carvalho Filho (2015, p. 1193), quando trata da alienabilidade condicionada dos bens públicos, ao afirmar que “se é certo que, em algumas situações especiais, os bens públicos não podem ser alienados, não é menos certo que, na maioria das vezes, podem ser alteradas tais situações de modo a tornar possível a alienação”, tanto que são expressas as possibilidades de alienação consoante as regras gerais da Lei nº 8.666/93.

Segundo Marçal Justen Filho (2015, p. 1185), “os bens submetidos ao regime de direito público sujeitam-se a restrições para alienação decorrente de sua destinação à satisfação de necessidades coletivas”. A partir disso é sim possível, ao menos aos nossos olhos, construir uma concepção de que bens públicos podem ser alienados – sob a situação em direito civil de transferência integral – se verificado o esvaziamento dessa destinação ao interesse coletivo.

Na senda da imprescritibilidade, Carvalho Filho (2015, 1195-1196) afirma que ainda que a pessoa tenha a posse de um imóvel público – não utilizado pelo proprietário – seria inviável falar em usucapião sobre o bem, pelas suas palavras:

(...) mesmo que o interessado tenha a posse de bem público pelo tempo necessário à aquisição do bem por usucapião, tal como estabelecido no direito privado, não nascerá para ele o direito de propriedade, porque a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica do usucapião. A ocupação ilegítima em área do domínio público, ainda que por longo período, permite que o Estado formule a respectiva pretensão reintegratória, sendo incabível a alegação de omissão administrativa. Por outro lado, não são indenizáveis acessões e benfeitorias realizadas sem prévia notificação ao Poder Público.

Pelas palavras de Justen Filho (2015, p. 1186), “a imprescritibilidade significa que a ausência de exercício das faculdades de usar e fruir dos bens públicos não acarreta a possibilidade de aquisição de seu domínio por terceiros via usucapião”.

Ainda que seja respeitada esta posição da doutrina a respeito da imprescritibilidade, voltando aos bens dominicais, eis que se revelam, em certa medida, tão somente acúmulo de patrimônio do Estado e por isso podem ser melhor aproveitados para a efetivação de direitos fundamentais, pelas pessoas que deles se utilizam para moradia, por exemplo.

Por isso, mais uma vez é oportuno o magistério de Marçal Justen Filho (2015, p. 1161), quando fala em uma concepção de bens públicos norteadas pelos direitos fundamentais, afirmando que “o tratamento do instituto do bem público deve ser norteadas pelo enfoque da supremacia e da indisponibilidade dos direitos fundamentais. Isso significa afastar concepções tradicionais, que se fundavam em pressupostos incompatíveis com a ordem constitucional”.

Não cabe, portanto, encerrar a noção de bens públicos nas três classificações do Código

Civil, sem preencher a função social dos bens dominicais, já que permitir a perpetuação do entendimento de que servem pura e simplesmente ao interesse patrimonial do Estado – tal qual “bem da Coroa” – é no mínimo afronta ao Estado democrático e social de Direito trazido pela Constituição de 1988.

A partir deste enfoque, com vistas à sua instrumentalização a serviço da efetivação dos direitos fundamentais, é que se busca identificar a função social dos bens públicos, especialmente os dominicais.

3 UMA ACEPÇÃO DE EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: DE WEIMAR AO ESTATUTO DAS CIDADES

A Constituição da República Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), é conhecida no âmbito acadêmico jurídico pela sua carga de direitos sociais, figurando em um diploma paradigmático para a formação do pensamento dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Malgrado sua curta duração diante da instituição do nazismo no território alemão, a Constituição de Weimar é um ponto de referência para os estudos em Direito Constitucional, ao lado da Constituição do México de 1917.

Devido a isso, pode-se dizer que foi o diploma constitucional que inaugurou o princípio da função social da propriedade na carta de regência do Estado, e por isso, cabe trazer o seu art. 153:

Artigo 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e suas limitações surgem das leis.

A expropriação só pode ser realizada em benefício do público em geral e com base legal. Ocorre contra uma compensação adequada, na medida em que uma lei do Reich não determina o contrário. Devido ao valor da indenização, no caso de uma disputa, a ação legal deve ser mantida aberta nos tribunais comuns, a menos que determinado de outra forma pela Reichsgesetze. A expropriação pelo Reich a países, municípios e associações sem fins lucrativos só pode ser feita para compensação.

Propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem comum.⁴ (tradução livre)

Em tradução livre, temos que: (i) a propriedade é garantida pela Constituição, sendo seu conteúdo e barreiras decorrem das leis; (ii) a expropriação somente pode ser feita em atenção ao bem comum e nos termos da lei; (iii) A propriedade obriga. Seu uso deve ser vocacionado a uma sociedade melhor. Quando a Constituição de Weimar garantiu a propriedade, bem na verdade a intenção da norma foi a de opor o direito à propriedade contra arbitrariedades do Estado e,

4 Artikel 153. Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.

decorrente disso – ter propriedade – implica em obrigação do sujeito de direito em contribuir para uma sociedade melhor, no que alcança o uso e a disposição de seus bens. Essencialmente, seria esta a ideia de função social.

A partir do momento que foi reconhecida como um direito – desde o direito romano – a propriedade passou a ser objeto de destaque nos ordenamentos jurídicos e nas discussões, tendo inclusive status de absoluta. Todavia, a partir da Constituição de Weimar, atrela-se à noção de propriedade que esta deve cumprir sua função social, inovação que historicamente introduziu-se no ordenamento pátrio em 1946.

Desde então, a função social foi adotada em sede constitucional e no Código Civil, especialmente para permitir que a propriedade seja garantida, desde que haja a ínsita preocupação com o bem-estar coletivo, ou por outras palavras, o direito à propriedade não pode ser exercido de forma absoluta sob pena de quebrar os princípios do Estado Democrático e Social de Direito.

Analisando a evolução legislativa, percebemos que a função social da propriedade, mormente citada no art. 5º, XIII da CF/88, alcança mais relevância ao se inserir no art. 170, propositadamente no Título VII, Capítulo II, “Da ordem econômica e financeira” e mais a frente, no art. 182, §2º. Aqui neste último, o contorno dado pelo constituinte ao tema é bastante evidente, ou seja, a propriedade tem por função social servir ao desenvolvimento da cidade, cumprindo o plano diretor não por mera política, mas de forma concreta, para viabilizar a efetividade de direitos fundamentais como a moradia, a liberdade de locomoção e o próprio desenvolvimento social e da comunidade.

Na sistemática da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) fica melhor retratada, quando o art. 39 faz um delineamento da função social da propriedade, sendo que esta última deve atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”. Assim como a Constituição fala do IPTU progressivo no art. 182, §4º, existem sanções no Estatuto das Cidades, na evidência de descumprimento da função social nos arts. 5º ao 8º, remetendo às peculiaridades de cada localidade de acordo com o respectivo plano diretor.

Enfim, depois de formalizada a ideia de função social e com sua entrada no ordenamento jurídico brasileiro, essa noção de necessidade de seu atendimento no âmbito da propriedade não mais se desvencilhou dela. Com isso, não é de outra a afirmação, de que a propriedade somente alcança sua função social quando está vocacionada ao atendimento de preceitos sociais e não somente ao incremento patrimonial do proprietário do bem.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

Após definida a essência dos bens públicos e feitos apontamentos sobre a função social da propriedade, torna-se oportuno dizer a respeito do alcance desta sobre o que constitui o patrimônio público.

Desde o início, esboçamos que o direito de propriedade não pode ser absoluto, ou seja, é garantido dentro dos limites que se impõem ao seu exercício e garantido na medida de obriga-se à função social. A promessa de socialização da função da propriedade merece ser encarada de forma concreta e para isso é de necessidade que sujeite aos particulares e ao Estado.

Nesse sentido, tornar os bens públicos em objetos inacessíveis e sem instrumentalidade prática não se coaduna com os objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no art. 3º da CF/88. Todo o ordenamento merece submeter-se a estes objetivos, ao que se chama constitucionalização do direito (BARROSO, 2010), que são nada menos que pilares da efetivação dos direitos, já que trazem intensa carga de valores à sociedade e ao Estado ao prever que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Feita esta breve nota, é de se ter nos bens públicos a extensão necessária ao cumprimento desses compromissos sociais, vez que são, em certa proporção a materialização do Estado, fornecendo, em primeira compreensão, a estrutura física necessária para a prestação dos serviços públicos:

O Estado é um instrumento para promover e assegurar os direitos fundamentais. Os bens públicos são essencialmente um conjunto de instrumentos para que o Estado desempenhe seus deveres. Os bens públicos devem ser utilizados, de modo direto, para a realização dos interesses da comunidade e para a obtenção das necessidades essenciais à dignidade humana. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 162)

Concatenando a utilização dos bens públicos com a finalidade de promoção do desenvolvimento social e da realização dos interesses das pessoas, a função social somente é atingida quando há uma utilização concreta da propriedade do Estado, verificamos que, por vezes, a doutrina não faz a conformação do regime atribuído aos bens públicos com os pressupostos constitucionais. Numa segunda compreensão dos bens públicos, quando sem utilidade vinculada à atividade estatal, não podem servir de reserva patrimonial, já que atentatório ao regime constitucional de objetivos do Estado.

Se a inércia e o descompromisso do proprietário privado são devidamente punidos, quer, via oblíqua, com o reconhecimento de que novo é o titular do bem, configurada a hipótese de usucapião, quer com a aplicação das penas delineadas no Estatuto da Cidade, insustentável defender que a administração pública possa negar a vocação dos bens que

formam seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social. (FORTINI, 2004, p. 120)

Por isso concordamos com Marinella Machado Araújo e Cristiano Tolentino Pires (2014, p. 151), quando abordam função social dos bens públicos:

Não basta que a função social da propriedade, aplicada aos bens públicos seja defendida apenas de forma retórica pelos autores que dela se ocupam, mas é preciso, essencialmente, que a discussão seja colocada em prática a fim de que tenha algum tipo de aplicabilidade concreta e seja de verdadeira utilidade social. A discussão teórica que não chega às camadas que dela poderia, se aproveitar é, no mínimo, vazia.

Assim sendo, se o Estado não consegue realizar sobre o bem público uma finalidade de interesse coletivo, não há como defender que existe função social. E, se por outro lado, tendo que o Estado detém o bem público não como de sua propriedade, mas em verdade como um bem cuja titularidade pertence ao povo, ao passo que a tarefa daquele é a de administrar esses bens, se terceiros fazem cumprir a função social fica claro que podem ter em seu favor a posse para moradia e evoluindo nesse raciocínio, a propriedade.

As ideias a respeito do regime de bens, do cumprimento da função social e da efetivação do direito à moradia merecem um análise conforme a Constituição Federal de 1988 e por isso desenvolvermos no tópico a seguir.

5 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

No ordenamento jurídico pátrio, a partir do neoconstitucionalismo (CAMBI, 2016), o objetivo maior está voltado à realização do Estado democrático de Direito, pela concretização dos direitos fundamentais. Esta passagem do plano formal para o plano substancial é caracterizada pela:

Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. Neste sentido, não se pode ignorar a advertência de Macpherson: “só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos seus membros lograrem uma vida plenamente humana. Todavia as aspirações reformistas começam pela educação dos cidadãos, os quais precisa, compreender, criticamente a sociedade e os possíveis mecanismos para a sua transformação. (CAMBI, 2016, p. 28)

Cabem antes, acentuar o lugar da Constituição, como o postulado principal que centraliza a identidade do Estado e das pessoas, transcendendo aos próprios limites do texto para a consecução dos valores que consagra:

Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão. Essas colisões podem dar-se, em primeiro lugar, entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos. (...) à vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição naquela situação específica.

(...) Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção. (...) Já os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma. (BARROSO, 2012, p. 426)

Como anteriormente apresentado, os bens públicos revestem-se de um regime especial que privilegia os interesses do Estado. A Constituição Federal de 1988 confere certos institutos ao Poder Público, a fim de dar condições materiais para o desempenho das atividades a que se propõe, inclusive justificando sua existência e manutenção.

Associando pois, a ideia de propriedade à função social, é papel daqueles que compõem o tecido das pesquisas e do desenvolvimento do direito rechaçar os posicionamentos mais tradicionais que, ao nosso sentir, caminham em sentido contrário ao desenvolvimento humanitário. Bem ilustra esta condição hoje prevalente na doutrina, Carvalho Filho (2015, p. 1196) ao afirmar:

É verdade que há entendimento no sentido de que é vedado o usucapião apenas sobre bens materialmente públicos, assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida atividade estatal, e isso porque somente estes estariam cumprindo função social. Dissentimos, concessa venia, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens públicos e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatado em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados.

Feito o recorte a respeito da viabilidade de usucapião sobre bens públicos, ainda que se respeite o posicionamento acima, já não se figura tão aceitável esta afirmação sob o vetor de interpretação da máxima eficácia possível dos direitos fundamentais, ora, o direito à moradia sobrepõe-se ao direito de propriedade esvaziado de função social. Neste sentido, Araújo e Pires (2014, p. 152):

A proteção do homem, bem como à sua moradia e ao acesso à terra, torna-se inócua diante da impossibilidade dessa moradia se constituir em área pública desafetada. Com isso, o aspecto simbólico da legislação constitucional ganha força e não raras vezes recebe aprovação do Judiciário, como o fez o Supremo Tribunal Federal com a Súmula 340, que apesar de ter sido editada em contexto jurídico completamente diferente do atual, já que é datada de 1963, ainda é o grande argumento para aqueles que entendam essa discussão como superada.

Tratando pois de um momento em que já não cabe mais falar utilização das normas tão e somente para estabelecer relações de poder entre os indivíduos ou entre o Estado e os indivíduos, encontra assento em nossa exposição um olhar (neo)constitucional sobre as questões de direito contemporâneas.

Assim sendo, uma vez que são assuntos ligados à propriedade do Estado, primeiramente, vale ressaltar que o território não precisa necessariamente pertencer a este, já que é um elemento que o constitui e, nessa toada, a hipótese de o Estado ter ou não o bem inserido em sua esfera patrimonial, não significa qualquer mitigação ao exercício da soberania e à realização do interesse

público.

Sob o aspecto da função social da propriedade, a Constituição Federal impõe sua observação pelos particulares e, como apontamos acima, tal ideia deve aplicar-se também ao Estado. Por conseguinte, as prerrogativas do Estado, especialmente a impenhorabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade sobre seus bens, merecer ser compreendidas em respeito à supremacia do interesse público e do bem-estar social, e não para simplesmente estabelecer relações verticalizadas entre os entes públicos e os indivíduos.

Há, bem na verdade, que se entender que o Estado deve utilizar sua força e o seu poder em empenho e para o desempenho de atividades que visam à coletividade. Por outras palavras, o interesse público primário deve sempre buscar a irradiação das práticas públicas na forma esquemática de uma pirâmide, ou seja, do topo para baixo, as ações estatais devem abrir por toda a coletividade.

Sem prejuízo, no trato das coisas públicas, para buscar relações do Estado com os indivíduos em um patamar igualitário, a relação deve ser horizontal, para que as necessidades sejam medidas à altura de que são sentidas pela população, onde o Estado deve operar no mesmo nível em que as pessoas se encontram.

À primeira vista, isso parece uma medida de contenção do Poder Público, no entanto ao revés, significa o empoderamento e o acesso dos indivíduos às questões que envolvem o desenvolvimento da comunidade e do próprio Estado.

Com base nisso, quando o Poder Público se coloca no mesmo patamar dos indivíduos não se trata de rebaixar o Estado, mas de elevar as pessoas ao ponto de que possam, enfim, ser ouvidas e reconhecidas.

Dito isto, nossa proposta para a pesquisa em pauta é a de que o Estado, tal qual os particulares, tenha o dever de dar função social aos bens dominicais, uma vez que a política pública constitucional da propriedade urbana tem por objetivo a ocupação do espaço e a eliminação da ociosidade dos imóveis da cidade, ou melhor dizendo, a propriedade obriga a uma finalidade coletiva.

Na senda do que foi tratado, se o Estado se omite em compulsar o uso de sua propriedade e o particular, ainda que injustamente, vem a ocupar tal área e dar-lhe função social, há que se relativizar o regime de bens públicos para favorecer à própria efetivação dos direitos fundamentais. Para Marçal Justen Filho (2015, p. 1166):

O Estado não recebe os bens para a satisfação de seus próprios interesses. Sempre se trata de utilizar os bens para promover os direitos fundamentais da população. Os bens públicos são atribuídos ao Estado para fins de sua proteção e para fruição democrática e adequada de suas utilidades.

Vamos além do que o jurista escreve, para ousar defender possibilidade de usucapião dos bens públicos dominicais diante da omissão do Estado, porquanto valendo-se dos critérios estabelecidos no art. 183 da CF/88, ainda que o §3º mencione que o imóvel público não é usucapível, a prescrição sobre o bem ante à falta de ação do proprietário impõe a desqualificação do imóvel do rol de bens públicos.

Por este raciocínio, defendemos que a Constituição é o diploma normativo que deve ser utilizado para propiciar o bem-estar e para a concretização das exigências da coletividade, sobretudo no aspecto dos direitos fundamentais e da política. Mas não é o que ocorre, já que os sistemas legislativo e jurisprudencial ao invés de atuar para a inclusão e realização dos direitos humanos, acabam por vezes privilegiando os interesses públicos secundários e as proposições das maiorias que conduzem a política governamental produzindo um intenso desligamento das normas jurídicas coma a realidade social. Tal como Araújo e Pires (2014, p. 152) afirmam:

Os efeitos colaterais de tal situação refletem-se diretamente naqueles que são privados de regularização do domínio das áreas ocupadas e ficam a mercê do poder público, aguardando o momento de serem beneficiados por algum programa de regularização fundiária que lhes concederá, na melhor das hipóteses, uma posse regular.

O objetivo da regularização fundiária não se restringe à titulação da terra como forma de garantia de uma moradia segura, mas também deve atentar para a importância em se assegurar o respeito ao meio ambiente e uma melhor qualidade de vida, através dos serviços de infraestrutura, preservando o homem em seu local originário para que não ocorra a dissociação com o seu modo de vida habitual.

Entender a burocracia acima da efetivação de direitos fundamentais significa mitigar o alcance do art. 5º, § 1º da Constituição “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. De acordo com os fins com o que se produz a norma constitucional, não pode a restrição ao acesso do bem público para o fim de moradia se balizar somente no aspecto patrimonial, devendo passar pelo crivo da função social da propriedade e da máxima eficácia ao direito fundamental à moradia.

A hermenêutica constitucional vem no sentido de observar os fatos jurídicos à luz do Estado democrático de Direito e não de uma soberania absoluta do interesse do Estado.

6 ANÁLISE DAS PERSPECTIVAS PARA O FUTURO, UMA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DOS BENS PÚBLICOS

Muito embora a doutrina tenha certa restrição à questão da imprescritibilidade dos bens públicos é inegável que a visão constitucional e de algumas leis, ao exemplo do Estatuto das Cidades, confere maior acesso aos bens públicos. Ainda que seja forte o apego no direito positivado, há que se entender uma grande porção de direitos que se encontram no aspecto da concretização e do exercício do Poder Social.

Houve certa evolução, no aspecto de viabilizar o direito à moradia, valendo-se de um bem público, basta ver o que dispõe o Estatuto das Cidades:

Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

Pelo Plano Diretor, desde que haja previsão (sic), é possível outorgar direito de construir e a jurisprudência aponta que é possível a defesa de direitos possessórios sobre bens públicos:

RECURSO ESPECIAL. POSSE. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM PÚBLICO DOMINICAL. LITÍGIO ENTRE PARTICULARES. INTERDITO POSSESSÓRIO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL. OCORRÊNCIA.

1. Na ocupação de bem público, duas situações devem ter tratamentos distintos: i) aquela em que o particular invade imóvel público e almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do ente estatal e ii) as contendas possessórias entre particulares no tocante a imóvel situado em terras públicas.

2. A posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a res e garantindo sua função social, sendo que o critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórias por um particular.

3. A jurisprudência do STJ é sedimentada no sentido de que o particular tem apenas detenção em relação ao Poder Público, não se cogitando de proteção possessória.

4. É possível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical, pois entre ambos a disputa será relativa à posse.

5. À luz do texto constitucional e da inteligência do novo Código Civil, a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

6. Nos bens do patrimônio disponível do Estado (dominicais), despojados de destinação pública, permite-se a proteção possessória pelos ocupantes da terra pública que venham a lhe dar função social.

7. A ocupação por particular de um bem público abandonado/desafetado - isto é, sem destinação ao uso público em geral ou a uma atividade administrativa -, confere justamente a função social da qual o bem está carente em sua essência.

8. A exegese que reconhece a posse nos bens dominicais deve ser conciliada com a regra que veda o reconhecimento da usucapião nos bens públicos (STF, Súm 340; CF, arts. 183, § 3º; e 192; CC, art. 102); um dos efeitos jurídicos da posse - a usucapião - será limitado, devendo ser mantido, no entanto, a possibilidade de invocação dos interditos possessórios pelo particular.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1296964/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/12/2016)

Muito embora a posse fique bem delineada, enquanto possível de ser protegida, é de se ver que praticamente tudo gira em torno da função social da propriedade e dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nesse passo, o indivíduo dá utilidade ao bem público e efetiva um direito de prestação positiva do Estado, a moradia, valendo-se justamente de uma omissão.

No mais, não é de um dia para o outro que estabelece-se a moradia, por mais primitivo que seja o “barraco”, sua construção e utilização se dá em uma situação bem semelhante àquela de

posse mansa, pacífica e ininterrupta, tal qual usucapião.

Ainda que o julgamento acima seja categórico quanto à usucapião do bem público, no sentido de não viabilizar o seu manejo, a conquista da utilização de interditos possessórios já representa uma evolução no modo de se pensar a dignidade das pessoas e a moradia.

