



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria Geral do Estado

2015

Impressão

Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina

Projeto Gráfico e Diagramação

Heloisa de Oliveira Ganzo Vieira

Capa

Valdir Siqueira | MTb: 31.804

Revisão

Débora Silveira de Souza Cardoso

COMISSÃO EDITORIAL*

Eduardo Zanatta Brandeburgo

Elenise Magnus Hendler

Ricardo Della Giustina

Rejane Maria Bertoli – coordenadora

* Procuradores do Estado, designados pela Portaria nº 23/2014.

FICHA CATALOGRÁFICA**Catálogo na publicação - CIP - Brasil****Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina - DIOESC**

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Giovania Nunes (CRB-14/993)

R454

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa
Catarina, n. 4. -- Florianópolis: DIOESC, 2015.
223p.

Anual
ISSN 2319-0671

1. Direito Administrativo 2. Direito Tributário. I.
Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina II. Título

CDU 340



Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina
Rua Duque de Caxias, 261 • Saco dos Limões
CEP 88045-250 • Florianópolis/SC

Editorial

A edição de 2015 da Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina permanece com o objetivo de divulgar artigos baseados em estudos dos procuradores do Estado de Santa Catarina.

Destaca-se na presente edição os resultados do investimento da Procuradoria Geral do Estado no aprimoramento acadêmico, bem como na capacitação profissional dos integrantes da carreira.

Mostra disso é a relevância dos temas tratados e a profundidade das abordagens de cunho científico. Nos artigos transitam temas de direito público dos mais variados, desde questões de interesse do direito constitucional até análises pragmáticas do cotidiano da advocacia pública.

A publicação desses trabalhos permite que novas ideias passem a ser conhecidas por todos os operadores do direito, na medida em que integrem o arcabouço doutrinário.

A realidade desta edição não seria possível se a Procuradoria Geral do Estado não estivesse focada em políticas que permitem a construção de serviços jurídicos de excelência, tampouco se os membros da carreira não estivessem movidos por esse desafio.

Nossos sinceros agradecimentos a todos que colaboraram, direta ou indiretamente.

Comissão editorial

Dias efervescentes

Em 2015, a Procuradoria Geral do Estado vive uma fase de intensa atividade acadêmica e científica. Nove procuradores do Estado estão em processo de elaboração de suas dissertações de mestrado em direito; mais três estão ingressando no programa. Outras vagas estarão disponíveis no próximo ano e já há candidatos interessados. Recentemente, 17 Procuradores do Estado concluíram curso de especialização à distância em processo civil. Outros estiverem presentes em dezenas de encontros ou simpósios de curta duração. Em junho, em parceria com a Advocacia geral da União, promovemos o ciclo de palestras “A Fazenda Pública em Juízo” (à luz no novo Código de Processo Civil), que teve lugar no Auditório do Instituto de Previdência de Santa Catarina, com participação significativa de advogados públicos. Em setembro, em parceria com a Academia Catarinense de Letras Jurídicas, realizamos a primeira edição do Observatório da Suprema Corte, evento aberto ao público externo, gratuito, que contou com participação de conferencistas de primeira grandeza. Agora, vem à luz mais um número da Revista da PGE, integralmente composta de artigos de autoria de nossos procuradores, valorosos colegas que, não bastante o desempenho diário de uma advocacia pública de qualidade, possuem também o pendor para a pesquisa e a produção do saber. Estamos todos de parabéns, são dias efervescentes, um marco na trajetória de uma instituição que busca sempre se aprimorar para melhor cumprir a sua missão.

João dos Passos Martins Neto
Procurador Geral do Estado

Sumário

A autonomia funcional do Procurador do Estado.

Reinaldo Pereira e Silva 9

Delimitação de direitos fundamentais por decisão administrativa e a vedação ao retrocesso social.

Alisson de Bom de Souza e Rafael do Nascimento35

O direito constitucional segundo Zagrebelski.

Queila de Araújo Duarte Vahl57

O neoconstitucionalismo e os deveres fundamentais: a participação do Estado e da sociedade para se alcançar uma vida digna e feliz.

Diogo Marcel Reuter Braun, Rodrigo Roth Castellano e Ronan Saulo Robl67

O caso da escola malcuidada – Breve análise de um caso concreto à luz da teoria dos princípios.

João Paulo de Souza Carneiro83

ICMS Ecológico como instrumento de ecologia política.

Weber Luiz de Oliveira 103

Liberdade de informar e direito à memória – Uma crítica à ideia do direito ao esquecimento.

João dos Passos Martins Neto e Denise Pinheiro 121

Da exigibilidade da certidão de regularidade fiscal para concessão da recuperação judicial e a legitimidade do Estado requerer a falência.

Marcos Rafael Bristot de Faria 147

Teses jurídicas formuladas em ações de greve.

Bruno de Macedo Dias 171

Ensaio sobre o exercício do direito de regresso pelo Estado contra o agente público causador de dano ao erário.

Célia Iraci da Cunha..... 199

Procuradoria Geral de Santa Catarina em números..... 223

A autonomia funcional do Procurador do Estado

Reinaldo Pereira e Silva¹

1. Introdução

Versa o presente artigo sobre o mais importante atributo das prerrogativas constitucionais do procurador do Estado², que é sua autonomia funcional. Para tanto, define-se autonomia funcional como a possibilidade de emissão de um juízo acerca de determinada questão jurídica, sem a interferência de interesse pessoal, nem pressão externa, seja para opinar sobre uma decisão a ser adotada no âmbito da administração pública, de modo a elaborar o melhor aconselhamento, seja para escolher o caminho processual a ser trilhado na esfera jurisdicional, de modo a promover a melhor postulação. Não sendo a autonomia funcional arrimo para o simples exercício de convicções particulares, mas sim abrigo para o aprimoramento das práticas institucionais no estado de direito, o presente artigo se propõe a demonstrar como o respeito aos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público baliza a atuação do procurador do Estado.

2. Da autonomia funcional

A advocacia é a profissão cujas atividades privativas, segundo o artigo 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil³, são a postulação perante os órgãos do Poder Judiciário, assim como a consultoria, a assessoria e a direção jurídicas⁴. E o advogado é o profissional do direito cuja função, essencial à Justiça, consiste no

¹ Doutor em direito pela UFSC. Professor associado de direito constitucional na UFSC. Procurador do Estado de Santa Catarina.

² Embora, por questão de estilo, o artigo fale em “procurador do Estado”, evidentemente que se refere aos “procuradores dos estados e do Distrito Federal”, tal como estabelecido no art. 132, da Constituição de 1988.

³ Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

⁴ A postulação perante os órgãos do Poder Judiciário identifica a advocacia judicial. “A assessoria jurídica é espécie do gênero advocacia extrajudicial, que se perfaz auxiliando quem deva tomar decisões, realizar atos ou participar de situações com efeitos jurídicos, reunindo dados e informações de natureza jurídica, sem exercício formal de consultoria. Se o assessor proferir pareceres, conjuga a atividade de assessoria em sentido estrito com a atividade de consultoria jurídica. Direção jurídica tem o significado de administrar, gerir, coordenar, definir diretrizes de serviços jurídicos” (LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21).

aconselhamento e na representação de seus clientes em questões jurídicas⁵, e de cuja atuação se espera todo o cuidado possível para que os interesses que lhe são confiados não se envolvam em temeridades, nem se desguarneçam das necessárias medidas de amparo. De acordo com o § 1º, do artigo 3º, do estatuto citado, também exercem atividade de advocacia, sujeitando-se a seu regime, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das procuradorias dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas entidades da administração indireta e fundacional. Desse modo, tanto os integrantes da Defensoria Pública quanto os integrantes da Advocacia do Estado são espécie do gênero advogado⁶.

Se a advocacia é uma profissão específica que domina parte do conhecimento humano, é certo que o advogado somente pode exercê-la com “discricionariedade técnico-científica”. Não é por outra razão que o artigo 31, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, quando anuncia a ética do advogado, prescreve que, no exercício da profissão, o advogado deve manter independência em qualquer circunstância. Nem mesmo do advogado que atua sob o regime da dependência laboral pode ser afastado o atributo da independência técnica, sob pena de não se estar exercendo a advocacia. Adverte Rodrigo Padilla que é inegável que na atualidade numerosos advogados exercem a advocacia sob dependência laboral. Mas este tipo de dependência só pode referir-se a questões que digam respeito ao regime de trabalho – por exemplo, horários a cumprir, remuneração, lugar de prestação, clientes a atender etc. –, porque no que é específico da profissão – suas atividades privativas e o conhecimento do direito – o advogado permanece sendo um profissional liberal⁷.

O procurador do Estado é o profissional do direito cuja função consiste na consultoria jurídica e na representação judicial do Estado, e de cuja atuação se espera todo o cuidado possível para que o interesse público que lhe é confiado não se envolva em temeridades, nem se desguarneça das necessárias medidas de amparo. Ocorre que suas atividades, privativas de advogado, também são prerrogativas constitucionais, já que outorgadas pela Constituição de 1988 em caráter intransferível e indisponível⁸. Assim, além de exercer função essencial à Justiça, o procurador do

⁵ DANOVI, Remo. *Corso di ordinamento forense e deontologia*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 437.

⁶ Cf. LÔBO, Paulo. op. cit. p. 31-2.

⁷ “A independência técnica deve manter-se inclusive naquelas situações em que o advogado encontra-se laboralmente subordinado a outro advogado” (PADILLA, Rodrigo. *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*. Madrid: Editorial Reus, 2012, p. 50). Cf., também, SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*. São Paulo: LTr, 1991, p. 419; CESARINO Júnior, Antonio Ferreira. *O jurista na era tecnocrática*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 64, p. 189-206, 1969, p. 203.

⁸ “O conteúdo normativo do art. 132 da Constituição revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á

Estado também tem o dever de atuar enquanto integrante de uma carreira de Estado⁹. É por essa nota característica que a autonomia funcional é a expressão mais apropriada para denominar a independência técnica do procurador do Estado. Em outras palavras, em sendo as atividades privativas do procurador do Estado mais propriamente prerrogativas constitucionais, sua independência técnica é mais adequadamente identificada pela expressão autonomia funcional¹⁰. Com efeito, no que concerne às prerrogativas constitucionais, a Constituição de 1988 é bastante clara ao prescrever:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Além de conteúdo de uma carreira de Estado, porque indispensáveis à funcionalidade do Estado enquanto estado de direito, as prerrogativas constitucionais da carreira de procurador do Estado se incluem no âmbito das funções que a Constituição de 1988 considera essenciais à Justiça. A essencialidade da função do procurador do Estado à Justiça não é senão uma decorrência de sua natureza intrinsecamente criativa, não apenas no sentido da advocacia repressiva, nem somente no sentido da advocacia preventiva, mas no sentido em que essa função contribui,

a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele, contém-se norma de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, que não permite conferir senão aos procuradores o exercício, intransferível e indisponível, das funções de representação judicial e de consultoria jurídica da respectiva unidade federada” (Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.843, rel. min. Celso de Mello).

⁹ As carreiras de Estado correspondem aqueles conjuntos de cargos públicos que integram o núcleo estratégico do Estado porque realizam atividade essencial à funcionalidade do Estado enquanto estado de direito. Em sentido forte, estado de direito não é o Estado que apenas exerce o poder *sub lege*, mas que o exerce subordinado ao reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais do homem. Cf. BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995, p. 6-7; BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democrazia*. Milano: Simonelli, 2006, p. 32. Cf., também, MARTINS Neto, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. *Do estado de direito ao estado de justiça*. Sequência, Florianópolis, v. 67, p. 309-334, 2013, p. 310-1.

¹⁰ Cf. BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello stato nel processo*. Torino: UTET, 2011, p. 38.

de maneira decisiva, por meio dos recursos da hermenêutica e do processo, para o aprimoramento da jurisprudência e do próprio estado de direito¹¹, razão por que recusar a autonomia funcional ao procurador do Estado em quaisquer de suas áreas de atuação, sem o que não existe criatividade, é desconhecer a essencialidade de sua função.

A autonomia funcional do procurador do Estado é um atributo de sua função, ou seja, uma condição inerente ao exercício das prerrogativas constitucionais. Mas as prerrogativas constitucionais não são apenas deveres de atuação, são deveres de atuação com vistas a determinados propósitos. Desse modo, a autonomia de que goza o procurador do Estado necessariamente exige balizamentos. E são esses balizamentos que, ao condicionar o exercício de suas prerrogativas, evidenciam a essencialidade de sua função ao resguardo e à promoção da justiça no estado de direito. O que significa dizer que, na prática, a atuação do procurador do Estado só se justifica no âmbito da prerrogativa da representação judicial quando atenta ao interesse público em sua mais lídima expressão. De igual modo, no âmbito da prerrogativa da consultoria jurídica, a atuação do procurador do Estado só se justifica quando focada no controle e na fiscalização da legalidade em suas diferentes configurações. Qualquer outra forma de atuação é injustificada e deslegitima a autonomia do procurador do Estado. Em outras palavras, a autonomia funcional do procurador do Estado não é arrimo para o exercício puro e simples de convicções pessoais, mas sim abrigo para a observância da legalidade, da moralidade e do interesse público, sem a interferência de interesse pessoal ou de pressão externa. É importante ressaltar ainda que o fato de a autonomia do procurador do Estado apenas legitimar-se em observância a balizamentos em nada a diferencia da independência técnica de qualquer advogado, porque, como bem destacado pelo artigo 2º, do Código Deontológico da Advocacia Espanhola, “a independência do advogado é uma exigência do Estado de Direito e do efetivo direito de defesa dos cidadãos, razão por que se constitui para o advogado um direito e um dever”¹².

¹¹ O advogado exerce função essencial para a evolução do direito à Justiça porque “as normas jurídicas necessitam de ser interpretadas, suas contradições devem ser reabsorvidas e suas lacunas, preenchidas” (BERGEL, Jean Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 1985, p. 70). “A advocacia não possui função auxiliar, mas ocupa posição central no sistema judiciário e na sociedade em geral. O advogado detém papel dinâmico que, se desempenhado sabiamente, pode contribuir, às vezes de maneira decisiva, para a evolução da jurisprudência e para a formação do *diritto vivente*” (PELLEGRINI, Stefania. *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 257). Sobre o *diritto vivente* como categoria hermenêutica, consultar MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 141-63.

¹² É dever de todo advogado a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em observância aos princípios constitucionais do estado de direito. Por força da estrita observância ao princípio constitucional da ampla defesa, “é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado” (artigo 21, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil). No que diz respeito ao procurador do Estado, o artigo 5º, do provimento

A autonomia do procurador do Estado consiste na possibilidade de emissão de um juízo balizado pela Constituição e pelo direito acerca de determinada questão jurídica, seja para opinar sobre uma decisão a ser adotada no âmbito da administração pública, de modo a elaborar o melhor aconselhamento, seja para escolher o caminho processual a ser trilhado na esfera jurisdicional, de modo a promover a melhor postulação. Não se deve perder de vista que toda a atividade de procurador do Estado possui natureza jurídica de controle, em toda plenitude da significação do conceito¹³. Daí porque, para compreender em profundidade o atributo da autonomia do procurador do Estado, deve-se ir contra o senso comum e afirmar que “*il cliente non ha sempre ragione (almeno quello dell’avvocato)*”. Isso, em verdade, significa dizer que a mais alta forma de lealdade de um advogado para com seu cliente consiste na possibilidade de lhe dar inclusive conselhos desagradáveis¹⁴. Nesse sentido, o procurador do Estado verdadeiramente cuidadoso para com o interesse a ele confiado deve ter um olhar crítico em relação à ação/omissão do Estado, assegurando a seu cliente, seja no âmbito das recomendações preventivas, seja no âmbito do contencioso administrativo e do judicial, sempre o melhor resultado jurídico que se deva esperar e que se possa obter, tendo por balizamentos para evitar perseguir o êxito a qualquer custo o respeito à legalidade, à moralidade e à indisponibilidade do interesse público¹⁵.

3. Da legalidade

O procurador do Estado integra uma carreira de Estado porque suas prerrogativas constitucionais são consideradas indispensáveis à funcionalidade do Estado enquanto estado de direito. Dentre os valores que são considerados caros ao estado de direito e de natural benquerença pelas carreiras de Estado, destacam-se: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e a responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos e a proibição de discrimina-

nº 114, de 2006, da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe de igual maneira: “É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da Administração Pública”.

¹³ Cf. ATALIBA, Geraldo. *Controle da legalidade*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 12, p. 138-150, jun. 1983, p. 145; SILVA, Reinaldo Pereira e. *A função social do procurador do Estado*. Sequência, Florianópolis, v. 34, p. 52-60, 1997, p. 55.

¹⁴ Cf. PELLEGRINI, Stefania. op. cit. p. 254. “A independência é necessária tanto na atividade extra-judicial quanto na judicial. A consulta de um advogado ao cliente não tem nenhum valor se é dada por condescendência, por interesse pessoal ou sob efeito de pressão externa” (DANOVI, Remo. op. cit. p. 440).

¹⁵ Cf. MARINHO, Josaphat. *Advocacia Pública*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 21, p. 11-19, 1983, p. 14-5.

ção de indivíduos e de grupos¹⁶. É por isso que, no exercício de suas prerrogativas, o procurador do Estado baliza sua autonomia funcional pelo respeito à legalidade, que é o princípio por meio do qual o estado de direito limita e condiciona o exercício do poder político, resguardando e promovendo os direitos dos indivíduos. Segundo Alain Laquière, o estado de direito apresenta dois amplos significados que se completam: 1º. o Estado age exclusivamente em forma jurídica, operando por meio do direito; e, 2º. o Estado é limitado e condicionado pelo direito, mediante a separação dos poderes, a declaração dos direitos e o controle de constitucionalidade¹⁷.

Em sentido bastante amplo, pode-se dizer que o princípio da legalidade consiste na obrigação não apenas dos administradores públicos, mas também dos juízes, de deliberarem de acordo com normas gerais pré-existentes, de modo a garantir a segurança jurídica, ou seja, a previsibilidade das decisões a serem adotadas, e a isonomia jurídica, ou seja, o igual tratamento das situações que se enquadram na hipótese de incidência normativa¹⁸. Desse modo, os casos submetidos à competência dos órgãos judiciais e administrativos devem ser resolvidos “em conformidade a normas gerais (normas que se aplicam a classes de casos) e as normas devem ser aplicadas uniformemente a todos os casos que recaíam em seu campo de aplicação (e, obviamente, somente a esses), sem exceções”¹⁹. Disso resulta que, no estado de direito, os órgãos que têm o poder de editar normas gerais (leis) gozam de um primado funcional em relação aos órgãos que possuem a competência de resolver casos concretos, emanando atos administrativos e sentenças judiciais. Abstraindo da análise subsequente os órgãos jurisdicionais²⁰, a cuja competência também se submetem os casos envolvendo a administração pública, é possível precisar o princípio da legalidade em relação aos órgãos da administração pública recordando que, no que concerne aos particulares, que se sujeitam ao princípio de liberdade, segundo o

¹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 21.

¹⁷ Cf. LAQUIÈRE, Alain. *État de droit e sovranità nazionale in Francia*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *Lo stato di diritto. Storia, teoria e critica*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2003, p. 284.

¹⁸ Cf. GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 256. Ninguém desconhece que toda norma jurídica é um feixe de sentidos possíveis. O que se está afirmando – o que efetivamente não é algo evidente na prática – é que, uma vez estabelecida a interpretação para a norma em sua aplicação no caso concreto, casos similares não devem ter a mesma norma aplicada com sentido diverso, salvo justificada mudança do norte hermenêutico.

¹⁹ GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 442.

²⁰ Da mesma forma como ocorre com a administração pública, em razão do atual estágio das relações humanas, seria ingenuidade acreditar que os órgãos do Poder Judiciário relacionam-se sempre com o princípio da legalidade como aplicadores de normas gerais. Cf. GUASTINI, Ricardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995, sobretudo os cap. IV, V e VI; PELICCOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional*. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: Ltr, 2008, p. 182-272; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET Giuridica, 2006, p. 88-91.

qual tudo o que não é expressamente vedado pela lei é implicitamente permitido, para a administração pública vige o princípio da legalidade em sentido estrito, segundo o qual tudo o que não é pela lei expressamente autorizado é implicitamente vedado²¹.

É evidente que condicionar a validade dos atos da administração pública à observância do princípio da legalidade em sentido estrito é da mais alta importância para a funcionalidade do estado de direito, mas tal medida não é suficiente para o resguardo e a promoção dos direitos dos indivíduos: o estado legal (*état légal*) não é ainda um estado de direito (*état de droit*). No estado de direito, todos os poderes do Estado, inclusive o Poder Legislativo, devem estar subordinados antes ao direito do que à lei. O primado funcional de que gozam os órgãos que têm o poder de editar as leis em relação aos órgãos que possuem a competência de resolver casos concretos não os tornam imunes ao direito, porque o legislador não é senão um dos poderes constituídos – não é de modo algum o poder constituinte – e suas funções também devem estar sujeitas a limites e controles, exatamente como qualquer poder do Estado²². O estado de direito é um estado constitucional e o princípio da legalidade assume a plenitude de sua importância funcional apenas quando subordinado ao princípio da constitucionalidade.

Não se pode deixar de registrar que o estado constitucional é uma complexa construção histórica, razão por que seria uma grave ingenuidade tratar do estado de direito pressupondo que dele houvesse um conceito semanticamente unívoco e ideologicamente neutro. Com efeito, o conceito formal de estado de direito, próprio da concepção liberal clássica, designa uma determinada relação em que a administração pública não pode interferir na esfera de liberdade do indivíduo, nem contra a lei (*contra legem*), nem sem base legal (*praeter* ou *ultra legem*). A esse conceito se relaciona uma ideia de legalidade pensada para uma sociedade cuja igualdade regente é apenas a jurídica e para uma administração pública cujo foco não são os resultados²³. Segundo Ernst Wolfgang Böckenförde, o caráter formal do conceito de estado de direito não implica de modo algum uma fórmula vazia de conteúdo, na medida em que o conceito formal de estado de direito é a objetivação do “Estado de Direito burguês: no qual se confirma a distribuição dos bens ao invés de transformá-la e, através de suas formas e procedimentos, impede-se a intervenção direta sobre a propriedade individual com fins de redistribuição social”²⁴.

²¹ Cf. MALBERG, Raymond Carré de. *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 46.

²² Cf. MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'état*. v. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1920, p. 488-92.

²³ Cf. IANNOTTA, Lucio. *Principio di legalità e amministrazione di risultato*. In: MOLASCHI, Viviana (org.). *Scritti in onore di Elio Casetta*. Napoli: Jovene, 2001, p. 751-2.

²⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito

O conceito material de estado de direito, por sua vez, envolve a necessidade da superação da concepção liberal clássica de estado de direito. E por que envolve a necessidade de sua superação? Segundo Ernst Wolfgang Böckenförde, o movimento histórico que se pôs em marcha não conduziu apenas à desigualdade social baseada na propriedade, mas, com sua estabilização e agravamento, levou também ao antagonismo de classe e, com ele, a uma nova falta de liberdade, sobre a base da igualdade jurídica²⁵. O conceito material de estado de direito remete então à exigência de um Estado que intervenha na sociedade, assumindo funções de assistência e de redistribuição; um Estado que opere ativamente contra a desigualdade social, para que a igualdade jurídica e a liberdade individual não se convertam em anteparo à opressão de um número cada vez maior de indivíduos²⁶. Tudo isso demanda o redimensionamento da ideia de legalidade, assim como a reavaliação do papel da administração pública e dos resultados de suas ações²⁷. Desse modo, o conceito material de estado de direito não apenas designa a limitação e a restrição do poder e do domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo no sentido abstrato, mas também o condicionamento da ação do Estado mediante a assunção de deveres de solidariedade e de inclusão do outro.

No contexto de um Estado que assume funções de assistência e de redistribuição, não mais se pode pensar a administração pública como mera aplicadora de direito geral pré-existente, nem o princípio da legalidade apenas em seu sentido estrito. Isso porque, no contexto de um Estado interventor no plano socioeconômico, à administração pública é delegada uma maior margem de discricionariedade para a escolha das políticas públicas mais adequadas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, empenhada na garantia do desenvolvimento, na erradicação da pobreza e da marginalização, na redução das desigualdades sociais, na promoção do pleno emprego e na solução dos problemas em áreas socialmente sensíveis, como segurança, educação, saúde e habitação. Não se considera mais suficiente que os administradores públicos não apenas não contrariem a lei, exige-se deles que também a convertam em ponto de partida para a transformação das relações sociais. Segundo Caio Tácito, “o poder discricionário é a faculdade concedida à Administração Pública de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo,

Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 31.

²⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. op. cit. p. 35.

²⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. op. cit. p. 35. Cf., também, SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano. A globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, p. 46-8.

²⁷ Cf. MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século*. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do estado de direito*. Estudos em homenagem ao professor Almiro Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

quando não o preestabeleça a regra de direito positivo”²⁸. Em outras palavras, poder discricionário é o poder dado pela lei à administração pública para fazer escolhas, as melhores escolhas, de acordo com a conveniência e a oportunidade; sempre lembrando que a realização das melhores escolhas é um processo que encerra, a um só tempo, a perseguição do interesse público primário e a ponderação de todos os interesses públicos secundários envolvidos à luz do princípio da proporcionalidade²⁹.