Bem por isso, compartilhamos aqui do que afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p.342):

Detecta-se, ademais, em análise civil-constitucional, que a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social. Entrementes, a Constituição Federal não atendeu a essa peculiaridade, olvidando -se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo formal e materialmente público, haveria óbice à usucapião. Essa seria a forma mais adequada de tratar a matéria se lembrarmos que, enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p.182), apoiam a ideia acima:

A tese dos doutrinadores contemporâneos é sedutora e almeja o futuro, particularmente uma substancial mudança de pensamento. Por isso deve ser aplaudida, servindo como convite para importantes reflexões. Entretanto, para chegarmos a tanto é preciso percorrer um longo caminho. É essencial, antes de mais nada, repensar o papel do Estado no Brasil e a própria essência teórica do Direito Administrativo. É ainda necessário rever o conceito de propriedade, superdimensionando a valorização de sua função social, o que não é aceito pela maioria dos juristas e aplicadores do direito. Por fim, é fundamental também flexibilizar substancialmente o que consta da Constituição Federal, o que, infelizmente, não tem ocorrido nas óticas doutrinária e jurisprudencial.

Entre estes autores aqui citados, ligados ao direito civil, pode-se dizer que a questão já é bem aceita, embora seja uma minoria, são consideráveis os seus argumentos, tanto pelo viés de reconhecer a função social como também pela atual e necessária problemática de se repensar a proteção da propriedade pública diante da efetivação do direito à moradia. A pergunta que paira é: no cenário atual, quem atende merece ser proprietário, o Estado ou a pessoa?

7 CONCLUSÃO

A Constituição apresenta-se não só como um documento político, mas como um instrumento que carrega o direito e a garantia de que não haverá exceções nos objetivos emancipatórios que impõe ao Estado e à sociedade.

Partindo do ponto de que a Constituição representa o marco inicial, ou seja, é dela em diante que se interpretam as normas, suas disposições não são limitadas ao seu texto, mas se

produzem e se reproduzem nas ações que visam a concretização dos direitos fundamentais e a democracia.

Assim, se as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente, há que se entender que a Constituição somente veda a modalidade de usucapião especial sobre os bens públicos (art. 183, §3º), restando as demais como possíveis, feita a interpretação sistemática e teleológica, com base na dignidade da pessoa humana, no direito fundamental à moradia e na função social da propriedade.

Importa consignar, que a defesa do instituto – usucapião sobre bens públicos – deve, portanto, ser entendida como uma ferramenta de realização social, passando pela análise de viabilizar a propriedade de um único imóvel público destinado somente à moradia da família que não tenha outra forma de acesso ao direito fundamental.

Para se entender a supremacia do interesse público em sua inteireza é preciso reconhecer que o Estado tem o dever de diminuir a desigualdade social, erradicar a pobreza e ser o guardião dos direitos fundamentais. Neste sentido, para que não se torne viável a aquisição do imóvel público seriam necessárias duas condições: (i) que o Estado não fosse omissivo em seus deveres e (ii) que os usucapiantes não estivessem privados do exercício do direito fundamental à moradia.

A inversão a que se pretende, ou seja, tirar o Estado de sua posição privilegiada – e que não se incomoda com a descaracterização da Constituição – é necessária para entender a importância de se pensar na possibilidade da usucapião dos bens públicos e da interpretação do direito administrativo à luz dos direitos fundamentais.

É preciso que o Estado assuma seu papel e que as pessoas retomem a vida não só do aspecto fisiológico, mas que sejam verdadeiramente inseridas na sociedade, figurando em um dos primeiros passos dessa construção social, uma oportunidade de dizer que tem a casa própria com segurança e com dignidade. Desse modo, uma vez reunidos requisitos, impõe-se reconhecer prescrito o direito do Estado em reaver um bem que não zelou e não deu função social em prejuízo do direito de moradia que se estabilizou como fato consumado, inalcançável por respeito à segurança jurídica e ao Estado democrático de Direito.

Projetos que envolvem a habitação e a moradia, por vezes demandam tempo e recursos públicos, além de burocracias que vão desde a aquisição de um terreno para estabelecer um conjunto habitacional, o processo licitatório que compreende as unidades habitacionais e a infraestrutura e os bizarros sorteio ou inscrição com critérios, para que seja possível a efetivação de um direito fundamental, o que torna distante a realização individual do direito que já está adquirido pela pessoa, que, se tiver sorte, será removida de sua casa e irá para uma zona especial de interesse social cada vez mais distante dos recursos urbanos como saúde, educação e transporte público. Seria

mais eficiente e menos oneroso dar a propriedade ao indivíduo, já que, ao retirar uma pessoa do imóvel outra o ocupará, como num ciclo vicioso que retrata a ineficácia do Estado para solucionar os problemas de moradia.

Outra conclusão que se tira, é que para falar em usucapião de bem público, além de observar a inércia do Estado proprietário em dar a função social, é preciso ater-se à questão de que o usucapiente deve ter *animus domini* para utilizar o imóvel como sua moradia e não ter outra propriedade imóvel, bem como não haver outro meio de adquirir um imóvel – seja pela falta de políticas públicas, pela inacessibilidade aos financiamentos ou pela baixa renda –, a fim de evitar fraudes ou aquisições originárias com fins diversos da realização do direito fundamental, tais como a dilapidação do patrimônio público na sombra de articulações políticas e com fins ímprobos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1919). **Weimarer Verfassung**. Weimar, 11 ago. 1919. Disponível em: < https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung.pdf > Acesso em: 24 ago. 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. rev. e atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

ARAUJUO, Marinella Machado; PIRES, Cristiano Tolentino. Usucapião de terras devolutas: uma interpretação que concretiza a função social dos bens públicos. SOUZA, Adriano Stanley Rocha; ARAUJO, Marinella Machado. (orgs.) **Estudos avançados de direito à moradia**. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 142-162.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. Publicada no DOU de 11.07.2001 e retificada em 17.7.2001.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Publicada no DOU de 11.07.2001 e retificada em 11.1.2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Aglomerados subnormais: primeiros resultados**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Acompanha 1 CD-ROM. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_>. Acesso em: 22.jun. 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil; v. 5**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FORTINI, Cristiana. A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. abril/junho, 2004
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos na perspectiva constitucional**. 12.ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas. V. 4**. São Paulo: Método, 2008.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: POSSÍVEL APLICAÇÃO NA SAÚDE PÚBLICA

Mariana Costa BARRETO¹
Taigoara Finardi MARTINS²

RESUMO

O presente artigo trata da possível aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional na saúde pública brasileira. Um instituto de origem colombiana, o qual só possui uma aplicação dentro do ordenamento jurídico brasileiro em relação ao sistema penitenciário nacional. Este instituto busca por fim as contínuas e generalizadas violações aos direitos fundamentais. Sendo assim, considerando que a saúde pública brasileira possui casos em que a violação de direitos é evidente, possível seria também a aplicação do instituto neste âmbito, visando melhorias a fim de beneficiar quem faz uso do sistema único de saúde. Portanto, o grande objetivo deste trabalho, além de tratar de um assunto de pouca aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, como o Estado de Coisas Inconstitucional, é possibilitar uma demonstração da aplicação desse instituto no na saúde pública brasileira, com enfoque no sistema único de saúde, o SUS, bem como as melhorias que poderiam ser alcançadas com este. No mais, o método utilizado é o hipotético-dedutivo, tendo em vista que foi realizado um conjunto de proposições hipotéticas, as quais podem ser viáveis como uma estratégia para a abordagem do tema, com a finalidade de ser aproximar do objeto final, o qual seria demonstrar a possibilidade da aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional na saúde pública brasileira, o qual foi atingido, tendo em vista que não há nenhuma oposição legal, sendo que a temática saúde pública se encaixa nos moldes de aplicação do mesmo.

PALAVRAS-CHAVES: estado de coisas inconstitucional; direito; saúde.

ABSTRACT

This article deals with the application of the Institute of the State of Unconstitutional Things in the Brazilian public health. An institute of Colombian origin, which only has na application within the Brazilian legal system in relation to the national penitentiary system. This institute seeks at last the constant and widespread violations of fundamental rights. Therefore, considering that Brazilian public health has cases where the violation of rights is conspicuous, it would also bepossible to apply the institute in this scope for improvement in order to benefit that makes use of the single public health system. Therefore, the main objective of this work, besides addressing a matter of little knowledge as the State of Things Unconstitutional, is to enable a demonstration of the application of this institute in health, as well as the improvements that could be achievedwith it. Moreover, the hypothetical-deductive method is used, considering that a set of hypothetical propositions has been made, which can be feasible as a strategy to approach the theme, in order to be closer to the final object, which would be to demonstrate the possibility of applying the institute of the State of Things Unconstitutional in the Brazilian public health, which was reached, considering that there is no legal opposition, being that the public health theme fits in the application molds of the same.

KEY WORDS: state of unconstitutional things; rights; health.

1 Acadêmica ou Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2014. maricbarreto311@gmail.com.

2 Mestre em Ciência Jurídica pela UENP; pós-graduado em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC; graduado em Direito pela UEL; advogado e professor; taigoara@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O tema de pesquisa escolhido para a elaboração do artigo em questão é o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional e sua possível aplicação na saúde pública brasileira, com o foco no Sistema Único de Saúde, o SUS.

O Estado de Coisas Inconstitucional é um instituto que tem sua origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana. Tem como objetivo principal por fim a qualquer tipo de violação de direitos fundamentais que ocorre de forma contínua e generalizada ao apresentar soluções e medidas a serem tomadas, sendo que estas foram previamente planejadas.

Sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro é recente e única, sendo que ocorreu em 2015, por meio da ADPF nº. 347/DF, a qual tratou sobre o sistema penitenciário brasileiro.

Já neste artigo, em seu desenvolvimento, o objetivo é abordar a possibilidade da aplicação do instituto acima mencionado na saúde pública brasileira, visando uma melhoria no atendimento e serviços prestados para as pessoas dependentes do sistema único de saúde e das outras vertentes da saúde pública.

A aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional se faz necessário pois é de conhecimento de todos que dentro do sistema público de saúde brasileiro existem inúmeros casos que demonstram a violação de direitos sociais e fundamentais. Sabe-se que a falta de estrutura, bem como a grande demanda que se exige da saúde pública, faz que a mesma seja prestada em qualidade reduzida e precária, acarretando no mau atendimento de seus usuários e na má prestação dos serviços.

O grande problema encontrado pelo tema é a efetividade da aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, tendo em vista que as melhorias visadas com sua utilização dependem unicamente do cumprimento das determinações e medidas estipuladas em decisão judicial. Sendo assim, o funcionamento e a aplicabilidade do instituto ficam limitados a agilidade e a disposição dos órgãos e demais entes para o cumprimento da decisão.

No entanto, seu estudo é de grande interesse para o Direito, considerando que se trata de tema recente e de ínfima aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, trata-se de um tema pouco conhecido entre os estudantes da graduação em direito. Conseqüentemente, a abordagem em si trás benefícios não apenas em relação ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, mas também em sua aplicação na saúde pública e em outros setores que necessitam de atenção.

Importante salientar que o método científico utilizado para a elaboração deste artigo é o hipotético-dedutivo, tendo em vista que foi realizado um conjunto de proposições hipotéticas, as quais podem ser viáveis como uma estratégia para a abordagem do tema, com a finalidade de ser

aproximar do objeto final. Este conjunto de proposições partirá do geral para o particular, tendo como base o Estado de Coisas Inconstitucional, a fim de ser alcançado o objetivo de todos terem a possibilidade de usufruir uma saúde de qualidade.

No primeiro capítulo o objetivo é traçar uma linha história demonstrando a origem do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como definir e delinear os direitos fundamentais, com o objetivo de esclarecer o que busca ser defendido com o instituto. Já no segundo capítulo, dando continuidade ao contexto histórico mencionado no primeiro, é mencionada a aplicação do instituto tema do artigo no Brasil, em relação ao sistema carcerário e o cumprimento da decisão dada a ADPF nº. 347. E por fim, no terceiro capítulo, é tratada a possibilidade da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional na saúde pública brasileira, com foco no Sistema Único de Saúde, e os benefícios que seriam alcançados com tal evento.

2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1. Origem

O Estado de Coisas Inconstitucional se trata de um instituto, o qual tem origem com base nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, sendo que sua aplicação ocorre quando verificada a violação de direitos fundamentais de forma contínua e generalizada. Busca por um fim à tais violações ao apresentar soluções e medidas a serem tomadas, sendo que estas foram previamente planejadas.

A primeira decisão da Corte Constitucional Colombiana que adotou a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional foi proferida no ano de 1997, conhecida como Sentencia de Unificación - SU 559, de 6/11/1997³. Neste caso, vários professores tiveram seus direitos previdenciários violados pelas autoridades públicas. Uma vez que averiguado o caso, foi determinado pela Corte Colombiana que as autoridades envolvidas dessem um fim a inconstitucionalidade concretizada em determinado prazo.

Porém, o que seria o Estado de Coisas Inconstitucional e como este se caracterizaria? Segundo a Corte Constitucional Colombiana o instituto mencionado acima se constitui quando verificada uma “grave, permanente e generalizada violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas”⁴. Ainda, necessário comprovar que vários órgãos estatais, uma pluralidade de autoridades⁵, restaram omissos quanto ao cumprimento de suas

3 **Sentencia SU – 559, 6/11/1997**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>.

4 JUNIOR, Dirley da Cunha. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>.

5 **Sentencia SU – 250, 26/05/1998**. Disponible em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>

obrigações com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, deixando de adotar as medidas necessárias, sejam estas legislativas, administrativas ou orçamentárias, para evitar e combater tal violação.

Por fim, a solução adotada deve envolver todos os órgãos e entidades responsáveis, de forma pluralizada, visando uma mudança estrutural na forma de atuação dos mesmos.

2.2 Direitos Fundamentais

Considerando que o artigo em questão trata em grande parte de seu desenvolvimento sobre a violação de direitos fundamentais, é importante que seja traçado desde o início uma conceituação a respeito destes.

Sendo assim, a definição mais pragmática para direito fundamental seria:

serão direitos fundamentais as normas que tem por escopo proteger a dignidade da pessoa humana em seus mais variados sentidos. Independentemente do local onde serão encontradas, as normas que protegem a dignidade da pessoa humana serão, por conseguinte, normas de direitos fundamentais.⁶

A partir desta definição é possível ser traçado um caminho do que se busca por meio deste artigo. Uma vez conceituado o que é direito fundamental, com maior facilidade pode ser apontado e enxergado o desrespeito à estes em diversas áreas do serviço público brasileiro, principalmente a saúde, tema abordado neste artigo.

O art. 6º da CF diz: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁷.

Considerando que o art. 6º da CF encontra-se dentro do Título II da mesma, os direitos sociais previstos nele podem ser considerados como direitos fundamentais. Portanto, a saúde é um direito fundamental, e quando violada agride de forma direta a dignidade da pessoa humana, a qual é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁸.

2.2.1. A Saúde na Teoria das Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são divididos em dimensões, isto porque eles não surgiram de forma simultânea, mas sim de acordo com a necessidade de cada época, sendo que nos livros e textos constitucionais os direitos fundamentais foram divididos em “gerações”. O termo gerações, no entanto, dá a ideia de sucessão, o que não é o caso, tendo em vista que estes direitos não se

6 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112.

7 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 6º.

8 *Ibidem*. Art. 1º, inc. III.

sobrepõe uns aos outros. Importante ressaltar que “não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões do direitos fundamentais”.⁹

Sendo assim, a fim de uma maior elucidação quanto às categorias acima mencionadas, o autor George Marmelstein Lima classifica estas assim “dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão)”.¹⁰

Os direitos fundamentais de primeira dimensão “têm como titular o indivíduo e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, impondo-lhe diretamente um dever de abstenção (caráter negativo).”¹¹ São ligados a liberdade e aos direitos civis e políticos.

Ainda, de forma substancial, pode-se dizer que os direitos fundamentais de primeira dimensão são tutelados pelos direitos fundamentais da segunda dimensão.

Os de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais são de titularidade coletiva e com caráter positivo, exigem atuações do Estado. Os direitos fundamentais de terceira dimensão “são direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano”¹². E por fim, os de quarta dimensão compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

A saúde, como um direito do social, conforme previsto no art. 6º da Constituição Federal, está englobada nos direitos fundamentais de segunda dimensão. Sendo assim, é dever do Estado que este atue de forma que garanta a efetivação destes, incluindo a saúde. Ingo Wolfgang Sarlet menciona que:

[...] cabe precipuamente ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa (especialmente no sentido de não interferir no direito à saúde dos indivíduos) e positiva (por exemplo, organizando instituições e procedimentos para a tutela individual e coletiva da saúde, investindo os recursos mínimos destinados à área da saúde, tomando providências para o atendimento dos deveres de proteção, fornecendo diretamente as prestações materiais necessárias à realização da assistência à saúde).¹³

Sendo assim, é dever do Estado atuar de forma que fique garantido a todos o acesso a saúde pública de forma efetiva e de qualidade, atendendo a demanda existente dentro do sistema único de saúde, sem que ocorram violações de direitos fundamentais de forma recorrente e generalizada.

9 LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação apresentada na Universidade Federal do Ceará, em 2005. p. 65.

10 *Ibidem*. p. 65.

11 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 362-364

12 *Ibidem*. p. 362-364

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1934.

2.3 Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental

Assim como os direitos fundamentais, necessária a conceituação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a única vez que o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional foi acionado foi por meio da decisão preliminar em um destas.

Como mencionado anteriormente, foi na ADPF nº. 347/DF que o Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado pela primeira vez no Brasil. Tal ADPF tratava do sistema carcerário e penitenciário brasileiro e das constantes violações de direitos fundamentais ocorrentes no mesmo.

Porém, a fim de uma elucidação quanto ao tema abordado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma das ações do controle de constitucionalidade. Tem como objetivo:

[...] impedir que condutas ou normas contrárias a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição comprometam a regularidade do sistema normativo, afetando a supremacia constitucional. Além de preservar a supremacia constitucional, a ADPF, tal como as demais ações de controle abstrato, preserva a segurança jurídica, impedindo que haja decisões discrepantes sobre a constitucionalidade de uma norma.¹⁴

Pode-se então afirmar que a ADPF é uma ação pela qual se busca impedir que ocorra desrespeito a normas e preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, visando não comprometer o sistema normativo, o qual tem a nossa Carta Magna como base.

Dentro deste tópico surge a dúvida do que poderia ser classificado como preceito fundamental. Sendo assim, uma simples e básica explicação do que se encaixa dentro de tal termo.

Para tanto:

por exemplo, os ‘princípios fundamentais’ do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétrea (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc.¹⁵

As palavras citadas acima, as quais são do doutrinador Pedro Lenza, tentam expor um rol do que pode ser considerado preceito fundamental, porém, este também materializa o que pode ser considerado, sendo estes “normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais”¹⁶.

3. HISTÓRICO BRASILEIRO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Tendo origem colombiana, o Estado de Coisas Inconstitucional teve no ano de 2015 sua primeira e única aplicação no direito brasileiro até o momento.

Foi por meio da ADPF nº. 347/DF¹⁷, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)

14 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 168.

15 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. Ed. p. 211-212.

16 *Ibidem*. p. 211-212.

17 BRASIL. ADPF 347. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Supremo Tribunal Federal, 2015.

que ocorreu a aplicação do instituto tema deste artigo. A arguição de descumprimento de preceito fundamental mencionada acima tratou sobre o sistema carcerário e penitenciário brasileiro.

Na petição inicial o PSOL expôs as diversas formas de descumprimentos de direitos fundamentais que ocorrem dentro deste sistema acima mencionado expondo a falta de respeito com a dignidade da pessoa humana. Requereu que atitudes fossem determinadas a fim de que os presos tivessem seus direitos assegurados.

No caso em questão, foi deferida parcialmente a liminar, sendo que uma das determinações da mesma foi a liberação do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para que este fosse utilizado de acordo com os objetivos de sua criação, tal como a garantia de um sistema carcerário que cumpra os direitos fundamentais daqueles que fazem parte do mesmo.

3.1 ADPF Nº. 347/DF e o Sistema Penitenciário Brasileiro

É de conhecimento que a população carcerária sofre ante as graves e generalizadas violações de direitos fundamentais dentro das penitenciárias brasileiras:

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual.¹⁸

O Brasil tem a terceira maior população carcerária, isso em dados apurados em 2014, totalizando mais de 711 mil presos, sendo que o sistema prisional oferece 206 mil vagas a menos que o necessário, ocasionando na super lotação dos presídios¹⁹, o que acarreta nas mazelas já mencionadas. A falta de organização e de investimento no sistema carcerário expõe a realidade na qual o mesmo vive, principalmente no que se trata de desrespeito aos direitos fundamentais assegurados a todos:

[...] celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salieta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos

18 BRASIL. ADPF 347. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Supremo Tribunal Federal, 2015. p. 23

19 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica**: o julgamento da ADPF 347. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>

há anos.²⁰

Portanto, a fim de por um ponto final nestas violações, foi apresentada a ADPF nº. 347/DF.

Na sessão plenária ocorrida no dia 09 de setembro de 2015, o STF deferiu parcialmente as medidas cautelares formuladas da ADPF acima. Ficou determinado que o poder executivo estava proibido de contingenciar os valores constantes e disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional, o FunPen, sendo que o mesmo deveria ser utilizado para a finalidade que foi criado, ou seja, as melhorias necessárias do sistema carcerário e penitenciário brasileiro:

[...] por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos[...]²¹

Ainda, foi determinado que juízes e seus respectivos tribunais realizassem as audiências de custódia em prazo máximo de 90 dias, viabilizando o comparecimento do preso perante autoridade judiciária em até vinte e quatro horas a contar do momento da prisão:

[...] por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão[...]²²

Não tão longe, o Ministro do STF, Marco Aurélio de Melo, declarou que, “além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura”²³.

O magistrado menciona em seu voto que:

Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro.²⁴

Também menciona que a responsabilidade por tal situação:

[...] não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo,

20 BRASIL. ADPF 347. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Supremo Tribunal Federal, 2015. p. 9

21 *Ibidem*. p. 9

22 BRASIL. ADPF 347. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Supremo Tribunal Federal, 2015. p. 4

23 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica**: o julgamento da ADPF 347. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>

24 BRASIL. ADPF 347. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Supremo Tribunal Federal, 2015. p. 25

Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal[...]²⁵

Sendo assim, a atitude tomada pelo PSOL ao propor ADPF acima mencionada, além de abrir portas para o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, serviu para expor mais ainda o descaso existente junto ao sistema carcerário brasileiro, por parte de vários entes da federação, bem como os diversos direitos e princípios fundamentais que são usurpados dentro do mesmo.

3.1.1 Cumprimento da Decisão

Após a decisão dada pelo STF, ainda é possível verificar em diversas penitenciárias espalhadas pelo Brasil o desrespeito aos direitos e princípios fundamentais. Poucas foram as mudanças desde o julgamento da ADPF 347.

Isso ocorre porque o Estado continua tratando com total indiferença “à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado”²⁶.

No entanto, é necessário destacar que alguns Estados tiveram valores referentes ao Fundo Penitenciário (FunPen) destinados para seus cofres públicos para que fossem investidos em melhorias de suas respectivas penitenciárias. O Ceará teve repasse no valor de R\$ 52 milhões, o qual foi assinado pelo presidente Michel Temer no começo do ano de 2017²⁷. Os repasses em questão “serão aplicados no financiamento de programas para melhoria do sistema penitenciário e no financiamento de programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos ou de programas de alternativas penais”.²⁸

Porém, seria interessante que fossem desenvolvidas medidas e mecanismos de controle visando fiscalizar o cumprimento das determinações constantes na decisão da ADPF 347, bem como em outras ações que tratam do controle de constitucionalidade, tendo em vista a grande importância da temática das mesmas, a fim de que o foi inicialmente proposto e posteriormente determinado pelos magistrados não seja passe em branco. Veja o mencionado pelo ministro do STF, Gilmar Mendes, em recente artigo que trata da efetividade de sentenças:

25 *Íbidem*, p. 26

26 REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Estado é o grande responsável pela grave crise dos presídios, afirma Celso de Mello**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-03/estado-responsavel-crise-presidios-afirma-celso-mello>>

27 DIÁRIO DO NORDESTE. **STF determina liberação de mais de R\$ 50 milhões para sistema penitenciário do Ceará**. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/online/stf-determina-liberacao-de-mais-de-r-50-milhoes-para-sistema-penitenciario-do-ceara-1.1809766>>

28 *Ibidem*.

Na revisão judicial de políticas públicas, por exemplo, é pouco comum que se estabeleçam mecanismos eficientes de controle da implementação, por parte do Poder Executivo, das medidas necessárias à adequação da política em curso aos parâmetros constitucionais. Nesse sentido, cite-se o recente julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, no qual se declarou o chamado Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Prisional brasileiro. Como se sabe, a decisão impôs medidas que visam conter a violação sistêmica de garantias individuais nos presídios, dentre elas a de liberação, por parte da União, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). A despeito da importância teórica do acórdão, não há hoje qualquer instrumento eficiente que sirva para controlar o seu cumprimento²⁹.

Portanto, em termos gerais, pode-se dizer que pouco foi realizado após a decisão dada na ADPF 347, sendo que apenas alguns estados foram beneficiados com repasses do FunPen. Todavia, assim como menciona Gilmar Mendes, seria de grande interesse o estabelecimento de mecanismos que possam realizar o controle do cumprimento das decisões.

4. APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

Como mencionado anteriormente, no Brasil existe apenas um precedente da utilização do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, este no sistema carcerário por meio da ADPF n.º. 347. No entanto, este trabalho visa à possibilidade de expor a possível aplicação do mesmo instituto na saúde pública brasileira, a qual sofre com inúmeros problemas recorrentes, sendo que estes afetam de forma considerável a prestação de serviços para aqueles que buscam seu atendimento.

Ainda, dentro do sistema público de saúde brasileiro existem demonstrações de violação de direitos sociais e fundamentais. Sabe-se que a falta de estrutura, bem como a grande demanda que se exige da saúde pública, faz que a mesma seja prestada em qualidade precária, acarretando no mau atendimento de seus usuários e na má prestação dos serviços, causando grande insatisfação do povo brasileiro, a qual chega no incrível número de 90%.³⁰

Como previsto em nossa Constituição, o direito à vida é um dos direitos fundamentais, conforme o Art. 5º, o qual prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”³¹, estando o mesmo diretamente ligado com o direito a saúde, o qual, conforme Art. 6º da Carta

29 MENDES, Gilmar. **Execução e efetividade das sentenças**: perspectivas a partir da experiência alemã. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-01/observatorio-constitucional-execucao-efetividade-sentencas-experiencia-alema>>

30 LABOISSIÈRE, Paula. **Mais de 90% dos brasileiros estão insatisfeitos com saúde pública e privada**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/08/mais-de-90-dos-brasileiros-estao-insatisfeitos-com-saude-publica-e-privada>>

31 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 5º.

Magna, é um direito social: “São direitos sociais a educação, a saúde”³²; devendo este ser fornecido pelo Estado de forma que atenda as necessidades da população. Importante salientar que a saúde é um direito social e o mesmo não pode ser usurpado tão facilmente, afinal, “há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)”³³.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é o da dignidade da pessoa humana³⁴, e um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³⁵. Sendo assim, considerando o exposto, bem como o fato da saúde ser considerado um direito social que se enquadra no grupo do mínimo existência, o qual “consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna”³⁶, a grande importância social existente dentro do contexto do tema abordado seria a defesa desse direito previsto constitucionalmente.

Considerando que a saúde possui vários dispositivos legais que visam garantir a mesma, bem como a situação da saúde brasileira, é possível que seja viabilizada a aplicação do instituto colombiano neste âmbito, a fim de proporcionar melhorias para os que utilizam e são dependentes da saúde pública. O grande objetivo é o oferecer a todos, de forma igualitária, o alcance a uma saúde de qualidade e a possibilidade de um atendimento efetivo, célere e que atenda todas as necessidades do paciente, cumprindo assim com o princípio da isonomia e com o fundamento da dignidade a pessoa humana.

4.1. Sistema Único de Saúde – SUS

A Constituição brasileira de 1988 diz que a “Saúde é direito de todos e dever do Estado”³⁷. A fim de cumprir tal afirmativa, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo que este é um dos maiores sistemas públicos de saúde existentes. Por meio deste é possível a realização desde o simples atendimento até a realização de cirurgias mais complexas, tal como o transplante de órgãos, gastroplastia, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.³⁸

Ele é “formado pelo conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e

32 *Ibidem*. Art. 6º.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

34 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 2º

35 *Ibidem*. Art. 3º

36 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

37 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 196.

38 BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema único de saúde**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>

instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.³⁹ À iniciativa privada é permitido participar desse Sistema de maneira complementar.

O SUS beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros e realiza por ano cerca de 2,8 bilhões de atendimentos, desde procedimentos ambulatoriais simples a atendimentos de alta complexidade. Os desafios, no entanto, são muitos, cabendo ao Governo e à sociedade civil a atenção para estratégias de solução de problemas diversos, identificados, por exemplo, na gestão do sistema e também no subfinanciamento da saúde (falta de recursos).⁴⁰

4.1.1. Os Objetivos e Dificuldades do Sistema Único de Saúde

Visando regulamentar as “ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”⁴¹, foi criada a Lei 8.080. A mesma prevê que os objetivos do Sistema Único de Saúde são:

[...] identificar e divulgar os condicionantes e determinantes da saúde; formular a política de saúde para promover os campos econômico e social, para diminuir o risco de agravos à saúde; fazer ações de saúde de promoção, proteção e recuperação integrando ações assistenciais e preventivas. (...) A saúde deve fazer estudos epidemiológicos sobre os condicionantes e determinantes da saúde; trabalho, salário, comida, casa, meio ambiente, saneamento, educação, lazer, acesso aos bens e serviços essenciais e divulgá-los. Ao não identificar e divulgar as causas das doenças e seus condicionantes e determinantes, passa-se a atribuir à área de saúde a responsabilidade única pela falta de saúde. Formular a política de saúde de modo a promover, nos campos econômico e social, "o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (Lei 8.080). Aqui se identifica o poder dos dirigentes do SUS de atuar na política de saúde, interferindo no campo econômico e social. Finalmente, o SUS tem que se dedicar às ações de assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Promoção da Saúde, segundo o Glossário do Ministério da Saúde, é "o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo (...) indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente". Mais comumente, dizemos que promover a saúde é trabalhar nas causas do adoecer, com participação efetiva das pessoas como sujeitos e atores de sua própria vida e saúde. Proteção à saúde é o campo da saúde que trabalha com os riscos de adoecer. As medidas diretas como as vacinas, os exames preventivos, o uso do flúor na água ou associado à escovação etc. Recuperação da saúde é cuidar daqueles que já estejam doentes ou tenham sido submetidos a todo e qualquer agravo à saúde. É a ação mais evidente dos serviços de saúde.⁴²

Porém, o cumprimento destes objetivos é prejudicado devido aos problemas de

39 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema único de saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. p. 5.

40 FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **SUS – Sistema único de saúde**. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/sus>>

41 BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Senado Federal. 1990. Art. 1º.

42 CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estud. av., São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso>

gerenciamento existentes dentro do Sistema Único de Saúde. Existe dentro do SUS evidente problema relacionado com a gestão e o financiamento:

O financiamento do SUS é um dos problemas a serem resolvidos. Apesar da promessa de atender a todos, o Brasil é um dos países que menos investe em saúde: menos de 490 dólares por habitante em 2012. (...) Referências como o Canadá ou a Inglaterra investiram, respectivamente, mais de 4 mil dólares e mais de 3 mil dólares por habitante no ano. Entre os países da América do Sul, a Argentina investe quase 700 dólares por pessoa e o Chile, quase 550. Em 2000, a Emenda Constitucional 29 determinou que os municípios investissem em saúde pelo menos 15% do que arrecadam, e os estados, 12%. Já o governo federal deve investir, pelo menos, o mesmo valor do ano anterior reajustado pela inflação. Apesar de garantir investimentos mínimos, a regra não estimula o governo federal a fazer muito mais do que isso.⁴³

Sendo assim, apesar de haver determinação constitucional quanto ao investimento na saúde, a gestão desses recursos ocorre de forma completamente irresponsável, uma vez que a mesma não é qualificada, acarretando conseqüentemente em fraudes e corrupção. Essas ocorrências afetam de forma direta a qualidade do serviço prestado, tendo em vista que a verba que seria destinada para o melhoramento das unidades de saúde é objeto da corrupção recorrente, acarretando uma violação de Direitos Fundamentais, tal como a saúde, o direito a vida, e dignidade da pessoa humana.

4.2. Benefícios da Aplicação Instituto

Como já mencionado antes, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional busca por um fim na violação constante e generalizada de Direitos Fundamentais. Sua possível aplicação dentro da saúde pública, mais precisamente no Sistema Único de Saúde, seria uma forma de garantir uma gestão e gerenciamento adequado e qualificado para as demandas exigidas dentro da estrutura funcional do sistema. Ainda, existiria a possibilidade de que fosse estipulado um plano de atividades e de gastos, visando uma melhor utilização da verba destinada para este setor.

E por fim, com o objetivo de amplificar o financiamento estatal para a saúde, poderia ser adotada a ideia da proposta de iniciativa popular 321/13, chamada de “Saúde+10”, a qual prevê a destinação, pelo governo, de pelo menos 10% das receitas correntes brutas para a saúde.⁴⁴

Não só isto, o Ministério Público Federal de cada estado, tomando como base a uma

43 ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. **Gestão e financiamento são alguns dos principais problemas do SUS.** Disponível em: <<http://www.poderesaude.com.br/novosite/index.php/agenda-das-comissoes/5056-gestao-e-financiamento-sao-alguns-dos-principais-problemas-do-sus/>>

44 ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. **Gestão e financiamento são alguns dos principais problemas do SUS.** Disponível em: <<http://www.poderesaude.com.br/novosite/index.php/agenda-das-comissoes/5056-gestao-e-financiamento-sao-alguns-dos-principais-problemas-do-sus/>>

decisão pré-existente em ADPF que trate dos preceitos fundamentais violados na saúde pública brasileira, na qual tenha sido declarado o Estado de Coisas Inconstitucional e determinadas medidas preventivas a fim de por fim a estas violações, pode ingressar com ação civil pública, com pedido liminar, o qual teria como finalidade proporcionar um serviço de saúde, seja este em âmbito municipal ou estadual, que atendesse a demanda necessária, assim como já foi realizado em outras cidades, como Fortaleza, no Ceará, por exemplo.

Neste caso, o Juiz Federal Plantonista, Dr. João Luís Nogueira Matias, em ação civil pública proposta pelo Ministério Pública Federal após verificada a superlotação e o grande número de pessoas na fila de espera por um atendimento, deferiu medida liminar, a qual determinava que Município de Fortaleza, o Estado do Ceará e a União providenciassem o internamento das pessoas que estavam na fila da UTI em hospitais particulares, mesmo não conveniados ao SUS. Ficou determinada a transferência de todos os pacientes que se encontrassem ou viessem a se encontrar necessitando de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI, para Hospitais públicos ou particulares detentores de tais unidades de tratamento que deveriam ser contratados para esse fim. Foi aplicada a multa de R\$ 10.000,00 por dia de descumprimento da decisão.⁴⁵

Medidas como a do Juiz Federal Substituto, bem como a do MPF do estado do Ceará poderiam ser tomadas de forma geral em todos os estados e municípios federados, o que possibilitaria uma melhoria substancial não só no nível da prestação de serviços, mas também para toda a população que faz utilização de qualquer sistema de saúde existente no país, seja este público ou privado, tendo em vista que tanto os municípios, quanto os estados e a União seriam obrigados a tomarem medidas a fim de proporcionar um atendimento de qualidade para a sociedade, o que conseqüentemente viabilizaria que as unidades de saúde, sejam estas particulares ou não, prestassem um atendimento de qualidade superior e de forma mais efetiva.

CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento deste artigo restou comprovado que o estudo e aprofundamento do Estado de Coisas Inconstitucional e a sua possível aplicação para a saúde pública brasileira, principalmente em relação ao Sistema Único de Saúde é de grande importância. Isto porque, além de trazer a possibilidade de conhecimento de um assunto pouquíssimo tratado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o instituto busca, de forma precisa e judicial, dar fim às violações de direitos fundamentais de todos, tal como a saúde, a dignidade, a vida, etc.

Ainda, o artigo, em seu decorrer, demonstra o funcionamento deste instituto, desde sua

45 LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação apresentada na Universidade Federal do Ceará, em 2005.

origem, nas Cortes Constitucionais colombianas, até sua aplicação no Brasil, a qual ocorreu por meio do Sistema Carcerário e Penitenciário brasileiro, o qual sofria, dentro de suas estrutura, diversas formas de desrespeito e ofensas aos direitos fundamentais daqueles que estão encarcerados. Foi por meio do Estado de Coisas Inconstitucional que o Superior Tribunal Federal deu a decisão na ADPF nº. 347/DF, a qual determinou, dentre outras coisas, a utilização do dinheiro existente no Fundo Penitenciário (FUNPEN) para que fossem realizadas as melhorias necessárias para o fim das violações dos direitos fundamentais.

São mencionadas também a funcionalidade e efetividade destas decisões, com a finalidade de deixar claro a indubitabilidade do instituto, comprovando que este pode sim trazer diferença e avanços em demais áreas.

Ao tratar desta única aplicação do instituto, abra-se uma porta para a possível aplicação do mesmo em outros setores que necessitam de atenção, tal como a saúde, a qual também é um direito fundamental e sua utilização por âmbitos públicos, como o Sistema Único de Saúde, é de extrema importância e magnitude para os brasileiros, tendo em vista que grande maioria não possui condições de arcar com as despesas da via particular.

Inúmeros são os benefícios que poderiam ser alcançados por meio do Estado de Coisas Inconstitucional, porém o mais importante é a oportunidade de ser ofertado a todos os que necessitam um sistema de saúde de qualidade, com efetividade em seus tratamentos e agilidade em seu atendimento, possibilitando que todos possam ter seus direitos garantidos, alcançado, conseqüentemente, uma melhoria na qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. **Gestão e financiamento são alguns dos principais problemas do SUS**. Disponível em: <<http://www.poderesaude.com.br/novosite/index.php/agenda-das-comissoes/5056-gestao-e-financiamento-sao-alguns-dos-principais-problemas-do-sus/>>

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celos Bastos Editora, 2002.

BRASIL. ADPF 347. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Supremo Tribunal Federal, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Senado Federal. 1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema único de saúde (SUS): princípios e**

conquistas. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema único de saúde**. Disponível em:

<<http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1934.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estud. av., São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso>

CARVALHO, Guilherme Augusto Alves. **A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira**: entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a separação dos poderes. 2017. Disponível em:

<<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18606/6/AplicabilidadeEstadoCoisas.pdf>>

COLOMBIA. **Sentencia SU – 559, 6/11/1997**. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>

COLOMBIA. **Sentencia SU – 250, 26/05/1998**. Disponible em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>>

COSTA, Marcos Vinícius Americano da; DE CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan; DE FARIAS, Felipe Justino. **Controle da constitucionalidade**. Jurídica: Administração Municipal, v. 9, n. 5, p. 18-30, 2004. Disponível em:

<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43305047/59459-125960-1-PB.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1511375880&Signature=jYyN8pWix2W1ZrtWhBT4dAgtHbA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DControle_de_Constitucionalidade_no_Brasi.pdf>

DIÁRIO DO NORDESTE. **STF determina liberação de mais de R\$ 50 milhões para sistema penitenciário do Ceará**. Disponível em:

<<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/online/stf-determina-liberacao-de-mais-de-r-50-milhoes-para-sistema-penitenciario-do-ceara-1.1809766>>

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 168.

FAGUNDES, Ricardo Antonio Menezes Cabral. **O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional**: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas. 2016. Dissertação de Mestrado. Brasil. Disponível em:

<https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/21503/1/RicardoAntonioMenezesCabralFagundes_DISSERT.pdf>

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **SUS – Sistema único de saúde**. Disponível em:

<<https://pensesus.fiocruz.br/sus>>

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>

LABOISSIÈRE, Paula. **Mais de 90% dos brasileiros estão insatisfeitos com saúde pública e privada**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/08/mais-de-90-dos-brasileiros-estao-insatisfeitos-com-saude-publica-e-privada>>

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 211-212.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação apresentada na Universidade Federal do Ceará, em 2005.

MENDES, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **Execução e efetividade das sentenças: perspectivas a partir da experiência alemã**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-01/observatorio-constitucional-execucao-efetividade-sentencas-experiencia-alema>>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, Lucas Pessôa. Estado de Coisas Inconstitucionais e os seus Perigos. **acesso em**, v. 20. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>

MOREIRA, Rômulo. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Souza. **O estado de coisas inconstitucional: é possível sua efetivação no Brasil?** 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/123456789/8837/1/F%C3%A1biodedeSouzaOliveiraTCCGraduacao2016.pdf.pdf>>

PAULA, Ana Paula Paes de. **Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social**. RAE-revista de administração de empresas, v. 45, n. 1, p. 36-49, 2005. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/1551/155115939004.pdf>>

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 107.

PENNA, Bernardo Schmidt. **Mais do ativismo judicial à brasileira: análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão na adpf 347**. Revista Pensamento Jurídico, v. 11, n. 1, 2017.

Disponível em:

<<http://www.fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/viewFile/84/123>>

NECESSIDADE DE LEI ISENTIVA PARA AFASTAR COBRANÇA DE IPTU SOBRE IMÓVEL DECLARADO EM PARTE COMO ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE COM NOTA DE *NON AEDIFICANDI*: ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ

David Gilberto MORENO JÚNIOR¹
Wesley Gabriel Bueno FURQUIM²

RESUMO

O objetivo deste trabalho científico é realizar uma análise crítica à atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que exige lei isentiva para afastar cobrança do IPTU sobre parte de imóvel declarado como área de preservação permanente com nota de *non aedificandi*. O artigo apresenta pesquisa bibliográfica, consultas à legislação, doutrina e jurisprudência. Comenta sobre a propriedade, domínio útil e a posse de bem imóvel urbano, fatos geradores do IPTU, e o esvaziamento dos direitos individuais em área de preservação permanente que são preteridos em virtude de um direito social difuso, o meio ambiente. Trata das três principais teorias de isenção e qual delas foi adotada pelo STJ. Critica o entendimento da Corte e traz expedientes interpretativos para solução da controvérsia, inclusive, à luz da hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade. IPTU. Área de Preservação Permanente. Isenção.

ABSTRACT

The objective of this scientific work is to perform a critical analysis of the current jurisprudence of the Superior Court of Justice, which requires an exemption law to exclude collection of the IPTU on part of the property declared as permanent preservation area with a *non aedificandi* note. The article presents bibliographic research, consultations to the legislation, doctrine and jurisprudence. It comments on the property, useful domain and possession of urban property, facts that generate the IPTU, and the emptying of individual rights in a permanent preservation area that are deprived by virtue of a diffuse social right, the environment. It deals with the three main theories of exemption and which one was adopted by the STJ. It criticizes the understanding of the Court and brings interpretative files for the solution of the controversy, even in the light of constitutional hermeneutics.

KEY WORDS: Property. IPTU. Permanent preservation area. Exemption.

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo trazer à discussão a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça que exige lei isentiva para afastar a tributação do IPTU sobre parte de imóvel declarado como área de preservação permanente com nota de *non aedificandi*.