No contexto de um Estado que assume funções de assistência e de redistribuição, não mais se pode pensar a administração pública indiferente ao resultado de suas ações. Nessa ótica, o princípio da legalidade ganha nova leitura a partir do princípio da eficiência, segundo o qual a administração pública deixa de legitimar-se apenas pelo mero cumprimento dos meios legais e passa a legitimar-se também em razão dos resultados almejados e obtidos por meio de suas ações. E os resultados devem ser entendidos tanto no sentido do bem que se consegue atingir quanto no sentido do mal que se consegue contornar. Com efeito, diante de uma realidade socioeconômica que se torna a cada dia mais complexa e que exige para a satisfação de suas demandas cada vez mais o emprego de modernas tecnologias, não se pode prescindir da análise dos riscos conhecidos e dos riscos potenciais envolvidos, assim como da ignorância dos efeitos, tendo por propósito evitar a configuração de danos graves e/ou irreversíveis não apenas ao ambiente natural, mas igualmente à saúde humana e à hereditariedade. Se o emprego das tecnologias tradicionais já exige um olhar crítico sobre seus resultados, com muito mais razão não pode a administração pública ficar indolente diante do emprego das modernas tecnologias, cujas consequências não se restringem aos contemporâneos, não se limitam do ponto de vista espacial, nem excluem o imprevisto³⁰.

²⁸ TÁCITO, Caio. *Poder vinculado e poder discricionário*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. I, p. 174-180, 2006, p. 177. “Não existe poder discricionário absoluto. Ele atua sobre determinados elementos do ato administrativo, subordinado, porém, a uma limitação explícita ou implícita. Ele dispõe, por assim dizer, de uma área territorial autônoma, dentro da qual pode operar com inteira desenvoltura. Desde que viole, no entanto, os limites legais, mobiliza-se o controle da legalidade para reconduzi-lo aos seus domínios. Ele funciona, a rigor, num sistema de liberdade vigiada, porque, no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro” (TÁCITO, Caio. op. cit. p. 177).

²⁹ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. v. I. Milano: Giuffrè, 1993, p. 48-51. Cf., também, CHIEPPA, Roberto; GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 353-6. Sobre a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, consultar o tópico 5: Da indisponibilidade do interesse público.

³⁰ Cf. BARONE, Antonio. *Il diritto del rischio*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 51-6; SILVA, Reinaldo Pereira e. Biossegurança e princípio da precaução. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (org.). Meio ambiente, direito e biotecnologia. Estudos em homenagem ao professor Paulo Affonso Leme Machado. Curitiba: Juruá, 2010, p. 279; SILVA, Reinaldo Pereira e. A lei brasileira de biossegurança e o instituto da responsabilidade civil. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, año XLI, n. 122, p. 885-911, 2008, p. 900-1.

Nada do que foi dito até agora diminui a importância do princípio da legalidade na estrutura e na funcionalidade do estado de direito, sobretudo no âmbito da administração pública. Ao contrário, o princípio da legalidade, na atualidade, não apenas tem sua importância reafirmada, como garante dos limites e do controle negativo do Estado, mas tem sua importância ampliada, com o alargamento da discricionariedade e a incorporação do controle de resultados. Ao procurador do Estado, valendo-se da legalidade como balizamento de seu juízo, cumpre, portanto, distinguir as ações da administração pública, delas não fazendo tábula rasa, de modo a diferenciar a conduta administrativa que não apenas deva ser conforme a lei, mas, antes ainda, deva ser por ela expressamente autorizada, da conduta administrativa que apenas deva manter-se dentro dos marcos da Constituição e da lei. Da mesma forma que a atuação do procurador do Estado deve sempre primar por uma interpretação que a identifique com a garantia dos direitos dos indivíduos quando o princípio da legalidade se opõe à intervenção abusiva do Estado na esfera da liberdade, quando o princípio da legalidade se propõe à promoção das políticas públicas, a atuação do procurador do Estado também deve primar por uma interpretação que a identifique com a garantia dos direitos, conduzindo-se, sempre que possível, como o antigo ferroviário manobrista, que controlava as chaves nos desvios ou entroncamento dos trilhos³¹.

4. Da moralidade

Em exercendo uma função essencial à Justiça, nada mais natural que o procurador do Estado balize sua autonomia funcional pelo respeito à moralidade. Mesmo porque, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a previsão constitucional não se refere à Justiça apenas como instituição, ou seja, como sinônimo de Poder Judiciário, mas igualmente como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme o preâmbulo da Constituição de 1988³². Não é por outra razão que se diz que o estado de direito, na medida em que incor-

³¹ As políticas públicas cumprem o princípio da legalidade desde que se mantenham dentro dos marcos da Constituição e da lei. Qualquer investigação para além desses parâmetros foge da esfera de competência do procurador do Estado, porque incide no âmbito da discricionariedade do administrador público. Desse modo, no que concerne às políticas públicas, compete ao procurador do Estado preservar o poder do administrador público de fazer as melhores escolhas, embora não se desconheça, no atual estágio do debate dos direitos, *“un sbilanciamento dei poteri in favore della giurisdizione”* (um desequilíbrio dos poderes em favor do judiciário). Cf. CELANO, Bruno. *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.). *Analisi e Diritto*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 55.

³² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Advocacia pública*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, São Paulo, n. 3, p. 11-30, 1996, p. 13-4.

pora princípios de caráter material que permitem aferir o valor ou desvalor das leis e demais normas de seu ordenamento, assim como o valor ou desvalor de suas instituições e decisões, aproxima-se de um estado de justiça³³. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, três são os princípios que um estado de direito que se pretenda estruturar em termos de estado de justiça deve incorporar: 1. o princípio da igualdade; 2. o princípio da jurisdição; e, 3. o princípio da justiça social. O princípio da igualdade admite diferentes dimensões complementares entre si: “o direito a ser considerado um igual por todos os outros, o direito a ser tratado com igual respeito e consideração, o direito a iguais competências e possibilidades na comunicação política e o direito a proteção e garantia igual de direitos e deveres, incluindo os das minorias”³⁴. O princípio da jurisdição, por sua vez, se refere à existência de juízes e tribunais independentes que façam valer o direito através do devido processo. Evidentemente que não se trata de um mero princípio instrumental porque fazer valer o direito através do devido processo não pode resultar, em nenhuma hipótese, “na aniquilação da dignidade da pessoa humana, na eliminação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, nem no disfarce de medidas discriminatórias contra indivíduos e grupos”³⁵. O princípio da justiça social, por fim, é o que guarda relação mais direta com o conceito material de estado de direito, na medida em que impõe às políticas econômicas e sociais do Estado a agregação dos deveres de solidariedade e de inclusão do outro³⁶.

Embora importantes norteadores da atuação do procurador do Estado, os princípios da jurisdição e da justiça social não serão neste momento aprofundados. Interessa, nesta oportunidade, analisar o princípio da igualdade como substrato do balizamento da moralidade, e mais propriamente o direito de todo administrado a ser tratado com igual respeito e consideração pela administração pública³⁷. Com

³³ “(...) as normas de direitos fundamentais representam a assimilação, por assim dizer, desses preceitos de Justiça que, no marco da sociedade ocidental (...) acabaram finalmente por reunir as consciências em torno de um projeto elementar de mundo. (...) tais normas refletem na ordem constitucional das comunidades nacionais o sentido essencial do postulado da dignidade da pessoa humana, contemplando o seu núcleo axiológico básico, vale dizer, a defesa da vida, da igualdade, da liberdade, da propriedade, do trabalho, da democracia e da solidariedade” (MARTINS Neto, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. op. cit. p. 331).

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 41-2.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 42.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 39.

³⁷ A rigor, muitos poderiam ser os norteadores do balizamento da moralidade analisados neste artigo. Fez-se uma opção pelo princípio da igualdade. Mas não se pode deixar de registrar, ao menos em nota de rodapé, que a responsabilidade pessoal é a contrapartida da autonomia conferida ao procurador do Estado. Assim, apenas para demonstrar a amplitude do tema, eis os deveres cuja observância é imposta ao procurador do Estado no âmbito processual: expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar

isso se quer demonstrar que a autonomia do procurador do Estado não pode não querer a implementação do tratamento igualitário das situações que se enquadram na mesma hipótese de incidência normativa, quer mediante a uniformidade do aconselhamento jurídico, no âmbito da consultoria, quer mediante a uniformidade da estratégia processual, no âmbito da representação judicial³⁸. Independentemente da ausência de previsão constitucional da autonomia institucional da Procuradoria Geral do Estado, o fato é que a autonomia funcional do procurador do Estado quando se soma à autonomia funcional de outro colega da carreira exige que os procuradores do Estado atuem como instituição. O que significa dizer que, naquilo que é específico da carreira – as prerrogativas constitucionais e o conhecimento do direito –, deve o conjunto dos procuradores, na medida do possível, exercê-lo de modo a, nos casos sob sua responsabilidade, adotar expedientes uniformes e de consenso. É incontestado que a deliberação interna na Procuradoria Geral do Estado não deve ser senão um processo de valorização da autonomia funcional, já que apenas em um ambiente que respeita a divergência é possível almejar o consenso e uma eventual discordância resistente pode convencer-se da vantagem institucional da estratégia ou da orientação uniformizada.

A uniformidade do tratamento das situações que se enquadram na mesma hipótese de incidência normativa não é preocupação apenas da atuação do procurador do Estado. Se se pensa, por exemplo, na súmula vinculante e em seu propósito de estabelecer a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e órgãos administrativos que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, não há como desconsiderar o fato de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que poderá inclusive ser de ofício, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a todos os órgãos da administração pública³⁹. Com isso se quer dizer que o ideal de igualdade se encontra disseminado em todo o ordenamento jurídico e deve ser um esforço contínuo de todas as carreiras de Estado aprofundá-lo em suas áreas de atuação⁴⁰. Nada disso, é

atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (artigo 14, do Código de Processo Civil). É bem verdade que os deveres aqui declinados são de observância obrigatória de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, mas não há dúvida de que ganham especial relevo quando incidem na esfera de atuação de quem integra uma carreira de Estado.

³⁸ Se o princípio da legalidade não é só um imperativo de previsibilidade, mas também um imperativo de isonomia, o princípio da moralidade, norteado pela igualdade, sobretudo com vistas à uniformidade dos procedimentos, é de certa forma a reafirmação da legalidade e o aprofundamento de suas implicações.

³⁹ Artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰ Como em toda atividade de controle, também no Ministério Público exige-se uniformidade em importantes áreas de atuação, por força do princípio institucional da unidade. Gilmar Mendes, alertando para a necessidade de articulação entre os diversos órgãos da instituição, de modo a que ela não se torne “uma reprodução mais

certo, atenta contra a autonomia funcional do procurador do Estado. Ao contrário, a autonomia funcional é assegurada ao procurador do Estado para que ele possa aprimorar em sua atuação as práticas institucionais do estado de direito⁴¹.

Como visto, a autonomia do procurador do Estado não pode não querer a implementação do igual tratamento das situações que se enquadram na mesma hipótese de incidência normativa, já que se trata da realização de um valor considerado caro ao estado de direito. No entanto, caso o procurador do Estado persista em sua discordância, nada o impede, no exercício da prerrogativa da consultoria, de registrá-la em seu parecer, embora vinculando o aconselhamento jurídico uniformizado. Idêntico procedimento também ocorre no âmbito do Poder Judiciário quando um juiz registra em sentença sua discordância da súmula vinculante que tem de aplicar. E não se trata de um registro despropositado ou sem utilidade porque, da mesma forma que a súmula vinculante é passível de revisão ou cancelamento, também os expedientes uniformizados da Procuradoria Geral do Estado são passíveis de modificação ou extinção. Já no que diz respeito à prerrogativa da representação judicial, a questão não enseja controvérsias e abrange, basicamente, duas estratégias processuais: a padronização das teses de defesa e a dispensa coletiva do exercício recursal. Quanto à primeira estratégia, não se pode fechar os olhos para o fenômeno das demandas repetitivas, que exige do procurador do Estado uma forma de atuação judicial menos artesanal. Daí a importância da padronização das teses de defesa. Nada disso, no entanto, impede o procurador do Estado de acrescer às teses padronizadas suas teses pessoais, de modo a que elas não se contradigam. A estratégia em apreço, porque visa ao resguardo do interesse público sob o cuidado do procurador do Estado, tem por consequência o respeito ao jurisdicionado, que recebe do Estado a mesma resposta que outro jurisdicionado que propôs ação similar⁴². Quanto à segunda estratégia, cumpre lembrar que, uma vez distribuída a ação, o procurador do Estado no desempenho do *jus postulandi* não pode se eximir de atuar como órgão indepen-

moderna da Babel”, recorda, por exemplo, que, “no âmbito do Ministério Público Federal, as Câmaras nada mais são do que órgãos que tentam balizar as ações coletivas” (Cf. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 28.408, rel. min. Cármen Lúcia).

⁴¹ Em se uniformizando o tratamento das situações que se enquadram na mesma hipótese de incidência normativa, também deve-se buscar zelar, no tratamento de uma mesma situação, pelo respeito ao princípio da proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). Trata-se, tanto em um caso quanto no outro, de um imperativo de racionalidade.

⁴² Ao lado da padronização das teses da defesa, não se pode deixar de registrar, também como estratégia processual, a importância da padronização das petições iniciais, quando, ao invés do dever de responder, o procurador do Estado se encontra diante do dever de promover ações judiciais sobre a mesma matéria. Tanto num caso quanto no outro, a estratégia em apreço, porque visa ao resguardo do interesse público sob o cuidado do procurador do Estado, tem por consequência o respeito ao jurisdicionado, que recebe do Estado igual tratamento que outro jurisdicionado na mesma situação.

dente. Cumpre-lhe exercer a postulação em todas as instâncias judiciais possíveis, já que não pode ser obrigado a interpor recurso sem fundamento legal⁴³. Mas havendo fundamento legal, sem a perspectiva do êxito meritório, a dispensa coletiva do exercício recursal é a solução mais consentânea com o princípio da moralidade, e não só na hipótese de demandas repetitivas, mas também em outros temas pacificados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Aqui, porque também se visa ao resguardo do interesse público sob o cuidado do procurador do Estado, a estratégia em apreço tem por consequência a contribuição à razoável duração do processo⁴⁴.

5. Da indisponibilidade do interesse público

Enquanto advogado, cujas atividades privativas também são prerrogativas constitucionais, compete ao procurador do Estado cuidar para que o interesse público que lhe é confiado não se envolva em temeridades, nem se desguarneça das necessárias medidas de amparo. Para tanto, um importante balizamento de sua autonomia funcional é o respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Mas em que consiste o interesse público? E é o interesse público sempre indisponível? Tais questionamentos não visam a diminuir o cuidado que o procurador do Estado deve dedicar ao interesse que lhe é concretamente confiado, mas têm por finalidade precisar o significado do princípio da indisponibilidade para sua efetiva aplicação, assim como alertar para a possibilidade da busca de soluções administrativas para muitos conflitos que hoje se desenvolvem ou se desenvolveriam na esfera jurisdicional. Em resposta ao primeiro questionamento, pode-se dizer que interesse público é a dimensão pública dos interesses dos indivíduos delimitada historicamente pela ordem constitucional, conformando-se num interesse comum a todos. É interesse que cumpre ao Estado resguardar e promover⁴⁵. No entanto, “é um erro

⁴³ “Os recursos judiciais estão sujeitos a pressupostos definidos em lei e a vinculação do procurador do Estado ao regime estatutário não pode tolher sua independência e levá-lo a interpor recurso sem fundamento legal”. Para além do desprestígio da própria instituição da Advocacia de Estado, “um recurso indevidamente interposto, principalmente nos casos em que é manifesto seu não cabimento, enseja a responsabilidade pessoal do procurador do Estado por litigância de má-fé e até por ineficiência no desempenho do cargo” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 25).

⁴⁴ “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição de 1988).

⁴⁵ “Interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 58). “O Estado é um vetor do interesse público; instituição que há de estar voltada exclusivamente à sua consecução. Não está acima dele e nem é a sua síntese. É mecanismo subserviente do interesse público” (PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda pública em juízo*.

supor que, sendo o interesse público interesse do Estado, todo e qualquer interesse do Estado seria *ipso facto* um interesse público⁴⁶. Em outras palavras, é um erro supor que quaisquer interesses da entidade que representa o todo se identifica com um interesse comum a todos, porque o Estado pode ter, legítima ou ilegitimamente, interesses que lhe são particulares. O interesse particular do Estado, à diferença do que ocorre com o dos indivíduos, só é legítimo se serve de instrumento à realização do interesse público em sua acepção primária. Nessa medida, o interesse particular legítimo do Estado é qualificado como interesse público secundário⁴⁷. Já os interesses ilegítimos do Estado são interesses particulares divorciados do interesse público. Em resposta ao segundo questionamento, pode-se dizer que indisponível deve ser apenas o interesse público entendido em sua acepção primária. O interesse público secundário do Estado deve ser considerado disponível na medida da legalidade. E os interesses particulares ilegítimos do Estado, a exemplo da recusa em responder pela lesão causada a terceiros, ou a resistência em corrigir monetariamente débitos em atraso, são verdadeiros caprichos da administração pública. Nesse último caso, falar de disponibilidade na medida da legalidade tem quase o sentido de responsabilidade civil, porquanto um tal proceder da administração pública, “não obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica”⁴⁸. A partir da observância do princípio da indisponibilidade do interesse público, o que se deve ter clareza é que o procurador do Estado, no desempenho de suas prerrogativas, não pode se eximir de atuar como órgão independente, sempre atento para o fato de que o interesse público secundário e, com muito mais razão, os interesses particulares ilegítimos do Estado são disponíveis, e cedem ante os interesses juridicamente superiores, ao passo que o interesse público em sua acepção primária, esse é sempre indisponível⁴⁹.

Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41).

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. p. 60.

⁴⁷ Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 151-3.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. p. 65. Sobre o conceito de “interesse alla buona amministrazione”, consultar FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 147.

⁴⁹ “Realmente, os procuradores do Estado não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência, como órgãos tecnicamente independentes, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de controle da juridicidade plena (compreendida a legalidade, a legitimidade e a licitude) e de mantenedores e aperfeiçoadores da ordem jurídica, funções essas que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à Justiça” (MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *A advocacia de estado revisitada*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. III, p. 296-327, 2006, p. 318).

6. Da autonomia funcional e da autonomia institucional

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal emprega a expressão autonomia funcional com pelo menos dois significados: o utilizado neste texto, um sentido conforme a Constituição de 1988, e o de autonomia institucional, um sentido formalmente inconstitucional. No primeiro caso, que é a autonomia funcional propriamente dita, o atributo em questão se apresenta diretamente relacionado ao procurador do Estado⁵⁰, como sinônimo de independência técnica/funcional⁵¹. No segundo caso, não se trata de um atributo da função, mas de um princípio, e se relaciona à Procuradoria Geral do Estado⁵². O que significa dizer que o atributo da autonomia, no sentido da independência técnica, é reconhecido ao procurador do Estado como condição para o exercício de sua função essencial à Justiça. Até mesmo eventual invocação do princípio da hierarquia tem que ser devidamente sopesado quando confrontado com o artigo 132, da Constituição de 1988, levando-se em conta a circunstância de o procurador do Estado não compor os quadros de uma hierarquia burocrática⁵³. Já a autonomia institucional, enquanto princípio de organização, é inconstitucional quando atribuída às procuradorias gerais pelas constituições dos estados, porque somente uma emenda à Constituição Federal poderia fazê-lo.

Numa decisão plenária e unânime do ano de 2010, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em que se discutiu o caso da lei do Estado de Rondônia, que autorizava o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo, por ocupantes de cargos comissionados, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que o artigo 132, da Constituição de 1988, ao confiar exclusivamente aos procuradores do Estado as prerrogativas de consultoria e representação judicial, fê-lo sob a condição de que tais profissionais tivessem “qualificação técnica e independência funcional”, até porque “tais atividades são constitucionalmente categorizadas como funções essenciais à Justiça”. A partir dessa premissa, decidiu que “a exclusividade dos procuradores do Estado para as atividades de consultoria e representação, entendidas aqui como assessoramento e procuratório judicial, é incompatível com a natureza dos cargos em comissão, que se definem como da estrita confiança da autoridade nomeante”⁵⁴.

⁵⁰ Voto do min. Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 470-1, rel. min. Ilmar Galvão.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.261, rel. min. Ayres Britto.

⁵² Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 291, rel. min. Joaquim Barbosa.

⁵³ Por não compor quadros de uma hierarquia burocrática, é incorreto o emprego da categoria chefia na organização da carreira de procurador do Estado, quando o que de fato existe e somente pode existir é uma coordenação das prerrogativas constitucionais.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.261, rel. min. Ayres Britto. Votaram com

A autonomia funcional do procurador do Estado é um tema recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do debate entre os ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio no caso do inciso I, do artigo 100, da Constituição do Estado do Amazonas, que assegurava aos procuradores daquele Estado independência funcional. O ministro Sepúlveda Pertence votou com o relator, o ministro Ilmar Galvão, pela inconstitucionalidade do dispositivo amazonense, temendo eventual assimilação do procurador do Estado ao membro do Ministério Público, embora “não desconhecendo a independência profissional da qual terá que dispor” o procurador do Estado. Segundo o ministro Sepúlveda Pertence, para assegurar a independência profissional do procurador do Estado “lhe bastam as prerrogativas de advogado”. Em sentido diverso do relator, votou o ministro Marco Aurélio, nos termos seguintes: “Permito-me, todavia, divergir de Sua Excelência no que tange à independência funcional, não da Procuradoria, como órgão em si – já que aí teríamos, realmente, um tratamento diferenciado relativamente ao Ministério Público. Divirjo, sim, quanto à independência técnica do profissional da advocacia que defende os interesses do Estado. Não consigo imaginar que, de uma atuação fidedigna aos próprios interesses do Estado – e refiro-me não só aos primários mas, ainda, aos secundários –, passe-se para algo que submeta os Procuradores a um direcionamento inafastável quanto aos atos que devem ser praticados, quer em processos administrativos, quer, principalmente, em processos jurisdicionais”⁵⁵.

Reiterando seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence esclareceu que “a independência técnica a tem o advogado. E o procurador do Estado não a tem menos. Agora, a independência funcional, no capítulo do Ministério Público, tem outras conotações, não extensíveis às instituições da Advocacia de Estado”. E pontuou que a “assimilação levaria ao Procurador do Estado, por exemplo, a possibilidade, sem autorização dos seus superiores, de reconhecer o direito posto em juízo: isso me parece incompatível com a organização hierarquizada da Advocacia de Estado”. Também reiterando seu voto e respondendo ao exemplo apresentado, o ministro Marco Aurélio lembrou a “responsabilidade pública daqueles que atuam nessa área”, do que se infere que o procurador do Estado possui independência funcional para reconhecer o direito posto em juízo, “desde que não se tenha um desvio de conduta”. Segundo o ministro Marco Aurélio, “é inerente à estatura da atuação profissional a responsabilidade que se cobra daqueles que devem atuar na defesa do interesse público”, e arrematou: “Não vejo como sacar dos artigos 131 e 132, da Constituição, um dispositivo, um trecho, que, interpretado, conduza à conclusão de conflito do

o relator: ministros Cezar Peluso (presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 470-1, rel. min. Ilmar Galvão.

que disposto na Constituição do Estado do Amazonas relativamente à autonomia, repito, do Procurador, na atuação profissional, com o que estabelecido como diretriz para a atividade a ser desenvolvida”⁵⁶.

Do que se depreende do debate, o ministro Sepúlveda Pertence não desconhece ao procurador do Estado, no exercício de suas prerrogativas constitucionais, a independência técnica própria da advocacia, mas não lhe reconhece a independência funcional que, segundo seu entendimento, seria um atributo reservado aos integrantes do Ministério Público. Já o ministro Marco Aurélio não só entende que a independência funcional é um atributo comum, como ainda entende que não se pode reconhecer uma maior amplitude à independência funcional dos integrantes do Ministério Público do que aquela que se reconheceria ao procurador do Estado.

A autonomia institucional possui significado distinto da autonomia funcional. A autonomia institucional é um princípio de organização bastante amplo que diz respeito à capacidade da Procuradoria Geral do Estado de elaborar sua proposta orçamentária e de aplicar os recursos destinados a prover seus serviços e atividades, diz respeito à capacidade de iniciativa do processo legislativo destinado não só à criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, como ainda à organização da própria instituição, diz respeito à capacidade de realização dos atos próprios de gestão sem a interferência externa. Por força de um padrão não isento de crítica, o procurador do Estado não é considerado competente para decidir sobre o ajuizamento de uma ação, porque tal iniciativa envolveria matéria de gestão (distribuição dos serviços). A decisão de autorizar a propositura de qualquer ação em nome do Estado competiria, então, ao procurador geral do Estado, que é um cargo comissionado do governador do Estado. Ao procurador do Estado, por sua vez, compete o exercício do *jus postulandi*. Com isso se quer destacar que o caráter fiduciário do cargo de procurador geral do Estado apenas denotaria a falta de autonomia da Procuradoria Geral do Estado, mas de nenhuma forma é indicativo de ausência de autonomia funcional do procurador do Estado, uma vez que tanto a propositura da ação quanto o exercício da representação judicial, que são atividades privativas de advogado, somente podem se dar com isenção técnica e independência profissional. Embora não se desconheça a autonomia funcional de que goza o procurador do Estado, é em razão da ausência da autonomia institucional da Procuradoria Geral do Estado que o Supremo Tribunal Federal tem admitido que os Poderes Legislativo e Judiciário, quando esteja em causa a autonomia do Poder, possam se valer de procuradores especiais para representá-los em juízo⁵⁷. Trata-se, portanto, de uma exceção

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 470-1, rel. min. Ilmar Galvão.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 175-2, rel. min. Octavio Gallotti; Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.557-5, rel. min. Ellen Gracie; Supremo Tribunal

à regra da unidade da representação judicial decorrente da ausência de autonomia institucional da Procuradoria Geral do Estado.