-
- 1 Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Ibirapuera – UNIB, Pós-Graduado *latu senso* em Controladoria pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado – FECAP, Graduação em Direito pela Universidade Ibirapuera – UNIB, Procurador Jurídico do Município de Itararé, Pós-Graduado *latu senso* em Direito Tributário e Processual Tributário pela Escola Paulista de Direito – EPD, Professor de Direito nas Faculdades Integradas de Itararé - FAFIT, lecionando Direito Tributário, Pós-Graduando em Processual Civil com Ênfase no Novo CPC pela Escola Paulista de Direito – EPD. E-mail: david-gilberto@ig.com.br
 - 2 Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Itararé – FAFIT, com término previsto para dezembro de 2.020. E-mail: wesleyguitarman@hotmail.com

Faz-se relevante o tema porque versa sobre aparentes conflitos de preceitos constitucionais. A Fazenda Pública poderia cobrar IPTU de parte de imóvel localizado em área de preservação permanente, cujos direitos inerentes à propriedade são esvaziados em detrimento do meio ambiente que é um direito social difuso? Haveria necessidade de lei isentiva para afastar a tributação?

Os métodos de pesquisa utilizados foram o levantamento biográfico, consultas à legislação, doutrina e jurisprudência.

Dividiu-se o trabalho em sete *partes*.

Na *primeira parte* será demonstrado que o legislador elege alguns eventos do contexto social que denotem presunção de riqueza e os descrevem nas hipóteses de incidências de leis tributárias, dentre eles, a propriedade, domínio útil e a posse de bem imóvel que autorizam a instituição do IPTU, segundo o ordenamento jurídico pátrio (*segunda parte*).

Estes fatos geradores do IPTU são explicitados na *terceira parte* do trabalho de modo a entender seu exercício nas áreas de preservação permanente (*quarta parte*).

A jurisprudência do STJ é tratada com mais vagar na *quinta parte*.

Na *sexta parte* será apresentado o instituto da isenção com as três principais teorias que buscam defini-lo, a saber, dispensa legal de pagamento de tributo devido, hipótese de não incidência legalmente qualificada e restrição parcial dos critérios da regra-matriz de incidência tributária.

Por fim, críticas à jurisprudência do STJ e a utilização de hermenêutica constitucional serão lançadas na *sétima parte*.

2 - PRESUNÇÃO DE RIQUEZA

O Estado necessita angariar recursos financeiros para manutenção de sua estrutura e satisfação dos direitos constitucionais de seus administrados. Para tanto, volta atenção aos fatos do cotidiano que denotem presunção de riqueza e os descrevem nas hipóteses de incidências de leis tributárias.

Vittorio Cassone, mencionando a Constituição Federal de 1988³, aduz que ela “*presume* que tais fatos tenham capacidade de suportar tributação”.⁴

Havendo subsunção deles às normas surgem as obrigações tributárias, que, adimplidas, permitem ingressos no erário de receitas tributárias, cujo volume é altamente significativo.

Não obstante o fim almejado, a tributação deve recair apenas sobre eventos denominados

3 Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

4 CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. pg. 88.

pela doutrina de *signos presuntivos de riqueza*, de forma a invadir o patrimônio do contribuinte e de lá retirar valores suportáveis por ele, sob pena de cometimento de confisco, vedado pela Carta Magna (art. 150, IV).

Assim, num país em que algumas pessoas residem em espaços inabitáveis ou aglomerados, e muitas outras são locatárias, constata-se, facilmente, a existência de déficit habitacional e, neste cenário, a propriedade de imóvel urbano, decerto, sinaliza uma situação econômica privilegiada apta a ser alvo de tributação, no caso, do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU.

3 – AUTORIZAÇÃO PARA INSTITUIÇÃO DO IPTU

A previsão normativa que concede a competência tributária do IPTU tem origem na Constituição Federal de 1988, autorizando-se os municípios a exercê-la.⁵

A definição do fato gerador do imposto ficou a cargo de Lei complementar⁶, que, por sua vez, é a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida por Código Tributário Nacional, Lei Ordinária alçada a status de Lei Complementar pelo princípio da recepção.

Para se conhecer qual é o fato gerador do IPTU, deve-se, então, consultar o artigo 32 “caput” do Código Tributário Nacional:

O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a *propriedade*, o *domínio útil* ou a *posse* de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

A seguir serão analisados os fatos geradores do IPTU que são a propriedade, o domínio útil e a posse de bem imóvel urbano.

4 – FATOS GERADORES

Importante ressaltar que o direito é uno. Para facilitação de seu estudo há divisões em diversos ramos que não guardam autonomia, quando muito, somente didática. O Direito Tributário se utiliza de vários institutos de direito privado para sua operacionalidade.⁷ Seguindo-se esta

5 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana;

6 Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos *atos geradores*, bases de cálculo e contribuintes;

7 CTN: Art. 109. Os princípios gerais de *direito privado* utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de *direito privado*, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

realidade pode-se encontrar a definição dos fatos geradores do IPTU na seara civilista.

4.1 Da Propriedade

O direito à propriedade é uma garantia individual constitucionalmente assegurada que se encontra na Constituição em seu artigo 5º, incisos XXII a XXXI. Tratamento mais detido vem no código civil que expressa quais são os poderes daquele que detém a propriedade, sem, no entanto, defini-la, abrindo-se caminho para trabalho da doutrina. O art. 1.228 assim determina:

O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Propriedade pressupõe-se domínio, logo, ser proprietário é exercer domínio sobre algo. Desde crianças as pessoas têm uma leve noção de propriedade, o que deve amadurecer com o passar do tempo, pois, para conviver bem em sociedade, faz-se necessária a ciência de que determinados objetos pertencem a outrem, e que tomá-los para si, sem o consentimento do proprietário, é um ilícito. Cada pessoa possui bens e pode gozar de suas funcionalidades, até mesmo se desfazendo deles quando não mais os quiserem, por intermédio de doação, troca ou até venda.

Para conceituar a propriedade Carlos Roberto Gonçalves utiliza os elementos essenciais trazidos pelo código civil e diz que a propriedade é o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos em lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.⁸

No mesmo sentido Sílvio de Salvo Venosa ensina:

Dentro do que foi examinado, o direito de propriedade é o direito mais amplo da pessoa em relação a coisa. Esta dica submetida à senhoria do titular, do dominus, do proprietário, empregando-se esses termos sem maior preocupação semântica. Traduz-se na disposição do art. 524 do Código Civil de 1016: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem injustamente os possua”. Ou, como descreve de forma mais atual o novel Código: “O proprietário tem faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (art. 1.228)⁹

Os elementos que compõem a propriedade são expressos como poderes do proprietário pelo próprio código civil, sendo eles usar, gozar, dispor e reaver. Nesse sentido existe a possibilidade de classificar a propriedade como plena ou limitada. A capacidade plena se consagra quando a pessoa tem todos os elementos expressos no código civil, já a capacidade limitada ocorre quando o proprietário cede alguns desses elementos a outra pessoa, fenômeno este explicado como desmembramento, no caso de direito real de usufruto, o usufrutuário pode usar e gozar da coisa, ao

8 Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*, v2 / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – ed. São Paulo: Saraiva 2016.

9 Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais. Coleção direito civil*; v.5. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. pgs.162-164.

passo que o nu-proprietário pode dispor ou reivindicar a coisa.

O direito de usar diz respeito ao poder de que o proprietário tem de utilizar ou servir-se da sua coisa da forma que quiser sem que lhe altere a sua substância, desde que dentro dos limites da lei e respeitando a função social da propriedade em conformidade com o parágrafo primeiro do art. 1.228 do código civil, qual diz que a propriedade deve ser exercida com suas finalidades econômicas e sociais. Em relação ao direito de gozar da coisa, este é o poder ligado ao de usar, pois decorre do uso a faculdade de colher os frutos naturais e civis decorrentes da coisa e, além disso, aproveitar de fatores econômicos. Nota-se que todo proprietário pode usar e gozar de suas coisas, mas nem todo aquele que ao usar e gozar de algo é o proprietário, podendo ser apenas alguém que detém a posse momentânea, ainda que ilícita do objeto.

Os demais poderes analisados a partir de agora são intrínsecos do proprietário, pois apenas ele pode dispor ou reaver seus bens. Com relação ao direito de dispor da coisa, entende-se a faculdade de que o proprietário tem de se desligar do bem através da transferência de propriedade, onerosa ou não. Por fim, o último e não menos importante direito acerca da propriedade, o direito de o proprietário reaver sua coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Apesar de a propriedade conferir diversos direitos ao proprietário, existem algumas restrições, limitações impostas por diversas leis até mesmo pela própria Constituição Federal para subordinar a propriedade à função social da coisa. Uma das leis que impõe restrições à propriedade é o código florestal, que será analisado posteriormente, este demonstra algumas hipóteses em que o proprietário de terras, por exemplo, não pode usufruir da sua qualidade de proprietário.

4.2 Do Domínio Útil

Esclarece Aires F. Barreto que o domínio útil compreende os poderes decorrentes da utilização, fruição e disposição da coisa que podem ser cedidos pelo proprietário a outra pessoa, o enfiteuta; este, por sua vez, apesar dos amplos poderes que enfeixa, não tem o domínio eminente, razão pela qual não pode ser considerado proprietário, sendo responsável pelos pagamentos de pensão anual e laudêmio.¹⁰

Esta relação jurídica é conhecida por enfiteuse e ficou proibida nova constituição a partir do Código Civil de 2002 (art. 2.038).

4.3 Da Posse

Com relação à posse, novamente, socorrendo-se na doutrina civilista, ensina o professor Silvo de Salvo Venosa:

¹⁰ BARRETO, Aires F. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva, 2009. pgs. 180 e 181.

Assim, a posse é do fato que permite e possibilita o exercício de propriedade. Quem não tem a posse não pode utilizar-se da coisa. Essa a razão fundamental, entre outras, de ser protegido esse estado de aparência, como vimos. Sem proteção à posse, estaria desprotegido o proprietário. Por conseguinte, prefere o ordenamento proteger sempre e com maior celeridade e eficácia o que detém aspecto externo da propriedade, a investigar em cada caso, e demoradamente, o título de proprietário e senhor.¹¹

O citado estado de aparência é corroborado pelos dizeres do art. 1.196 do Código Civil: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Protege-se a posse porque ela faculta ao seu titular retirar vantagens da coisa, em consonância com a função social que a propriedade deve viabilizar (art. 5º, XXIII, da CF).

Concluída a análise dos fatos geradores do IPTU, a propriedade, o domínio útil e a posse, passa-se a tratar das peculiaridades de área de preservação permanente.

5 - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

A Lei nº. 12.651, de 25 de maio de 2012, conhecida por Código Florestal, define o que é área de preservação permanente em seu art. 3º, II:

área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo de gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

Além de trazer o conceito, a lei ainda demonstra no Capítulo II, Seção I, arts. 4º a 6º, as delimitações das APP's, cujo regime de proteção vem delineado na Seção II, arts. 7º a 9º.

Para que seja possível realizar alguma alteração nas áreas consideradas de preservação permanente é necessário que exista algum interesse social, utilidade pública ou que a área a ser modificada tenha pouco impacto ambiental, conforme previsão no art. 8º.

Aqui, os direitos inerentes à propriedade são mitigados, ou melhor, esvaziados, porque cedem muito espaço a proteções de interesses coletivos que têm por objetivo a manutenção do equilíbrio ecológico, visando manter um meio ambiente saudável para a atual geração como para as futuras.

Sobre o esvaziamento do direito de propriedade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº. 0002606-65.2011.8.26.0244, julgada em 12/12/2013 pela 18ª Câmara de Direito Público, Relatora Beatriz Braga, por unanimidade, deu provimento ao recurso interposto em face do Município de Ilha Comprida.

Entendeu que imóvel urbano localizado em área de preservação permanente sofre apenas restrições de uso, e não a perda do direito de propriedade, autorizando-se a incidência do IPTU,

11 Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. Coleção direito civil; v.5. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. pg.30.

salvo se tais limitações forem relevantes como a proibição de construir residência, plantar ou criar animais.¹²

Veja-se seguir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a incidência de IPTU em imóvel situado em área de preservação permanente.

6 – ENTENDIMENTO DO STJ

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento parcial a recurso de apelação interposto por contribuinte do IPTU, afastando-se a incidência do imposto em 2/3 (dois terços) de área de preservação permanente com a nota de *non aedificandi*.

Houve redução proporcional porque o caso não era de “simples restrição administrativa, mas de interdição do direito de propriedade”.

O Município de Gravataí interpôs recurso especial sustentando que o acórdão recorrido afrontou o art. 32 do Código Tributário Nacional, eis que restrição parcial da propriedade não afastava o fato gerador do IPTU.

Este argumento foi acatado por unanimidade pela Segunda Turma da Corte que deu provimento ao recurso especial nº. 1.482.184 – RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, em 17 de março de 2015.

Enfatizou-se que a proibição de construir *em parte* de imóvel localizado em área de preservação permanente com a nota de *non aedificandi* configuraria mera limitação administrativa, e não o “cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como ocorre, por exemplo, nas desapropriações”.

Assim, incólume a incidência do IPTU sobre a área total do imóvel, tanto da parte não afetada por restrições ambientais, como daquela localizada em APP com proibição de construir.

Importante ressaltar que a Corte, a *contrário sensu*, entendeu que restaria prejudicada persecução fiscal sobre imóvel localizado *integralmente* em APP com a nota de *non edificadi*.

Abordou-se, outrossim, a ausência de lei específica prevendo isenção tributária, segundo os art. 150, § 6º, da CF e art. 176 do CTN, a exemplo do que ocorre na esfera federal com o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR (art. 10, § 1º, II, “a” e “b”, da Le nº. 9.393/1996).¹³

12 Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=FF01F18EE4D2AD4DD5965CB5DA9BB361.cposg3?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0002606-65.2011&foroNumeroUnificado=0244&dePesquisaNuUnificado=0002606-65.2011.8.26.0244&dePesquisa=&uuidCaptcha=#?cdDocumento=23>>. Acesso em 30 jun 2018.>

13 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1391351&num_registro=201401960282&data=20150324&formato=PDF>.

Acesso em 30 jun 2018.

Antes de se discutir a necessidade de lei isentiva faz-se imprescindível tecer breves comentários acerca do que é isenção.

7 – ISENÇÃO

O instituto da isenção é controvertido por uma série de teorias que buscam conceituá-lo, das quais se destacam as seguintes: a dispensa legal de pagamento de tributo devido, a hipótese de não incidência legalmente qualificada e a restrição parcial dos critérios da regra matriz de incidência tributária.

7.1 Dispensa Legal de Pagamento de Tributo Devido

O instituto da isenção está previsto no art. 175 e seguintes do CTN como hipótese de exclusão do crédito tributário.

Primeiro, fala-se em *hipótese de incidência*, ou seja, a descrição hipotética, abstrata e impessoal de um evento em lei tributária, que, ocorrido (*fato gerador*) no mundo fenomênico, dá ensejo ao nascimento de *obrigação tributária*, pela subsunção do evento à norma jurídica, na qual, o sujeito ativo, o fisco, tem o direito subjetivo de receber tributo do sujeito passivo, o contribuinte, que tem o dever jurídico de levar dinheiro ao erário.

Esta relação jurídica, segundo o art. 142 do CTN, para ganhar ares de exigibilidade, deve ser declarada pelo instituto do *lançamento* que também constitui o *crédito tributário*.

Tem-se, então, a sequência *hipótese de incidência, fato gerador, obrigação tributária, lançamento e crédito tributário*.

A isenção, tida por dispensa legal de pagamento de tributo devido, teoria tradicional da qual compartilha o Supremo Tribunal Federal (ADI 286-RO), ocorre *depois* do surgimento da obrigação tributária e *antes* do lançamento tributário, excluindo-o, impedindo-se sua feitura, por intermédio de norma que isenta o contribuinte do pagamento; é um favor legal desonerando o sujeito passivo da obrigação. Logo, permanecem intactos a ocorrência do fato gerador e a obrigação tributária, sem, contudo, obrigar o sujeito passivo ao seu cumprimento.

7.2 Hipótese de Não Incidência Legalmente Qualificada

Defende-se nesta teoria que a norma isentiva investe contra a norma de tributação para que esta não possa incidir, impedindo-se a ocorrência do fato gerador.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, Alfredo Augusto Becker trouxe valiosíssima contribuição científica para o Direito, influenciando doutrinadores como Geraldo Ataliba e Souto

Maior Borges. Contudo, discorda de seu posicionamento sobre a isenção:

Apesar disso, as conclusões a que chegou, especificamente no terreno das isenções tributárias, não parecem corresponder aos precisos termos do fenômeno que ocorre. Quando assevera que a regra de isenção incide para que a de tributação não possa incidir, outorga maior celeridade ao processo de percussão do preceito isençional, que deixa para trás a norma do tributo, na caça do acontecimento do mundo físico exterior. Inverte, como se vê, a dinâmica de judicização do evento que, ao invés de sofrer primeiramente o impacto da regra de tributação, como queria a tese tradicional, recebe a incidência da norma isentiva.¹⁴

Nota-se que a teoria da isenção como *hipótese de não incidência legalmente qualificada* versa sobre a sequência *norma isentiva x norma de tributação*, ao passo que a teoria tradicional da *dispensa legal de pagamento de tributo devido* inverte a ordem para *norma de tributação x norma isentiva*.

O aspecto temporal que é fundamental para diferenciá-las recebeu crítica de Paulo de Barros de Carvalho: “Não há cronologia na atuação de normas vigentes num dado sistema, quando contemplam idêntico fato do relacionamento social”.¹⁵

Assim, as normas vigentes atuam de forma simultânea, segundo a teoria adiante exposta.

7.3 Restrição Parcial dos Critérios da Regra-Matriz de Incidência Tributária

De início apresenta-se uma breve síntese sobre a regra-matriz de incidência tributária que é elaborada por um *antecedente*, formado por critério *material*, este, composto por um verbo e seu complemento, um critério *espacial* e outro *temporal*; no *consequente* existe um critério *pessoal* integrado pelos sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional, e um critério *quantitativo* combinado pela base de cálculo e a alíquota.

Analisando-se os elementos da regra-matriz nota-se que a regra de isenção pode afetá-la de várias formas, conforme ensinamento de Paulo de Barros Carvalho:

I – *pela hipótese* a) Atingindo-lhe o critério material, pela desqualificação do verbo; b) Atingindo-lhe o critério material, pela subtração do complemento; c) Atingindo-lhe o critério espacial; d) Atingindo-lhe o critério temporal; II – *pelo consequente* e) Atingindo-lhe o critério pessoal, pelo sujeito ativo; f) Atingindo-lhe o critério pessoal, pelo sujeito passivo; g) Atingindo-lhe o critério quantitativo, pela base de cálculo; h) Atingindo-lhe o critério quantitativo, pela alíquota.¹⁶

Existem 08 (oito) maneiras diversas pelas quais a norma de isenção pode atingir a regra-matriz, de forma simultânea à incidência da norma de tributação, mas, sempre, *parcialmente*, pois, do contrário, haveria aniquilação da eficácia tributária com a supressão *total* de um ou de alguns critérios.

Neste sentido, Hugo de Brito Machado:

14 CAVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pgs. 448.

15 CAVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pgs. 447.

16 CAVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 pgs. 451/452.

Embora tributaristas de renome sustentem que a isenção é a dispensa legal de tributo devido, pressupondo, assim, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, na verdade ela *exclui* o próprio fato gerador. A lei isentiva retira uma parcela da hipótese de incidência da lei de tributação. Isenção, portanto, não é propriamente dispensa de tributo devido.¹⁷

José Eduardo Soares de Melo também entende que “A *isenção*, veiculada por legislação ordinária, delimita a regra de incidência tributária, impedindo que ocorra o nascimento do respectivo fato gerador.”¹⁸

A teoria versada neste tópico também é conhecida por teoria moderna da isenção tributária.

8 - CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Depois de esclarecidas as três principais teorias a respeito de isenção chegou o momento de se discutir qual delas foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº. 1.482.184-RS, já comentado neste trabalho científico.

A Corte, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, agasalhou a teoria tradicional, *dispensa legal de pagamento de tributo devido*, porque considerou ocorrido o fato gerador do IPTU com fulcro no art. 32 do CTN, eis que *parte* de imóvel urbano localizado em APP com a nota de *non aedificandi* não esvazia o direito de propriedade, tratando-se de simples limitação administrativa, e a exação prevaleceu em virtude de ausência de lei isentiva, conforme exigência do art. 150, § 6º, da CF e art. 176 do CTN.

Acredita-se que não andou bem a Corte, nem mesmo se houvesse optado pelas outras teorias, *hipótese de não incidência legalmente qualificada* ou *restrição parcial dos critérios da regra-matriz de incidência tributária*, pelo simples fato de que nos autos era despicienda a isenção.

Embora discorde-se há de se ponderar que as peculiaridades do caso minimizam as críticas.

Dentre os infinitos atos, fatos ou situações jurídicas verificados no contexto social, apenas uma parcela ínfima deles é descrita nas hipóteses de incidências de leis tributárias, que, por razões diversas, pode ser atingida pela isenção. Frise-se, a isenção pressupõe a existência de um fato jurídico tributável que volta a ser exigível por conta de eventual revogação do benefício fiscal.

Lado outro, há uma série incontável de eventos que não constam em nenhuma lei tributária, como, por exemplo, o ato de respirar, e outros, a despeito de juridicizados por alguma norma, escapam do alcance das demais, vide a propriedade de veículo automotor (IPVA) para legislação do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Estas duas circunstâncias são caracterizadas por *não incidência*. Leandro Paulsen a define

17 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 36. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pg. 231.

18 MELO, José Eduardo Soares de Melo. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pg. 422.

assim: “Revela-se na pura e simples ausência de incidência. Fala-se de não incidência relativamente a todas as situações não previstas na regra matriz de incidência tributária como geradoras de obrigação tributária”.¹⁹

Na espécie, não estava presente o ato de respirar, facilmente excluído da seara tributária pelo homem médio, mas, sim, a propriedade de imóvel urbano, fato gerador do IPTU, o que desencadeou equivocado juízo quanto à *parcial* localização em APP. Curioso notar que, a *contrário sensu*, a Corte não exige lei isentiva e afasta a incidência do imposto quando o imóvel urbano estiver *integralmente* localizado em APP.

Dever-se-ia, portanto, ter mantido a decisão do Tribunal de Justiça Gaúcho que acolheu a *não incidência* do IPTU por esvaziamento do direito de propriedade e reduziu proporcionalmente o imposto em 2/3 (dois terços), fração que correspondia à área do imóvel inserido em APP.