Não há dúvida de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido em diferentes oportunidades a autonomia funcional do procurador do Estado. Mesmo quando a ementa de um de seus acórdãos diz que “a Constituição estadual não pode impedir que o chefe do Poder Executivo interfira na atuação dos procuradores do Estado, seus subordinados hierárquicos”, dando a falsa ideia de negação da autonomia funcional, é importante verificar a que circunstância do caso esta ementa se refere e seu real significado. Com efeito, a ementa em questão refere-se ao artigo 67, inciso II, da Constituição do Estado do Mato Grosso, que previa como crime de responsabilidade do governador do Estado os atos que atentassem contra o livre exercício da Procuradoria Geral do Estado. Na fundamentação de seu voto, o ministro Joaquim Barbosa consignou que, “ao impedir que o chefe do Poder Executivo interfira na atuação dos Procuradores do Estado, não podendo exigir-lhes o fiel cumprimento das atribuições descritas no artigo 132, da Constituição Federal, a norma impugnada incorre em inconstitucionalidade”⁵⁸. Ora, a exigência do fiel cumprimento das prerrogativas constitucionais do procurador do Estado não é da alçada exclusiva do governador do Estado, mas um direito de qualquer integrante da sociedade. Fora o fato de que exigir o fiel cumprimento das atribuições descritas no artigo 132 em nada mitiga o atributo da autonomia funcional do procurador do Estado, o artigo 67, da Constituição do Mato Grosso, era inconstitucional não porque supostamente desvirtuara o princípio da hierarquia, mas sim porque, como alertado pelo ministro Cezar Peluso, estaria dispondo sobre tipificação de crime, o que é da competência privativa da União.

7. Da representação judicial

A prerrogativa constitucional da representação judicial consiste no exercício independente de uma função de postulação perante qualquer órgão do Poder Judiciário. A postulação é o ato de exigir a prestação jurisdicional do Estado⁵⁹ e se materializa, para o procurador do Estado, no dever tanto de promover quanto de responder ações judiciais. Desde a autorização do procurador geral do Estado para a propositura da ação, o dever de promover é exercido, em regra, como instrumento de cobrança da dívida ativa, mas, com vistas à realização de interesses não exclusi-

Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.679-7, rel. min. Gilmar Mendes.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 291, rel. min. Joaquim Barbosa.

⁵⁹ Cf. LÔBO, Paulo. op. cit. p. 14.

vamente patrimoniais, pode abarcar, embora ainda seja incomum, também as ações civis públicas e as de improbidade administrativa⁶⁰. Desde a distribuição da ação, o dever de resposta, em regra, é exercido como defesa, assumindo a natureza jurídica de ônus, embora alcance, em caráter excepcional, a possibilidade do reconhecimento do pedido do autor⁶¹. Quer como dever de promover, quer como dever de responder ações judiciais, a prerrogativa constitucional da representação habilita o procurador do Estado a praticar todos os atos processuais necessários à garantia e à promoção do interesse público⁶².

8. Da consultoria jurídica

A prerrogativa constitucional da consultoria jurídica consiste no exercício independente de uma função opinativa, cujo resultado é a elaboração de parecer jurídico. Assim como ocorre com a prerrogativa da representação judicial, a prerrogativa da consultoria só se realiza como função essencial à Justiça quando exercida pelo procurador do Estado em condição de verdadeira autonomia funcional. Com efeito, o procurador do Estado tem que ter independência, no sentido de não vincular-se a interesse pessoal e a pressão externa no que diz respeito à emissão de seus pareceres, porque, no exercício da atividade de consultoria, participa de forma intensa e ativa do controle da administração pública. Como bem ressaltado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autonomia funcional do procurador do Estado deve ser garantida “para o bom controle da legalidade interna, da orientação da administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem apenas de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei”⁶³. A prerrogativa da

⁶⁰ O dever de promover ações judiciais não se constitui para o procurador do Estado num grilhão. Embora a autorização ainda seja um encargo do procurador geral do Estado, e mesmo quando este encargo vier a ser atribuído a um órgão colegiado da carreira, a propositura da ação permanecerá, como é hoje, uma deliberação do procurador do Estado, no exercício de sua autonomia funcional.

⁶¹ Trata-se, evidentemente, da hipótese de objeto do processo incontroverso. Cf. voto do min. Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 470-1, rel. min. Ilmar Galvão.

⁶² Dado o caráter controverso do objeto do processo, os acordos judiciais, quando viáveis, encontram-se sujeitos à discricionariedade do administrador público. A celebração de acordos judiciais, portanto, não concorre com a autonomia funcional do procurador do Estado, a quem cabe apenas zelar por sua legalidade e moralidade.

⁶³ É entendimento consolidado pela jurisprudência excelsa que a investidura em cargo de provimento efetivo é uma das garantias do atributo da autonomia funcional do procurador do Estado. “Daí o sentido de conferir aos procuradores dos estados – que devem se compor em carreira e ser todos concursados – não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. De tal maneira, um procurador pode afirmar que um ato de secretário, do governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão”. Voto do min. Néri da Silveira. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 881-1, rel. min. Celso de Mello. “A previsão, em sede constitucional, da atuação dos Procuradores dos Estados

consultoria jurídica desdobra-se no dever de exercer o controle interno da legalidade em todos os contextos de funcionamento da administração pública e no dever de exercer a fiscalização da legalidade dos atos da administração pública⁶⁴. Enquanto o dever de controle se fundamenta na própria natureza da Advocacia de Estado, tendo em vista que a atividade de procurador do Estado, em toda plenitude da significação do conceito, é atividade de controle, o dever de fiscalização se fundamenta na autonomia de impulso do procurador do Estado, que consiste no poder-dever de tomar todas as iniciativas necessárias ao velamento e à defesa dos interesses que lhe são confiados⁶⁵.

e do Distrito Federal, obrigatoriamente organizados em carreira, radicou na necessidade, verificada durante o funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, de se garantir às Unidades Federadas um corpo jurídico estruturado e bem preparado para as tarefas de orientação jurídica, com isenção e imparcialidade, em defesa da legalidade e da constitucionalidade em todos os contextos de funcionamento da Administração Pública estadual. Esses requisitos constitucionais de investidura, aliados ao caráter efetivo do provimento, asseguram requisitos mínimos de qualificação e independência funcional, além de impessoalidade e tecnicidade com os quais a função deve ser exercida. Afasta-se, assim, desses cargos, a figura dos protegidos políticos, dos pareceres encomendados, da defesa propositadamente deficiente. A preocupação fica ainda mais relevante na área de licitações e contratos. Ora, como admitir a atuação de um comissionado em tais casos? Qual o requisito para a investidura num cargo assim? Não precisa mais que uma assinatura do governador. A mínima experiência de vida demonstra que se um titular de cargo demissível *ad nutum* ‘contrariar interesses’ será, certamente, substituído imediatamente por alguém que se dobre em troca do cargo” (Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.843, rel. min. Celso de Mello).

⁶⁴ A prerrogativa constitucional da consultoria pode assumir “uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório” (MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992, p. 88). Assim como a forma passiva de atuação da prerrogativa constitucional da consultoria impescinde da organização da carreira e da profissionalização de seus quadros, como condição para o efetivo exercício do controle interno, também a forma ativa de atuação da prerrogativa da consultoria, para dar sentido à determinação constitucional da eficiência do agir administrativo, igualmente pressupõe a existência de um corpo permanente de procuradores em constante e planejada ação preventiva.

⁶⁵ Cf. MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*, p. 94-5. Posição mais restrita quanto aos deveres do procurador do Estado no que concerne à prerrogativa da consultoria possui Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “esse controle se exerce mediante provocação dos particulares, por meio do direito de petição, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição de 1988, ou por via de recursos administrativos, interpostos perante a autoridade superior à que proferiu o ato impugnado. Mas, independentemente de provocação pelo interessado, o controle ainda se exerce *ex officio*, dentro do poder de autotutela de que dispõe a administração pública, consistente em revogar os atos inconvenientes ou inoportunos, e anular os atos ilegais. No exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da Advocacia de Estado. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar, quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 17-8).

9. Considerações finais

Não compondo os quadros de uma hierarquia burocrática, já que concebida pela Constituição de 1988 como uma instituição de aconselhamento da administração pública e de representação do Estado, é fora de discussão a autonomia funcional de que gozam os integrantes da Advocacia de Estado. E é fora de discussão porque a atividade de procurador do Estado, em toda plenitude da significação do conceito, possui natureza jurídica de controle. No entanto, para que não se desnature em seu exercício as prerrogativas constitucionais, além do respeito aos balizamentos da legalidade e da moralidade, impõe-se também ao procurador do Estado não fazer tábula rasa de distinções plenamente justificáveis, como direitos patrimoniais e direitos da personalidade, assim como interesses disponíveis e interesses indisponíveis. Em verdade, somente o rompimento com a indiferença permite que a Justiça desponte como o propósito essencial de sua função, e não o avesso. De igual modo, no exercício das prerrogativas constitucionais, impõe-se ao procurador do Estado o afastamento de contraposições absolutamente descabidas, como interesse do Estado e interesse da sociedade. Com efeito, se o interesse do Estado não é o interesse da sociedade, qual é a razão de ser do Estado? Ora, não se deve perder de vista que o Estado existe em função dos indivíduos que o compõem e para o atendimento de suas expectativas busca a consecução do interesse que lhes é comum. A Advocacia de Estado é a advocacia do interesse público, sobretudo em sua acepção primária, o que nada mais é do que a advocacia do interesse comum a todos. E a autonomia do procurador do Estado, atributo de sua função, não tem outro propósito senão o de servir à sociedade, mediante o aprimoramento da funcionalidade do Estado, enquanto estado de direito.

10. Referências bibliográficas

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ATALIBA, Geraldo. *Controle da legalidade*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 12, p. 138-150, jun. 1983.

BARONE, Antonio. *Il diritto del rischio*. Milano: Giuffrè, 2006.

BERGEL, Jean Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 1985.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

_____. *Liberalismo e democrazia*. Milano: Simonelli, 2006.

BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La difesa dello stato nel processo*. Torino: UTET, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CELANO, Bruno. *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.). *Analisi e Diritto*. Torino: Giappichelli, 2004.

CESARINO Júnior, Antonio Ferreira. *O jurista na era tecnocrática*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 64, p. 189-206, 1969.

CHIEPPA, Roberto; GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2011.

DANOVI, Remo. *Corso di ordinamento forense e deontologia*. Milano: Giuffrè, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Advocacia pública*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, São Paulo, n. 3, p. 11-30, 1996.

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. v. I. Milano: Giuffrè, 1993.

GUASTINI, Ricardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995.

_____. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2001.

IANNOTTA, Lucio. *Principio di legalità e amministrazione di risultato*. In: MOLASCHI, Viviana (org.). *Scritti in onore di Elio Casetta*. Napoli: Jovene, 2001.

LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e sovranità nazionale in Francia*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *Lo Stato di Diritto. Storia, Teoria e Critica*. Milano: Giangiacom Feltrinelli Editore, 2003.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALBERG, Raymond Carré de. *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933.

_____. *Contribution à la théorie générale de l'état*. v. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1920.

MARINHO, Josaphat. *Advocacia pública*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 21, p. 11-19, 1983.

MARTINS Neto, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. *Do estado de direito ao estado de justiça*. Sequência, Florianópolis, v. 67, p. 309-334, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *A advocacia de estado revisitada*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. III, p. 296-327, 2006.

_____. *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

_____. *Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século*. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PADILLA, Rodrigo. *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*. Madrid:

Editorial Reus, 2012.

PELICIOI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional*. O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo. São Paulo: Ltr, 2008.

PELLEGRINI, Stefania. *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*. Milano: Giuffrè, 2008.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *A Função Social do Procurador do Estado*. Sequência, Florianópolis, v. 34, p. 52-60, 1997.

_____. *A lei brasileira de biossegurança e o instituto da responsabilidade civil*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, año XLI, n. 122, p.885-911, 2008.

_____. *Biossegurança e princípio da precaução*. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (org.). Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia. Estudos em homenagem ao professor Paulo Affonso Leme Machado. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *O mercado de trabalho humano*. A Globalização Econômica, as Políticas Neoliberais e a Flexibilidade dos Direitos Sociais no Brasil. São Paulo: LTr, 1998.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1991.

TÁCITO, Caio. *Poder vinculado e poder discricionário*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. I, p. 174-180, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET Giuridica, 2006.

Delimitação de direitos fundamentais por decisão administrativa e a vedação ao retrocesso social

Alisson de Bom de Souza¹

Rafael do Nascimento²

1. Introdução

O presente artigo discute a delimitação de direitos fundamentais por decisão administrativa de gestor público e sua relação com o limite aos limites dos direitos fundamentais denominado de vedação ao retrocesso.

A crescente demanda por direitos fundamentais, especialmente sociais, abre espaço para discussões acadêmicas sobre a incapacidade fática e jurídica dos poderes públicos apresentarem respostas adequadas. Isso porque a submissão de direitos constitucionalmente aceitos à interpretação do gestor público, no momento de sua efetivação, é capaz de resultar em uma realidade jurídico-social delimitadora.

Ao lado disso, a vedação ao retrocesso, vetor relevante nas discussões constitucionais da atualidade, conforma e restringe a própria discricionariedade do gestor público no exercício da função administrativa.

A pergunta que surge é se o gestor público, utilizando seu dever-poder discricionário, pode delimitar direitos fundamentais, inclusive restringindo-os.

Na primeira parte do trabalho, analisar-se-ão os direitos fundamentais e as hipóteses de sua delimitação, apresentando-se as teorias interna e externa, bem como a hipótese de uma proposta híbrida. Além disso, a análise adentra na hipótese de o gestor público delimitar direitos fundamentais.

No segundo capítulo, a vedação ao retrocesso é analisada sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Verifica-se a possibilidade de delimitação de direitos fundamentais quando relacionada ao referido limite aos limites e se é aceitável juridicamente, de fato, a vedação do retrocesso, são as questões debatidas.

A metodologia utilizada é a indutiva, fundando-se em ensinamentos doutrinários de autores brasileiros e estrangeiros.

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestrando em ciência jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em direito público pela UNIVALI – ESMAFESC e Especialista em direito constitucional pela UNISUL – LFG. Graduado em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: alisson@pge.sc.gov.br.

² Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestrando em ciência jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em direito público pela UNISUL – LFG. Graduado em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: rafael@pge.sc.gov.br.

A análise de direito comparado de categorias jurídicas como direitos fundamentais, limites e restrições de direitos fundamentais, decisão administrativa e vedação ao retrocesso permite verificar o grau de responsabilidade pública das autoridades do Brasil e estrangeiras na hercúlea tarefa de efetivar direitos fundamentais.

2. Direitos fundamentais

Atualmente, os direitos fundamentais, valores básicos de uma sociedade, são reconhecidos no plano internacional e nas constituições nacionais. Além do significado de limitação do poder, os direitos fundamentais alcançam a ideia de legitimação do poder estatal.

Para José Afonso da Silva, tais direitos qualificam-se como fundamentais pois:

[...] se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.³

Enfatizando os direitos fundamentais também na perspectiva internacional, Cunha Júnior assevera que:

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo.⁴

Explica, ainda, Alexy, que “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentali-

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 223.

dade formal e da sua fundamentalidade substancial”⁵. A fundamentalidade formal é vinculada ao direito constitucional positivo. Já a fundamentalidade substancial versa sobre o conteúdo dos direitos. Assim, define Sarlet que:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não assento na constituição formal.⁶

Interessante notar que os direitos fundamentais encontram uma zona de tensão com o processo decisório político-administrativo, pois, devido a tais direitos, o poder tem subtraído sua plena disponibilidade.

Importa dizer, também, que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, a subjetiva e a objetiva.

A dimensão subjetiva denota que “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”⁷. Já a dimensão objetiva estabelece ordem dirigida ao Estado no sentido de que a esse incumbe a obrigação permanente de concretização dos direitos fundamentais. Como sintetiza Cunha Júnior:

[...] os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica.⁸

O ponto essencial para este trabalho é relativo à realização normativa dos direitos fundamentais, o que implica discussão sobre os seus limites e restrições e a

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 281.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 305.

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*, p. 223.

possibilidade de sua delimitação pelo gestor público no exercício da atividade estatal administrativa, pois [...] os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”⁹.

2.1 Delimitação dos direitos fundamentais

O aspecto preliminar a ser abordado é a diferença doutrinária entre limites e restrições. Limites seriam as fronteiras de conteúdo da norma de direitos fundamentais e restrições traduziriam as hipóteses de supressão ou diminuição desse conteúdo. Na lição de Felipe de Paula, “[...] é possível identificar de alguma forma a ideia de restrição com algo que é externo ou que se impõe externamente ao direito – ou ao seu conteúdo predeterminado –, valendo exatamente o oposto para a concepção de limite”¹⁰. Tal distinção é tratada por Robert Alexy quando afirma que:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida desta forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido.

[...] Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo.¹¹

Assim, a categoria restrição se relaciona com a chamada teoria externa, já a categoria limites está ligada à teoria interna. Como explica Sarlet:

[...] segundo a assim designada “teoria interna”, um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já “nasce” com os seus limites. Neste sentido, fala-se na existência de

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 369.

¹⁰ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 46.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277-278.

“limites imanentes”, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como “desvantagens” normativas impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico. [...]

A teoria externa, por sua vez, distingue os direitos fundamentais das restrições a eles eventualmente impostas, daí a necessidade de uma precisa identificação dos contornos de cada direito. [...] Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado.¹²

Frise-se, notadamente, a existência de teorias híbridas. Felipe de Paula, apresentando a visão híbrida do constitucionalista português Vieira de Andrade, explicita:

Ter-se-ia, primeiro, um momento prévio de delimitação do conteúdo do direito, um exame para se saber se determinada conduta ou evento fático está ou não abarcado na hipótese normativa, em procedimento de ocorrência em abstrato mediante interpretação e com a mobilização da categoria dos limites imanentes. Depois, em segunda instância, haveria um momento posterior de aplicação dos direitos, em que poderiam surgir conflitos entre os conteúdos jusfundamentais, aqui sim solucionáveis mediante a técnica do sopesamento e o recurso à harmonização. Se o hipotético conflito fosse constitucionalmente previsto, redundando em uma previsão ou autorização constitucional para tanto, aqui - e somente aqui- existiria espaço para se falar em lei restritiva de direitos fundamentais propriamente dita.¹³

Nesse sentido, “[...] se fala em limites imanentes em âmbito jusfundamental quando se almeja apontar limites internos ou intrínsecos de determinado substrato, no caso de determinado direito [...]”¹⁴. Felipe de Paula define os limites imanentes:

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 388-389.

¹³ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 122.

¹⁴ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 75.

Os limites imanes materiais decorreriam, portanto, da própria interpretação dos princípios constitucionais, sendo papel dos intérpretes jurídicos a delimitação dos direitos a partir de conceitos muitas vezes indeterminados ou de cláusulas gerais. Já os limites imanes jurídicos, de conteúdo, caracterizados como restrições constitucionais ao programa normativo do preceito (estando já pressuposta, aqui, a definição do âmbito do direito), poderiam ser explícitos ou implícitos – expressamente previstos na Constituição, no próprio preceito, ou determináveis por interpretação constitucional, já que diluídos pelo todo constitucional.¹⁵

Para o referido autor, sem desconsiderar o intenso debate entre os adeptos da teoria interna e externa, inescapável, atualmente, uma constatação prática:

[...] trata-se da inafastabilidade, no contexto atual de positivação e judicialização dos direitos fundamentais e no presente estágio de desenvolvimento das democracias constitucionais, da utilização de ferramentas como a da ponderação, do sopesamento ou da regra da proporcionalidade, por serem mais consentâneas com a própria estrutura normativa dos direitos fundamentais e com as exigências de transparência e controle inerentes ao Estado Democrático de Direito.¹⁶

Para fins deste artigo, utilizar-se-á o termo delimitação como gênero das espécies limites e restrições, sem a adoção de uma ou outra teoria, muito embora a teoria híbrida de Vieira de Andrade seja constitucionalmente adequada. Nota-se, inclusive, que Sarlet não aplica rigorosamente tal distinção em sua obra, utilizando ora o termo limites, ora restrições, sendo que para ele os limites dos direitos fundamentais são:

[...] ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais¹⁷.

¹⁵ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 123-124.

¹⁶ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 146.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na*

A forma de delimitação é outro fator relevante na teoria jusfundamental. Aqui, sem sombra de dúvidas, há um arranjo íntimo à teoria externa já delineada. Admite-se, incontroversamente, que a própria Constituição delimite diretamente um direito fundamental. O exemplo é a hipótese de, nos casos de estado de defesa e de sítio, o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII, CRFB/1988) ser restringido, na forma do art. 136, § 1º, I, b e art. 139, III.

Há também as limitações indiretas. Essas são estabelecidas por lei, por expressa autorização constitucional. São as denominadas reservas legais. Essas se dividem em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas.

As simples autorizam limitações pelo legislador sem pressupostos e/ou objetivos específicos. O exemplo pode ser retirado do art. 5º, LVIII, da CRFB/1988: “O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Já as reservas qualificadas exigem do legislador o atendimento de algum escopo. O exemplo clássico é o do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CRFB/1988): “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Sarlet apresenta, ainda, uma terceira hipótese de restrição, cuja materialidade não se dá diretamente pela Constituição, mas sim por decorrência de colisões entre direitos fundamentais:

[...] Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador.¹⁸

No que toca às limitações decorrentes de colisões, os direitos formalmente ilimitados podem ser limitados caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais.

Nesse contexto, imprescindível mencionar a questão dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Assim, as eventuais limitações dos direitos fundamentais não são cláusulas abertas para a erosão de tais direitos. Os limites aos limites são barreiras que visam garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.

perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 391.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 391-392.

Desse modo, as limitações aos direitos fundamentais devem obedecer a requisitos formais e materiais para que possam ser consideradas aceitáveis juridicamente. Conforme Ingo Sarlet:

[...] no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais.¹⁹

Nos dizeres de Robert Alexy, a proporcionalidade se divide em três máximas parciais: 1) adequação; 2) necessidade; e, 3) proporcionalidade em sentido estrito²⁰. A proporcionalidade quando aplicada na análise da atuação estatal supostamente violadora de direitos fundamentais funciona como proibição de excesso, na perspectiva de direito de defesa. Porém, quando relacionada à análise da omissão estatal com seus deveres, há uma proibição de insuficiência.

Já o núcleo essencial é a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando de ser um direito fundamental. Advoga-se haver parcelas que não podem ser restringidas e limitadas, mesmo quando o legislador está autorizado a realizar restrições.

Há a teoria absoluta do núcleo essencial e a teoria relativa. Como explica Sarlet, “[...] na primeira hipótese, o respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais poderia desempenhar um papel de ‘filtro’ (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade; na segunda, estaria muito provavelmente absorvido por este exame”²¹.

A proteção do núcleo essencial, apesar de não recepcionada expressamente pela Constituição de 1988, pode ser decorrente do artigo 60, § 4º, que implica uma manifestação constitucional em prol da tutela do núcleo essencial.

Diante desse panorama, curial analisar doravante a relação da delimitação de

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 347.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116-117.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 357.

direitos fundamentais com a atividade administrativa do gestor público, principalmente na vertente do poder discricionário.

2.2 Poder discricionário e direitos fundamentais

Na organização estatal há, como é cediço, as funções legislativa, administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. Verifica-se, atualmente, na construção das teorias de delimitação de direitos fundamentais uma opção repetida às funções legislativa e jurisdicional como se fossem nichos exclusivos das limitações e restrições.

A ausência de análise mais aprofundada sobre a atuação administrativa dos gestores públicos na delimitação de direitos fundamentais, além de supor um descolamento da realidade jurídico-social, não permite uma filtragem jurídica dessa realidade.

Exemplos não faltam de situações práticas em que a função administrativa do Estado decide sobre a realização de direitos fundamentais.

Quando o comando da Polícia Militar resolve não mais realizar a segurança no interior dos estádios de futebol, há a delimitação do direito fundamental à segurança de milhares de torcedores. No momento em que a União decide por mera portaria ministerial disponibilizar remédio ou tratamento médico para um determinado grupo de pessoas enfermas, que atendam a requisitos específicos constantes de protocolos clínicos, há, de fato, a delimitação do direito fundamental à saúde.

Outro exemplo interessante é o caso de o gestor público da área de educação implantar uma nova política educacional, referendada pelo sufrágio universal, cujo plano diminuirá o número de *campi* de uma universidade pública e acrescentará o número de alunos por sala de aula. O direito fundamental à educação, por óbvio, está sendo delimitado.

Exemplos são vários de decisões administrativas dos gestores públicos que têm o potencial de delimitar direitos fundamentais, sem a interveniência direta de lei ou de decisão judicial.

A questão é se essa realidade jurídico-social possui substrato na teoria jus-fundamental e até onde o poder discricionário do gestor público pode adentrar no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Não há dúvidas, porém, que a função administrativa do Estado encontra-se vinculada aos direitos fundamentais, mas o modo como o direito fundamental será efetivado acaba sendo de competência discricionária do gestor público, pois a lei não prevê todas as hipóteses vivenciadas na realidade e quando as prevê, há sempre a interpretação da norma. Para Dimoulis e Martins isso acarreta em um:

[...] poder discricionário que, dependendo da previsão legislativa, pode ser maior ou menor, mas sempre existe. O critério de proporcionalidade corresponde aos limites externos da discricionariedade, isto é, da liberdade de decisão do aplicador-concretizador.²²

Preliminarmente, imprescindível explicitar a conceituação relativa ao poder discricionário do gestor público. A discricionariedade decorre da distinção com a vinculação dos atos administrativos. Nesses o gestor público atua sem margem de liberdade, já naqueles há espaço para a liberdade administrativa do gestor público. Desse modo, há atos vinculados e atos discricionários.

Aqui importa delinear a prática de atos pelos gestores públicos que possam delimitar direitos fundamentais em decorrência da discricionariedade. Como afirma Bandeira de Mello, “a esfera de liberdade administrativa – aliás, sempre circunscrita – pode resultar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, do mandamento dela ou, até mesmo, de sua finalidade”²³.

A liberdade relacionada à hipótese da norma de direito fundamental ocorre quando estão delineados conceitos indeterminados e cláusulas gerais. Registre-se que as normas de direitos fundamentais, geralmente, possuem uma textura aberta, passível, portanto, de discricionariedade interpretativa. Sarlet deixa essa questão evidente:[...] quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser a necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais, que, consoante já assinalado, contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e interpretação dos conceitos legais indeterminados.²⁴

Dimoulis e Martins expressamente consignam o processo de intervenção do gestor público na delimitação dos direitos fundamentais:

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 185.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 912.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 371.

[...] o exame das intervenções de órgãos do Executivo e Judiciário requer um processo bifásico: (a) verificação do fundamento legal da medida interventora e de sua constitucionalidade (incluindo o exame de proporcionalidade); (b) ponderação concreta, procurando definir se a medida administrativa ou judicial, embora baseada em normas não inconstitucionais, violam o direito fundamental por não satisfazer o critério da proporcionalidade.²⁵

Os limites da discricionariedade no exercício da função administrativa são intimamente relacionados com os limites aos limites dos direitos fundamentais.

Disso decorre que o gestor público na função administrativa, muito embora tenha o poder discricionário para delimitar direitos fundamentais, encontra a barreira da proteção ao núcleo essencial, as exigências da proporcionalidade e, por fim, o que se denomina de proibição do retrocesso, sendo esse limite aos limites dos direitos fundamentais o objeto de análise minuciosa doravante.

3. Vedação ao retrocesso

A vedação ao retrocesso, doutrinariamente, aparece estampada sob diversas denominações. Em alguns países fala-se do princípio de *stand still*, que traduz a ideia de imobilidade, a exemplo da Bélgica. Na França, utiliza-se o conceito do efeito *cliquet* (trava) ou regra do *cliquet anti-retour* (trava antirretorno). No direito anglo-saxão, encontra-se a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause*.²⁶ No Brasil e em Portugal, fala-se, ainda, acerca da não reversibilidade dos direitos fundamentais ou da proibição do retrocesso social.

No presente trabalho, tais expressões serão empregadas indistintamente, porquanto, pragmaticamente, representam a impossibilidade de regressão ou eliminação do *status quo* estabelecido sobre determinado direito fundamental.

Importa, de fato, analisar-se a natureza jurídica da proibição do retrocesso social, a qual descreve que a realização do núcleo essencial de direitos fundamentais por medidas legislativas infraconstitucionais não pode ser anulada, revogada ou aniquilada, sem esquemas compensatórios de manutenção da consolidação do direito social, sob pena de caracterização de inconstitucionalidade. Em outras pala-

²⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 185.

²⁶ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Senado. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015, p. 13-14.

vras, a liberdade de conformação do legislador encontra limite no núcleo essencial já confirmado.²⁷

A propósito, a doutrina de Cristina Queiroz conceitua a vedação ao retrocesso de forma esclarecedora:

Concretamente, o princípio da “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção”, a acção do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*.²⁸

Não obstante o conceito acima, é imprescindível mencionar o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade, o qual apresenta a vedação ao retrocesso sob uma perspectiva temperada:

O princípio da *proibição do retrocesso social*, enquanto determinante heterónoma vinculativa para o legislador implicaria, bem vistas as coisas, a elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a direito constitucional. Essa constitucionalização não seria, no entanto, um efeito automático da concretização legislativa, sendo necessário um “consenso básico” e uma “radicação na consciência jurídica geral” de que “o grau de realização legislativamente obtido corresponde a uma complementação ou desenvolvimento do direito constitucional, dispondo, como ele, da força ou dignidade normativa das normas constitucionais”. Isso seria possível, porque, superada a teoria gradualista das fontes, deveria admitir-se um processo de “osmose” constituição-lei, em que esta poderia funcionar como “mediação constitucionalmente caracterizante do programa normativo-material da Constituição”.²⁹

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

²⁸ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 116.

²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 377.

Dessa forma, é possível constatar que o princípio da proibição do retrocesso social encontra-se devidamente consolidado na doutrina e é reconhecido pela jurisprudência estrangeira, conforme decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Português, ao analisar a constitucionalidade da lei que extinguiu o Serviço Nacional de Saúde:

Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.³⁰

³⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. *Acórdão n.º 39/84*, relator Vital Moreira, Lisboa. 11 de abril

Destaque-se que, no Brasil, explicitamente, falta assento constitucional à vedação ao retrocesso, o que não significa dizer que nosso sistema jurídico-constitucional não acolha o princípio sob análise. Ao contrário, na condição de norma, pode-se facilmente extrair a sua existência e aplicação dos princípios estruturantes do Estado constitucional, da supremacia da Constituição, da máxima eficácia dos direitos fundamentais e da internacionalização dos direitos fundamentais.

A propósito, vale destacar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual restou consignada a validade do não retrocesso em nosso sistema jurídico:

O exercício do *jus variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.³¹

Nesse contexto de reconhecimento da proibição do retrocesso pelos sistemas jurídicos local e estrangeiro, pode-se traçar algumas reflexões sobre a sua aplicação e aptidão para defender interesses coletivos e garantir juridicamente a manutenção de níveis adequados das obrigações prestacionais do Estado, conforme ver-se-á a seguir.

3.1 Aplicação no âmbito dos direitos fundamentais

Como visto acima, o princípio da proibição do retrocesso foi desenvolvido, a fim de proteger as posições juridicamente consolidadas em matéria de direitos fundamentais, o que reflete, inevitavelmente, no âmbito das políticas públicas.

Entretanto, por mais nobre que seja a tutela dos direitos em discussão, é prudente observar que isso não implica a aceitação de um princípio geral de vedação ao

de 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 302.906/SP*, relator min. Herman Benjamin, Brasília. 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

retrocesso, sob pena de se encolher a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição.

De fato, a liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da atividade legislativa, as quais seriam praticamente eliminadas se, em matéria tão vasta quanto à abrangida pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados.³²

Para sopesar a questão, é indispensável a lição do doutrinador Antonio Herman Benjamin:

Claro, não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõe limites não discricionários a sua atuação.³³

Da mesma forma, tal premissa deve ser aplicada à administração pública, a qual possui margem de discricionariiedade para decidir sobre a melhor maneira de efetivar ou mitigar o direito fundamental, estando vinculada, apenas, ao núcleo rígido do direito, a fim de evitar a ocorrência do retrocesso.

Em verdade, ao submeter o ato de modificação do direito fundamental ao crivo do retrocesso, deve-se analisar, delimitar e respeitar o seu mínimo existencial, o qual reside no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo traduzido como um patamar mínimo de garantias à existência humana, sem as quais o conteúdo do direito é esvaziado.

Nesse sentido, Cristina Queiroz destaca que esse *standard* mínimo incondicional não deverá ser interpretado de forma restritiva, vindo a ser fixado sob uma perspectiva aberta e casuística. Essa garantia de um mínimo social destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental de forma a que não resulte desprovido de conteúdo e, por consequência, de sentido.³⁴

³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, p. 379.

³³ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015, p. 69.

³⁴ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, p. 93.

Em outras palavras, os atos normativos ou decisões administrativas tendentes a diminuir ou eliminar o mínimo existencial de um direito fundamental são inconstitucionais, porque caracterizam a ocorrência do retrocesso social.

A propósito, segundo o Tribunal Constitucional Português, opera-se o retrocesso apenas quando se pretende atingir o núcleo essencial da existência mínima do direito fundamental, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, e se pretenda proceder: a) a uma anulação, revogação ou aniquilamento puro e simples desse núcleo essencial; b) a uma alteração redutora que se faça com a violação do princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; e, c) ou se atinja o conteúdo de um direito social cujo contorno esteja, iniludivelmente, enraizado ou sedimentado no seio da sociedade.³⁵

Percebe-se, portanto, que a verificação de uma possível afronta ao núcleo rígido e consequente caracterização de regressão social, deve se dar no caso concreto, pautando a decisão legislativa ou administrativa nos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, a fim de corretamente efetivar o direito fundamental submetido a alterações.

Nesses termos, vale transcrever o ensinamento de Antonio Herman Benjamin:

Se dinâmico e relativo, o princípio obedeceria à lógica do “controle de proporcionalidade”, o que interditaria, “na ausência de motivos imperiosos” ou justificativa convincente, uma diminuição do nível de proteção jurídica. Consequentemente, haverá, sempre, de se exigir do legislador cabal motivação ou demonstração de inofensividade da regressão operada – a manutenção do *status quo* de tutela dos bens jurídicos em questão. Em outras palavras, deve-se atestar a equivalência material entre a fórmula legal anterior e a proposta, “a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada”, abrindo-se, para o juiz, “fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico”, a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que “se imiscuir nas escolhas políticas”.³⁶

Dessa forma, na sua aplicação concreta, ou seja, na aferição da existência ou

³⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. *Acórdão n. 509/2002*, relator Luís Nunes de Almeida, Lisboa. 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*, p. 65.

não de uma violação da vedação ao retrocesso, não se poderiam dispensar critérios adicionais, a exemplo da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da proporcionalidade, os quais, no seu conjunto, asseguram a devida operacionalização à noção de proibição de retrocesso no plano jurídico-constitucional.³⁷

3.2 Decisão administrativa e vedação ao retrocesso

É cediço que, tradicionalmente, a doutrina tem enfrentado a questão da vedação ao retrocesso, sob o enfoque da atividade legislativa, ou seja, utilizando a Constituição e a lei antiga como parâmetros para verificar se a lei nova provocou a reversibilidade de determinado direito fundamental.

Contudo, não se pode omitir que as decisões administrativas também são capazes de mitigar os valores incorporados ao patrimônio jurídico da sociedade pela Constituição e pela legislação ordinária.

Tal afirmação é corroborada pela doutrina de Cristina Queiroz, a qual esclarece que:

Não apenas o legislador ou a administração se encontram “imediatamente obrigados a garantir esse conteúdo mínimo” como ainda não poderão suprimir totalmente sem contrapartida as disposições legais e administrativas correspondentes. Como bem observa BOCKENFORDE: “os direitos fundamentais sociais, quando com base neles se criam pretensões determinadas, quer através do legislador, quer de uma prática administrativa continuada, defendem constitucionalmente essas pretensões e protegem o cidadão contra a sua *eliminação* (embora não contra uma modificação ou uma redução ainda compatível com a incumbência da sua constituição social)”³⁸

A possibilidade de a decisão administrativa atingir o núcleo rígido do direito fundamental é verificada, principalmente, em razão da anatomia do princípio da proibição do retrocesso social. Isso porque importa evidenciar a sua dupla dimensão, que é destinada tanto a proteger os direitos fundamentais de iniciativas legisla-

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015, p. 151.

³⁸ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, p. 94-95.

tivas – sentido negativo –, quanto a promover a satisfação desses direitos – sentido positivo.

Nesse contexto, a dimensão negativa do princípio da vedação ao retrocesso é evidente. Insere-se na proteção dos direitos fundamentais contra ameaças legislativas que atinjam o nível atual de proteção jurídica conferida. Na outra face da moeda, tem-se a formulação de que a implementação e a manutenção de políticas públicas são necessárias para o estabelecimento dos contornos atuais desses direitos, uma vez que possuem natureza predominantemente prestacional.

Notadamente, as decisões administrativas ganham força na implementação de direitos fundamentais sociais, na medida em que tais direitos dependem de organização e procedimentos para a sua realização. Desse modo, a inexistência ou insuficiência de políticas públicas para assegurar um direito fundamentalizado pode implicar ocorrência do retrocesso social.

No mesmo sentido, tem-se a lição de Marcelene Carvalho da Silva Ramos, segundo a qual: “[...] para a garantia do acesso aos bens sociais é indispensável a preexistência de instituições, esquemas organizacionais e procedimentais que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.”³⁹

A propósito, como já foi referido no presente trabalho, exemplos não faltam de situações práticas em que a função administrativa do Estado decide sobre a realização de direitos fundamentais.

Nesse caminho, em matéria de qualidade de ensino, por exemplo, haverá retrocesso social quando visualizada política que importe na supressão de programa, de modo a afetar o mínimo existencial do direito fundamental à educação. Assim, o fornecimento de material e de transporte escolares; e de alimentação ao educando constituem obrigações ao Poder Público, permitindo a concretização e a manutenção de níveis adequados do direito em questão.⁴⁰

Por essas razões, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira esclarecem que “[...] uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”⁴¹

A respeito da relação a ser construída entre a administração pública e os direitos fundamentais sociais, a fim de evitar o retrocesso, vale destacar a doutrina de

³⁹ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição do retrocesso jusfundamental*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 58.

⁴⁰ SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 195-196.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

Mario de Conto:

Em síntese, evidencia-se que uma Administração Pública, vista como dirigente e compromissária, tem como condição de possibilidade e leitura contemporizada dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, que rompa com as concepções metafísicas calcadas num paradigma racionalexegético. Nesse sentido, a observância do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, a partir das noções de Segurança Jurídica e Confiança, é um imperativo de constitucionalidade e legitimação dos atos da Administração Pública. O núcleo essencial dos Direitos Fundamentais atua como um protetor contra medidas retrocessivas por parte da Administração Pública e, mais do que isso, como verdadeiro legitimador/delimitador das Políticas Públicas.⁴²

A administração pública é responsável, portanto, pela realização, em concreto, das normas jurídicas em matéria de direitos fundamentais, o que, de fato, ocorre por meio do planejamento e da execução de políticas públicas destinadas ao cumprimento das promessas constitucionais, sempre respeitando a liberdade de atuação do administrador público.

4. Considerações finais

A história evolutiva do reconhecimento e da proteção dos direitos fundamentais deixa evidente o nível crescente de respeito às liberdades individuais e a obrigação de prestações por parte do Poder Público.

Nesse contexto, insere-se a vedação do retrocesso, porquanto não é desejável que as conquistas provadas pelo povo sejam erradicadas do mundo jurídico.

Certamente, as aspirações ocorrem de forma linear e progressiva, de modo que qualquer medida tendente à regressão merece análise prudente, não devendo ser vista como natural.

De fato, se por um lado o dever de não retrocesso está restrito, como já dito, aos direitos fundamentais efetivamente concretizados, pois somente aqueles direitos aos quais os cidadãos já possuem acesso são objeto da impossibilidade de retroação; por outro lado, como dever positivo, impõe ao Estado a criação de políticas pú-

⁴² CONTO, Mario de. *O Princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 100.

blicas capazes de entregar todos aqueles direitos previstos, mas ainda não efetivados.

Por essas razões, sempre que a atividade administrativa apresentar inovação no sentido de reduzir ou mitigar parcela dos direitos fundamentalizados na Constituição, deve-se ponderar os argumentos que motivaram a decisão, bem como analisar os limites da discricionariedade administrativa na delimitação dos referidos direitos.

Isso porque não há dúvida de que a função administrativa do Estado encontra-se vinculada aos direitos fundamentais. Porém, o modo como o direito fundamental será efetivado é de competência discricionária do gestor público, o qual deve observar, apenas, o núcleo rígido do direito posto em discussão.

Em outras palavras, a investigação de (in)ocorrência do retrocesso merece ser pautada sob uma perspectiva sistêmica, respeitando-se os vetores que influenciam na decisão administrativa, qualificando-a como proporcional ou não.

Sob o ponto de vista da aceitação do princípio da vedação ao retrocesso, estranha-se que a jurisprudência dos tribunais pátrios não debata o tema com a mesma solidez da doutrina. Fala-se isso porque faz um bom tempo que referido princípio tem assento jurisprudencial na Europa, servindo, como exemplo, o *leading case* julgado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, devidamente transcrito acima.

O presente trabalho, sob essa perspectiva, tem por função dar corpo ao entendimento doutrinário, priorizando a manutenção de níveis aceitáveis de concretização de direitos fundamentais, sem que se ignore o fato de o administrador público possuir discricionariedade para delimitar tais direitos.

5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 302.906/SP*, relator min. Herman Benjamin, Brasília. 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CONTO, Mario de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. *Acórdão nº 39/84*, relator Vital Moreira, Lisboa. 11 de abril de 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Tribunal Constitucional Portugal. *Acórdão nº 509/2002*, relator Luís Nunes de Almeida, Lisboa. 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Senado. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*

sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição do retrocesso jusfundamental*. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

O direito constitucional segundo Zagrebelski

Queila de Araújo Duarte Vahl¹

1. Introdução

Em *Historia y constitución*, Gustavo Zagrebelsky afirma, logo de início, que o direito constitucional tem se contentado em ser subproduto da história e da política (ZAGREBELSKY, 2005, p. 27-28).

Essa afirmação, que diminui e amesquinha a ciência do direito e que sem sombra de dúvida não representa a visão do autor sobre o que essa ciência deve ser, é desconstruída no decorrer do texto.

Neste artigo vamos seguir os passos de Zagrebelsky para situar o direito constitucional, descobrir o seu lugar, ao responder as seguintes perguntas: 1. “¿para qué sirve, aquí y ahora, una constitución?”; e, 2. “¿para qué, un derecho constitucional?” (ZAGREBELSKY, 2005, p. 29).

2. História x constituição escrita

Zagrebelsky inicia o livro com uma crítica ao positivismo jurídico que, para o autor, desconsidera o que está antes do direito positivado sob o argumento de despolitização e tecnificação de uma ciência jurídica, privada da compreensão de seus fundamentos.

Todavia, para o autor, ignorar os pressupostos do direito somente é possível se concordarmos que ele pode ser imposto mediante um ato de força (ZAGREBELSKY, 2005, p. 30).

Digno de nota, que o distanciamento entre constituição escrita e história é historicamente justificável, na medida em que aquela é fruto, via de regra, de uma revolução, seja ela pacífica ou não, por meio da qual se procede ao rompimento com o estado de coisas anterior (ZAGREBELSKY, 2005, p. 31-33)

Exemplo disso é a Revolução Francesa, que tinha por objetivo extinguir os privilégios da nobreza e os poderes absolutos do rei. Destaca o autor, mencionando Madame de Staël, as diferenças entre a constituição da monarquia francesa e a constituição moderna:

¹ Procuradora do Estado de Santa Catarina. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestranda em ciência jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: queilavahl@hotmail.com. Currículo em plataforma lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4718107911514845>>

Cuando Madame de Staël contraponía la constitución antigua a la moderna, la referencia era precisamente al carácter casual, no predeterminado, finalmente arbitrario de la primera. La constitución de la monarquía francesa se había formado a través de los continuos intentos de la nación y de la nobleza – una para obtener derechos, la otra, privilegios – y por los esfuerzos de gran parte de los reyes para imponer su poder absoluto. El objetivo moderno de la constitución debería haber sido justamente el de impedir todo esto, sujetando las fuerzas concretas a un esquema de relaciones predeterminado. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 33)

Ainda sobre o tempo que antecedeu a revolução, Siéyès (1986, p. 135), membro do clero francês, em 1789, lançou a obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, no qual fez severas críticas à ausência de legitimidade dos estados gerais, constituído por três ordens, clero, nobreza e terceiro estado – esse formado pelos delegados das cidades –, com seu voto por ordem, onde o voto do terceiro estado, que representava 25 ou 26 milhões de indivíduos, tinha o mesmo peso do voto do clero e da nobreza, que juntos representavam cerca de 200 mil indivíduos.

Outro ponto de grande tensão, naquela época, para Matteucci (1998, p. 37), era a intolerância religiosa e os ideais de liberdade religiosa suscitados pela reforma protestante, sendo que a liberdade religiosa é mãe de todas as liberdades.

Não havia mais espaço para o absolutismo, que cedeu frente à revolução.

Ademais, a redução da constituição a um texto escrito não teve outro objetivo senão fixar a matéria constitucional, impedindo sua submissão à obra corrosiva do tempo (ZAGREBELSKY, 2005, p. 34), transformando-a em instrumento de conservação (ZAGREBELSKYU, 2005, p. 47).

Temos, portanto, uma revolução que rompe com o passado, logo, com a história e cujo ponto final é uma constituição escrita que protege contra o futuro.

De outro lado, a grande novidade da constituição moderna escrita é o poder constituinte, fruto da secularização e exercido pelo povo, já que incompatível com a autoridade do rei que não era senão um agente da autoridade divina, essa sim soberana e constituinte (ZAGREBELSKY, 2005, p. 71).

Ademais, sua inconciliabilidade com a história constitucional é evidente, pois enquanto a história constitucional está para o passado, o poder constituinte está para o futuro, como destaca o autor:

La historia constitucional es cambio, es contingencia política, es acumulación de experiencia del pasado en el presente,

es realidad social, es relación entre pasado y futuro, es movimiento de sujetos a priori indefinibles, es imprevisibilidad de problemas y espontaneidad de soluciones. Por el contrario, el poder constituyente es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo ex novo, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de um solo proyecto político, individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de las soluciones.

Los conceptos esenciales de la historia constitucional son: el largo periodo, el desarrollo, la espontaneidad y la normalidad, la naturaleza social, los vínculos materiales. Del poder constituyente son: la inmediatez, el progreso querido e impuesto, la excepcionalidad, el artificio político, la ausencia de límites y confines. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 36-37)

Concluída a constituição, naturalmente eclode a discussão acerca da sua estabilidade. De um lado os adeptos da mutabilidade, para os quais, cada geração tem o direito de conceber nova lei fundamental condizente com sua realidade, conforme defendido por Thomas Jefferson e sintetizado na celebre frase “a terra pertence aos vivos”, que extrai da rigidez constitucional uma potencial opressão dos mortos sobre os vivos. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 40-41).

Em sentido oposto, Madison (2003, p. 310-3123), nos artigos federalistas de nº 49, contrapõe-se a possibilidade de convocação de uma convenção sempre que dois dos três poderes do governo concordarem em que há necessidade de alterar a constituição. Entre as objeções opostas, interessante destacar aquela, segundo a qual, a fonte de autoridade legítima para alterar a constituição é o povo, e por fim, aquela que para ele parecia mais forte, se refere ao desequilíbrio constitucional no governo que a constante alteração constitucional iria provocar. Da primeira objeção destaco:

Como o povo é a única fonte de toda a autoridade legítima e como só a sua vontade pode estabelecer a carta constitucional que dá existência e poder aos diferentes ramos do governo, a esta única fonte é que se deve recorrer, não só para estendê-los, restringi-los e alterá-los, mas ainda para corrigir o efeito das usurpações recíprocas que tiverem alterado os seus direitos

constitucionais. Mas, como as atribuições dos diferentes poderes estão perfeitamente marcadas nos termos da sua comissão, claro está que nenhum deles pode arrogar-se o direito de estabelecer a linha de demarcação que o separar dos outros; e, sendo assim, como é possível reprimir as usurpações do mais forte, ou defender os direitos do mais fraco, sem apelar para o povo que os criou e que é o único que pode declarar a sua verdadeira intenção e tornar efetiva a sua observância? (HAMILTON, *et all*, 2003, p. 310-311)

Tem prevalecido, contudo, uma posição intermediária, que promove a difícil síntese entre as aparentemente inconciliáveis exigências de imutabilidade e renovação, com procedimentos especiais para a reforma constitucional (ZAGREBELSKY, 2005, p. 44), como no caso brasileiro, onde o poder reformador foi entregue ao Poder Legislativo, impondo-lhe, o poder constituinte originário, procedimento especial e limitações materiais, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, CRFB/88).

O que se enxerga até aqui, ainda que se mude o ponto de onde se vê, são barreiras aparentemente intransponíveis entre história e constituição. Em um primeiro momento, a fratura própria da revolução, que rompe com o passado que não lhe agrada, seguida da fixação provocada pela constituição que predetermina o futuro com pretensão de imutabilidade.

Voltaremos agora nossos olhos à constituição dos nossos dias, a constituição da sociedade plural.

3. A constituição da sociedade plural

Necessário, em um primeiro momento constatar que segundo Zagrebelsky (2005, p. 83) a constituição da revolução não mais existe, na medida em que aquela foi a constituição imposta pelo vencedor ao vencido, fruto de um acontecimento histórico no qual, após um embate entre duas partes, uma prevaleceu sobre a outra e o que hoje se vê não é um acerto de contas entre inimigos, mas uma coordenação entre amigos, própria das sociedades plurais.

Não é demasiado trazer a luz o conceito de sociedade plural apresentado pelo autor em *El derecho dúctil*, onde se lê:

Las sociedades pluralistas actuales – es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo

o dominante y, por tanto, establecer la base material de soberanía estatal em el sentido del pasado. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13)

Assim, na sociedade plural contemporânea, despida de um grupo dominante, a constituição não é encarada como um ato criativo, mas como texto responsivo, aquela constituição que exige sujeição a determinado projeto político social, cedeu lugar a constituição à qual nos dirigimos para encontrar respostas às novas demandas sociais (ZAGREBELSKY, 2005, p. 81).

Ademais, digno de nota, que a sociedade plural é irmã do estado social, o estado social no qual, segundo Bonavides (2013, p. 184-185), a burguesia do estado liberal não é mais a classe dominante, não mais detém o poder político, “o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital” (BONAVIDES, 2013, p. 185).

Essas classes que emergem para o cenário político na sociedade plural têm novas e muitas demandas, como moradia, trabalho e suas condições, acesso à saúde e à educação, segurança pública, enfim, condições mínimas de existência, que passam a constituir o conteúdo das constituições contemporâneas, principalmente após a Segunda Guerra.

É forçoso concluir ainda que, segundo o autor, a sociedade plural não é a sociedade do contrato social e, portanto, sua lei fundamental não pode ser considerada como um contrato em sentido estrito, seja em sentido formal, seja em sentido material.

A constituição não pode ser considerada um contrato em sentido formal, a uma, porque não se podem identificar em seu processo de criação partes contrapostas e, a duas, porque ao contrário dos contratos que para sua formação exigem unanimidade, as constituições exigem maioria (ZAGREBELSKY, 2005, p. 85.).