Com efeito, o emprego da proporcionalidade é meio hábil para se evitar distorções, notadamente, quando parte relevante de um imóvel se encontra em APP. O direito de propriedade atingido em certo local não é ressuscitado em razão de que permaneceu intacto em outro.

O apego do STJ à necessidade de lei isentiva restringiu sua cognição.

Retomam-se as sábias lições do Professor Paulo de Barros Carvalho no sentido de que não há cronologia de atuação no mundo normativo, e sim, simultaneidade.

Destarte, incidiram, a um só tempo, os artigos 156, I, e 146, III, “a” da CF, com a outorga de competência aos municípios para instituição do IPTU e delegação à Lei Complementar para estabelecer normas gerais para os impostos, respectivamente, os artigos 32 e seguintes do CTN que versam sobre o IPTU, a lei do Município de Gravataí que instituiu a exação e as disposições do Código Florestal sobre restrições de imóvel sito em APP.

Tal expediente impede a ocorrência do fato gerador do IPTU porque não há se falar em propriedade, domínio útil ou posse pelo esvaziamento dos direitos inerentes que são a utilização, gozo, disposição e sequela. É o bastante. Pretere-se o imperativo de lei isentiva, como, também, de regra específica de *não incidência*, segundo exposição de Hugo de Brito Machado:

O legislador muitas vezes trata como de não incidência casos de isenção, e isto tem efetivamente causado dúvidas intermináveis. Assim é que alguns agentes do Fisco, por desconhecerem a distinção entre *isenção* e *não incidência*, só reconhecem situações de *não incidência* diante de regra jurídica expressa. O equívoco é evidente. Não se há exigir uma regra indicando casos de *não incidência*. Basta a existência de regra jurídica definindo a hipótese de incidência, isto é, a hipótese que, se e quando concretizada, será devido o tributo, e tudo que como tal não se esteja definido será, obviamente, hipótese de não incidência.²⁰

19 PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pg. 228.

20 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 36. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pg. 232.

Enfim, o STJ dispunha de meios legais para reconhecer a *não incidência* do IPTU sobre parte de imóvel com nota de *non aedificandi* sito em APP, como o fez o Tribunal de Justiça Gaúcho, e não privilegiar o instituto da *isenção*.

Sua jurisprudência permanece a mesma em decisão mais recente. (REsp nº. 1.696.909 – SP, julgado em 16/11/2017).

A própria Constituição Federal quando devidamente interpretada dá a resposta adequada, por meio da hermenêutica constitucional.

Sabe-se que não existe direito absoluto, pois, o maior deles, a vida, é preterida com a previsão de pena de morte no art. 5º, XLVII, “a”, da CF.

Sobre a relativização dos direitos fundamentais manifestaram-se Edgar Dener Rodrigues e Zulmar Fachin:

Todavia, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos, o direito à moradia também não o será. O critério de ponderação permite a sobreposição de uns sobre outros. Ressalte-se que o Estado reconhece a supressão da moradia para efetivação de outros direitos, tal como ocorre na possibilidade de alienação forçada do imóvel residencial para pagamento dos tributos nele incidentes ou quando é dado voluntariamente (frise-se esse ponto) pelo casal como garantia para execução de hipotecas (art. 3º, IV e V, da Lei n. 8.009/90). Sendo assim, considerando que a legislação permite a mitigação do direito à moradia em outras situações similares, deve-se ponderar porque não seria possível relativizar também nas garantias pessoais dadas por fiança.²¹

Sucedo o mesmo quanto à garantia do direito de propriedade que deve cumprir a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF).

O direito de propriedade, como já conceituado em item anterior, é um direito individual, sujeito à tributação (art. 156, I, da CF), que, ao se chocar com algum interesse social, deve lhe ceder espaço. É o que sucede quando a propriedade de alguém faz parte de área de preservação permanente.

O meio ambiente é um direito social de 3º geração previsto no art. art. 225 da Carta Magna, faz parte do rol dos chamados direitos difusos; é um bem de uso comum do povo e essencial para uma boa qualidade de vida, destacando-se que cabe o Poder Público e à coletividade “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Discorre Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Consagra a nova Constituição o direito (de 3º geração) de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial á sadia qualidade de vida. Coloca-o sob a proteção da coletividade e do Poder Público. A este atribui inúmeras incumbências, que evidentemente deverão ser exercidas dentro da esfera de competências própria a cada um. Quer dizer, ao poder Público federal segundo a competência federal, ao estadual segundo a

21 Disponível em: <<http://siacrid.com.br/repositorio/2016/hermeneutica-constitucional.pdf>> Acesso em 12 jul 2018. RODRIGUES, Edgar Dener, FACHIN, Zulmar. Direito à Moradia e Autonomia Privada: Análise sobre a Penhora do Imóvel do Fiador em Contrato de Locação. In: Hermenêutica Constitucional / Fernando de Brito Alves, Jaime Domingues Brito & Aline Regina das Neves, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2016. (Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). p. 174.

Estes comandos constitucionais mencionados devem ser analisados em conjunto, em homenagem ao princípio da unidade da Constituição, a fim de se evitar eventuais conflitos:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em sequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela integra, até porque – relembre-se o *círculo hermenêutico* – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

Aceito e posto em prática esse princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo que se habilita a desqualificar, como contradições meramente *aparentes*, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação *racional* evidenciará serem diferentes – “pretendam” regular a mesma situação de fato.

Registre-se, ainda, que a rigor esse princípio compreende e dá suporte, se não a todos, pelo menos à grande maioria dos cânones da interpretação constitucional, porque ao fim das contas ele otimiza as virtualidades do texto da Constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermética.²³

Assim, a manutenção da propriedade deve ser tributada porque o ordenamento jurídico pátrio a elegeu como signo presuntivo de riqueza, cenário inalterável por meras limitações administrativas que a condicionam aos interesses da coletividade, mas, quando o domínio é subtraído a ponto de esvair-se, como se dá nas áreas de preservação permanente, por conta de proteção do meio ambiente, direito difuso, por imposição do Estado, a este não é permitido invadir o patrimônio do contribuinte e de lá retirar valores para adimplemento do IPTU.

9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo apresentar a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça em relação à cobrança de IPTU sobre imóvel declarado em parte como área de preservação permanente com nota de *non aedificandi*, consistente no fato de que a restrição parcial da propriedade não a esvazia, por se tratar de mera limitação administrativa, permanecendo-se incólume a exigência do imposto que somente pode ser afastada por lei que preveja isenção tributária.

Demonstrou-se que alguns eventos do contexto social que denotem presunção de riqueza são descritos nas hipóteses de incidências de leis tributárias, como, por exemplo, a propriedade, domínio útil e posse de bem imóvel urbano, fatos geradores do IPTU.

22 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. pg. 370.

23 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.107.

Buscou-se na seara civilista o conceito destes institutos e o alcance de cada um quanto aos direitos de utilização, gozo, disposição e sequela, cujas prerrogativas individuais são esvaziadas nas áreas de preservação permanente, segundo o Código Florestal, com o intuito de se preservar o meio ambiente, direito social difuso.

Tratou-se do instituto controverso da isenção tributária e das três principais teorias que o definem, a saber, dispensa legal de pagamento de tributo devido, hipótese de não incidência legalmente qualificada e restrição parcial dos critérios da regra-matriz de incidência tributária.

Enfatizou-se que o STJ adotou a teoria tradicional da dispensa legal de pagamento de tributo devido, pela qual incide a norma de tributação, ocorrendo o fato gerador e, posteriormente, a norma de isenção, dispensando o contribuinte de cumprir a obrigação.

Criticou-se esta cronologia de atuação das normas jurídicas e afastou-se o cabimento da *isenção*, por ausência de fato gerador, em decorrência da perda do direito de propriedade nas áreas de preservação permanente, configurando-se, na verdade, *não incidência*.

Mencionou-se o emprego simultâneo de textos legais já existentes que autorizariam o STJ a afastar cobrança de IPTU sobre imóvel declarado em parte como área de preservação permanente com nota de *non aedificandi*.

Utilizou-se, outrossim, para reforço da tese, de hermenêutica constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Aires F. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun 2018.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 30 jun 2018.

BRASIL. Lei nº 12.651/2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 30 jun 2018.

BRASIL. RODRIGUES, Edgar Dener, FACHIN, Zulmar. Direito à Moradia e Autonomia Privada: Análise sobre a Penhora do Imóvel do Fiador em Contrato de Locação. In: *Hermenêutica Constitucional / Fernando de Brito Alves, Jaime Domingues Brito & Aline Regina das Neves, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2016. (Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). p. 174. Disponível em: <<http://siacrid.com.br/repositorio/2016/hermeneutica-constitucional.pdf>> Acesso em 12 jul 2018.*

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 18º Câmara de Direito Público. Rel. Des. Beatriz Braga. Julgado em 12/12/2013. Publicado em 14/01/2014. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=FF01F18EE4D2AD4DD5965CB5DA9BB361.cposg3?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0002606-65.2011&foroNumeroUnificado=0244&dePesquisaNuUnificado=0002606-65.2011.8.26.0244&dePesquisa=&uuiidCaptcha=#?cdDocumento=23>>. Acesso em 30 jun 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 17/03/2015. DJE: 24/03/2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1391351&num_registro=201401960282&data=20150324&formato=PDF>. Acesso em 30 jun 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 551p.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. 397p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. 371p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado, v.2* / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – ed. São Paulo: Saraiva 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 36. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pg. 562p.

MELO, José Eduardo Soares de Melo. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. 702p.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364p.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 495p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. Coleção direito civil; v.5. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 635p.

PROSELITISMO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS: A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 2566

Tatiana STROPPIA¹
Carlo José NAPOLITANO²

RESUMO

Trata-se o presente de relato de pesquisa que considera que a partir dos anos 90 o Supremo Tribunal Federal passou a exercer um papel de centralidade nas decisões políticas brasileiras, além de executar a função precípua de guardião da Constituição. Algumas dessas decisões do STF, por hipótese, impactam os meios e as atividades da comunicação social, influenciando o exercício da liberdade de expressão, da democracia e da cidadania, bem como estabelecem critérios que balizam a formulação e implementação de políticas públicas de comunicação. Nesse sentido, a pesquisa visa analisar decisões proferidas pelo STF desde 1988 e que tenham relação com a temática proposta, no intuito de investigar se há um *modus operandi* do STF nos julgamentos acerca das políticas públicas de comunicação, relacionados à liberdade de expressão do pensamento. O presente trabalho, de natureza bibliográfica e documental, visa apresentar e debater os achados da pesquisa relativos à temática do proselitismo em rádios comunitárias, inferindo que na ADI 2566, o STF reiterou decisões anteriores (especialmente a ADPF 130), ampliando o conteúdo da liberdade de expressão e religião, atribuindo a esses direitos uma posição preferencial, que não pode ser restringida *a priori*, exceto nos casos de discurso de ódio.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; Políticas públicas de comunicação; Proselitismo em rádio comunitária.

ABSTRACT

The present study is a research report which considers that besides performing its essential function of guardian of the Constitution, in the 90s the Brazilian Supreme Court began to play a role of centrality in Brazil's political decisions. Some of the Brazilian Supreme Court political decisions, hypothetically impact on the media and activities of social communication, influencing the exercise of freedom of speech, democracy and citizenship. These decisions also establish criteria that guides the formulation and implementation of public policies of communication. In this context, the research aims to analyze decisions that have been made by the Brazilian Supreme Court since 1988 and that are related to the proposed theme. The purpose is to investigate if there is a *modus operandi* of the Brazilian Supreme Court in the judgments about public policies of communication related to freedom of speech. The present work, supported by bibliographical and documental

1 Doutoranda em Direito e Mestre em Direito (2006) pelo programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino (ITE). Atualmente é professora de Direito Constitucional e de Direito Processual Constitucional do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (CEUB-ITE) e da Faculdade Iteana de Botucatu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando, principalmente, nos temas que envolvem a liberdade de expressão, o direito de informação e de comunicação.

2 Professor da Universidade Estadual Paulista - UNESP, Departamento de Ciências Humanas e Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, da UNESP/Bauru/SP, pós-Doutor pelo Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo (2017), doutor em Sociologia pela Faculdade de Ciências e Letras da UNESP/Araraquara (2008), mestre em Direito pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino - ITE (2003) e graduado em Direito e Economia pela ITE (1997). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional. Área de pesquisa: Direito fundamental à Comunicação. No momento pesquisa a temática das políticas públicas de comunicação analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando relacionadas à liberdade de expressão do pensamento, projeto financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico ? CNPq, na Chamada Universal 2016, processo n. 400602/2016-4.

research, aims to show and discuss the findings of the research related to the topic of proselytism in community radio, concluding that in ADI 2566, the STF reiterated previously decisions (especially the ADPF 130), expanding the content of freedom of speech and religion, attributing to these rights a preferential position, which can not be restricted *a priori*, except in cases of hate speech.

KEY WORDS: Brazilian Supreme Court; Public policies of communication; proselytism in community radio.

INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de estudo baseado em análise bibliográfica e documental acerca da temática do exercício e da limitabilidade da liberdade de expressão do pensamento e de informação nas rádios comunitárias. O texto visa atender a chamada para apresentação de artigos durante o VIII SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO, a ser realizado entre os dias 30 de agosto e 01 de setembro de 2018, referente ao grupo de trabalho 6 “hermenêutica constitucional”

O artigo é um dos resultados de projeto de pesquisa em andamento³ e que tem por objetivo específico, analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, às relacionadas à temática da liberdade de expressão do pensamento.

Dessa forma, o projeto de pesquisa tem por objetivo principal e substancial analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, aquelas diretamente relacionadas à liberdade de expressão do pensamento no intuito de verificar se há uma linha mestra, ou em outros termos, um *modus operandi* de interpretação do STF relacionado às políticas públicas de comunicação e como objetivos secundários da pesquisa: o aprofundamento teórico doutrinário da análise da liberdade de expressão do pensamento, da limitabilidade dos direitos fundamentais, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por fim, do próprio processo decisório (deliberação externa) do STF, sendo esse último objetivo, uma questão formal enfrentada pela pesquisa.

O presente trabalho trata especificamente da discussão enfrentada no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 2566 que requereu a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do Art. 4º da Lei 9.612/1998, que instituiu o serviço de radiodifusão comunitária, em razão de vedar a realização de proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária. Referida ADI foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, por

3 Trata-se da pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 400602/2016-4.

maioria de votos, na sessão de julgamento de 16 de maio de 2018.

Para cumprir os seus objetivos, o artigo está assim estruturado: além desta introdução, a próxima seção trata da apresentação das rádios comunitárias, a segunda apresenta os métodos e técnicas da pesquisa, a terceira seção explora a ação e a decisão do Supremo na ADI 2566 e, por fim, apresentam-se algumas considerações em sede de conclusão, sugerindo-se que é possível indicar uma linha mestra de interpretação do STF quando do julgamento de questões relacionadas às políticas públicas de comunicação atreladas à liberdade de expressão do pensamento.

1. RÁDIOS COMUNITÁRIAS: O RECONHECIMENTO LEGAL E AS DIFICULDADES PARA EFETIVAÇÃO

O debate sobre as regras de propriedade e formas de exploração dos meios de comunicação constitui um aspecto central da reflexão constitucional sobre o pluralismo na esfera pública, essencial para a consolidação de um regime democrático. Portanto, a atuação estatal para assegurar a existência de um sistema de comunicação plural e diversificado consiste em uma espécie de intervenção a favor e não contra a liberdade de expressão, tal como esclarecido por Fiss (2005) ao tratar da Arte e o Estado Ativista.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter fixado a necessidade de observar o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal quando das concessões, permissões e autorizações (Art. 223), o modelo brasileiro é quase que exclusivamente privado, sendo concentrado e oligopolizado, apesar da vedação constitucional aos oligopólios e monopólios (Art.220, § 5º).

Nesta senda, ao fixar a necessidade de um sistema público visou dar espaço à pluralidade de vozes que comumente não têm eco, mantendo, tanto em relação ao Estado como ao mercado, independência, administrativa e financeira. Exatamente aqui localizamos as rádios comunitárias.

Apesar de as primeiras experiências de rádios comunitárias no Brasil datarem da década de 1960 (GOMES, 2009), apenas em 1998 a Lei 9.612 criou o Serviço de Radiodifusão Comunitária (RadCom), sendo regulamentada pelo Decreto nº 2.615/1998. A implementação de políticas para a outorga de autorizações para exploração da atividade foi conferida ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

Logo em seu Art. 1º Lei 9.612/98 fixou, *in verbis*:

Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

§ 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com

potência limitada a um máximo de 25 watts ERP⁴ e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.

§ 2º Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila.

De acordo com a definição supracitada, o serviço de radiodifusão comunitária não abrange a exploração relativa à transmissão de sons e imagens aplicáveis às emissoras de televisão de caráter comunitário.

O Serviço de Radiodifusão Comunitária visa promover a afirmação e a projeção cultural, política e mesmo educacional nas comunidades a partir de uma programação por elas mesmas elaborada, como se depreende do Art. 3º da Lei 9.612/98. Nas palavras de Peruzzo (2012, p. 2),

a rádio comunitária que faz jus a este nome é facilmente reconhecida pelo trabalho que desenvolve. Ou seja, transmite uma programação de interesse social vinculada à realidade local; não tem fins lucrativos; contribui para ampliar a cidadania melhorando o nível de informação, educação informal e cultura dos receptores sobre temas diretamente relacionados à sua vida; permite a participação ativa das pessoas residentes na localidade e de representantes de movimentos sociais e de outras formas de organização coletiva na programação, nos processos de criação, no planejamento e gestão da emissora.

No mesmo sentido, Gomes (2009, p. 65), destaca a importância das rádios comunitárias para o livre exercício do direito à comunicação e à informação, entendendo que “mesmo que numa limitada parcela do espaço público, suas vontades e opiniões particulares, essas rádios simbolizam uma alternativa democrática para amplos usos pedagógicos e emancipatórios da cidadania”

Portanto, a regulação das rádios comunitárias indica um avanço na temática do acesso aos meios de comunicação por parte das comunidades, as quais devem constituir associações ou fundações comunitárias, sem fins lucrativos, que sejam sediadas na área da comunidade para a qual pretendem prestar o serviço, e cujos dirigentes sejam brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos (Art. 7º da Lei nº 9.612/98)

Apesar de as rádios comunitárias concretizarem uma forma muito importante de exercício da liberdade de expressão e do direito de informação, o texto da Lei 9.612/98 apresenta dispositivos restritivos que inviabilizam a efetivação dessas. Em que pese existirem, em 2017, cerca de 4,7 mil rádios comunitárias outorgadas (ANATEL, 2017), há excessiva demora por parte do Poder Público (Ministério das Comunicações) em analisar o pedido de obtenção das outorgas que, em alguns casos, chega até 15 anos (ARTIGO 19, 2016, p. 13).

Araújo (2012, p. 126-127) analisa a Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, e o seu decreto regulamentar nº 2.615, de 3 de junho de 1998, destacando que: (i) limitaram a potência das emissoras comunitárias a 25 watts; (ii) limitaram a cobertura das emissoras a raio igual ou inferior a

4 Está em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei 513/2017 que pretende ampliar o alcance das rádios comunitárias para 300 (trezentos) watts ERP e aumentar o número de canais em que as rádios podem operar, passando de um canal para três. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7726910&ts=1531165855709&disposition=inline&ts=1531165855709>>. Acesso em: 10 jul.2018.

mil metros a partir da antena transmissora, destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro, uma vila ou uma localidade de pequeno porte; (iii) determinaram que apenas um canal na faixa de frequência do FM fosse destinado à radiodifusão comunitária; (iv) determinaram que os dirigentes das emissoras devem residir na mesma área da comunidade atingida, ou seja, no raio de 1 quilômetro ao redor da antena de transmissão; (vi) proibiram o financiamento por meio de publicidade e não previram outras formas de financiamento para as rádios. Há apenas permissão de apoio cultural, vedada a transmissão de propaganda ou publicidade comercial a qualquer título⁵.

A criminalização das rádios comunitárias também é salientada como grave violação à liberdade de expressão. Em 2015, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, após realizar audiência pública sobre as rádios comunitárias, encaminhou uma Recomendação à Anatel, que tem a competência para monitorar a utilização do espectro eletromagnético, indicando, entre outras coisas, a necessidade de capacitação técnica dos agentes de fiscalização da Anatel para que, em sua atuação fiscalizatória, assegurem o tratamento igualitário a operadores de radiodifusão comercial e de radiodifusão comunitária, observem o princípio da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, além do respeito à inviolabilidade de domicílio (BRASIL, 2015, p. 3).

Uma outra regra contida na lei das rádios comunitárias e que pode, em tese, ser considerada restritiva à liberdade de expressão e informação é a prevista no Art. 4º, § 1º que expressamente dispõe que “É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária”, sendo esse dispositivo justamente o questionado na ADI 2566, levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal pelo então Partido Liberal, sendo esse o objeto de análise do presente trabalho. No entanto, antes da apreciação da ADI, apresentam-se na seção que segue os métodos e as técnicas utilizados na pesquisa.

2. MÉTODOS E TÉCNICAS UTILIZADOS NA PESQUISA EMPÍRICA JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A técnica utilizada para cumprir o objetivo principal deste artigo é a mesma empregada na pesquisa principal e consiste em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal das ações constitucionais (restringidas aqui as relacionadas ao controle principal e abstrato de constitucionalidade, tendo em vista tratarem-se de processos objetivos e que, em tese, demandam apreciações também objetivas da corte) relacionadas com a temática das políticas públicas de

5 Cf. Portaria nº 4334, de 17 de setembro de 2015: Art. 106. A entidade autorizada poderá veicular mensagem institucional de patrocinador domiciliado na área de comunidade atendida que colaborar na forma de apoio cultural, vedada a transmissão de propaganda ou publicidade comercial a qualquer título. Parágrafo único. Para fins do Serviço de Radiodifusão Comunitária, configura propaganda ou publicidade comercial a divulgação de preços e condições de pagamento. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/normas-do-mc/915-portaria-4334>>. Acessado em: 04 de jul.2018.

comunicação e ligadas à liberdade de expressão do pensamento.

A pesquisa empírica foi realizada no portal do Supremo Tribunal Federal onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> e utilizou os termos “liberdade de expressão”, “liberdade de imprensa”, “políticas de comunicação” e “políticas públicas de comunicação”. Os mesmos argumentos também foram utilizados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo.

Para a análise efetiva das ações selecionadas, outro recorte também foi estabelecido. Optou por analisar somente as ações que receberem julgamento definitivo do plenário do STF, com ou sem a análise do mérito. A princípio pensou-se em analisar somente as ações que receberam julgamento de mérito, no entanto, considerou-se que o STF, por vezes, ao não julgar o mérito não deixa de revelar um posicionamento (oculto) em relação ao tema versado no processo, ou pelo menos, protela o julgamento, aguardando a solução do caso por outros motivos que não o julgamento, como por exemplo, a perda do objeto da ação.

Ainda para a análise do objetivo específico da pesquisa, o método utilizado é o indutivo. A pesquisa utiliza de técnica que consiste na leitura minuciosa dos acórdãos proferidos pelo Supremo, analisando-se a ementa, o relatório de cada ação, os votos proferidos pelos Ministros relatores, e os votos divergentes, caso existentes. Essa opção metodológica se justifica pois considera-se, de acordo com Silva, V. (2013, p. 568), que esses documentos – em especial, ementa e relatório - expressam “os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão” (tradução nossa⁶) do Supremo.

No entanto, é importante frisar que não se desconsidera aqui e também não se desconhece que essa opção de análise não é imune de críticas e questionamentos quanto ao recorte efetuado. Alguns trabalhos contestam essa opção, tais como Silva, V. (2015, 2016) e Costa (2014), contudo, outros seguem essa linha, como é o caso de Almeida e Bogossian (2016). Também não se desconsidera que o processo decisório do STF é caracterizado pelo julgamento em série, com apresentação dos votos dos Ministros em separado, conforme Klafke e Pretzel (2014) e Silva, V. (2013). Contudo, como dito e com Silva, V. (2013), ementa e acórdão são os documentos coletivos da corte.

Ademais, reconhece-se aqui também que ao relator são atribuídas inúmeras funções decisórias, como por exemplo: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos quando já tiver proferido o seu voto. Ainda pode

6 No original: “the only two collective products of this decision-making process”. (SILVA, V. 2013, p. 568).

arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

Sobre o papel dos relatores no âmbito congressional, Souza (2003, p. 43) menciona que os ocupantes dessa função exercem um

papel importante nos processos decisórios na medida que influem sobremaneira na elaboração dos anteprojetos encaminhados à votação. Como centralizadores de todas as informações disponíveis no âmbito de sua atuação formal, os relatores dispõem de um amplo raio de intervenção no que se refere ao conteúdo mesmo das proposições contidas em seus pareceres.

Essa constatação pode ser feita também no âmbito judicial, onde o relator de um processo exerce uma função privilegiada em relação aos demais membros julgadores, concentrando em suas mãos grandes poderes, “isso porque é ele quem escreve o relatório distribuído para os outros Ministros tomarem conhecimento do caso, sendo dele a primeira opinião a ser manifestada sobre o assunto.” (OLIVEIRA, 2006, p. 87).

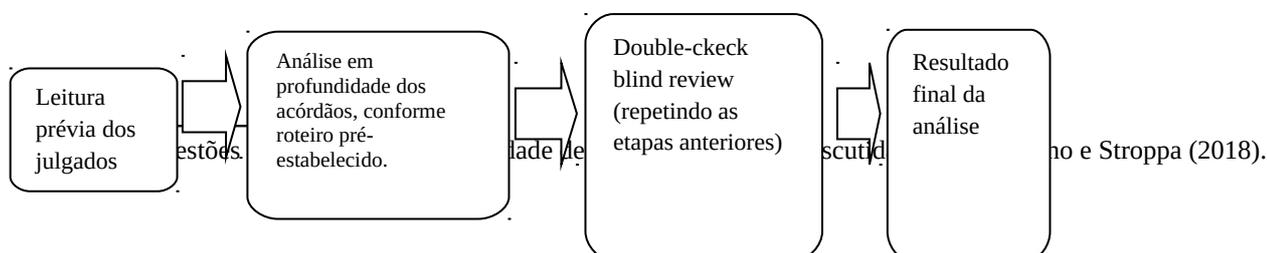
A análise dos julgados segue um questionário previamente definido, criando-se critérios objetivos e que potencialmente minimizam o subjetivismo da análise, o que é próprio de pesquisa de análise jurisprudencial. O questionário está indicado abaixo:

Questionário / roteiro para a análise dos casos

1 - Quem foi o propositor da ação?
2 - Qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional?
3 - A época em que foi questionada a constitucionalidade da lei e quando a ação foi julgada, no intuito de analisar o lapso temporal entre a entrada em vigor da lei, o seu questionamento junto ao Supremo e a efetiva decisão proferida por esse órgão?
4 - Decisão consensual ou não, ou em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos?
5 - Se a decisão foi por maioria, qual o Ministro que criou o impasse no julgamento e com qual argumento?
6 - Qual a efetiva decisão do STF em relação à liberdade de expressão? O STF admite restrições à liberdade de expressão? Se sim, qual a motivação? (dignidade da pessoa humana, autonomia do indivíduo, democracia e esfera pública, igualdade, etc.) É possível extrair uma corrente teórica na fundamentação da decisão? Madisoniana/democrática, libertária, pluralista?

Também no intuito de minimizar o subjetivismo inerente a esse tipo de análise, a pesquisa realiza uma segunda apreciação, em uma espécie de *double-check blind review* em ações estudadas pelo segundo autor (pesquisador principal) e pela primeira autora, participante do projeto e revisora das análises.

A análise propriamente dita segue o seguinte roteiro/fluxuograma:



Na análise efetiva das ações, os argumentos dos Ministros são reproduzidos em trechos e na íntegra e ao final da apresentação dos julgamentos, são traçadas considerações sobre as decisões.

A técnica de pesquisa proposta se aproxima ao que foi mencionado por Canotilho (2003, p. 1120) como método de trabalho *briefing a case*, pois são contextualizados os casos, analisados os textos e os significados das normas, apresentadas as controvérsias constitucionais, os argumentos, a retórica argumentativa, e, por fim, a decisão do caso pelo STF.

Para a análise específica da ADI 2566 e considerando-se que o acórdão ainda não foi disponibilizado pelo STF, a análise do julgamento se deu através da verificação da sessão de julgamento veiculada pelo canal do STF no YouTube, que pode ser acessado em <https://www.youtube.com/watch?v=rzNqfnE2cgY&list=PLippyY19Z47uTgP5bxvIOdynYLzKZjUmq&index=2>.

A sessão de julgamento foi transcrita e depois analisada pelos autores, conforme está descrito na próxima seção.

3. Descrição da ação e da decisão do STF na ADI 2566: o exercício e os limites da liberdade de expressão nas rádios comunitárias x vedação do proselitismo de qualquer natureza A ação foi ajuizada pelo extinto Partido Liberal (PL), atual Partido da República (PR), em 2001, e defendeu a inconstitucionalidade do § 1º do Art. 4º da Lei 9.612/98 sob alegação de impedir a livre manifestação de pensamento e de crença religiosa, violando o artigos 5º, incisos IV, VI e IX e o 220 da CF/88 ao vedar o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.

Quadro – ADI 2566 localizada em pesquisa empírica no site do Supremo Tribunal Federal e junto à Seção de Pesquisa de Jurisprudência

<p>Ação: ADI 2566 Patrocinador: Partido Liberal Objeto: Proibição de proselitismo em emissora comunitária Amigo da Corte: não Liminar: não Tempo: ajuizamento: 10/11/2001/decisão liminar: não / definitiva: 15/05/2018, com julgamento de mérito. Relator: Sidney Sanches / Teori Zavaski / Alexandre de Moraes Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()</p>

Fonte: elaborado pelos autores com base na pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal e juntamente à Seção de Pesquisa de Jurisprudência.

Em 2002, o plenário, por maioria de cinco votos a dois, negou pedido de medida liminar

para suspender a eficácia do § 1º do Art. 4º da Lei 9.612/98, até o julgamento final da ADI 2566. O Min. Sydney Sanches, na qualidade de Relator à época, pontuou que a radiodifusão comunitária deve servir aos interesses da comunidade, e não daqueles que controlam as emissoras. Enfatizou que caberá ao intérprete, em exames de casos concretos, verificar se ocorreu, com o proselitismo, desvirtuamento de suas finalidades. Afirmou que:

3. Quis, portanto, o artigo atacado, tão-somente, afastar o uso desse meio de comunicação como instrumento, por exemplo, de pregação político-partidária, religiosa, de promoção pessoal, com fins eleitorais, ou mesmo certos sectarismos e partidarismos de qualquer ordem (BRASIL, p. 28, 2001)

Tanto a Advocacia Geral da União como a Procuradoria Geral da República manifestaram-se pela improcedência da ADI por entenderem que a vedação do proselitismo não se confunde com cerceamento da liberdade de expressão, justificando, respectivamente, que:

Como se vê, as rádios comunitárias hão de se revestir de caráter pluralista, oferecendo espaço para a divulgação das diferentes opiniões que tenham curso entre os cidadãos alcançados por seus serviços. Assim, o perfil atribuído a tais rádios pressupõe a vedação a toda espécie de proselitismo. Na medida em que a lei proíbe tenham as emissoras comunitárias de rádio programações facciosas ou dedicadas exclusivamente à apologia de uma certa doutrina ou ideologia, assegura-se o acesso da comunidade a um universo pluralista e diversificado de ideias e de pensamentos (BRASIL, p. 111, 2001)

[...] é oportuno esclarecer que a prática do proselitismo não se confunde com a livre manifestação do pensamento, porquanto não visa a veiculação de conteúdo meramente informativo ou despertar o ouvinte para reflexão acerca de determinado tema. Em realidade, constitui atividade direcionada a persuadir o interlocutor, de forma contundente e inflexível, a renunciar seus atuais valores e ideias para converter-se a uma nova doutrina ou sistema, em flagrante desrespeito à liberdade de consciência e de crença assegurada na Constituição Federal BRASIL, p. 117, 2001).

Em maio de 2018, dezesseis anos depois da negação da medida liminar, a Corte, por sete votos a dois⁸, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do Art. 4º da Lei 9.612/98.

O agora Min. Relator. Alexandre de Moraes votou pela improcedência da ADI 2566 resgatando alguns dos argumentos apresentados pelo então Relator Min. Sydney Sanches quando do indeferimento da medida cautelar. (BRASIL, 2018).

Iniciou o seu voto afirmando a necessidade de analisar que a lei 9.612/98 ao instituir as rádios comunitárias fixou finalidades específicas em seu Art. 3 e os princípios norteadores no Art. 4º. Dessa forma, a vedação de proselitismo não tem relação com a censura prévia, mas objetiva evitar o desvirtuamento das rádios para fins a ela estranhos, como o uso para instrumentação político-partidária ou religiosa. Aqueles que contrariarem as finalidades das rádios comunitárias e realizarem proselitismo perderão a concessão da rádio comunitária.

De acordo com o voto do Ministro Moraes, não é inconstitucional vedar proselitismo de

8 Os Ministros Alexandre de Moraes (Relator) e Luiz Fux votaram pela improcedência da ADI 2566. Pela procedência votaram os Ministros Edson Fachin (voto divergente), Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber e Carmen Lúcia.

qualquer natureza, pois reforça a ideia de que as rádios comunitárias devem respeitar todas as ideias. O que se pretende é evitar a utilização de rádios para disseminar um único pensamento – seja de natureza política, religiosa – pois o que deve existir é diversidade de opiniões.

A ideia de proselitismo está vinculada com a ideia de promoção, doutrinação sistemática de uma determinada ideia e não é possível admitir a utilização das rádios comunitárias para veicular uma única ideia – não se pode permitir a utilização das rádios comunitárias para proselitismo político, principalmente. A única coisa que se veda, portanto, é a propagação fática, sectária com a ideia da conversão dos ouvintes. Aqueles que participem das locuções têm absoluta liberdade de expressão, apenas não podendo resvalar para proselitismo, com possíveis sanções *a posteriori*

Defendeu o Ministro Moraes que houve uma preocupação com a possibilidade de se ocupar lugar público para proselitismo religioso (e não somente religioso). Afirmou que não houve a vedação de que divulguem conteúdos religiosos, mas sim que uma determinada religião utilize as rádios comunitárias para converter. Frisou a ausência de competição pois só há uma rádio comunitária para cada comunidade e o Estado não pode permitir que determinado grupo entre com exclusividade na comunidade.

O Ministro relator frisou em diversas passagens que não houve a vedação de debates, mas apenas que o Estado forneça um instrumento para que determinado grupo faça proselitismo sobretudo religioso tendo em vista que o Estado é laico.

Em seguida, fez a diferenciação entre o que denominou de “discurso autoritário e o discurso polêmico”. Partindo dessa diferenciação, afirmou que o sentido do § 1º do Art. 4º da Lei 9.612/98 é impedir o discurso autoritário, discurso único, que impede qualquer outra manifestação ou ideia naquela rádio comunitária, ou seja, discurso que não admite contestação e que adota verdades absolutas para convencer os ouvintes. Por outro lado, inexistente proibição do discurso polêmico que permite a transmissão de ideias, mas não a sua imposição.

Dessa forma, a vedação ao proselitismo vai ao encontro do que a CF/88 determina porque a ideia de proselitismo é “a repetição incessante de uma ideia sem permitir debate” e isso fere a livre expressão. O que se afasta é o discurso autoritário até porque nas comunidades não raro há apenas essa forma de comunicação.

Em seguida, afirma que as rádios comunitárias foram criadas para que elas levem até a comunidade as informações e não o contrário, fato este que diminui a opção de escolha dos ouvintes.

Reafirma que em momento algum a vedação do proselitismo impede que sejam transmitidas notícias, ainda que odiosas. O proselitismo deve ser entendido como, principalmente proselitismo político que implica a vedação de discurso autoritário, de um discurso único porque

haveria um desvio de finalidade, ou seja, a utilização da rádio comunitária como um programa eleitoral gratuito, forçando no sentido de converter a todos que ouçam. Frisa que a referida vedação já completou vinte anos e não impediu a liberdade de expressão e, por outro lado, impediu que grupos se apoderassem das rádios comunitárias para propagar uma única ideia.

Rádio comunitária criada para possibilitar informações políticas, “ainda que odiosas”, mas plurais para que a população tenha contato com diversidade, não foram feitas para doutrinar, ou seja, o debate de qualquer ideia é possível – o que não se permite é a transformação da rádio comunitária como instrumento único e autoritário de determinado grupo – a vedação ou sanção aplicável às rádios comunitárias chegaria ao judiciário – apenas se veda a ideia de tomar conta das rádios para converter e forçar a uma verdade única. Finaliza o Ministro Moraes ao explicitar o que se entende por proselitismo para não confundi-lo com a defesa de posições (discursos polêmicos).

A programação das emissoras das rádios que sejam dirigidas unicamente no sentido de converter a alguma doutrina, religião, deixando de prover as demandas da comunidade, deixando de prover as outras ideias – desvio de finalidade de um mecanismo criado para propagação de cultura, ideias, debates políticos que estariam perdendo se a rádio comunitária for utilizada unicamente para converter ouvintes a determinada doutrina.

Afasta-se qualquer possibilidade de censura, mas também se afasta a ideia da criação do chamando “coronelismo eletrônico”.

A grande preocupação na edição da lei é com a necessidade de pluralismo – evitar o fenômeno do coronelismo eletrônico, ou seja, a vedação é a utilização do monopólio na radiodifusão comunitária para conversão dos ouvintes a uma determinada ideologia partidária; se veda a utilização como monopólio de informação – a ideia da vedação ao proselitismo é evitar que se possa utilizar de um monopólio para única e exclusivamente divulgação monolítica da ideia não com a intenção de informar mas de forçar a conversão dos ouvintes – a ideia que se pretende evitar é que um único grupo político ou religioso bata na ideia como verdade absoluta – o que a lei impôs foram limites constitucionalmente admissíveis – limite de não se permitir à rádio comunitária que tenha uma única opinião – que por meios transversos se faça proselitismo – assim, a vedação ao proselitismo de qualquer natureza significa a vedação da utilização do monopólio das radiodifusões comunitárias especialmente para conversão dos ouvintes a uma doutrina político-partidária específica. O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Relator.

O Ministro Edson Fachin elaborou voto divergente, o qual foi acompanhado pela maioria da corte e por esse motivo, foi designado como Ministro Relator redator do Acórdão, ainda não disponibilizado, conforme já mencionado. No voto, o Ministro Fachin, adotou o relatório feito pelo Min. Alexandre de Moraes e, em seguida, afirmou entender que o § 1º do Art. 4º da Lei 9.612/98

traz uma “ostensiva inconstitucionalidade”, diante dos incisos IV, VI e IX e 220 todos da CF/88.

Destacou trechos dos votos do Min. Celso de Mello e Marco Aurélio quando concederam a medida liminar requerida na inicial e que restaram vencidos: ao afirmar que não tem sentido proibir – sendo irrelevante que se trate de proselitismo ainda que de natureza religiosa; que o Estado não tem nem pode ter interesses confessionais e, por isso, são indiferentes os conteúdos veiculados, não sendo lícito interditá-los ou censurá-los. Por essa razão não hesita em proclamar e destacar que em uma sociedade fundada em bases democráticas, as ideias estão necessariamente fora do poder censório, sob pena de afetar a disseminação das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral. Mencionou ainda que o eminente Min. Marco Aurélio na apreciação da liminar – entendeu que o Art. 220 assegura um direito-dever ao cidadão, que a informação, sob qualquer forma processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição.

Elencou, então o Min. Fachin os fundamentos da inconstitucionalidade do dispositivo impugnado:

1) Alcance dado à liberdade de expressão, sobretudo quando se cuida de meio de comunicação: realçou o posicionamento preferencial concedido e fixado nos julgamentos: da ADI 4451, em 24/08/2012, em que o STF assentou que não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode ou não ser dito por jornalistas e indivíduos; da ADPF 130 em que o STF entendeu que o pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna; da ADI 2404, rel. Dias Toffoli, em que a Corte, ao reconhecer a inconstitucionalidade das sanções para descumprimento das regras de classificação indicativa, definiu que o exercício da liberdade de programação impede que a exibição de determinados espetáculos dependa de ação estatal prévia - há nesse sentido convergência entre os dispositivos constitucionais e os tratados internacionais.⁹

Como reforço do entendimento do STF citou o Art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica que veda qualquer forma de censura prévia, admitindo responsabilização posterior. Destacou que documentos internacionais à luz do § 2º do Art. 5º permitem depreender o alcance da liberdade de expressão – é a partir do texto constitucional que tem que se definir os limites desses direitos – assim é preciso jamais olvidar a essencialidade da liberdade de expressão, por ser um veículo indispensável para exercícios de outros direitos. Cita, então, trecho do voto do Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI 2404, “a conexão axiológica entre a liberdade de manifestação pensamento e o princípio democrático servindo aquela de instrumento para a preservação deste torna clara o risco subjacente a qualquer forma de controle prévio pelo poder executivo do conteúdo a ser veiculado pelos meios de comunicação” (BRASIL, 2018).

9 Observe-se que todas essas ações referenciadas pelo Ministro Fachin compõem o banco de dados da pesquisa principal.

2) Não se pode perder de vista que a liberdade de expressão jamais possui aspecto meramente individual, pois não pertence apenas a quem fala, mas também a quem ouve. Tem uma dimensão social que engloba o direito de receber informações e ideias e é assim que a Corte Interamericana de Direitos Humanos respondeu quando solicitado pelo Governo da Costa Rica em novembro de 1985, item 30 – neste caso se falou das duas dimensões da liberdade – de um lado que ninguém seja impedido de manifestar o próprio pensamento e por outro, um direito coletivo de poder receber informações e conhecer pensamento alheio e é sobre essa dupla dimensão que se devem analisar as justificativas para restringir direito de liberdade de expressão¹⁰.

3) Há um binômio – liberdade de consciência – nos termos do Art. 12 do Pacto de São José da Costa Rica que implica a liberdade de professar e divulgar suas crenças em público ou em privado; o direito à liberdade de pensamento e de expressão implica a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística ou por qualquer outro processo de sua escolha.

4) A restrição ao proselitismo não se amolda a qualquer das cláusulas que legitimam restrição à liberdade de expressão e religiosas. No que toca à liberdade de expressão religiosa, no julgamento do Recurso em HC 134682, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam universais, que o discurso proselitista é da essência de seu exercício integral de tal modo a finalidade de alcançar o outro com ideia de persuasão está compreendida, por isso, inviável impedir o discurso proselitista.

Mencionando posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Kokkinakis versus Grécia* (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1993), sustentou que a liberdade de professar a própria religião não é exercitável apenas com aqueles que partilham da mesma fé, mas compreende o direito de tentar convencer, por exemplo, o vizinho por meio do ensinamento. Tal restrição se levada a efeito tornaria letra morta o direito de mudar de religião, segundo a Corte.

10 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo Oc-5/85 de 13 de novembro de 1985 - O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) solicitado pelo Governo da Costa Rica. “30. O artigo 13 afirma que a liberdade de pensamento e de expressão “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza...” Estes termos estabelecem literalmente que quem está sob a proteção da Convenção tem não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza. Portanto, quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não é apenas o direito desse indivíduo que está sendo violado, mas também o direito de todos a “receber” informações e ideias, do que resulta que o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especiais. Põem-se assim de manifesto as duas dimensões da liberdade de expressão. De fato, esta requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente prejudicado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas implica também, por outro lado, um direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio” Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf>>. Acesso em: 05 jul.2018. Foi justamente baseado neste parecer consultivo que o STF decidiu em 2009 quando da análise do RE 511.961 pela não obrigatoriedade do diploma de jornalismo para o exercício profissional.