Quanto ao conteúdo, explicita Zagrebelsky (2005, p. 85) que de igual modo não é possível aproximar as constituições dos contratos, porque aquelas, ao contrário desses, não criam deveres e obrigações diferenciados e recíprocos para cada uma das partes, mas deveres e obrigações iguais para todos. Sobre o conteúdo das constituições da sociedade plural descreve:

(...) La constitución crea derechos y deberes absolutos, no privilegios relativos. La constitución en cuanto constitución moderna basada en la igualdad, vale para todos. Pluralismo constitucional no significa, al modo del Ancien Régime, suma de enclaves particulares, no significa corporativismo. Lo que las

diferentes partes constituyentes pretenden que sea sancionado en la constitución es normalmente particular por lo que hace a su procedencia, pero es ciertamente general como contenido, así como particulares y generales, en el mismo sentido, son las ideologías políticas que de un modo pluralista son vertidas en la constitución. (ZAGREBELSKY, p. 85)

Para Siéyès (1986, p. 142), são três os interesses que movem os homens: “1º) aquele pelo qual os cidadãos se reúnem: apresenta a medida exata do interesse comum; 2º) aquele pelo qual um indivíduo se liga somente a alguns outros: é o interesse do corpo; e finalmente, 3º) aquele em que cada um se isola pensando unicamente em si: é o interesse pessoal”, sendo o primeiro e não o último ou o segundo, o conteúdo constitucional de que falamos.

Outrossim, as constituições plurais, usualmente, são formadas por um conjunto de princípios universais justapostos um após o outro, que atendem aos interesses dos diversos grupos sociais, nem sempre de fácil compatibilização, demandando a solução das colisões, dito de outro modo, a fixação dos pontos de equilíbrio (ZAGREBELSKY, 2005, p. 86.)

A constituição da sociedade plural, marcada pela diversidade de grupos sociais é, portanto, uma coordenação de múltiplos interesses, sendo necessário compatibilizá-los, o que segundo o autor é papel do direito constitucional como se pasará a expor.

4. Direito constitucional conciliador

É chegada a hora de procurar resposta às perguntas suscitadas pelo autor: Para que serve aqui e agora uma constituição? Para que um direito constitucional?

Inicialmente cabe destacar, observando o que se passa ao nosso redor, que a sociedade contemporânea é um organismo em constante mutação, em constante rearranjo, uma sociedade de demandas reais e fabricadas, no qual o passar do tempo, e não é necessário tanto tempo assim, torna velho e obsoleto o que ontem era novidade.

Se na época de Thomas Jefferson era necessário que se passasse o tempo de uma geração para que as condições sociais sofressem alterações significativas, hoje contamos o tempo em décadas, cada uma delas com suas próprias características, evidentemente diversas da anterior, tamanha a rapidez da mudança. Vivemos em constante aceleração.

De outro lado, segundo Zagrebelsky (2005, p. 82-83), há profundas diferenças entre as características originais das constituições como documentos normati-

vos e as condições constitucionais materiais onde estes documentos devem operar.

Temos na constituição brasileira, por exemplo, a previsão de um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas de um indivíduo e de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e previdência social (art. 7º, IV); proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX); proibição do trabalho infantil (art. 7º, XXXIII e art. 227, § 3º, I); acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), direitos sociais que estamos longe de concretizar.

O sistema de cotas tornou-se onipresente, nas universidades, órgãos públicos, empresas privadas, numa tentativa constante de tornar concreto o princípio constitucional da isonomia.

Vivemos diariamente o esforço de tornar a realidade social coincidente com a constituição.

Aqui e agora, portanto, serve a constituição de ontem para dar respostas aos problemas políticos e sociais de hoje, de uma geração que não é mais a mesma que a escreveu; os sujeitos políticos mudaram e os valores políticos precisam de novas definições, para que se possa alcançar uma sociedade mais justa (ZAGREBELSKY, 2005, p. 87-88), ou nos termos utilizados no preâmbulo da constituição brasileira, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, capaz de garantir a todos, sem exceção, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, promover o desenvolvimento e assegurar a igualdade e a justiça.

Neste sentido, *“ya no es desde la constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad desde donde se debe mirar la constitución”* (ZAGREBELSKY, 2005, p. 87).

A legitimidade da constituição não depende mais, portanto, da legitimidade de quem a escreveu, mas da capacidade de dar respostas adequadas a nosso tempo, cabendo a ciência constitucional promover a conciliação necessária entre a norma fundamental e a sociedade atual, é esse o seu fim (ZAGREBELSKY, 2005, p. 88).

Na constituição sem significados unívocos e estáveis, fixados pela intenção do constituinte, serve o direito constitucional para dar respostas à geração atual, promovendo a renovação de seu significado, de acordo com as novas demandas sociais, por vezes sequer cogitadas originariamente, compatibilizando os interesses dos diversos grupos sociais.

Digno de nota que o autor considera a jurisprudência constitucional como parte da ciência constitucional, definindo-a como ciência em ação (ZAGREBELSKY, 2005, p. 88).

Todavía, respondidas as perguntas inicialmente propostas, inevitavelmente somos conduzidos a uma nova pergunta: Pode o direito constitucional proposto alcançar seu objetivo servindo-se da velha metodologia?

Segundo Zagrebelsky (2005, p. 88-89), a resposta é negativa, o direito constitucional proposto exige uma revolução hermenêutica, nova proposta metodológica, ademais, seu objeto não poderá se restringir à constituição, mas será além dessa, a história.

Sobre a história constitucional descreve o autor: *“la historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro”* (ZAGREBELSKY, 2005, p. 91).

Todavía, se é certo que a metodologia própria do positivismo jurídico não é adequada ao objeto e aos objetivos do direito constitucional em foco, porque desconsidera a história e, de igual modo, não se possa interpretar a constituição com os olhos do constituinte original que viveu em outra época em uma sociedade com outras demandas, de igual modo, não é menos certo que não é possível transformar a ciência do direito constitucional em uma busca livre, que parte de premissas arbitrárias com resultados também arbitrários, para utilizar a constituição segundo as conveniências de quem a interpreta (ZAGREBELSKY, 2005, p. 89).

Na construção desta nova metodologia, a constituição deve ser o lugar a partir do qual podemos identificar a distinção entre o que é e o que não é constitucional, cabendo aos princípios apontar a direção (ZAGREBELSKY, 2005, p. 89).

Vejamos o conceito de princípios constitucionais:

Las normas constitucionales de principio no son más que la formulación sintética, privada casi de significado desde el punto de vista del mero análisis del lenguaje, de las matrices histórico-ideales del ordenamiento. Por un lado, declaran las raíces y, por outro, indican una dirección. Ofrecen un punto de referencia em el pasado y, al mismo tiempo, orientan el futuro. Los principios dicen, por un lado, de qué pasado se proviene, em qué líneas de continuidad el derecho constitucional actual quiere estar inmerso; por otro, dicen hacia qué futuro está abierta la constitución. Los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste em la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 89)

Nesse norte, a interpretação da constituição não pode ser feita de forma pontual, servindo unicamente para o caso que se apresenta no momento, assim como não pode ignorar a história; como as faces de Jano deve ter um olhar para o passado, para enxergar os valores cristalizados na constituição e outro para o futuro, que enxerga os problemas a resolver no futuro imediato, ou seja, “*los principios que nos permiten alcanzar la conciencia histórico-cultural del acontecimiento constitucional del que somos partícipes en el transcurrir de las épocas políticas y sociales*” e são realimentados pelos novos e imprevisíveis acontecimentos que a dinâmica social nos oferece. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 90-91)

A sociedade plural e sua constituição, portanto, demandam um direito constitucional que promova a conciliação, não somente dos diferentes grupos sociais e seus interesses, mas também da constituição com a história, compreendida como passado – sem o qual, não é possível a compreensão de seus fundamentos – e futuro – promovendo a atualização de seu significado.

5. Considerações finais

Resta claro neste artigo que, para Zagrebelsky no livro *Historia y constitución*, a constituição da sociedade plural não é a mesma da sociedade burguesa, na medida da pluralidade de classes e consequentemente de demandas próprias daquela.

Esta nova constituição, a seu turno, tem por finalidade, precipuamente, assegurar igualdade e justiça social.

Outrossim, esta nova constituição exige um direito constitucional conciliador, com metodologia adequada a seu objeto e objetivos, tendo como norte os princípios constitucionais, renovados de acordo com a dinâmica social.

6. Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 2013.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Ed. Trotta, 1998.

SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: que é o terceiro estado?* Rio de

Janeiro: Liber Juris, 1986.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

_____. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Ed. Trotta, 2011.

O neoconstitucionalismo e os deveres fundamentais: a participação do Estado e da sociedade para se alcançar uma vida digna e feliz

*Diogo Marcel Reuter Braun*¹

*Rodrigo Roth Castellano*²

*Ronan Saulo Robl*³

1. Introdução

A sociedade atual parece esperar que o Estado, além de garantir as liberdades individuais, seja também o único responsável pelo fornecimento de todos os elementos necessários para o alcance de uma vida digna e feliz, objetivos materiais do constitucionalismo contemporâneo.

É certo que ao Poder Público, por meio de seus agentes, incumbe parte da concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Mas será que só ele deve se esforçar nesse sentido? Os cidadãos também deveriam contribuir na busca de condições materiais mínimas suas e da sociedade?

Com a intenção de analisar essas questões, realizou-se o estudo acerca da formação do constitucionalismo moderno, bem como de seus ideais para, em seguida, abordar o neoconstitucionalismo, um pouco de sua história e de seus elementos filosóficos e teóricos.

Após, investiga-se a teoria dos deveres fundamentais e a sua relação com o constitucionalismo contemporâneo.

Para embasar as visões apresentadas e subsidiar o próprio ponto de vista deste artigo, foram utilizados livros e artigos científicos, sendo objetivo da pesquisa examinar a relação entre a teoria de deveres fundamentais e o constitucionalismo contemporâneo, bem como o modo como Estado e sociedade participam na busca de uma vida mais digna. O estudo justifica-se pela importância de se conhecer a nova dogmática constitucionalista, a teoria dos deveres fundamentais (normalmen-

¹ Mestrando em direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual civil pela Universidade do Vale do Itajaí e em direito tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. E-mail: diogo@pge.sc.gov.br.

² Mestrando em direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. E-mail: castellano@pge.sc.gov.br.

³ Mestrando em direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: ronan@pge.sc.gov.br.

te relegada a um segundo plano), e, ainda, pela possibilidade de se averiguar se os deveres fundamentais podem ser tidos como um dos mecanismos para a consecução dos objetivos desse neoconstitucionalismo.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo, através das técnicas do referente, da categoria e da pesquisa bibliográfica, tendo como consequência, a elaboração de um artigo claro e conciso.

2. Constitucionalismo moderno

O constitucionalismo, em sua vertente moderna, consistiu no movimento político e ideológico que se contrapôs ao absolutismo, considerado a primeira versão do Estado moderno⁴.

Como se sabe, o Estado absolutista, estabelecido em meados do século XVII, representa a forma pela qual o titular do poder governamental o exerce sem dependência e/ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores.⁵ Segundo Bobbio, a formação do Estado absoluto se dá através de um duplo processo (paralelo) de concentração e de centralização do poder em um território determinado⁶.

Concentração porque os poderes através dos quais se exerce a soberania (tais como o poder de ditar leis, o poder jurisdicional, o poder de usar a força, o poder de impor tributos) são atribuídos de direito ao soberano e exercidos, de fato, pelo rei. A centralização, por seu turno, compreende o processo de eliminação de ordenamentos jurídicos inferiores, tais como cidades, sociedades privadas ou corporações, “[...] que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos, mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central.”⁷

Tamanho poder conferido a um soberano ou a um restrito grupo de pessoas acabava permitindo excessos, como a abusiva imposição tributária. Além disso, a submissão à vontade do monarca tornava insegura a vida das pessoas, sobretudo da classe burguesa, que crescia juntamente com o capitalismo.

Dessa forma, o constitucionalismo surge como um documento fundamental para limitar o poder político, garantindo os direitos individuais dos indivíduos e tra-

⁴ Conforme STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 45-46.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*, p. 46.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 11. ed. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 115.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, p. 115.

çando os marcos das atividades estatais.⁸ As revoluções que melhor representaram tal movimento foram a americana (1776) e a francesa (1789).

Promulgaram-se, então, constituições escritas, que garantiam a separação de poderes e reconheciam direitos de natureza individual em face do Estado.⁹

Como movimento essencialmente fomentado pela classe burguesa, o constitucionalismo moderno naturalmente formou estados liberais, cujos propósitos centrais envolviam a proteção à propriedade privada, a separação de poderes e o não excesso de imposição tributária.

Os direitos fundamentais se confundiam, destarte, com direitos individuais. “O poder deixa de ser absoluto e autorreferente, para ser relativo, condicionado, limitado na constituição e nela fundado, embora ainda bastante amplo e com larga presença de discricionariedade na produção normativa.”¹⁰

A partir do século XIX, em decorrência de uma série de causas (tais como a Revolução Industrial; a Primeira Guerra Mundial; as crises econômicas, especialmente a de 1929; o surgimento de um Estado pretensamente socialista – URSS), inicia a fase social do constitucionalismo moderno.

Nesse Estado social os governos passam a regular a questão social, abrangendo aspectos afetos ao processo produtivo (relações de trabalho, previdência, saúde, educação etc.), com nítida natureza interventiva e promocional.¹¹

Segundo Streck e Moraes:

[...] pode-se caracterizar este modelo de Estado como aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político.¹²

Não obstante todos esses propósitos almejados pelo Estado social, ele acabou não conseguindo dar efetividade aos direitos que anunciava e tampouco conceber uma sociedade que pudesse viver em paz e feliz. Tanto que sobreveio, justamente sob a égide de estados sociais, a maior guerra que a humanidade já viu, deixando marcas e pechas que jamais se apagarão da memória da população mundial.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*; p. 60.

⁹ AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. *Revista constitucional e internacional*, v. 77, ano 19, p. 41-61, out./dez. 2011, p. 42.

¹⁰ FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 11-34, p. 14.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*, p. 78.

¹² STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*, p. 79.

3. Neoconstitucionalismo

Alguns autores estrangeiros e brasileiros têm se dedicado a aprofundar o tema do neoconstitucionalismo, chamado por alguns de constitucionalismo contemporâneo. O estudo que ora se desenvolve baseia-se, prioritariamente, na lição de Barroso, talvez um dos maiores estudiosos do tema em nosso país.

Para tratar do neoconstitucionalismo, o referido autor aborda três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico.

3.1 Marco histórico

O marco histórico do neoconstitucionalismo, na Europa continental, foi o constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial, especialmente na Itália e na Alemanha. Nesse período, a formação de novas constituições, aproximando ideias de constitucionalismo e de democracia, produziu nova forma de organização política, conhecida como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático.¹³

A principal referência no desenvolvimento desse novo constitucionalismo é a Constituição Alemã de 1949 (Lei fundamental de Bonn) e, notadamente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, de 1951. “A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica.”¹⁴

Os mais relevantes fatos que desencadearam a mudança foram o genocídio patrocinado com fundamento legal; a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos; o julgamento de Nuremberg e a instrução sobre os crimes contra a humanidade.¹⁵

No Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu quando da sua redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Referida Carta foi capaz de promover a transformação de um Estado autoritário, intolerante e, não raro, violento, para um Estado democrático de direito.¹⁶

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf > Acesso em: 10 jan. 2015, p. 3.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 3-4.

¹⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 2, p. 288-305, maio/ago. 2010, p. 289. Disponível em: < <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2599/1801> >. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito cons-*

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.¹⁷

Portanto, a Constituição da República de 1988, símbolo maior da vitória da democracia sobre a ditadura então existente, fez ressurgir o direito constitucional no Brasil. A Carta de 1988, como se verá, é a base para a realização do constitucionalismo contemporâneo em nosso país.

3.2 Marco filosófico

O marco filosófico do constitucionalismo contemporâneo é o pós-positivismo, também nominado de positivismo ético e soft-positivismo.¹⁸

A caracterização do pós-positivismo perpassa a confluência das duas maiores correntes do pensamento que ofereceram paradigmas opostos para o direito: o positivismo e o jusnaturalismo.¹⁹

Segundo Barroso, “[...] a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.”²⁰

O pós-positivismo, segundo Marmelstein, resultou de uma releitura do positivismo clássico, trazendo para ele aspectos do direito natural, como a inserção

titucional no Brasil, p. 4.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 4-5.

¹⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno, p. 291.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 5.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 5.

de valores, especialmente a dignidade da pessoa humana, colocando-os no topo da hierarquia normativa.²¹

O pós-positivismo busca mais do que a legalidade estrita; pretende empreender uma leitura moral do direito. Sob a nova ótica, a aplicação e a interpretação do direito devem ser inspiradas por uma teoria de justiça, sem acobertar voluntarismos ou personalismos, sobretudo judiciais. Os princípios passam a deter também normatividade, com clara definição de suas relações com regras e valores. Também ressurge o uso da razão prática e da argumentação jurídica. Com o pós-positivismo, visualiza-se uma nova hermenêutica constitucional e se desenvolve uma teoria de direitos fundamentais edificada sob o postulado da dignidade da pessoa humana.²²

3.3 Marco teórico

De acordo com Barroso, no plano teórico, três grandes transformações ocorreram na aplicação do direito constitucional: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional, e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação da Constituição.²³

O reconhecimento da força normativa à Constituição deixa claro que, sob a nova dogmática em estudo, a norma constitucional tem o *status* de norma jurídica. Nesse sentido, a lei fundamental passa a ser vista não mais como um documento político, que apenas direcionava a atuação dos poderes, de forma discricionária. À Constituição é reconhecido caráter vinculativo, de modo que os agentes responsáveis pela sua concretização – que como se verá, não podem ser apenas os vinculados ao Estado – passam a ter deveres.²⁴

Ora, sabido que a Constituição é o lugar onde quase todos os princípios podem ser encontrados. Antes, quando não se reconhecia força jurídica aos princípios, mas apenas às regras, as normas constitucionais, formuladas em sua maioria como princípios, de pouco valiam. Dizia-se que essas normas, apesar de estarem consagradas na Lei Fundamental, não passavam de conselhos morais, de declaração de boas

²¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 6.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 6.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 7-8.

intenções. Descumprir a Constituição não gerava qualquer consequência jurídica.

Com o reconhecimento da efetiva força jurídica aos princípios, a Constituição passou a ocupar um papel especial. Agora todas as suas disposições, sem exceção, passam a ser consideradas como verdadeiras normas jurídicas, ocupando uma posição privilegiada dentro do sistema.²⁵

Já a expansão da jurisdição constitucional envolve, notadamente, a ampliação da participação do Poder Judiciário como ator na concretização de direitos fundamentais.

Até a década de 40, na maior parte da Europa, vigorava um modelo de supremacia do Poder Legislativo, “[...] na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.”²⁶

Segundo Barroso, a partir da década de 40, a nova onda constitucional da Europa trouxe novas constituições e também um novo modelo, inspirado na América do Norte: o da supremacia da Constituição, que tinha como uma de suas fórmulas a constitucionalização de direitos fundamentais. Assim, tais direitos ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário, sob a proteção do Poder Judiciário.²⁷

Sob esse novo constitucionalismo, o Poder Judiciário, além de aplicar a lei ao caso concreto (atividade alinhada à dogmática positivista), passa também a julgar a própria lei, ou, em casos extremo, a ser forçado a decidir mesmo quando ela não existe, realizando atividade integradora.

Quando o poder legislativo erra ou se omite, abre espaço para que o cidadão prejudicado recorra ao poder judiciário, com demandas impensáveis no constitucionalismo tradicional. Assim, se falta lei para a concretização de um direito constitucionalmente garantido, passa-se a recorrer ao poder judiciário para que aplique e concretize a constituição, não obstante a reserva de espaço do poder legislativo e, mesmo, por causa dela, e de sua inatuação. Se há lei que impede a concretização de um direito constitucionalmente garantido, passa-se a recorrer ao poder

²⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*, p. 13.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 8.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 8.

judiciário para que anule a lei e permita a concretização da constituição, não obstante o espaço reservado ao poder legislativo e, inclusive, por causa dele, de sua atuação incorreta. Tanto a má atuação, como a inatuação, são agora inconstitucionalidades, mesmo que os direitos à vida, a segurança, à liberdade e à propriedade, sob o ponto de vista formal, estejam protegidos por essa inatuação ou atuação insuficiente.²⁸

Nesse contexto, ganha força a direta aplicação dos princípios também como fundamento para as decisões judiciais, em prática alinhada com a teoria pós-positivista, brevemente analisada anteriormente.

O outro marco teórico apontado por Barroso consiste em uma nova interpretação constitucional. Essa nova modalidade de interpretação jurídica seria uma decorrência natural da força normativa da Constituição e da especificidade das normas constitucionais. Doutrina e jurisprudência passaram a desenvolver um elenco próprio de princípios, de natureza instrumental, como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade.²⁹

Essa interpretação constitucional atrelada ao neoconstitucionalismo revela diferentes categorias com as quais trabalha a nova hermenêutica. Essas categorias, listadas por Barroso, são as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.^{30 31}

Baseando-se nos ensinamentos de Dworkin, alguns doutrinadores têm apontado que o neoconstitucionalismo propõe, como interpretação, uma leitura moral da constituição, com foco para a natureza específica de suas normas. “Trata de uma análise dos dispositivos mais genéricos sob uma ótica de decência e justiça que deve estar intrínseca ao próprio processo interpretativo”³².

²⁸ FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso?, p. 27.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 10-11.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 12.

³¹ Em vista da profundidade e abrangência da hermenêutica constitucional e de suas técnicas e categorias, não serão abordados neste estudo os desdobramentos respectivos.

³² SILVA, Tassyla Queiroga Sousa. A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional. *Revista Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, Ano 2, 2013, n. 11. Disponível em: < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_13037_13067.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2015.

Sob o neoconstitucionalismo se está diante de uma Constituição aberta, formada por um conjunto de regras e princípios que se irradiam por todo o sistema jurídico, o que gera a constitucionalização de todos os ramos do direito.³³

Do que se analisou até aqui, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo representa a ruptura com o constitucionalismo liberal e sua previsão formal de direitos. O novo paradigma constitucional propõe uma leitura moral (valorativa) do direito, com o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais calcada na dignidade da pessoa humana, colocando-a no topo da hierarquia normativa. Nesse contexto, a própria constituição passa a ter sua força normativa reconhecida e, com ela, seus inúmeros princípios. Para dar efetividade à norma fundamental há a ampliação da participação do Poder Judiciário e se passa a interpretá-la de forma distinta, com base em princípios de natureza instrumental e diferentes categorias.

A efetividade desse novo direito constitucional, contudo, passará, dentre outras medidas, pelo reconhecimento da existência de deveres fundamentais.

4. Deveres fundamentais

4.1 Considerações iniciais

Pouco se ouve falar, na doutrina nacional, sobre deveres fundamentais. O seu paralelo, os direitos fundamentais, entretanto, é o tema constitucional que talvez seja objeto da maior parte da dedicação dos estudiosos da ciência jurídica.

Isso em parte se justifica pelo aspecto histórico envolvido, notadamente atrelado ao movimento constitucionalista moderno, vez que as normas fundamentais então criadas prometiam a proteção do indivíduo frente ao Estado, deixando de lado os deveres.

E foi justamente essa predominância do pensamento liberal que fez com que a liberdade tivesse prioridade sobre o compromisso comunitário do indivíduo. Assim, as pessoas seriam apenas titulares de direitos, recaiando os deveres somente ao Poder Público.

Os deveres fundamentais, contudo, existem há bastante tempo. Como exemplo, tem-se que desde a formação dos estados havia, no mínimo, a obrigação essencial de pagar tributos e de defesa da pátria.

A premissa de que inexistem deveres fundamentais ou de que eles não são tão importantes quanto os direitos não mais subsiste, pois o indivíduo não pode ser apenas detentor de direitos, mas também sujeito de deveres, em relação a si próprio, sua família, à sociedade e às gerações futuras.

³³ AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo, p. 56.

Como conceito, transcreve-se a lição de Nabais, talvez o maior estudioso do assunto:

Como já nos referimos, os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum. [...]

Nestes termos, podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, tem especial significado para a comunidade e a podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta deveres como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.³⁴

Com base na conceituação acima, tem-se que os deveres fundamentais representam uma categoria jurídico-constitucional, correlata aos direitos fundamentais, que imprimem ao homem e ao cidadão deveres essenciais para a realização do bem comum, em benefício individual e da própria sociedade.

4.2 Deveres fundamentais e o constitucionalismo contemporâneo

Diante de todas “promessas” trazidas com o neoconstitucionalismo, cuja missão, como se viu, vai além da garantia de liberdades individuais, permite-se ponderar que tais metas dependerão também do reconhecimento da existência de deveres fundamentais.

Com efeito, o alcance do mínimo necessário para que as pessoas tenham uma vida digna e se sintam felizes depende não só do Estado, mas também que participem mais ativamente da vida em sociedade e contribuam para a consecução desses direitos.

Há que se estabelecer uma responsabilidade comunitária dos cidadãos, a qual propõe que a liberdade da pessoa, “[...] no exercício de seus direitos fundamentais,

³⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012, p. 112.

não corresponde a uma ‘emancipação anárquica’, mas sim à autonomia moral e autorresponsabilidade na sua atuação social.”³⁵

A partir de tal compreensão, o ser humano deve ser reconhecido como um ser solidário para com a existência humana (e também não humana, com base na tutela ecológica) à sua volta. A ideia de deveres fundamentais não encerra apenas deveres, mas, de certa forma, também caracteriza o direito à igual repartição de encargos comunitários, que a existência e o funcionamento da comunidade estatal demandam. Em outras palavras, pode-se dizer que a vida em sociedade pressupõe o respeito mútuo entre os indivíduos, de modo a vincular (e harmonizar) o exercício dos direitos e dos deveres, sob pena de inviabilizar qualquer concepção de uma efetiva comunidade política.³⁶

Trata-se de uma cidadania responsável e solidária em que a pessoa não tem apenas a capacidade de participar do controle do poder público, mas passa a encarnar responsabilidades e deveres, de modo que a construção de uma sociedade solidária não seja apenas um dos objetivos do Estado, mas também de cada indivíduo.³⁷

Há, outrossim, que se entender os deveres fundamentais (assim como o neoconstitucionalismo) tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana de forma individualizada (perspectiva subjetiva) e também institucionalizada como comunitária (perspectiva objetiva). Como base no conjunto dos deveres fundamentais, forma-se um Estado compreendido como “[...] uma organização e um valor função da pessoa humana, um Estado, no fim das contas, instrumento de realização da eminente dignidade humana.”³⁸

Os deveres fundamentais, nessa ótica, estão atrelados à dimensão comunitária ou social da dignidade humana, fortalecendo a atuação solidária do indivíduo situado em dada comunidade estatal, o que demanda por uma releitura do conteúdo normativo do direito à liberdade, amarrando-o à

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul./set. 2012, p. 18.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul./set. 2012, p. 20.

³⁷ FARO, Julio Pinheiro. Solidariedade e justiça fiscal: uma perspectiva diferente sobre a concretização de direitos a partir do dever de pagar impostos. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, v. 81, p. 229-271, out./dez. 2012, p. 247.

³⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 60.

ideia de responsabilidade comunitária e vinculação social do indivíduo.³⁹

Um dos objetivos traçados pelo constitucionalismo contemporâneo é a existência de objetivos materiais a serem alcançados por todos, como dever fundamental. “Essa obrigatoriedade de comunhão de esforços para busca de uma situação, tida constitucionalmente como melhor que a atual e a ela preferível, atinge a todos os cidadãos, que adquirem novos deveres de cidadania”.⁴⁰

Dentre essas pessoas que têm deveres fundamentais estão os que exercem atividade na iniciativa privada e os que trabalham junto do Poder Público. Todos possuem o mesmo dever de construir um Estado democrático de direito, abrangendo condições materiais de vida digna e feliz, de acordo com vontades individuais e comunitárias.⁴¹

A Constituição brasileira anuncia uma série de deveres. Dentre eles podemos destacar o dever de buscar um desenvolvimento econômico sustentável, em que se propugna a coexistência da garantia da livre iniciativa econômica com a proteção ao meio ambiente.⁴²

Nesse mesmo contexto tem-se o dever fundamental de defesa e proteção do meio ambiente, com missão de assegurar não só às presentes gerações, mas também às futuras, um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal dever está expressamente previsto na Constituição da República de 1988, no art. 225, ao anunciar que as pessoas têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, “[...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”⁴³

Outro importante dever fundamental é o de pagar tributos. Embora não haja expressa menção desse dever na Constituição da República, ninguém duvida da natural (implícita) obrigação de que as pessoas devam arcar com o pagamento dos tributos. A sua importância está tanto no fato de a arrecadação dos valores pagos pelos integrantes da sociedade permitir financiar a concretização de direitos, quanto

³⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 196.

⁴⁰ FOLLONI, André. *Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso?*, p. 21.

⁴¹ FOLLONI, André. *Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso?*, p. 22.

⁴² FOLLONI, André. *Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso?*, p. 23.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2014.

pela possibilidade de direcionar condutas, que se coadunem com os propósitos do novo constitucionalismo (desenvolvimento sustentável, vida digna etc.).

Outros diversos deveres podem ser colhidos, expressa ou implicitamente, da Constituição da República, não sendo o foco deste breve estudo o apontamento de todos eles.

Certo é, conforme Folloni, que a Constituição passa a “[...] juridicizar padrões materiais de vida digna, cujo trabalho para realização é obrigação indiscriminada e dever cívico de todo cidadão, tanto daquele que ocupa cargos públicos, quanto do que escolhe se manter na iniciativa privada”.⁴⁴

Não se pode mais se contentar com o entendimento de uma Constituição que apenas proteja o que já se tem (liberdade, propriedade, vida etc.) da voracidade do Estado. É necessário que todos sejam partícipes, por força constitucional, para trabalhar na busca das condições materiais mínimas de vida digna e feliz.

Assim, sob a ótica do neoconstitucionalismo, não há mais espaço para conceitos retrógrados, privilegiando apenas interesses individuais.

A situação que se nos apresenta, portanto, revela que a teoria dos deveres fundamentais pode e deve ser visualizada como um dos mecanismos para a consecução de uma vida digna a todos, através do desenvolvimento econômico sustentável, em plena harmonia com os ideais do constitucionalismo contemporâneo.

5. Considerações finais

O constitucionalismo moderno, estabelecido em meados do século XVIII, teve a missão de limitar o poder do Estado, conferindo direitos e garantias individuais, por meio da edição de constituições escritas. Esse movimento, entretanto, não conseguiu responder a contento as necessidades da sociedade, sobretudo porque as prestações negativas do Poder Público não eram mais suficientes para se atingir o bem comum.

Assim, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se na Europa, especialmente na Alemanha e na Itália, o neoconstitucionalismo, aproximando ideais de constitucionalismo e democracia, obtendo uma nova forma de organização política, conhecida como Estado democrático de direito. No Brasil, o neoconstitucionalismo surgiu com a Constituição da República de 1988.

O neoconstitucionalismo tem como base filosófica o pós-positivismo, marcante teoria que afasta a ideia de legalidade estrita, propondo uma leitura moral do

⁴⁴ FOLLONI, André. *Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso?*, p. 24.

direito. Sob o pós-positivismo os princípios passam a deter maior normatividade e se desenvolve uma teoria de direitos fundamentais calcada no postulado da dignidade da pessoa humana.

A nova dogmática constitucional também tem um novo marco teórico, cujos pilares são o reconhecimento da força normativa à constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação da Constituição.

Diante dos nobres propósitos do neoconstitucionalismo, ganha destaque a teoria que defende a existência de deveres fundamentais em nosso ordenamento jurídico. Tais deveres representam uma categoria jurídico-constitucional, correlata aos direitos fundamentais, que impõe ao homem e ao cidadão deveres essenciais para a realização do bem comum, em benefício individual e da comunidade.

Assim, à luz do neoconstitucionalismo e da teoria dos deveres fundamentais, conclui-se que a vida em sociedade demanda não só o respeito mútuo entre os indivíduos, mas, também, a comunhão de esforços para a busca de uma vida digna e feliz, tanto daqueles que detêm funções públicas quanto daqueles que escolhem trabalhar na esfera privada.

Não se pode mais conceber, sob um constitucionalismo contemporâneo, que a norma fundamental apenas proteja o que se tem (liberdade, propriedade, vida etc.) do Estado.

A experiência tem revelado que atribuir e esperar apenas do Poder Público ações que, como em passe de mágica, surtirão efeito multiplicador de paz, prosperidade, felicidade, organização social e desenvolvimento econômico é tarefa inglória. Uma concepção madura e hodierna exige que toda a sociedade contribua para o almejado bem comum. Faz-se, pois, necessário que todos participem, em atendimento aos deveres fundamentais, para busca de condições materiais mínimas de vida digna e feliz.

Apenas incumbir ao Estado – a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os positivos, além de sobrecarregá-lo, certamente trará resultado frustrante e estagnação (não só econômica, mas também social e moral). Os tempos atuais esperam e exigem que os indivíduos, pessoal e coletivamente considerados, em exercício de uma cidadania solidária, passem a encampar responsabilidades e deveres, na busca de uma vida digna e feliz.

6. Referências bibliográficas

AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. *Revista constitucional e internacional*, v. 77, ano 19, p. 41-61, out./dez 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf > Acesso em: 10 jan. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 11. ed. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

FARO, Julio Pinheiro. Solidariedade e justiça fiscal: uma perspectiva diferente sobre a concretização de direitos a partir do dever de pagar impostos. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, v. 81, p. 229-271, out./dez. 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente – Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 2, p. 288-305, maio/ago. 2010, p. 289. Disponível em: < <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2599/1801> >. Acesso em: 10 jan. 2015.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul./set. 2012.

SILVA, Tassyla Queiroga Sousa. A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional. *Revista Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, Ano 2, 2013, n. 11. Disponível em: < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_13037_13067.pdf >. Acesso em: 14 jan. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

O caso da escola malcuidada

Breve análise de um caso concreto à luz da teoria dos princípios

João Paulo de Souza Carneiro¹

1. Introdução

O presente texto faz uma breve análise do aqui chamado “caso da escola malcuidada”, apreciado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na apelação cível nº 2009.047084-0, à luz da teoria dos princípios, desenvolvida por Robert Alexy. Pretende-se verificar, ainda que de forma parcial, como essa teoria funciona em casos concretos e os possíveis aprimoramentos que os seus postulados podem trazer ao processo decisório judicial.

O texto inicia pela exposição dos principais pontos da teoria dos princípios, explicando a distinção entre regras e princípios e a sua relação com a compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização. Dá uma visão geral acerca das teorias sobre as restrições aos direitos fundamentais e sobre o suporte fático de tais direitos.

Feitos breves apontamentos sobre a teoria dos princípios, o texto procede à análise do voto condutor do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na apelação cível nº 2009.047084-0, que tratou do “caso da escola malcuidada”. Nessa parte, procura-se decompor o raciocínio que inspirou o voto condutor do acórdão, cotejando-o com o entendimento preconizado pela teoria dos princípios acerca do suporte fático dos direitos fundamentais.

Na sequência, o texto realiza a dissecação do voto vencido do acórdão proferido no caso objeto de estudo. Identificam-se as diferenças existentes entre o voto vencido e o voto condutor, explicitando uma maior convergência entre aquele e a perspectiva adotada pela teoria dos princípios no tocante à delimitação do suporte fático dos direitos sociais.

No final, aprofunda-se a reflexão sobre o “caso da escola malcuidada”, avaliando-o à luz da Lei do Sopesamento. Destaca-se a importância de uma seleção adequada dos princípios colidentes para que o sopesamento apresente um resultado racional, notadamente nos casos em que a satisfação do direito fundamental social depende de um redirecionamento de recursos públicos.

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina e mestrando em direito pela UFSC.

O presente texto tem o objetivo de, à luz da teoria dos princípios e a partir de um caso concreto, reconhecer padrões decisórios em matéria de direitos fundamentais sociais e identificar fatores a serem considerados em eventuais decisões judiciais que apreciem tais direitos com recurso ao sopesamento. As reflexões referentes ao “caso da escola malcuidada” servem, com algumas adaptações, a quaisquer casos que versem sobre posições prestacionais ligadas a direitos sociais.

2. Breves apontamentos sobre a teoria dos princípios

O presente estudo debruça-se sobre um caso envolvendo a efetivação do direito fundamental social à educação por parte do Poder Judiciário. Como instrumento de análise, adota-se a teoria dos princípios de Robert Alexy, centrando-se em um elemento que lhe é característico: a definição dos direitos fundamentais como princípios, da qual resulta a consagração da ponderação como método de identificação de direitos subjetivos definitivos.

Para entender as implicações decorrentes da definição de direitos fundamentais como princípios, é preciso lembrar em que sentido Robert Alexy emprega o termo “princípio”. A forma mais fácil de fazê-lo é expor a distinção entre regras e princípios nos moldes traçados pelo referido autor, distinção considerada por ele próprio como “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85).

De acordo com a teoria dos princípios, a diferença entre regras e princípios é de natureza qualitativa, referindo-se à estrutura dos direitos garantidos por essas normas. Os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ao passo que as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p. 90). Pode-se dizer que os princípios constituem mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em graus variáveis, ao passo que as regras constituem determinações que, como tais, ou são realizadas totalmente ou não são realizadas em absoluto.

A distinção entre regras e princípios repercute na forma de solução dos confrontos entre normas, tanto é que a teoria dos princípios utiliza o termo “colisão” para se referir ao choque entre princípios contrapostos e o termo “conflito” para designar o choque entre regras contrapostas. Em caso de conflito entre regras, a solução passa pela constatação da inaplicabilidade de uma delas, em virtude de uma cláusula que excepciona a sua incidência em determinado caso, de acordo com a regra *lex specialis derogat legi generali*, ou pela declaração de invalidade de uma delas, valendo-se de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex superior derogat legi*

inferiori. Já em caso de colisão entre princípios, a solução passa pela identificação do princípio que tem maior peso no caso concreto e que, por conta disso, há de surtir os efeitos que lhe são próprios, “derrotando” o princípio contrário. Note-se que a precedência de um princípio sobre outro vale somente para uma situação determinada, não implicando a invalidade do princípio cedente, que, sob outras condições, pode tornar-se o princípio prevalente. Em resumo: princípios contrapostos coexistem, ao passo que regras contrapostas excluem-se.

A diferença na forma de solução dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios revela ainda uma diferença na forma de aplicação dessas duas normas jurídicas. As regras são aplicadas por subsunção, segundo uma lógica do “tudo ou nada”, devendo ser cumpridas na exata medida de suas prescrições. Por sua vez, os princípios são aplicados por sopesamento, exigindo a consideração de condicionantes que lhes sejam contrárias e a subsequente identificação do princípio que tem maior peso, identificação esta válida apenas para a situação concreta.

A diferenciação entre regras e princípios torna nítidas as características desses dois tipos de normas. Aqui, vai ser dado enfoque ao sentido emprestado por Robert Alexy ao termo “princípio”, para, a partir daí, desenharem-se as consequências trazidas pela definição de direitos fundamentais como princípios. Pois bem: sendo princípios, os direitos fundamentais têm natureza principiológica, e, nessa linha, constituem mandamentos de otimização cuja realização dá-se na maior medida possível dentro das condições jurídicas e fáticas existentes. A par disso, os direitos fundamentais são aplicáveis de acordo com o método do sopesamento, o que significa que os princípios que lhes dão suporte devem ser contrastados com princípios colidentes, estabelecendo-se uma relação condicionada de precedência. E o mais interessante: não tendo natureza de regra, os direitos fundamentais não funcionam na lógica do “tudo ou nada”, não sendo aplicáveis por mera subsunção como prescrições que, sendo válidas, ou são atendidas integralmente ou simplesmente não são atendidas.

Ao aprofundar a análise, revela-se um aspecto central dos direitos fundamentais: como mandamentos de otimização, cuja realização depende das condições fáticas e jurídicas existentes, os direitos fundamentais são necessariamente direitos restringíveis, pois seriam direitos irrestringíveis apenas se a sua realização não se submetesse a nenhuma condição. Em contrapartida à restringibilidade, a classificação dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização implica que, antes da verificação das condições fáticas e jurídicas existentes, busque-se a sua máxima realização. Ou seja: como ponto de partida, deve-se procurar a satisfação total do direito fundamental; eventuais restrições só podem ocorrer em um segundo momento e dizem respeito a condicionantes externas ao direito. Lembre-se que,

enquanto princípios, os direitos fundamentais “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível” (ALEXY, 2008, p. 90).

Como visto, a teoria dos princípios trabalha com a ideia de realização máxima dos direitos fundamentais associada à possibilidade de restrições. Por conta disso, a teoria dos princípios está estreitamente relacionada à teoria externa no que toca à demarcação das fronteiras dos direitos fundamentais e à identificação da abrangência da garantia conferida pelas normas que os preveem.

A teoria externa pressupõe que, ao lado de um direito, há as restrições que sobre ele incidem – um e outro são objetos jurídicos distintos. Por sua vez, a teoria interna, que lhe é oposta, defende que existe somente o direito com seu conteúdo devidamente delimitado – os limites são imanescentes ao direito, com ele compondo um único objeto jurídico. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, *o direito e seus limites (imanescentes)*, a teoria externa divide esse objeto em dois: o *direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*” (2010, p. 138). Ora, é fácil notar que a teoria externa guarda sintonia com a teoria dos princípios, ao se lembrar que essa última toma, como ponto de partida, a ideia de realização máxima dos direitos fundamentais. Tanto a teoria externa quanto a teoria dos princípios defendem que os limites de um direito são estabelecidos por fatores que lhe são externos; assim, se os limites são definidos externamente, o direito, em princípio, é ilimitado – por isso, a perspectiva da teoria dos princípios implicaria o fortalecimento dos direitos fundamentais, ao partir do pressuposto de que, *a priori*, tais direitos são ilimitados. Em suma: para ambas as teorias, há um direito *prima facie* ilimitado, que, ao sofrer restrições baseadas em princípios colidentes, torna-se um direito definitivo limitado. Ressalte-se que as restrições são identificáveis apenas em um caso concreto, pois o que se restringe é o exercício do direito, cujo âmbito é determinado pelo direito definitivo, e não o seu conteúdo, que pertence ao direito *prima facie*.

A teoria externa serve para explicar as restrições aos direitos fundamentais, tratando do lado negativo da garantia de tais direitos, daquilo que não é protegido. Para ver a questão pelo lado positivo, abordando aquilo que é protegido, é preciso definir o suporte fático das normas de direitos fundamentais, ou seja, definir o conjunto das hipóteses fáticas que condicionam a incidência dessas normas e que acarretam a produção de consequências jurídicas. Isso foi feito por Virgílio Afonso da Silva, que formulou o seguinte esquema para delimitar o suporte fático de uma norma de direito fundamental, partindo dos modelos de Alexy e de Borowski:

[...] se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (AP x) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-

FC (IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx). (2010, p. 75)

Esse esquema representa um ponto nodal da teoria dos princípios: a discussão acerca de uma posição de direito fundamental (x) envolve a consideração das razões que justificam uma intervenção restritiva (IEx). Observe-se que, em consonância com a ideia de mandamento de otimização, a fim de proporcionar a realização máxima de um direito fundamental, deve ser incluído no âmbito de proteção “tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático” (ALEXY, 2008, p. 322). Ou seja: deve-se partir do pressuposto de que o âmbito de proteção abarca toda ação, fato, estado ou posição jurídica que faça parte do âmbito temático ou do âmbito da vida de um direito fundamental (SILVA, 2010, p. 73), nos termos do que preconiza a denominada teoria do suporte fático amplo. Eventuais limitações necessárias não de ser consideradas em um segundo momento e qualificadas como intervenções no direito fundamental, independentemente de seu mérito. Lembre-se que a posição incluída no âmbito de proteção somente ativa consequências jurídicas caso se apoie em um princípio que detenha maior peso que os princípios embasadores das restrições – se esse princípio detiver um peso menor, não se produzem as consequências associadas ao direito fundamental.

Para sintetizar tudo o que foi visto acima, pode-se dizer que, de acordo com a teoria dos princípios, insere-se no âmbito de proteção de um direito fundamental tudo aquilo que faça parte de seu âmbito temático, sem levar em consideração outras variáveis, constituindo um direito *prima facie*. Esse direito deve ser contrastado com princípios colidentes, e, se tais princípios colidentes não contarem com fundamentação constitucional, o direito *prima facie* torna-se definitivo, surtindo a consequência que lhe é típica; se, ao contrário, os princípios colidentes contarem com fundamentação constitucional e forem mais relevantes (mais pesados) que o direito *prima facie*, ele não se torna definitivo e não produz os efeitos que lhe são correspondentes.

3. O caso da escola malculada: o voto vencedor

A teoria dos princípios fornece elementos úteis à análise de casos concretos envolvendo direitos fundamentais. A partir dela, podem ser detectadas inconsistências que revelem a necessidade de uma mudança no tratamento do assunto, notadamente por parte dos órgãos judiciais, encarregados de apreciar demandas em que

esses direitos são invocados como sustentáculos de pretensões. O caso concreto escolhido como objeto de análise no presente trabalho diz respeito ao direito fundamental social à educação, e será chamado de “caso da escola malcuidada”.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina, alegando que a estrutura física da Escola Estadual de Educação Básica Professor Nicola Baptista estava em situação precária, apresentando uma série de irregularidades que colocavam em risco a integridade física dos seus frequentadores. O Ministério Público defendeu a necessidade de reforma geral e imediata do prédio da escola, principalmente para efetuar a troca dos telhados, alguns reparos nas paredes, o redimensionamento do sistema elétrico e de iluminação, além de obras na quadra de esportes. Ao final, o autor da ação requereu a condenação do Estado de Santa Catarina a proceder à reforma pretendida.

Em contestação, o Estado de Santa Catarina afirmou que não havia interesse processual no ajuizamento da demanda, uma vez que o ente público já estaria tomando as providências necessárias à melhoria da estrutura física da escola. Sustentou que, em virtude do princípio da separação dos poderes, não seria possível o controle judicial sobre o Poder Executivo no que concerne a atividades administrativas guiadas pelo juízo de conveniência e oportunidade, dentre as quais se incluiria a execução de reformas prediais de escolas. Destacou, também, que eventual ordem judicial de reforma implicaria o malferimento dos preceitos constitucionais que exigem a realização de processo licitatório e a previsão orçamentária para efetuar despesas e realizar obras. Ao final, requereu a extinção do processo sem resolução de mérito ou o julgamento de improcedência do pedido inicial.

Sobreveio sentença em que se julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, impondo ao réu o dever de concluir a reforma total da Escola Estadual Nicola Baptista no prazo de 60 dias. O juiz prolator citou como fundamentos da sua decisão os artigos 205 e 206, I e VII, da Constituição Federal, e o artigo 163, VI, da Constituição Estadual, que versam sobre o direito à educação.

O réu apresentou apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que decidiu pela manutenção da sentença, por maioria. No voto condutor do acórdão, citou-se precedente segundo o qual “Não há falar em afronta ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário limita-se a determinar ao Estado o cumprimento de mandamento constitucional, impregnado de autônoma força normativa” (SANTA CATARINA, 2012). Para justificar a rejeição do pedido de reforma da sentença, o desembargador relator baseou-se essencialmente nos mesmos dispositivos constitucionais mencionados pelo magistrado de 1º grau. Lembrou que “A Constituição Federal estabelece que ‘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[...]" e que "a 'garantia de padrão de qualidade' é um dos "princípios que deve nortear o ensino ministrado (art. 206, VII)". Aduziu que a Constituição Estadual, em seu artigo 163, VI, dispõe que "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas" e que, no plano infraconstitucional, a lei complementar estadual nº 170/1998, em seu art. 37, I, estabelece que "As escolas estaduais de educação básica serão instaladas em prédios que se caracterizem por suficiência das bases físicas, com salas de aula e demais ambientes adequados ao desenvolvimento do processo educativo; [...]". Ao final, observou que "verificada a condição absolutamente precária de funcionamento da instituição de ensino que conta com mais de 600 (seiscentos) alunos, a manutenção da procedência da *actio* é medida que se impõe [...]" (SANTA CATARINA, 2012). Note-se que o desembargador relator não comparou a situação da escola tratada no processo com outras instituições de ensino, sendo de se supor que o reconhecimento da sua condição "absolutamente precária" deu-se de acordo com conhecimentos notórios e autoevidentes, que dispensariam explicações.

Pode-se dizer que o voto condutor do acórdão fez o seguinte raciocínio: 1) no direito à educação inclui-se o direito a exigir do Estado a oferta de prédios destinados a abrigar escolas, sendo que esses prédios devem ter uma boa estrutura física; 2) o dever estatal, previsto na Constituição Estadual e na lei complementar nº 170/1998, de garantir condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas é exigível judicialmente; 3) a situação precária de funcionamento da escola é constatável independentemente da situação de outras escolas; e, 4) não viola o princípio da separação dos poderes ordenar judicialmente a reforma da escola, pois isso nada mais é do que dar cumprimento a dispositivos constitucionais.

Ao partir da premissa de que o direito à educação contém um direito a instalações físicas adequadas, o voto condutor do acórdão deu-lhe uma extensa abrangência, interpretando-o de forma generosa. A manutenção da condenação do Estado de Santa Catarina a reformar a Escola Nicola Baptista não era algo inexorável do ponto de vista constitucional. A Constituição Federal não vincula expressamente o direito à educação à disponibilização, por parte do Estado, de estruturas prediais para abrigar as aulas. Em rigor, nada impede que as aulas sejam ministradas em instalações fornecidas pela comunidade ou até mesmo por empresas; e, atualmente, não é impossível pensar que o ensino público pode ser ministrado a distância, por via telemática, não havendo necessidade de se manter um espaço físico chamado "escola" onde alunos e professores devam se encontrar em horários predeterminados – reconheça-se que esta última opção esbarraria no art. 208, § 3º, da Constitui-

ção Federal, que exige que o poder público zele pela frequência à escola, indicando que realmente se trata de um espaço físico. Essa exclusão do direito a instalações físicas apropriadas do direito fundamental social à educação pode ser rebatida, lembrando-se que a Constituição Estadual e a lei complementar estadual nº 170/1998 estabelecem que a garantia de condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas é um dever do Estado. Isso é verdade, mas desse dever não decorre necessariamente um direito exigível em prol de seus beneficiários, pois a adequação das estruturas físicas das escolas pode ser considerada um interesse tutelado pelo direito objetivo, a que todavia não corresponde um direito subjetivo, assim como ocorre com a vacinação obrigatória (ANDRADE, 2003, p. 9). Pode-se dizer que o dever estatal de proporcionar um bom estado predial às instituições de ensino é um mero mandato objetivo *prima facie*, a que não corresponde um direito definitivo, para usar uma terminologia cara à teoria dos princípios (ALEXY, 2008, p. 501).