5) Liberdade de pensamento inclui o discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos, o consenso e o debate livre informado pressupõe a troca de ideias e não apenas a divulgação de informações. E não bastasse a manifesta inconstitucionalidade com o direito assegurado no Art. 5º e tratados, o Art. 220 expressamente consigna que a liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofreram qualquer restrição e a rádio comunitária está abrangida por essa hipótese.

Ainda que se verifique uma teleologia compatível com a Constituição é preciso ter em mente a possibilidade de um discurso proselitista, sem incitação ao ódio ou a violação a própria Constituição e sem discriminações e que venha a ser minimamente invasivo relativamente à intimidade - direito potencialmente a ser resguardado. Cita que a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI 2404, suscitou o debate sobre a intimidade. Após, conclui que: mesmo que se proceda a um balanceamento entre os direitos em confronto não há como não privilegiar, no presente caso, a liberdade de expressão.

Então, reconhece que a inconstitucionalidade do § 1º do art. 4º da Lei 9612/98 se impõe para obstar a sedução do controle, a fascinação que o Estado tem com a embriaguez que o torna censor e tenta ser o bedel da consciência alheia. O voto do Ministro Edson Fachin foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Rosa Weber e Cármen Lúcia.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O QUE FOI JULGADO

Com a análise da sessão de julgamento da ADI 2566 disponibilizada pelo STF em seu canal do YouTube é possível extrair algumas considerações em relação à decisão da Corte. Inicialmente fica evidente a opção do Supremo por uma interpretação ampliada da liberdade de expressão do pensamento que deve, segundo o pleno, ser valorizada, mesmo em um discurso proselitista, garantindo-se *a priori* o discurso, aplicando-se eventuais sanções sempre *a posteriori*. Esse posicionamento do plenário parece ser uma tendência desde o julgamento da ADPF 130 (Lei de imprensa), mencionada pelo Ministro Edson Fachin, cujo voto vencedor foi o condutor dos demais votos dos Ministros. Essa postura da Corte ainda foi chancelada na ADI 2404 (classificação indicativa).

A princípio o STF impõe restrições ao discurso proselitista nas rádios comunitárias quando esse discurso veicular incitação ao ódio, violar a própria Constituição, discriminar ou for minimamente invasivo à intimidade das pessoas, contudo, essa avaliação sempre será, como dito, realizada *a posteriori*.

Com essa decisão, amparada em julgamentos anteriores é possível sugerir que há uma

linha mestra de atuação do STF quando do julgamento de questões relacionadas às políticas públicas de comunicação/liberdade de expressão do pensamento. Essa constatação fica evidente quando o voto vencedor fundamenta a decisão em posicionamentos pretéritos da própria Corte, como foi o caso da ADPF 130, julgada em 2009. A referência a julgamentos anteriores reforça o entendimento, do STF, de um sentido constitucional amplo para a liberdade de expressão do pensamento que em virtude de estar ligada diretamente ao exercício democrático desfruta de uma posição preferencial quando em conflito negativo com outros direitos ou valores constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Anatel esclarece atuação da Agência em relação às rádios comunitárias e orienta entidades**, 2017. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/institucional/ultimas-noticiass/1595-anatel-esclarece-atuacao-da-agencia-em-relacao-as-radios-comunitarias-e-orienta-entidades-2>>. Acesso em 05.jul.2018.

ALMEIDA, D. dos S; BOGOSSIAN, A. M. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 263-297, 2016.

ARAÚJO, B. S. R. de. **A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988**. São Paulo, 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

ARTIGO 19. **Defesa da liberdade de expressão das rádios comunitárias no Brasil**: teses jurídicas aplicáveis, 2016. Disponível em:<<https://drive.google.com/file/d/0BzqsUnD26HRoVDd1RmZxYk4tMjg/view>>. Acesso em: 04 jul.2018.

BRASIL. **LEI 9.612/1998**, de 19 de 02 de 1998. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9612.htm>. Acesso em: 03 jul.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 2566, de 10 de novembro de 2001**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sessão de julgamento da ADI 2566**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rzNqfnE2cgY&list=PLippyY19Z47uTgP5bxvIOdynYLzKZjUmq&index=2>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. **Recomendação Nº 01/2015/PFDC/MPF**. Disponível em:<<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/comunicacao-social/radios-comunitarias/docs-atuacao-do-mpf/recomendacao-pfdc-1-2015>>. Acesso em: 04 de jul.2018.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo Oc-5/85**, de 13 de novembro de 1985 - O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf>>. Acesso em: 05 jul.2018

COSTA, T. M. da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 10(1), p. 119-154, 2014.

FISS, O. M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, D. A. V. **Rádios comunitárias, serviços públicos e cidadania: uma nova ótica constitucional para a crise dos serviços de (tele)comunicações no Brasil**. São Paulo: LTr, 2009.

KLAFKE, G. F; PRETZEL, B. R. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 1, p. 89-104, 2017.

NAPOLITANO, C. J.; STROPPIA, T. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, p. 314-332, 2018.

OLIVEIRA, F. L. Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003). 2006. 249 fls. **Tese**. Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2006.

PERUZZO, C. M. K. **Rádios comunitárias: entre controvérsias, legalidade e repressão**. Disponível em: <http://www.ciciliaperuzzo.pro.br/artigos/radio_comunitaria_controversias_legislacao_e_repressao.pdf>. Acesso em: 01 jun 2012, p. 1.

SILVA, V. A. da. Deciding without deliberation. **IJCL**, v. 11, n. 3, 557-584, 2013.

_____. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, 1, p. 180-200, 2015.

_____. O relator dá voz ao STF? **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, 2, p. 648-669, 2016.

SOUZA, M. T. O processo decisório na constituição de 1988: práticas institucionais. **Lua Nova**, São Paulo, n. 58, p. 37-60, 2003.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Kokkinakis contra Grecia. Sentencia de 25-5-1993**. Disponível em: <http://idpbarcelona.net/docs/actividades/seminarioddff/caso_kokkinakis.pdf>. Acesso em: 05

jul.2018.

UMA ANÁLISE LÓGICA-SEMÂNTICA SOBRE A VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA FRENTE AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Caio Matheus Santos de PÁDUA¹

RESUMO

O presente trabalho realizou uma análise acerca dos efeitos causados pela declaração de inconstitucionalidade nos controles de constitucionalidade difuso e concentrado, relacionado aos atributos de vigência, eficácia e validade da norma jurídica. Conforme prevê o ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos causados pela decretação de inconstitucionalidade de uma norma jurídica no controle difuso abrangem apenas o caso em concreto sob julgamento e em razão disso os efeitos causados pela declaração são “inter partes”, o que acaba impedindo que a vigência e eficácia da norma jurídica regulamente a relação jurídico do caso em concreto abrangido pela inconstitucionalidade incidental. Por outro lado, no controle de constitucionalidade concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal os efeitos da decisão são “erga omnes”, isto é, vale para todos. Nesses casos, a norma jurídica em nenhuma relação jurídica que ela regulamenta será vigente e eficaz, todavia, essa inconstitucionalidade não tem o condão de retirar do sistema a norma jurídica considerada inconstitucional, tendo em vista que apenas o poder Legislativo é competente para retirar do ordenamento jurídico as normas, portanto, nesse caso a regra ainda será e válida e existente, contudo, não terá vigência e eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: Norma. Judiciário. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work carried out an analysis about the effects caused by the declaration of unconstitutionality on the diffuse and concentrated controls of constitutionality, related to the in force, efficacy and validity attributes of the legal norm. As provided by the Brazilian legal system, the effects caused by the declaration of unconstitutionality of a legal norm through diffuse control only covers the case in particular under judgment and for this reason, the effects caused by the declaration are "inter partes", which ends up impeding that the in force and effectiveness of the legal norm regulates the legal relationship of the particular case covered by the incidental unconstitutionality. On the other hand, on the control of constitutionality concentrated, carried out by the Federal Supreme Court, the effects of the decision are "erga omnes", that is, valid for all. In such cases, the legal norm in any legal relationship that it regulates will be in force and effective, however, this unconstitutionality does not have the power to remove from the system the legal rule considered unconstitutional, since only the legislative power is competent to withdraw from the legal system rules, therefore, in this case the rule will still be valid and existing, however, will not be in force and effective

KEY WORDS: Standard. Judiciary. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo efetuou uma análise acerca dos atributos das normas jurídicas – validade,

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” em Presidente Prudente, Estado de São Paulo. cursando especialização em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. E-mail: caio_matheuspadua@outlook.com.

vigência e eficácia -, demonstrando quais os efeitos resultando da declaração de inconstitucionalidade pelos controles difuso e concentrado.

Inicialmente, foi realizado uma pequena análise da forma em que as normas jurídicas são criadas no ordenamento jurídico brasileiro. A análise voltou-se para o método do Constructivismo Lógico-Semântico utilizado pelo professor Paulo de Barros, onde as regras jurídicas nascem da interpretação do interprete frente aos enunciados prescritivos dispostos nos textos normativos jurídicos.

Após essa análise, passou-se ao estudo das diversas concepções sobre o atributo da validade da norma jurídica, ao qual adotou-se aquela em que equipara validade como existência.

Posteriormente a fixação da concepção da validade da norma jurídica, o presente trabalho analisou os outros dois atributos da norma, tais sejam, vigência e eficácia, onde ficou constatado que vigência seria a possibilidade em que aquela regra jurídica obtém de regular as relações intersubjetivas e eficácia como a aplicação daquela norma frente a relação jurídica.

O estudo voltou-se, ainda, para os efeitos ocasionados pela declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica frente aos controles difusos e concentrado realizados pelo Poder Judiciário.

Por fim, salienta-se que o método utilizado na pesquisa foi o dedutivo, pois todo o estudo restou-se pautado em teorias e livros, os quais foram responsáveis para a conclusão do presente trabalho.

A ANÁLISE DA NORMA JURÍDICA NO MÉTODO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

Antes mesmo de adentrar ao enfoque central do presente trabalho, se faz mister um pequeno estudo acerca do que venha ser “norma jurídica”. Para essa análise, será utilizado o método Constructivismo Lógico-Semântico empregado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho.

Segundo disciplina o nobre professor, o direito é composto pelo conjunto de normas jurídicas válidas em um dado ordenamento jurídico² e pode ser subdividido em direito positivo e ciência do direito.

O direito positivo é composto pelos enunciados prescritivos, também denominados de textos legais e servem de base para a criação das normas jurídicas. Diante disso, é possível observar que as normas jurídicas não são entendidas como os textos legais, isto é, a terminologia “norma jurídica” não é empregada como sinônimo de texto legal, mas sim como produto da interpretação

2 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

desses enunciados, sempre estruturada na forma do hipotético-condicional (H C).³

É por meio do direito positivo que se analisa os fatos e relações sociais que serão disciplinadas pelo direito, nascendo assim a linguagem jurídica. Essa linguagem jurídica é objeto do próprio jurista e onde há linguagem jurídica, necessariamente, existirá normas jurídicas.⁴

A Ciência do Direito por sua vez, não é composta por enunciados prescritivos que visam disciplinar e escolher as condutas que o direito irá regulamentar, ela tem como base de estudo o próprio direito positivo.

Diante disso, constata-se que as normas jurídicas não estão alocadas no campo do direito positivo, mas sim no campo da Ciência do Direito, pois elas são o produto da interpretação dos enunciados prescritivos criados pelo legislador, conforme dispõe o Professor Paulo de Barros Carvalho:

[...] é exatamente o juízo que a leitura do texto provoca em nosso espírito, é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, mas especificamente, como resultado da compreensão dos textos legislados.⁵

De fato, as normas jurídicas são o produto da interpretação dos enunciados prescritivos positivados em lei, todavia, é importante ressaltar que a norma jurídica não nasce apenas da simples interpretação dos enunciados prescritivos, pois, além da interpretação se faz imprescindível que elas sejam estruturadas na forma do hipotético-condicional.

Um exemplo esclarece o que está sendo dito: do enunciado “*pena privativa de liberdade de 4 a 20 anos*”, chega-se à conclusão de que a pena para a prática de uma determinada conduta proibida pelo ordenamento jurídico é de 4 a 20 anos. Muito embora para que se chegue a essa conclusão é necessário a realização de uma interpretação, isso, por si só, não é suficiente para a criação de uma norma jurídica, haja vista que tal proposição não manifesta o sentido completo da mensagem deixada pelo legislador, pois não se sabe qual é a conduta prescrita e nem a circunstância fática que de ensejo a sua aplicação. Essas determinações só serão mensuradas quando a interpretação ocorrer na estrutura do hipotético-condicional - *se ocorrer o fato H, então deve ser a pena privativa de liberdade de 4 a 20 anos*.⁶

Desta forma, para que uma norma jurídica expresse a completude da mensagem legislada se faz necessário, além de ser construída a partir dos enunciados prescritivos dos textos do direito positivo, que ela esteja estruturada na forma do hipotético condicional.

As normas são construídas pelo interprete, que toma como plano físico os enunciados

3 TOMAZINI, Aurora. **Teoria Geral do Direito (o constructivismo lógico-semântico)**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

4 TOMAZINI. op., cit., páginas 238.

5 CARVALHO. op., cit., páginas 8

6 TOMAZINI. op., cit., páginas 239

prescritivos e se utiliza da estruturação do hipotético-condicional para as construir. Elas, normas jurídicas, são construções do interprete porque não se encontram no plano físico do direito, como é o caso dos enunciados prescritivos, mas sim escondidas dentro dos textos legais.⁷

Essa construção é produzida na mente do próprio interprete e acaba sendo condicionada por suas próprias referências culturais. É por esse motivo que um mesmo enunciado prescritivo pode obter mais de uma interpretação e originar diferentes normas jurídicas, pois nenhum interprete é igual, ainda que viva na mesma localidade.⁸

Além do mais, pelo fato das normas jurídicas serem um produto da interpretação do interprete e estarem na implicitude dos enunciados prescritivos, o número de normas jurídicas não guarda coerência com o número de enunciados prescritivos, isto é, por vezes o interprete necessita da interpretação de mais de um enunciado para se chegar a criação de uma norma jurídica, já em outros casos um único enunciado pode gerar a criação de mais de uma norma jurídica.

Isso ocorre, nos dizeres da professora Aurora Tomazini, pois a significação das normas jurídicas é “valorativa, por isso, a impossibilidade de apontar segura e determinadamente qual norma construímos deste ou daquele enunciado”⁹, sendo que a única certeza é a utilização da estrutura na forma do hipotético-condicional para a criação das normas jurídicas.

Após ser fixado que as normas jurídicas são interpretações realizadas através dos enunciados prescritos, sempre pautadas na estrutura do hipotético-condicional, se faz mister tecermos alguns comentários sobre a forma que ocorre esse processo de interpretação.

O professor Paulo de Barros Carvalho, por meio do método do Constructivismo Lógico-Semântico, acabou criando o procedimento de criação das normas jurídicas, que ocorre em 4 (quatro) fases, denominados de planos S1; S2; S3 e S4.¹⁰

O primeiro plano, denominado de S1, seria os enunciados prescritivos, primeira forma que o interprete toma contato com o elemento material que servirá de base para a interpretação.

Por se tratar de norma jurídica, se faz necessário esclarecer que os enunciados prescritivos que servem de base para a interpretação são aqueles textos legais, isto é, Constituição Federal, Códigos de Processos ou de Direitos Materiais, Decretos normativos e etc.

Isso ocorre, pois, esses são os enunciados que regulamentam os fatos e as relações sociais e apenas eles têm o condão de serem interpretados como normas jurídicas.¹¹

O segundo plano, S2, é denominado de proposições isoladas. Aqui o interprete após tomar contato com o enunciado prescritivo constrói em sua mente significações isoladas sobre qual é a

7 TOMAZINI. op., cit., páginas 242

8 TOMAZINI. op., cit., páginas 243.

9 TOMAZINI. op., cit., páginas 244.

10 CARVALHO. op., cit., páginas 18.

11 CARVALHO. op., cit., páginas 23.

mensagem deixada pelo legislador.

Contudo, embora ele construa em sua mente significações sobre os conteúdos deixados pelo legislador, ainda não existe nesse plano as normas jurídicas, pois essas interpretações não estão estruturadas na forma do hipotético-condicional, portanto, falta elementos para a criação das normas jurídicas, existe apenas interpretações isoladas.¹²

No terceiro plano, ou também chamado de S3, o interprete organiza aquelas significações isoladas na forma da estrutura do hipotético-condicional – H C -, construindo, assim, as normas jurídicas de forma plena, demonstrando todos os elementos e completando a mensagem deixada pelo legislador.

Aqui sim, existe a norma jurídica em sentido estrito.¹³

O quarto e último plano, S4, está ligado a consonância da norma jurídica construída pelo interprete no plano S3, frente a todo o ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico brasileiro é uno, isto é, embora exista diversos ramos do direito, como por exemplo, direito civil, direito penal, direito trabalhista, direito tributário, que são responsáveis por regulamentar questões diversificadas, as normas jurídicas criadas em cada um desses ramos podem e devem se complementarem entre si.

Um exemplo esclarece o que está sendo dito: imaginemos uma norma jurídica que assim dispõe: “ *H: dado ao fato do servidor público se apropriar de um bem público deve ser, C: que o servidor público após constatada sua culpa pela pratica do delito seja responsabilizado pelo crime de peculato do artigo 312 do CP, com a pena privativa de liberdade de 2 a 12 anos.* ”. Dá análise da norma jurídica penal, é possível observar que se trata da responsabilização do delito de peculato. Pois bem, o código penal não conceitua o que venha ser servidor público, mas apenas dispõe sobre os delitos que eles podem cometer. Quem trata sobre o servidor público, conceituando e especificando quais são as suas características é o direito administrativo. Pelo fato do ordenamento jurídico ser uno, o direito penal pode “*pegar emprestado*” o que o direito administrativo dispõe sobre o que venha ser servidor público, para utilizar no momento no enquadramento do delito.¹⁴

É nesse sentido que o plano é S4 é utilizado na criação das normas jurídicas, pois é por meio dele que se estabelece uma ligação entre todos os ramos do direito para a melhor construção das normas jurídicas.

Assim sendo, após toda a análise realizada é possível concluir que as normas jurídicas são criadas pelo interprete, que tomando como base os enunciados jurídicos prescritivos, utilizam-se da estrutura do hipotético-condicional para chegar a mensagem trazida no diploma legal.

12 TOMAZINI. op., cit., Páginas 245.

13 CARVALHO. op., cit., páginas 53

14 CARVALHO. op., cit., páginas 60

CONCEPÇÕES SOBRE A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

Existe no ordenamento jurídico brasileiro três posicionamentos acerca da validade da norma jurídica. Ao depender da forma como o ordenamento jurídico é analisado a concepção sobre o conceito de validade modifica-se.

É importante ressaltar que em cada posicionamento o jurista acaba obtendo um conceito diferenciado sobre a concepção do próprio direito.

Diante disso, passa-se a análise de cada um dos posicionamentos existentes acerca da validade da norma jurídica.

JUSNATURALISTA

O jusnaturalismo é a Escola mais antiga existente no direito. Na concepção dos que defendem esse sistema, o direito seria um conjunto de princípios absolutos e imutáveis cuja a existência advém de o próprio ser humano, isto é, o homem já nasce munido de direitos denominados de “naturais” que são anteriores ao conjunto de leis que regulamentam a vida em sociedade.¹⁵

Segundo essa corrente, o homem já conseguia viver em sociedade antes mesmo da criação das leis, isso ocorria em razão de existir um conjunto de regras naturais responsáveis por regulamentar as relações intersubjetivas, portanto, o homem já era sujeito englobado por esse conjunto de regras e isso acabou constituindo o próprio direito.¹⁶

Aqui as regras criadas pelo Estado limitam-se a tornar estável as relações jurídicas já existentes, isto é, o direito não nasce da positivação das leis, haja vista que ele é algo natural preexistente a qualquer tipo legal.

Assim sendo, para essa corrente o direito seria um conjunto de normas e princípios que não nasce de uma vontade humana e com a positivação dessa vontade em um diploma legal, mas sim provêm de uma natureza superior, divina inerente a todos que expressam a ideia de justiça.¹⁷

Seguindo essa concepção do direito, a validade da norma jurídica acaba obtendo uma natureza de valiosidade, onde essa norma é justa e moral, responsável por atender a ordem natural do direito¹⁸, é eterna ao homem independente de positivação e engloba a todos.

15 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Icone, 1995, páginas 105.

16 BOBBIO. op., cit., páginas 106

17 TOMAZINI. op., cit., páginas 69

18 TOMAZINI. op., cit., páginas 70.

REALISMO JURÍDICO

Na concepção realista jurídica, o direito é atribuído através de um enfoque social, isto é, a análise paira sobre a efetivação do direito no dia a dia.

Diferentemente do que ocorre nos primórdios na escola dos jusnaturalistas, os defensores do realismo jurídico não acreditam que o direito provém de algo natural e que é inerente a todos os homens de uma determinada sociedade.

Para os que defendem esse tipo de sistema, o direito seria o resultado de forças sociais, sendo analisado juntamente com o fato social, assumindo um papel de controle social.¹⁹

No realismo a análise realizada é empírica com enfoque na aplicação e efetivação do direito. A concepção nesse sistema é pragmática na aplicação e aceitação das regras estipuladas pelo direito nas relações intersubjetivas e no próprio poder judiciário.²⁰

Desta forma, como o realismo estuda o direito na forma pragmática, a validade das normas jurídicas está relacionada com a sua utilização nas relações intersubjetivas ou aplicação no poder judiciário, de modo que para que uma norma seja válida ela deve ser aceita pela sociedade e aplicada pelos tribunais.

Portanto, nesse sistema a validade seria tomada como sinônimo de eficácia.²¹

POSITIVISMO JURÍDICO

Na concepção positivista, o direito não é considerado como algo natural inerente a todos os homens de uma sociedade, bem como não é analisado conforme a aceitação e aplicação das regras na sociedade e nos tribunais.