Além de interpretar de forma generosa a extensão do direito à educação, o voto condutor do acórdão partiu da premissa de que a situação descrita pelo autor da ação estava em descompasso com as previsões legais, sem antes determinar o real significado de tais previsões. Não é difícil verificar que os dispositivos legais nos quais o voto condutor fundamentou a condenação do réu a reformar a Escola Nicola Baptista são compostos de termos imprecisos – o art. 163, VI, da Constituição Estadual exige a garantia de “condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas” (SANTA CATARINA, 1989), ao passo que o art. 67, I, da lei complementar estadual nº 170/1998 dispõe que os prédios das escolas estaduais de educação básica devem ser caracterizados pela “suficiência das bases físicas, com salas de aula e demais ambientes adequados ao desenvolvimento do processo educativo” (SANTA CATARINA, 1998). Ora, “condições adequadas”, “suficiência das bases físicas” e “ambientes adequados” são palavras cuja real significação depende de um cotejo com a realidade – são “‘conceitos’ carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade” (GRAU, 2005, p. 233). O desembargador relator deveria preencher os conceitos presentes nos textos legais, determinando com precisão em que consistiriam as “condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas” e a “suficiência das bases físicas”, para, somente depois disso e à luz das determinações de sentido realizadas, concluir que a Escola Nicola Baptista estava em situação precária e deveria ser reformada.

As críticas ao voto condutor do acórdão não têm a finalidade de identificar “falhas”. Eventuais dificuldades na prolação da decisão judicial possuem uma forte correlação com a qualidade do material legislativo posto à disposição dos julgadores. Não raro, essa qualidade é discutível, pois uma lei que exige “suficiência das bases físicas, com salas de aula e demais ambientes adequados ao desenvolvimento

do processo educativo”, como faz a lei complementar estadual nº 170/1998, não é muito diferente de uma lei que previsse a existência de “salas de aula bonitas” ou “ambientes de estudo agradáveis”. Não por acaso, Ferrajoli defende “o desenvolvimento de uma linguagem legislativa e constitucional o mais precisa e rigorosa possível” (2012, p. 54). A única finalidade da análise feita aqui é demonstrar que o voto condutor do acórdão optou por dar uma abrangência dilargada ao âmbito de proteção do direito à educação, quando não era inevitável fazê-lo.

Feitas as observações a respeito da opção decisória expressada no voto condutor do acórdão, afigura-se útil identificar o percurso lógico que a produziu. Como visto, o voto entendeu que, sendo a reforma do prédio escolar algo afim ao direito à educação, ela deveria ocorrer a fim de assegurar a observância dos dispositivos constitucionais que previam tal direito. Ou seja: nos termos da teoria do suporte fático amplo, incluiu-se no âmbito de proteção do direito à educação um direito a instalações físicas adequadas, e, em seguida, reconheceu-se a consequência desse direito – no caso, a condenação à reforma da escola. É de notar que o voto condutor pautou-se pela mera subsunção, visando ao cumprimento exato do direito à educação sem levar em conta princípios colidentes. O voto rechaça a alegação do Estado de Santa Catarina de que obrigar judicialmente o Poder Executivo a reformar a escola implicaria violação ao princípio da separação dos poderes afirmando que “[...] o Poder Judiciário está autorizado a intervir na Administração Pública, quando esta desatende ao comando da Constituição Federal ou da Lei” e que “Não há falar em afronta ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário limita-se a determinar ao Estado o cumprimento de mandamento constitucional [...]” (SANTA CATARINA, 2012). Ora, se é assim, do ponto de vista do voto condutor inexistente a possibilidade de confronto entre o princípio da separação dos poderes e quaisquer direitos legalmente previstos, pois estes sempre devem surtir os efeitos que lhe são típicos.

Dissecadas as principais características do voto condutor do acórdão no “caso da escola malcuidada”, pode-se representar esquematicamente o raciocínio que o inspirou. Com base na formulação feita por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 75), transcrita no item anterior, isso pode ser feito da seguinte maneira: “se a reforma da Escola Nicola Baptista é algo garantido pelo âmbito de proteção do direito fundamental à educação, então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma que assegura o direito fundamental à educação no caso concreto”. Ou desta maneira, substituindo os elementos atinentes ao caso concreto por incógnitas: “se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (AP x), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJ x)”.

4. O caso da escola malcuidada: o voto vencido

A representação esquemática do voto condutor do acórdão exarado no aqui denominado “caso da escola malcuidada” teve uma finalidade: facilitar o seu contraste com a fórmula elaborada por Virgílio Afonso da Silva para delimitar o suporte fático de uma norma de direito fundamental. Desse contraste, feito nesta parte do trabalho, advirá a constatação de que o voto condutor não se pautou pelo método do sopesamento, elemento central da teoria dos princípios de Robert Alexy.

Como visto, o entendimento consagrado no voto condutor do acórdão acerca do suporte fático dos direitos fundamentais pode ser expresso da seguinte maneira: “se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (AP x), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJ x)”. Compare-se essa fórmula com a elaborada por Virgílio Afonso da Silva:

[...] se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (AP x) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC (IE x)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJ x). (2010, p. 75)

A diferença entre as duas fórmulas é clara: a de Virgílio Afonso da Silva exige que se perquiria acerca de uma ação estatal que intervenha no âmbito de proteção do direito fundamental que seja fundamentada constitucionalmente, ou seja, que se perquiria *acerca de argumentos contrários à posição defendida com base em um dispositivo de direito fundamental*, o que não feito no voto condutor do acórdão no “caso da escola malcuidada”.

A fórmula elaborada por Virgílio Afonso da Silva pode ser considerada inadequada para o “caso da escola malcuidada”, pois considera a ação estatal interventora como um fator contrário à produção dos efeitos intrínsecos à norma de direito fundamental; nos termos dessa fórmula, se não há fundamentação constitucional para a ação estatal interventora, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental, logo, *se houver fundamentação constitucional para a ação estatal interventora, não deverá ocorrer a consequência prevista pela norma de direito fundamental*. Ora, no “caso da escola malcuidada”, em que está em debate o direito social à educação, os argumentos favoráveis à produção dos efeitos intrínsecos à norma de direito fundamental apoiam-se na necessidade de uma ação estatal de índole promocional, ou seja, *se houver fundamentação constitucional para a ação estatal*

interventora, deverá ocorrer a consequência prevista pela norma de direito fundamental.

Atento a essa inadequação, Virgílio Afonso da Silva fez uma adaptação em sua fórmula para caracterizar o suporte fático dos direitos sociais:

[...] se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DS x) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente ($\neg$ FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (O x). (2010, p. 78)

Essa fórmula adaptada exprime o fato de que “o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”, tendo em vista que “na esfera dos direitos sociais [...] *intervir [...] é não agir ou agir de forma insuficiente*”. No campo dos direitos sociais, a ação estatal é exigível como modo de realizar o preceito de direito fundamental, ao contrário do que se passa no caso dos direitos a ações negativas (SILVA, 2010, p. 77).

Da maneira como delimita o suporte fático dos direitos sociais, a fórmula adaptada torna ainda mais clara a incompletude da perspectiva adotada pelo voto condutor do acórdão no “caso da escola malcuidada” em relação ao propugnado pela teoria dos princípios. O voto condutor limitou-se a identificar uma ação estatal promotora de um direito social – a reforma da Escola Nicola Baptista – para daí inferir, de maneira direta, a obrigação de o poder público realizá-la, sem levar em consideração se a inércia estatal era ou não fundamentada constitucionalmente. Ou seja: ao não confrontar o princípio favorável ao direito fundamental com um princípio contrário, não efetuou a operação de sopesamento, que, como método de estabelecimento de uma relação de preferência condicionada, pressupõe a consideração de princípios que sejam opostos entre si.

Essa falta de consideração de princípios contrários à satisfação do direito fundamental invocado, identificada no voto vencedor – que, nos termos da teoria dos princípios, seria uma “lacuna” – não se verificou no voto vencido, de lavra do desembargador João Henrique Blasi. De forma percuciente, o voto vencido não nega a importância da pretensão de reforma da Escola Nicola Baptista, observando que “Não se trata, quadra ressaltar, de agir com menosprezo em relação a uma política pública deveras importante, como é a estampada nestes autos”; contudo, destaca a necessidade de levar em conta outras pretensões a ações estatais igualmente exigíveis que não são tratadas no caso levado à apreciação judicial, destacando que se deve “[...] ponderar o atendimento a essa política com o atendimento a outras tão relevantes, nas áreas da saúde, da segurança, do saneamento básico etc., respeitados os critérios de conveniência e oportunidade”. Além disso, o voto vencido assinala

que atender à pretensão de reforma da escola por decisão judicial implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes, salientando que “[...] deferir a escolha das obras públicas a serem implementadas a determinações judiciais importa em transferir ao Magistrado o poder de administrar, que, consabidamente, não lhe pertence”. Por fim, o voto lança a seguinte indagação: “[...] por que a realização da obra em foco na reportada escola? E as outras instituições de ensino?”, para, em seguida, concluir pela inviabilidade de se obrigar o Poder Executivo a realizar a reforma pretendida (SANTA CATARINA, 2012).

Para facilitar o entendimento do voto vencido, pode-se decompor o raciocínio que o embasou nos seguintes pontos: 1) não se negou a importância da reforma da escola e nem se questionou a inserção de tal obra no direito fundamental à educação; *no entanto*, 2) considerou-se que, em sentido contrário à pretensão de reforma da escola, militavam pretensões igualmente exigíveis concernentes a outras áreas – saúde, segurança – e até mesmo pretensões idênticas relativas a outras instituições de ensino; 3) em virtude do princípio da separação dos poderes, a escolha das pretensões a serem atendidas caberia ao Poder Executivo, não podendo o Poder Judiciário determinar a realização da reforma.

A decomposição do raciocínio utilizado no voto vencido demonstra que, ao menos em sua estrutura argumentativa, ele pautou-se pelo jogo de razões e contrarrazões inerente ao sopesamento preconizado pela teoria dos princípios. Ao levar em consideração princípios colidentes à posição favorável ao direito prestacional, o voto vencido alinhou-se à proposta de Robert Alexy, para quem uma posição no âmbito dos direitos a prestações só pode ser considerada definitivamente garantida se afetar em uma medida relativamente pequena o princípio da separação dos poderes e os princípios materiais colidentes (2008, p. 512). Pelo que se pode depreender, o voto vencido considerou que estes últimos eram afetados de uma forma não pequena pela garantia da posição prestacional, de modo a inviabilizar a sua garantia.

Destaque-se que, ao contrapor as razões favoráveis à posição de direito prestacional com as razões que lhe eram desfavoráveis, o voto vencido aplicou coerentemente a teoria do suporte fático amplo. Como o voto vencedor, inseriu no âmbito de proteção do direito fundamental à educação um direito a instalações físicas adequadas, nos termos da teoria do suporte fático amplo, para a qual toda ação, estado ou posição jurídica inserível no âmbito temático de um direito fundamental “deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*” (SILVA, 2010, p. 109). Contudo, o voto vencido aparta-se do voto vencedor ao reconhecer limites a esse direito fundamental que, sendo exteriores a ele, estreitam o âmbito do que deve ser definitivamente protegido, na conformidade do que defende a teoria externa acerca das restrições aos direi-

tos fundamentais. Ou seja: procedeu ao sopesamento, estabelecendo uma relação condicionada de preferência, o que não foi feito pelo voto vencedor, que apenas identificou o direito e determinou, na sequência, a outorga da prestação correspondente.

Para deixar bem marcada a distinção entre o raciocínio do voto vencido e o raciocínio do voto vencedor no “caso da escola malcuidada”, parece proveitoso traduzir esquematicamente o primeiro nos mesmos moldes do que foi feito com o segundo. Com base na fórmula de Virgílio Afonso da Silva que trata do suporte fático dos direitos sociais (2010, p. 78), e convertendo-a na sua forma negativa, pode-se dizer que o voto vencido posicionou-se assim: “apesar de a reforma da Escola Nicola Baptista ser uma ação estatal que fomenta a realização do direito à educação, se a inércia estatal em realizar essa reforma for fundamentada constitucionalmente não se produz como consequência jurídica o dever de realizar a reforma”. Ou desta outra maneira, trocando os elementos que remetem ao caso concreto por incógnitas: “apesar de x ser uma ação estatal que fomenta a realização de um direito fundamental (DS x), se a inércia estatal em realizar x (IEx) for fundamentada constitucionalmente (FC), não se produz como consequência jurídica o dever de realizar x ($\neg$ O x)”.

5. O caso da escola malcuidada: a Lei do Sopesamento

Até aqui analisaram-se dois entendimentos sobre o “caso da escola malcuidada” à luz da teoria dos princípios: o do voto condutor do acórdão, que por subsunção extraiu do direito fundamental à educação o dever de reformar a Escola Nicola Baptista, e o do voto vencido, que ao realizar uma espécie de ponderação concluiu pela inexistência de obrigação estatal de proceder a reforma. Agora é chegado o momento de aprofundar o exame do “caso da escola malcuidada” com base na chamada “Lei do Sopesamento”.

Conforme a teoria dos princípios, a identificação de direitos definitivos “contidos” em direitos *prima facie* amplos requer o estabelecimento de uma relação de preferência entre princípios contrapostos. Nas palavras de Alexy “O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência”. Para que essa relação de preferência seja estruturada racionalmente, é preciso respeitar a Lei do Sopesamento, que diz o seguinte: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”, lei essa que coincide com a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 108, 167 e 593).

A Lei do Sopesamento faz menção a um princípio a ser afetado e a um princípio a ser satisfeito – para usar palavras mais fortes, a um princípio “vencedor” e a um

princípio “derrotado”. Se assim é, uma questão crucial para a correta aplicação da Lei do Sopesamento é a correta seleção dos princípios colidentes, pois uma má seleção pode prejudicar a racionalidade do resultado atingido.

O “caso da escola malcuidada” demonstra como, a depender da seleção dos princípios colidentes, podem-se obter resultados opostos. O caso pode ser visto como uma colisão entre o princípio correspondente ao direito fundamental à educação e o princípio da separação dos poderes. A partir do estabelecimento dessa relação de colisão, uma decisão pautada pela Lei do Sopesamento tenderia a privilegiar a posição favorável ao direito fundamental à educação: a reforma da Escola Nicola Baptista traria benefícios à comunidade escolar que compensariam os sacrifícios impostos ao espaço decisório do Poder Executivo, pois, embora gerasse repercussões financeiras, tais repercussões não comprometeriam de forma intensa o orçamento do ente federativo obrigado a realizá-la. A Lei do Sopesamento seria observada: à afetação em grau mínimo do princípio da separação dos poderes corresponderia a satisfação em grau máximo do direito fundamental à educação no caso concreto.

Ora, o estabelecimento de uma relação de colisão entre o princípio da separação dos poderes e o princípio correspondente ao direito fundamental à educação no “caso da escola malcuidada” seria eivado de inconsistências. Note-se que essa relação só poderia ser considerada completa caso o sacrifício da competência decisória do administrador que o primeiro princípio implicaria não acarretasse o sacrifício de outros princípios materiais, ou seja, se outros princípios, além dos dois considerados, não fossem afetados. Levando em conta que a forma de satisfazer o direito fundamental social à educação no caso em análise exigiria a realização de gastos públicos, a não-afetação de outros princípios, atinentes a outros direitos fundamentais, ocorreria tão somente se a despesa com a reforma da Escola Nicola Baptista fosse suprida por recursos sem prévia alocação. Ou melhor: o princípio da separação dos poderes e o princípio atinente ao direito à educação seriam suficientes para estabelecer a relação de colisão apenas se a reforma da escola fosse feita com dinheiro público que estivesse “sobrando” e que não estivesse destinado à satisfação de necessidades protegidas por outros direitos – reforma de hospitais, compra de viaturas etc.

Assumindo-se que não há recursos públicos excedentes, o “caso da escola malcuidada” deve ser apreciado de outra maneira, pois nas hipóteses em que não há recursos públicos sobrantes devem ser considerados outros princípios, além do da separação dos poderes, como colidentes com o princípio atinente ao direito fundamental social invocado no caso concreto. Isso porque a inexistência de recursos públicos sobrantes indica um estado de equilíbrio orçamentário, no qual a destina-

ção de recursos ao atendimento de uma necessidade implica a retirada de recursos previamente destinados ao atendimento de outra necessidade – em outras palavras: a melhoria em uma determinada área leva à piora em outra área. Esse estado de equilíbrio significa que, do ponto de vista orçamentário, foi atingido o ponto ótimo de Pareto, dado que é impossível modificar o modo de distribuição de recursos públicos para melhorar a situação de algumas pessoas (pelo menos uma) sem, ao mesmo tempo, piorar a situação de outras pessoas (pelo menos uma) (RAWLS, 2008, p. 81).

Sendo assim, em uma situação de equilíbrio orçamentário o “caso da escola malcuidada” exige um sopesamento entre, de um lado, o princípio referente ao direito fundamental social à educação e, de outro, o princípio da separação dos poderes e os princípios protetores de outros direitos fundamentais que seriam afetados com o deslocamento de recursos em favor da reforma da escola. Se os recursos redirecionados em favor da reforma da escola implicassem cortes no orçamento destinado à publicidade dos atos governamentais, talvez fosse respeitada a Lei de Colisão, pois seria possível alegar que a importância da satisfação do direito fundamental à educação ultrapassaria o grau de afetação do princípio da publicidade. Contudo, se os recursos empregados na reforma da escola implicassem cortes no orçamento destinado à vacinação, talvez não fosse respeitada a Lei de Colisão, caso se entendesse que a importância da satisfação do direito fundamental à educação não prevaleceria sobre o grau de afetação do direito à saúde.

De todo modo, a operação de sopesamento a ser feita no “caso da escola malcuidada” deveria identificar os princípios materiais colidentes com a posição de direito fundamental invocada, de forma a não oportunizar a produção de resultados imprevistos. Por exemplo: se a operação de sopesamento se resumisse a reconhecer a preponderância do direito fundamental à educação sobre o princípio da separação dos poderes, determinando a reforma da escola, possibilitaria que o Poder Executivo executasse essa reforma utilizando a totalidade dos recursos destinados ao tratamento de uma doença rara. Assim, a operação, em si mesma considerada, levaria a um resultado condizente com a Lei do Sopesamento – a afetação mínima do princípio da separação dos poderes seria justificada pela importância do direito à educação satisfeito com a reforma da escola – mas seus efeitos práticos não guardariam consonância com essa lei, haja vista que a afetação máxima do direito à saúde dos portadores da doença rara não seria justificada pela importância da reforma da escola – ou seria dificilmente justificada.

Isso demonstra que, nas situações de equilíbrio orçamentário, é essencial, ao se proceder à operação de sopesamento, identificar os princípios materiais colidentes, não bastando a consideração do princípio da separação dos poderes. Ao

decidir em favor de uma posição de direito fundamental social, o Poder Judiciário deve apontar qual a posição contrária que deve ser sacrificada, sob pena de a decisão levar a resultados destoantes do previsto pela operação de sopesamento. Não por acaso, Robert Alexy, ao abordar a questão dos direitos fundamentais sociais, disse o seguinte:

Um posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. (2008, p. 512)

Portanto, no “caso da escola malcuidada”, pressupondo-se um estado de equilíbrio orçamentário, a posição baseada no direito fundamental social à educação deveria ser contrastada com o princípio da separação dos poderes e com outro princípio material colidente. Para que a posição fosse garantida, a sua importância deveria sobrepujar o grau de afetação do princípio material colidente identificado, nos termos da Lei de Colisão. Como a satisfação da posição prestacional – a reforma da escola – envolve o dispêndio de recursos públicos, a decisão judicial deveria apontar o setor governamental de onde os recursos seriam retirados – por exemplo: das verbas destinadas à propaganda – e justificar com apoio na Constituição a relação de precedência em favor da posição prestacional. Logicamente, a decisão judicial poderia decidir contra a posição prestacional, argumentando que a reforma da escola levaria ao corte das despesas na área da segurança pública, de forma que a importância do direito à educação, no caso concreto, não ultrapassaria o grau de afetação do princípio colidente.

A exigência de identificação de um princípio material colidente na decisão judicial tomada no “caso da escola malcuidada” não garantiria segurança quanto aos resultados obtidos. Como bem observa Alexy, “[...] o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como o discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático geral” (2008, p. 573). No entanto, tornaria a decisão judicial mais bem estruturada do ponto de vista da fundamentação jurídica, o que facilitaria inclusive a sua classificação como “certa” ou

“errada”, e, no mínimo, explicitaria a racionalidade (ou irracionalidade) que a teria guiado, o que já seria um ganho inegável em termos de transparência do processo decisório.

6. Considerações finais

Como extrair direitos definitivos de direitos *prima facie*? Essa é a grande pergunta da teoria dos princípios, que guarda correspondência com a sua grande promessa: de direitos fundamentais encartados na Constituição em linguagem lacônica poderiam derivar direitos exigíveis, mediante a adoção do método do sopesamento. Frise-se: para a teoria dos princípios, o reconhecimento de direitos fundamentais definitivos só se faz com prévio sopesamento.

O voto condutor do acórdão no “caso da escola malcuidada”, como visto, consagrou um entendimento destoante da teoria dos princípios. Adotou um suporte fático amplo para o direito à educação para, em seguida, aplicá-lo por mera subsunção, sem contrastá-lo com princípios colidentes. Pode-se dizer que confundiu direito *prima facie* com direito definitivo, o que implica riscos evidentes: a se adotar esse raciocínio, qualquer pretensão corretamente atribuída a uma disposição de direito fundamental deve ser garantida.

O voto vencido, por sua vez, entrou em sintonia com a perspectiva defendida pela teoria dos princípios ao mencionar a necessidade de levar em consideração interesses conflitantes com a posição prestacional invocada. O voto lembrou a necessidade de atendimento de outras necessidades, referentes a outras áreas, que seriam prejudicados com a precedência dada ao direito à educação no caso concreto. Identificou princípios colidentes e reconheceu, ainda que implicitamente, a precedência deles sobre o direito fundamental social à educação naquele caso concreto.

Apesar de afinado com a teoria dos princípios, o voto vencido não realizou de forma clara a operação de sopesamento, método pelo qual, a partir de direitos *prima facie*, seriam delimitados direitos definitivos. Caso se lançasse a essa tarefa, teriam que ser vencidas várias dificuldades: a seleção dos princípios colidentes, a mensuração do grau de afetação do princípio a ser derrotado, a mensuração da importância do princípio a preponderar e a justificação da relação de precedência. Como o “caso da escola malcuidada” envolve direitos sociais, tais dificuldades demandariam um esforço hercúleo.

Levando em conta que o orçamento do ente público a ser encarregado da reforma estivesse em equilíbrio, a atribuição do dever de reformar a escola acarretaria despesas que não estavam originalmente previstas, tornando necessário um remanejamento de recursos. Assim, um setor governamental “perderia” em favor

do setor favorecido pela decisão judicial – o setor de educação. A previsão, na decisão judicial, do setor que perderia recursos configuraria uma afetação importante do princípio da separação dos poderes, mas a alternativa seria pior: se a decisão judicial determinasse a reforma, mas se omitisse a respeito da origem dos recursos, poderia levar a consequências irracionais, como o comprometimento, por parte do administrador ou do legislador, de recursos destinados a setores mais importantes, relativos a princípios que seriam preponderantes se considerados na operação de sopesamento – por exemplo: o dinheiro da reforma da escola poderia ser obtido pelo corte no orçamento previsto para a compra de medicamentos ou no orçamento destinado à prevenção de enchentes, ou até mesmo no orçamento alocado para a reforma de outras escolas em situação pior.

O que se percebe é que, uma vez, atingido o ponto ótimo de Pareto na distribuição dos recursos públicos, ou seja, se a melhora no atendimento de uma área implica a piora no atendimento de outra, uma decisão judicial que reconheça um direito fundamental social definitivo deve, além de determinar a realização da prestação correspondente, definir a fonte de custeio dessa prestação. Em outras palavras: a decisão judicial deve definir o setor prejudicado, que, nos termos da Lei do Sopesamento, deve ser afetado em grau menor que a importância do princípio prevalente, pois, se ela não definir o setor prejudicado, o administrador ou o legislador podem eleger, como prejudicado, um setor mais importante que o setor a ser beneficiado, em sentido oposto ao que dispõe a Lei do Sopesamento.

Pode-se dizer que, no campo dos direitos fundamentais sociais, a garantia de um redirecionamento racional dos recursos públicos em prol do atendimento da posição prestacional reconhecida judicialmente exige uma interferência profunda no princípio da separação dos poderes. Para bem identificar o princípio a ser sacrificado em prol de outro princípio no caso concreto e fazer uma operação de sopesamento correta, selecionando o setor que vai “perder” no remanejamento das verbas públicas, a decisão judicial deverá descer a minúcias da administração financeira. Assim, parece que, quanto mais racional a operação de sopesamento nos casos envolvendo direitos fundamentais sociais, menor é o respeito à competência decisória dos agentes políticos democraticamente eleitos. Esse efeito antidemocrático da teoria dos princípios é um grande empecilho à sua adoção como guia para o reconhecimento de posições prestacionais.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica* – v. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Santa Catarina*: promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>>. Acesso em: 7 dez. 2013.

_____. Lei Complementar nº 170, de 7 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>>. Acesso em: 7 dez. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação cível. Ação civil pública. Reforma de escola estadual. Precariedade verificada. Risco à saúde e à incolumidade física dos alunos e professores. Dever do Estado. Inocorrência de ofensa aos princípios da separação dos poderes. Pedido juridicamente possível. Dilação dos prazos para a conclusão

das obras. Fixação de multa diária em caso de descumprimento do comando judicial. Possibilidade ainda que em face de ente público. Matéria pacificada no STJ. Valor excessivo. Desproporcionalidade verificada. Possibilidade de redução. Art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido. Acórdão em apelação cível nº 2009.047084-0. Estado de Santa Catarina e Ministério Público. Relator: desembargador Cid Goulart. DJ, 24 jan. 2012. Disponível em: <[http: www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 7 dez. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ICMS Ecológico como instrumento de ecologia política

Weber Luiz de Oliveira¹

1. Introdução

A discussão entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico nas últimas décadas tem gerado a adoção de medidas que objetivam conciliar esses dois paradigmas.