Para o positivismo, sistema utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o direito nasce da positivação dessas regras nos diplomas legais, isto é, por meio dos enunciados prescritivos que se consegue regulamentar as relações intersubjetivas.

Um fato social sem estar positivado em lei não é passível de gerar efeitos no mundo jurídico. É nesse sentido que o direito é entendido pelos positivistas “pelo conjunto de normas jurídicas validas em uma sociedade”, pois os fatos sociais ao serem convertidos em linguagem próprias se tornam normas jurídicas responsáveis por regulamentar as relações intersubjetivas em uma determinada sociedade.²²

Desta forma, a validade das normas jurídicas no sistema positivista obtém uma natureza muito diferente daquela defendida nos sistemas jusnaturalista e do realismo jurídico.

19 TOMAZINI. op., cit., páginas 70.

20 TOMAZINI. op., cit., páginas 71.

21 TOMAZINI. op., cit., páginas 71

22 TOMAZINI. op., cit., páginas 517.

Se de um lado no sistema jusnaturalista a validade das normas jurídicas obtém uma natureza de valiosidade e atendem a uma ordem natural e no sistema do realismo jurídico a validade das normas jurídicas é tida como sinônimo de eficácia, no positivismo jurídico a validade das normas jurídicas pode ser analisada sobre dois vieses, o primeiro como sinônimo de existência, ao qual é defendido no presente trabalho, e o segundo como característica da norma averiguada depois de existir no ordenamento jurídico.

Para aqueles que defendem a validade como característica da norma após ela estar inserida no ordenamento jurídico, partem do modelo pensado por Pontes de Miranda, que entende que o universo jurídico é formado por três planos, tais sejam, existência, validade e eficácia.²³

Partindo desse pressuposto Pontes de Miranda entende que “para que algo valha é preciso que exista, não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade de algo que não existe”²⁴. Diante disso, nessa visão a validade seria entendida como uma característica da norma jurídica, isto é, que aquela norma está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico e, portanto, ela é válida e isso só ocorre posteriormente a sua existência.

Diferentemente do pensamento supracitado é aquele que entende a validade da norma jurídica como sinônimo de existência, ao qual parece ser o mais adequado.

Segundo essa teoria, a validade não é uma característica da norma jurídica, ela é entendida como sinônimo de existência. Ora, dizer que uma norma jurídica é validade importa afirmar que ela existe juridicamente e que pertence ao direito positivo, nesse sentido Paulo de Barros Carvalho:

[...] a validade se confunde com a existência, de sorte que afirmar que uma norma existe, implica reconhecer sua validade em face de determinado sistema jurídico. Do que se pode inferir: ou a norma existe, está no sistema e é, portanto, validade, ou não existe como norma jurídica.²⁵

A validade é entendida como sinônimo de existência pois leva-se em conta a relação da norma jurídica com o ordenamento jurídico. Para essa corrente se aplica a regra do terceiro excluído, isto é, ou a norma jurídica é validade e, portanto, existe, ou ela não é validade e em razão disso não existe no ordenamento jurídico, não havendo possibilidade de uma norma jurídica pertencer “mais ou menos” ao ordenamento jurídico, pois, ou ela está ali inserida ou não.²⁶

Portanto, a concepção de validade das normas jurídicas aqui utilizada é aquela que reconhece a validade como sinônimo de existência, de tal sorte que ao afirmar que uma norma jurídica é válida significa dizer que ela existe no ordenamento jurídico brasileiro.

23 MIRANDA. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro, Borsoi 1954. T. IV, páginas 68.

24 MIRANDA. Pontes de. op., cit., páginas 72.

25 CARVALHO, op., cit., páginas 210

26 TOMAZINI. op., cit., páginas 520.

VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

Conforme analisado no subtópico anterior, a ideia de validade da norma jurídica empregada no presente trabalho é aquela que toma como sinônimo de validade a concepção de existência, de modo que uma norma válida no ordenamento jurídico brasileiro é aquela que existe e caso ela não seja válida é porque ela não existe como linguagem jurídica, não sendo capaz de produzir os seus efeitos nas relações jurídicas intersubjetivas.

Pois bem. Firmado essa ideia sobre validade da norma jurídica, cumpre fazer algumas considerações sobre outros institutos que compõe as normas jurídicas, tais sejam, a vigência e a eficácia dessa norma frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para essas considerações, também será empregado o método do Constructivismo Lógico-Semântico utilizado pelo professor Paulo de Barros Carvalho.

De início, é importante ressaltar que vigência não é a mesma coisa que validade da norma jurídica, embora ambas pareçam ter o mesmo sentido, são institutos diferentes.

Enquanto validade está ligada a concepção de existência da norma jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, vigência é o atributo que possibilita que aquela regra jurídica produza seus efeitos nas relações intersubjetivas.²⁷

É plenamente possível que uma norma jurídica seja válida e, portanto, exista no ordenamento jurídico brasileiro, mas não seja capaz de produzir seus efeitos, pelo fato de ainda não estar apta para regulamentar relações intersubjetivas – *como ocorre nos casos do período de vacatio legis*.

A vigência da norma jurídica pode ser dividida em duas espécies, sendo a primeira denominada de vigência parcial e a segunda denominada de vigência plena.²⁸

Como a própria denominação já dispõe a vigência limitada ocorre quando as normas jurídicas são capazes de produzirem seus efeitos apenas em um determinado período, elas ocorrem nos casos de revogação daquela regra jurídica.

Nesses casos, diferentemente do que entende boa parte da doutrina pátria, ao qual defendem que uma norma revogada não é capaz de produzir mais seus efeitos, o entendimento encampado aqui é diferente.

Nas normas jurídicas, que por serem revogadas obtêm vigência limitada, a revogação não é passível de eliminar todos os seus efeitos, tendo em vista que essa norma jurídica ainda produzirá seus efeitos e regulamentará aquelas relações intersubjetivas que ocorreram anteriormente à

27 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, páginas 464.

28 CARVALHO. op., cit., páginas 465.

revogação.²⁹

Portanto, nesses casos a norma revogada ainda continuará produzindo esses efeitos, obtendo, assim, uma vigência parcial apenas para os fatos passados.

Isso também ocorre com as novas normas que revogam regras jurídicas existentes no ordenamento jurídico, tendo em vista que elas serão vigentes apenas para os acontecimentos futuros à sua existência.

De outro lado é a vigência plena, pois nesses casos não existe nenhuma limitação ou impedimento que limite ou impeça que a norma jurídica produza seus efeitos. A vigência plena é aquela que o efeito da norma jurídica válida ocorre tanto para os fatos passados, como para os fatos futuros.

Portanto, afirmar que uma norma jurídica obtém vigência plena é reconhecer que ela está “apta para qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos de direito, dentro dos limites que a ordem positiva estabelece”³⁰, em qualquer tempo sem nenhuma limitação e impedimento.

A eficácia por sua vez, que também é um atributo das normas jurídicas, está ligada a aplicação e efetividade da norma jurídica, isto é, enquanto a vigência diz respeito aos fatos que a regra pode produzir seus efeitos, a eficácia seria a aplicação da norma nas relações intersubjetivas.

Cumprido ressaltar, que muitos juristas acabam utilizando esse instituto como sinônimo de vigência, todavia, esses atributos da norma jurídica não se confundem. Ora, uma coisa é a norma ter aptidão para produzir seus efeitos em determinadas relações intersubjetivas, o que acontece na vigência, outra coisa é essa norma produzir seus efeitos efetivamente e regulamentar essas relações, como ocorre na eficácia.

Existe no ordenamento jurídico brasileiro regras que são aptas para regulamentar as relações intersubjetivas, entretanto, efetivamente elas não produzem seus efeitos, seja pelo fato de não incidirem nas relações, ou em razão de não serem cumpridas pelos seus destinatários.³¹

É nesse sentido que se entende equivocados, com a máxima vênia, os posicionamentos dos juristas que tomam como sinônimo eficácia e vigência da norma jurídica.

O atributo da eficácia da norma jurídica, segundo defende o Professor Paulo de Barros Carvalho, pode ser estudado sobre três ângulos, tais sejam, eficácia técnica, eficácia jurídica e eficácia social.³²

A eficácia técnica é entendida como a possibilidade que a norma jurídica tem de efetivamente produzir seus efeitos nas relações intersubjetivas. Em regra, isso ocorre no momento

29 CARVALHO. op., cit., páginas 466.

30 CARVALHO. op., cit., páginas 467.

31 CARVALHO. op., cit., páginas 468.

32 TOMAZINI. op., cit., páginas 526.

em que a regra jurídica passa a ser vigente no ordenamento brasileiro.³³

Ocorre que, nem toda norma jurídica vigente obtém eficácia técnica, pois pode existir situações que impeçam que uma determinada regra possa efetivamente regulamentar uma relação intersubjetiva. Quando isso ocorre, a norma jurídica é carente de eficácia técnica e, portanto, não pode produzir seus efeitos.

O professor Paulo de Barros Carvalho, subdivide a ineficácia técnica de três formas, tais sejam, ineficácia técnica semântica, ineficácia técnica sintática e ineficácia técnica pragmática, vejamos:

[...] a ineficácia técnica será de caráter semântico quando dificuldades de ordem material impeçam, iterativamente, a configuração em linguagem competente tanto do evento previsto quando dos efeitos para ela estipulados. Em ambos os casos, ineficácia técnica-sintática ou técnica-semântica, as normas jurídicas são vigentes, os sucessos do mundo social delas descritas se realizam, porém incorrerá o fenômeno da juridicização do acontecimento, bem como a propagação dos efeitos que lhe são peculiares.³⁴

Diante disso, conclui-se que a eficácia técnica seria a aplicação da norma jurídica ao caso em concreto sem nenhum empecilho, isto é, sem qualquer entrave que impeça a efetiva utilização dessa norma nas relações jurídicas.

A eficácia jurídica é entendida como a possibilidade de a norma jurídica produzir seus efeitos nos fatos jurídicos, portanto, ela acaba sendo um atributo do fato jurídico em si e não da norma jurídica.³⁵

Como já dito em tópicos anteriores, a realidade social não se confunde com a realidade jurídica. O direito por ser entendido como um conjunto de normas jurídicas válidas em uma sociedade é tido como uma espécie e linguagem.

A linguagem social, que são os eventos ocorridos em toda a sociedade não se confunde com a linguagem jurídica. A linguagem jurídica abrange apenas um determinado número de fatos restritos, que após passado por todo o processo de positivação, se tornam enunciados prescritivos e em razão disso são regulamentados pelo direito. A linguagem social por sua vez, está relacionado a todos os acontecimentos existentes em uma determinada sociedade que não foram convertidos em linguagem jurídica e, portanto, fogem da alçada da regulamentação do direito.³⁶

Um exemplo esclarece o que está sendo dito: uma tempestade, ela é tida como um evento que ocorre em todas as sociedades. O direito não obtém interesse em regulamentar uma tempestade. Diante disso, esse evento – tempestade –, está encampado na linguagem social e não na linguagem jurídica. Desta forma, nunca existirá uma norma jurídica que irá ser vigente em relação a

33 CARVALHO. op., cit., páginas 474.

34 CARVALHO. op., cit., páginas 475.

35 TOMAZINI. op., cit., páginas 527.

36 TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova No Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

tempestade e, portanto, nesse evento não existe eficácia jurídica.³⁷

É nesse sentido que recai a eficácia jurídica, pois ela só ocorre aos fatos convertidos em linguagem jurídica, sendo a chamada “causalidade jurídica, ou seja, o vínculo de implicação mediante o qual, ocorrendo o fato jurídico (relato do evento no antecedente da norma), instala-se a relação jurídica”.³⁸

Por fim, a eficácia social não está ligada ao direito em si, mas sim a Sociologia jurídica. Entende-se por eficácia social o acatamento daquela norma jurídica pela sociedade onde ela está inserida, se a norma “pegou ou não pegou”.

Nesse ângulo de análise da eficácia, a norma será socialmente eficaz cuja a sua disciplina foi concretamente seguida pelos seus destinatários, sendo satisfeito os anseios do legislador quando da criação daquela norma.³⁹

Assim sendo, conclui-se que a vigência da norma jurídica está destinada a possibilidade que a norma jurídica tem de produzir seus efeitos, isto é, quais as relações que serão regulamentadas pela ordem emanada daquela regra jurídica. Por sua vez a eficácia, é o atributo da norma jurídica responsável por efetivamente aplicar essas ordens emanadas da regra, nas relações jurídicas por ela regulamentadas.

VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA FRENTE AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes mesmo de adentrar ao ponto principal do tema, se faz mister uma breve análise acerca dos dois tipos de controle da constitucionalidade que existem no ordenamento jurídico brasileiro, tais sejam, o controle de constitucionalidade difuso e o controle de constitucionalidade concentrado.

O controle de constitucionalidade difuso, é aquele realizado por qualquer tipo de órgão de poder judiciário e ocorre em qualquer grau de jurisdição. É assim denominado em razão da forma em que ele ocorre, tendo em vista que como todo órgão do poder judiciário tem competência para realizar esse tipo de controle, todas as demandas que são postas à análise do poder judiciário são passíveis da realização desse controle.⁴⁰

Diferentemente do que ocorre no controle concentrado, qualquer indivíduo ao ajuizar uma demanda judicial pode requerer a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica, não existindo um rol taxativo de legitimados para a efetuação desse requerimento.

37 TOMÉ. op., cit.

38 CARVALHO. op., cit., páginas 474.

39 CARVALHO. op., cit., páginas 476

40 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Outra coisa que deve ser ressaltada é o alcance e os limites subjetivos da decisão que declara por meio de controle de constitucionalidade difuso a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica.

A abrangência dessa declaração é apenas ao caso concreto posto à análise do poder judiciário e os limites subjetivos é “*inter partes*”, isto é, vale apenas para os indivíduos que compõem aquela demanda em que ocorreu a declaração da inconstitucionalidade incidental.⁴¹

O controle de constitucionalidade concentrado por sua vez, é aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo este o motivo para a denominação de “controle concentrado”, haja vista que esse é o único órgão do poder judiciário competente para a realização desse controle.⁴²

A abrangência desse controle de constitucionalidade acaba sendo maior que aquela realizada no controle difuso, pois aqui o Supremo Tribunal Federal poderá analisar a constitucionalidade de todas as normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, até mesmo aquelas criadas anteriormente e que foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do que ocorre no controle de constitucionalidade difuso, não são todas as pessoas que terão legitimidade para requerer por meio do controle de constitucionalidade concentrado a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103, estabelece um rol taxativo de quem terá legitimidade para a propositura desse controle concentrado.

Por fim, o alcance e o limite subjetivo da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica nessa espécie de controle é mais abrangente do que aquele que ocorre no controle difuso. A declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal abrange todos os casos regulamentados por aquela norma jurídica e os limites subjetivos dessa decisão é “*erga omnes*”, isto é, vale para todos.⁴³

Findadas as considerações acerca das duas espécies de controle de constitucionalidade, passa-se a análise dos efeitos ocasionados por esses controles frente aos atributos da vigência, eficácia e validade da norma jurídica.

Uma norma jurídica, ao ser declarada inconstitucional por meio de controle de constitucionalidade difuso acaba gerando alguns efeitos aos atributos de vigência e eficácia de uma determinada norma jurídica.⁴⁴

Quando um órgão do poder judiciário reconhece a inconstitucionalidade incidental de uma norma jurídica, o efeito imediato para a parte beneficiária dessa declaração são: a) aquela norma

41 SILVA. op., cit., páginas 48.

42 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

43 SILVA. op., cit., páginas 54

44 CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

deixa de regulamentar a relação jurídica; b) eventuais penalidades derivadas do não cumprimento da obrigatoriedade imposta pela norma jurídica não será mais efetivamente aplicada.

Diante disso, a declaração de inconstitucionalidade incidental faz com que aquela norma jurídica perca sua vigência e eficácia frente a relação jurídica que ela regulamentava.

Todavia, a norma jurídica deixará de ser vigente e eficaz apenas na relação jurídica do beneficiário da declaração de inconstitucionalidade, pois como dito anteriormente o limite subjetivo no controle difuso é “inter partes”, isto é, abrange apenas aquele caso concreto da parte autora da demanda.

A norma jurídica ainda continuará validade e, portanto, existirá no ordenamento jurídico, sendo plenamente vigente e eficaz nas demais relações jurídicas semelhantes a aquela que foi submetida ao controle difuso.

Portanto, a inconstitucionalidade por meio do controle difuso gera efeitos para vigência e eficácia da norma jurídica, mas tão somente na relação jurídica derivada do caso concreto posto à análise do poder judiciário.

Por outro lado, o que dispendera uma análise mais aprofundada são os efeitos trazidos pela declaração de inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade concentrado, ao qual a abrangência e os limites subjetivos da decisão têm efeito “erga omnes”, vale para todos.⁴⁵

É um tema um tanto divergente entre os doutrinadores brasileiros a questão atinente ao que a declaração de inconstitucionalidade pelo o controle concentrado causa nas normas jurídicas, isto é, uma regra ao ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é retirada do ordenamento jurídico? Vez que ela não mais poderá regulamentar e ser aplicada em nenhuma relação jurídica.

Muitos doutrinadores defendem a tese de que a declaração de inconstitucionalidade por meio de controle concentrado tem o condão de expurgar do ordenamento jurídico brasileiro as normas que foram declaradas inconstitucionais.⁴⁶

Data vênia ao pensamento defendido, mas entende-se que ele não pode prevalecer. De fato, a declaração de inconstitucionalidade por meio do controle concentrado tem o condão de impedir que a norma jurídica submetida a esse julgamento vigore e seja aplicada em todas as relações jurídicas que ela regulamentava, todavia, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para retirar essa norma jurídica do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme prevê o artigo 2ª da Constituição Federal de 1988, existe no ordenamento jurídico brasileiro três poderes independentes e harmônicos, entre si, tais sejam, Legislativo,

45 SILVA. op., cit., páginas 57.

46 AGRA. op., cit., páginas 115.

Executivo e Judiciário. Ao poder Legislativo compete a criação das leis, ao Executivo a administração do País e ao Poder Judiciário julgar as demandas postas à sua análise.

Diante disso, a declaração de inconstitucionalidade pelo controle concentrado não poderá retirar do ordenamento jurídico brasileiro a norma jurídica submetida ao julgamento, tendo em vista que o único poder que tem competência para retirar do sistema uma norma é o Legislativo.

É por esse motivo que o Supremo Tribunal Federal por meio do controle concertado não retira a norma do ordenamento jurídico, e essa vedação é pautada no princípio da separação dos poderes.⁴⁷

Ora, o Legislativo não é competente para julgar demandas, assim como o Judiciário não é competente para retirar do sistema normas jurídicas, ainda que essas sejam inconstitucionais.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade por meio do controle de constitucionalidade concentrado gera dois efeitos para a norma jurídica, tais sejam, ela não mais será vigente em todas as relações jurídicas que regulamentava, bem como também não será eficaz nessas relações.⁴⁸

Contudo, embora essa norma jurídica não seja mais vigente e eficaz nas relações jurídicas, ela ainda será válida e, portanto, existente no ordenamento jurídico brasileiro, até que o poder Legislativo retire ela do sistema.

CONCLUSÃO

As normas jurídicas, através de uma análise do Constructivismo Lógico-Semântico, nascem da interpretação de interprete, que por meio da relação do hipotético-condicional constrói as regras jurídicas que serão responsáveis por regulamentar as relações intersubjetivas de uma sociedade.

Existem nessas regras jurídicas três atributos que as compõe, tais sejam, validade, vigência e eficácia.

A validade é entendida como sinônimo de existência, isto é, afirmar que uma norma jurídica é validade implica dizer que ela pertence a um determinado ordenamento jurídico. Por outro lado, vigência está ligada a possibilidade que a norma jurídica tem de regulamentar as relações intersubjetivas. Já a eficácia, é a possibilidade de a norma jurídica efetivamente produzir seus efeitos, de modo que uma ocorrendo a hipótese disciplinada na regra jurídica, ela será aplicada ao caso por ela regulamentado.

Pode ocorrer dessas normas jurídicas, ao ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro,

47 PIÇARRA. Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989.

48 CARVALHO. op., cit., páginas 126.

serem contrárias aos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Quando isso ocorre, essas regras jurídicas são consideradas inconstitucionais e a própria Constituição Federal prevê um mecanismo contra essas normas inconstitucionais, tais sejam, o controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

O controle difuso, ou também denominado de incidental, é realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário e ao reconhecer que aquela norma é de fato inconstitucional, acarreta dois efeitos para a regra, o primeiro impede que a norma seja vigente naquela relação e conseqüentemente que não mais seja efetivamente aplicada, todavia, esses efeitos são aplicados apenas ao caso concreto posto à análise do Poder Judiciário. Por outro lado, o controle de constitucionalidade concretado, é realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Os efeitos desse controle são “erga omnes”, isto é, vale para todos.

A declaração de inconstitucionalidade da regra jurídica por meio do controle concentrado atinge a vigência e eficácia da norma jurídica, mas diferentemente do que ocorre no controle difuso, a regra jurídica não poderá mais regulamentar nenhum tipo de relação jurídica e efetivamente ser aplicada, pois como dito a inconstitucionalidade por meio desse controle gera efeito “erga omnes”.

É em razão disso que muitos doutrinadores entendem que a declaração de inconstitucionalidade por meio do controle concentrado retira do ordenamento jurídico a norma jurídica. Entretanto, a declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de retirar a regra do sistema jurídico, pois o único órgão competente para tanto é o poder Legislativo.

Assim sendo, conclui-se que a declaração de inconstitucionalidade por meio do controle concentrado tem o condão de acabar com a vigência e eficácia da norma jurídica, todavia, essa norma ainda continuará válida e, portanto, existente até que o poder Legislativo a retire do ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Icone, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivização no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro, Borsoi 1954. T. IV.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989.

TOMAZINI, Aurora. **Teoria Geral do Direito (o constructivismo lógico-semântico)**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova No Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.