A ecologia política, como ciência descritiva e normativa, encontra-se neste contexto multidisciplinar, a analisar e demonstrar a realidade em seus diversos setores (ambiental, social, econômico, pessoal), produzindo conhecimento para que os paradigmas conservacionista e mercantilista encontrem, no atual desenvolvimento global, meios de harmonização.

O ICMS ecológico, como função extrafiscal do tributo e técnica de repartição de receita tributária, é um instrumento que pode ser enquadrado como de ecologia política, porquanto tem como base atividades de conservação, manejo e educação ambiental pelos entes federativos municipais.

A implementação do ICMS ecológico instrumentaliza a sociedade de referencial prático de conscientização ambiental e social.

2. Ecologia política

A ecologia política, para Joan Martínez Alier (1998, p. 215), tem como campo de estudo a distribuição ecológica, se referindo essa a “assimetrias ou desigualdades sociais, espaciais e temporais no uso humano dos recursos e dos serviços ambientais”.

É um campo de pesquisa transdisciplinar, que teve como contribuição decisiva, no entendimento de Sérgio Luís Boeira (2002, p. 1), as obras de Alberto Guerreiro Ramos, com “A nova ciência das organizações”, e Fritjof Capra, com “O ponto de mutação”.

Como objeto de análise e estudo a ecologia política tem as várias áreas do conhecimento (direito, meio ambiente, biologia, física, economia, política, sociologia), com o objetivo de tentar demonstrar as consequências da atuação humana

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual civil. Mestrando pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

no meio ambiente, tanto natural, quanto artificial (política, economia, direito, sociedade), buscando descrever a realidade de forma contextualizada, integrativa, e prescrever formas para melhor interagir-se com essa complexidade.

Daí que o pensamento complexo, nos termos defendidos por Edgar Morin (2011a), é imprescindível para o entendimento e desenvolvimento da ecologia política. De fato, sustenta Morin (2011a, p. 77) que “se o pensamento simplificador se baseia no predomínio de dois tipos de operações lógicas, disjunção e redução, que são ambas brutais e mutiladoras, então os princípios do pensamento complexo serão necessariamente princípios de disjunção, de conjunção e de implicação”.

Para Alier (1998, p. 24) o “interessante é estudar a mútua relação entre a distribuição econômica, a distribuição ecológica (incluindo gerações futuras), e a distribuição do poder político”.

Trata-se, portanto, de uma ciência descritiva e prescritiva, para o melhoramento da vida em sentido macro, ou seja, tanto dos seres humanos e demais criaturas e suas relações, como do globo e o seu conteúdo físico-ambiental.

É, a ecologia política, uma concepção antropocentrista e biocentrista, com o fito de conformar o homem e o meio ambiente (natural e artificial).

Esta relação entre o antropocentrismo e o biocentrismo da ecologia política pode ser visualizado nos conceitos de Félix Guattari das três ecologias (meio ambiente, relações sociais e subjetividade humana), em que expõe:

As relações da humanidade com o *socius*, com a psique e com a “natureza” tendem, com efeito, a se deteriorar cada vez mais, não só em razão de nocividades e poluições objetivas mas também pela existência de fato de um desconhecimento e de uma passividade fatalista dos indivíduos e dos poderes com relação a essas questões consideradas em seu conjunto. (1990, p. 23)

2.1 Política ambiental

Desde que o homem dominou a técnica de transformação de matéria bruta, natural, em instrumentos para suas comodidades (agricultura, vestimentas, construções etc.), houve crescente intervenção na natureza e criação e desenvolvimento da sociedade e cidades. Como escreveu Rousseau (2006, p. 201),

O primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer: “Isto é meu”, e encontrou pessoas bastante simples para crê-lo, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes,

guerras, mortes, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Guardai-vos de escutar este impostor; estais perdidos se esquecerdes que os frutos são para todos, e que a terra é de ninguém!”

Essa atuação, outrora de pequena monta, passou a ser cada vez mais agressiva e degradante, ensejando respostas por aqueles que se preocuparam com a velocidade com que eram explorados os recursos naturais e uma eventual escassez futura, seja essa preocupação de ordem preservacionista ou mercantilista.

Boaventura de Souza Santos (2002, p. 56) sintetiza:

A promessa da dominação da natureza, e do seu uso para o benefício comum da humanidade, conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio, e à emergência da biotecnologia, da engenharia genética e da consequente conversão do corpo humano em mercadoria última. A promessa de uma paz perpétua, baseada no comércio, na racionalização científica dos processos de decisão e das instituições, levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes do seu poder destrutivo. A promessa de uma sociedade mais justa e livre, assente na criação da riqueza tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva, conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul. Neste século morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores, e mesmo nos países mais desenvolvidos continua a subir a percentagem dos socialmente excluídos, aqueles que vivem abaixo do nível de pobreza (o chamado ‘Terceiro Mundo Interior’).

Dentro desse cenário, parece autorizado dizer que se fundou a política ambiental, com o pressuposto de criar mecanismos de exploração da natureza que concilie a degradação, para a manutenção e evolução das comodidades das pessoas e da sociedade, e a preservação, para que os recursos que a natureza dispõe não acabem, dada a sua patente finitude, pois, o “reconhecimento dos limites da natureza implica a aceitação de limites para a sociedade” (SHIVA, p. 313).

O principal mecanismo para a implementação da política ambiental, em virtude de ter como característica intrínseca da política o poder, é normativo, com a

edição de normas (constitucionais, legais, costumeiras/tradicionais) que discipline o uso e manejo dos recursos naturais. Peter A. Walker (2012, p. 93) afirma que “por causa de sua temática e de sua forte postura normativa, denota-se que a ecologia política goza de uma posição especial e de um tipo especial de obrigação ética”.

No exemplo de normas promulgadas e publicadas, como as constitucionais, pode-se citar a Constituição Federal brasileira, que enuncia no art. 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Em relação a normas costumeiras/tradicionais de política ambiental citam-se os povos da Bolívia e Equador, com a concepção do “*el buen vivir*”, da “*la Madre tierra*”. Boaventura de Souza Santos (p. 130) esclarece o que denominou de epistemologia do sul:

Des-mercantilizar a partir de una epistemología del Sur es el dispensamiento de la naturalización del capitalismo. Consiste en sustraer vastos campos de actividad económica a la valorización del capital (la ley del valor): economía social, comunitaria y popular, cooperativas, control público de los recursos estratégicos y de los servicios de que depende directamente el bienestar de los ciudadanos y de las comunidades. Significa, sobre todo, impedir que la economía de mercado extienda su ámbito hasta transformar la sociedad en una sociedad de mercado (donde todo se compra y todo se vende, incluyendo valores éticos y opciones políticas), como está sucediendo en las democracias del Estado de mercado. Significa, además, dar credibilidad a nuevos conceptos de fertilidad de la tierra y de productividad de los hombres y de las mujeres que no colisionan con los ciclos vitales de la madre tierra: vivir bien a la vez que vivir siempre mejor.

A força sancionatória, intrínseca ao Direito (BOBBIO, 1995, pp. 65-70), também se inclui na política ambiental como forma de coibir a degradação e regular a forma de exploração. A propósito, o texto constitucional brasileiro prescreve:

Art. 225 [...]

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

O disciplinamento da conduta de pessoas, órgãos públicos e empresas é curial para que se mantenha o que se denomina de “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, sendo notório que esse equilíbrio buscado é inexecutável se mantiver-se o atual entendimento da ecocracia global, que é a trindade capital, burocracia e ciência, que se declaram “indispensáveis na nova crise e prometem evitar o pior através de melhor engenharia, planejamento integrado e modelos mais sofisticados” (SACHS, 2000, p. 128).

O equilíbrio regrado, então, deve ser medido a partir da contemporaneidade com a Constituição, com a tentativa de recompor áreas degradadas e impedir o manejo irresponsável e abusivo dos recursos naturais existentes. “O equilíbrio não visa uma obtenção de uma situação de estabilidade absoluta, em que nada se altere. É um desafio científico, social e político permanente aferir se as mudanças ou inovações são positivas ou negativas” (MACHADO, 2010, p. 58).

A política ambiental tem esse móvel desafiante como seu pressuposto e, o ICMS ecológico, é um dos instrumentos para tal desiderato.

2.2 Política tributária

A política tributária é o expediente utilizado pelo Estado para intervir na economia. O planejamento e metas do Estado impescinde de conhecer as possibilidades financeiras, o que somente se concretiza após delimitação de onde, como, de quem e como extrair recursos. A política tributária cumpre esse papel.

A importância desse ramo da política é dotar os governos de condições para implementação das demais políticas traçadas em todos os setores, principalmente o social (saúde, educação, cultura, meio ambiente). “Nenhuma das reivindicações pleiteadas hoje sob o título de Direitos Sociais poderá alcançar seu objetivo sem uma intervenção do Estado na economia” (BECKER, 1998, p. 593).

É um papel instrumental e extrafiscal que, a par da retórica que lhe pareça inerente, a política tributária insere-se na realidade social e econômica com o fito de beneficiá-las. A sua aplicação é que pode ser desviada. Segundo Alfredo Augusto Becker, “a tributação extrafiscal tanto pode ser utilizada como instrumento de *reforma social*, quanto instrumento para alcançar objetivo exatamente oposto: *impedir a reforma social* e conservar, ou melhor, salvar o regime capitalista liberal” (1998, 595). Ainda:

O Direito Tributário não tem objetivo (imperativo econômico-social) próprio; ou melhor, como todo o Direito Positivo, o Direito Tributário tem natureza instrumental e seu “objetivo próprio” (razão de existir) é ser *um instrumento a serviço de uma Política*. Esta (a Política) é que tem os seus próprios e específicos objetivos econômico-sociais. Por isso, cumpre lembrar que a tributação extrafiscal serve tanto para a reforma social, como para impedi-la.

A construção daquele instrumento (Direito Tributário) é uma Arte, porém, como toda a Arte útil é tanto mais perfeita, quanto melhor o seu rendimento humano (praticabilidade), o Direito Tributário que serve à Política de reforma social deverá ter necessariamente um sistema diverso que serve à Política de conservação do capitalismo liberal. (BECKER, 1998, p. 596)

Os aspectos regulatórios, de incentivos, subsídios e isenções também cumprem o papel extrafiscal da política tributária, dotando setores da sociedade e da economia de mecanismos de atuação e desenvolvimento.

3. ICMS

O ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação – é a principal fonte de arrecadação dos estados, estando disposto no art. 155, II e § 2º, da Constituição Federal. A lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, dispõe sobre o ICMS.

A incidência deste imposto está assim delimitada no art. 2º da LC nº 87/1996:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I – operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II – prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios;

V – fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela Lcp nº 114, de 16/12/2002)

II – sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III – sobre a entrada, no território do estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao estado onde estiver localizado o adquirente.

Nota-se que o ICMS é um imposto eminentemente de natureza fiscal. A função extrafiscal do ICMS é autorizada pela Constituição Federal ao descrever que “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, III).

Para Roque Antonio Carrazza (1998, p. 223), o ICMS não somente **pode**, mas **deve** ser utilizado como instrumento de ordenação político-econômica, devendo as mercadorias e os serviços de primeira necessidade serem menos onerados que os supérfluos ou suntuários.

3.1 Repartição da arrecadação

A repartição da arrecadação dos impostos visa distribuir os recursos retirados da sociedade entre os entes da Federação, para que o que tem o poder de tributar não tenha a totalidade dos valores arrecadados. Busca-se com essa técnica de divisão das receitas possibilitar a quem não tributa a obtenção de receitas suficientes para concretização dos serviços públicos que são impositivos de prestação.

Sacha Calmon Navarro Coelho é oportuno:

O poder de tributar, modernamente, é campo predileto de labor constituinte. A uma, porque o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias à realização de seus fins, sempre crescentes, quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal, técnica em que o Estado intervencionista é pródigo. A duas, porque tamanho poder há de ser disciplinado e contido em prol da segurança dos cidadãos.

Assim, se por um lado o poder de tributar apresenta-se vital para o Estado, beneficiário da potestade, por outro a sua disciplinação e contenção são essenciais à sociedade civil ou, noutras palavras, à comunidade dos contribuintes.

Nos Estados politicamente organizados em repúblicas federativas, a Constituição não apenas institui o poder de tributar como também deve reparti-lo entre as pessoas políticas que convivem na Federação.

Dá-se, assim, uma repartição de competências tributárias e também, sob uma outra ótica, uma repartição de fontes de receitas

tributárias, processos constitucionais que se entrecruzam, embora um não se identifique com o outro, certo que a repartição de competência, temática mais rica, não se limita a uma simples repartição de receitas. Esta se contém naquela ou dela deriva.

A distribuição do produto da arrecadação é uma relação financeira entre as entidades político-administrativas. “Distribuem-se resultados e não competência tributária. A participação não é em relação ao imposto, mas, sim, ao produto da arrecadação” (MORAES, 1995, p. 276).

No caso do ICMS a repartição das receitas tributárias está elencada na Constituição Federal da seguinte forma:

Art. 158. Pertencem aos municípios:

[...]

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.

O ICMS é repartido apenas com os municípios, não participando a União da divisão das receitas obtidas. E, para os municípios, apenas 1/4 da arrecadação é distribuída, utilizando-se dois critérios.

O primeiro (inciso I), nitidamente econômico, dá a maioria do que se distribui, 75%, em razão da proporção do valor adicionado nas operações realizadas nos territórios municipais. Ou seja, a maior parte do pouco que é distribuído da arrecadação do ICMS pelos estados tem como fundamento a atividade mercantil, porquanto o critério é o valor adicionado nas operações.

O valor adicionado, além dos critérios e prazos de crédito do produto da arrecadação do ICMS, é regido pela lei complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990. Em síntese, o valor adicionado corresponde, para cada município, “ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido do valor das mercadorias entradas, em cada ano civil” (art. 3º, § 1º, I). Nota-se que há um nítido incentivo à produção e prestação de serviços, na medida em que a arrecadação do município aumenta se as mercadorias entradas em seu território puderem ser objeto de agregação de valores decorrentes da atividade econômica, com posterior saída para comercialização.

Concernente ao segundo critério de repartição das receitas do ICMS (art. 158, parágrafo único, inciso II), o importe distribuído é de apenas 25% e nos termos do que dispuser lei estadual.

Há, nesse ponto, nítida característica extrafiscal do tributo, com abertura para que estados regulamentem o que pode ser objeto de atividade pelos municípios para dar direito a receber esses valores, que, em realidade, são 1/4 dos 1/4 iniciais, ou seja, representa tão-somente 6,25% do valor total arrecadado de ICMS para distribuição com base nesse critério difuso.

O ICMS ecológico entra nesse critério.

4. ICMS Ecológico

O ICMS ecológico não é um imposto destinado à preservação ambiental. O tributo ICMS, como ressaltado anteriormente, tem como fato gerador uma operação mercantil. A rigor, portanto, trata-se de se denominar aquela parcela de 6,25% da repartição do produto da arrecadação do imposto que tem como móvel o meio ambiente.

De acordo com Éderson Pires (p. 5):

Na verdade não se trata de uma nova modalidade de tributo ou uma espécie de ICMS, parecendo mesmo que a denominação é imprópria a identificar o seu verdadeiro significado, de vez que não há qualquer vinculação do fato impositivo do ICMS a atividades de cunho ambiental. Da mesma forma, como não poderia deixar de ser, não há vinculação específica da receita do tributo para financiar atividades ambientais.

É uma função extrafiscal do ICMS que é direcionada, pelos estados que assim legislaram, em razão de parâmetros de preservação ambiental, possibilitando o incremento das receitas municipais.

Incentiva-se as municipalidades que pretendem ver elevadas as receitas para aplicação nos serviços públicos oferecidos, a adotarem medidas de cunho preservacionista. Esta a primeira concepção do ICMS ecológico, de remuneração e compensação aos municípios que tem em seus territórios áreas de proteção ambiental que não podem ser objeto de atividade econômica. Segundo Nadir Júnior, Salm e Menegasso (2007, p. 64),

Nascido sob a égide da “compensação”, o ICMS Ecológico evoluiu, transformando-se, ao longo do tempo, em instrumento de incentivo, direto e indireto, à conservação ambiental (LOUREIRO, 2002; TUPIASSU, 2004). O princípio fundamental que norteia o ICMS Ecológico é o protetor-recebedor, originário do princípio da precaução. Segundo Ribeiro (1998), o princípio protetor-recebedor postula que o agente público ou privado, que protege um bem natural em benefício da comunidade, deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço de proteção ambiental prestado. É o oposto do princípio usuário-pagador, em que o usuário de um determinado recurso da natureza deve pagar por sua utilização.

A evolução do entendimento da extrafiscalidade do ICMS e da possibilidade de regular a distribuição de recursos com base em diretrizes que melhorem a qualidade de vida, aliado à conscientização da população a respeito do meio ambiente em que se vive e que se quer viver, alavancou o disciplinamento do ICMS ecológico pelos estados federados além do aspecto ambiental, mas também social e pessoal.

Conforme Souza, Nakakima e Oliveira (2011, p. 30), nos estados da federação o ICMS ecológico está sendo disciplinado para:

- a) ações de saneamento básico;
- b) manutenção de sistemas de disposição final de resíduos sólidos e redes de tratamento de esgotos;
- c) preservação de mananciais de abastecimento público de água;
- d) criação e manutenção de unidades de conservação;
- e) investimentos em educação e saúde;
- f) atividades agropecuárias.

Há um desocultamento relativo do paradigma capitalista, paradigma esse que busca o lucro em detrimento da natureza, seja ambiental, social ou pessoal.

A degradação desse paradigma capitalista não se refere, assim, apenas ao ambiente natural, mas também insere-se na redução da degradação da sociedade e suas relações, na conscientização da ausência de fundamentos éticos que demonstrem a finitude dos bens e a importância do entrelaçamento entre pessoas presentes e futuras. A respeito, Sérgio Luís Boeira (p. 8) enfatiza:

A economia de base industrial (seja capitalista ou socialista) pressupõe a infinitude dos recursos naturais, o que é um erro central e trágico. A economia dos países industrialmente mais desenvolvidos não poderá continuar servindo de modelo para os outros países, simplesmente porque não haverá recursos naturais em quantidade suficiente. A escassez ecológica é, por isso, uma raiz oculta da inflação. Oculta, porque não é percebida no interior do paradigma mecanicista.

O ICMS ecológico, conquanto tenha um aporte financeiro de pequena monta, tenta transformar esse paradigma mercantil em ações que melhorem a qualidade do ambiente, da sociedade e da vida das pessoas.

Incito, portanto, que é um instrumento de ecologia política.

4.1 Aspecto ambiental

O aspecto ambiental do ICMS ecológico é o primeiro que se criou. Tem como base a compensação de municípios que não poderiam elevar sua produção industrial e, por conseguinte, inserir valor agregado em mercadorias entradas em seus territórios para o fim de aumentar o repasse do imposto.

Os critérios ambientais utilizados pelas legislações são diversos, conforme destacado pelo Instituto Verde de Incentivo à Conservação: conservação da biodiversidade, conservação dos mananciais de abastecimento para municípios vizinhos e criação de unidades de conservação.

Parece autorizado dizer, uma vez que a pequena parcela (6,25%) da distribuição do ICMS poderia ser feita de acordo com que lei estadual dispusesse e, sendo criado o ideal do ICMS ecológico, que houve uma consciência da crise do vínculo e do limite, retratada por François Ost, em que, na crise do vínculo, “já não conseguimos discernir o que nos liga ao animal, ao que tem vida, à natureza” e, na crise do limite, “já não conseguimos discernir o que deles nos distingue” (p. 9).

4.2 Aspectos social e educacional

Os aspectos social e educacional inseriram-se no objeto do ICMS ecológico posteriormente. Tem como premissas, de acordo com referencial do Instituto Verde de Incentivo à Conservação: tratamento de lixo, esgoto e melhoria do saneamento básico, conservação do patrimônio cultural, educação ambiental, número de habitantes por município, criação de lei ambiental local, dotação orçamentária para estruturação de política municipal do meio ambiente, controle de queimadas e combate a incêndios, existência de terras indígenas, projetos de assentamentos sustentáveis.

Para Éderson Pires (... , p. 19):

De falar-se ainda sobre o importante papel de conscientização observado nos Estados onde o ICMS Ecológico foi implantado, especialmente nos municípios diretamente interessados, com investimentos maciços em educação ambiental. A partir desse passo, aliada à ainda indispensável ação estatal, evidencia-se a mobilização social em prol da melhoria da qualidade de vida, com mudança de concepção acerca da valoração de espaços anteriormente tidos como empecilhos ao desenvolvimento.

O ICMS ecológico, ao poder delimitar também a sua aplicação aos municípios que desenvolvem uma educação ambiental nas escolas e universidades, contribui e incentiva para a melhora da culturalidade e eticidade dos seus habitantes. De acordo com Nadir Júnior, Salm e Menegasso (2007, p. 70), os programas educacionais devem seguir as seguintes orientações:

- a) a educação seja uma atividade contínua, que acompanhe o cidadão em todas as fases de sua vida;
- b) a educação tenha um caráter interdisciplinar, que integre o conhecimento de diferentes áreas;
- c) a educação tenha um perfil pluridimensional, que integre os aspectos econômicos, políticos, culturais, sociais da questão ambiental;
- d) a educação incentive a participação social, na busca pela solução dos problemas ambientais, ao mesmo tempo em que propicie a mudança de valores, atitudes e comportamentos sociais.

Os aspectos educacional e social, portanto, são consentâneos com a tomada de consciência de que todos participam e são responsáveis pelo meio ambiente e sua relação com a sociedade. Morin (2011b, 178) pontua:

A tomada de consciência da comunidade de destino terrestre deve ser o acontecimento chave do novo milênio: somos solidários desse planeta, nossa vida está ligada à sua vida. Devemos arrumá-lo ou morrer.

Assumir a cidadania terrestre é assumir nossa comunidade de destino.

E, Fritjof Capra (2006, p. 231):

Ser ecologicamente alfabetizado, ou “eco-alfabetizado”, significa entender os princípios de organização das comunidades ecológicas (ecossistemas) e usar esses princípios para criar comunidades educativas, comerciais e políticas – de modo que os princípios da ecologia se manifestem nelas como princípios de educação, de administração e de política.

4.3 Aspecto econômico

O aspecto econômico do ICMS ecológico decorre logicamente do interesse dos municípios de incrementarem suas receitas públicas.

Ao possibilitar-se que 1/4 de 1/4 do produto da arrecadação do ICMS seja distribuído conforme dispuser lei estadual, faz com que os referidos entes públicos busquem esses recursos para fazer frente as suas despesas.

Hodiernamente o aspecto econômico parece ser um dos principais motivos para os municípios implementarem políticas ambientais que ensejam o recebimento do repasse. Contudo, pode-se conjecturar que o desenvolvimento dos aspectos social e educacional fará com que o aspecto econômico seja apenas uma consequência secundária do ICMS ecológico. No dizer de Edgar Morin (2011b, p. 65), é “a relação com o não-econômico que falta à ciência econômica”.

5. Conclusão

A ecologia política, como ciência multi e transdisciplinar, norteia-se pela demonstração da realidade ambiental e política. Cuida da realidade tanto ecológica, quanto institucional, social, pessoal e interpessoal.

Diante da constatação dessa realidade, intenta-se demonstrar caminhos para viver-se em um mundo mais sadio, ético e consciente de que as relações existentes entre o meio e as pessoas devem ser harmonizadas.

Para tanto, tem caráter descritivo e prescritivo, podendo esse ser objeto de normatização, seja cultural ou institucionalizado.

A política, inerente ao conviver em sociedade, tem aspectos que levam em consideração o objetivo daquele viver bem. A política ambiental e a política tributária fazem parte desse objetivo, a amparar a adoção de mecanismos tendentes a concretizá-lo.

A consciência conservacionista demonstrada e almejada pela ecologia política não pode negar o estágio de desenvolvimento contemporâneo, seja o desenvolvimento industrial, seja o social e interpessoal. E, nesse sentido, devem ser utilizados instrumentos que visem coibir a degradação do meio ambiente, ao passo que também se harmonize com essa contemporaneidade.

A função extrafiscal dos tributos pode desempenhar esse papel, possibilitando a retirada de receita de um setor produtivo, degradante, para um setor preservacionista, contrabalanceando, dessa forma, as perdas ambientais sofridas com o desenvolvimento econômico.

O ICMS ecológico, como instrumento de repartição de receitas públicas, pode e deve ser utilizado para realizar essa compensação, inibindo a degradação e impondo a adoção de medidas de conservação.

Mas não só, também, tendo como princípio os ditames da ecologia política, ampliar a sua área de atuação e estabelecer que em outros campos a repartição das receitas públicas poderá ser maior se os municípios realizarem atos para melhorar a qualidade de vida de seus habitantes.

Esses atos enquadram-se nos aspectos ambientais, sociais e educacionais que o ICMS ecológico contém. A mudança de mentalidade, com a elevação da moralidade pública, com o relacionamento ético entre as pessoas e instituições, com a ideia conservacionista subjacente no interior de uma comunidade, é objetivo da ecologia política, sendo o ICMS ecológico um instrumento para essa transformação.

6. Referências bibliográficas

BECKER, Alfredo Augusto (1998). *Teoria geral do direito tributário*, 3. ed., São Paulo: Lejus.

BOEIRA, Sérgio Luís (2002). *Ecologia Política: Guerreiro Ramos e Fritjof Capra*. Revista Ambiente & Sociedade, ano V, nº 10.

BOBBIO, Norberto (1995). *Teoria do ordenamento jurídico*, 6. ed, apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 3 ago. 2014.

_____, *Lei complementar nº 63*, de 11 de janeiro de 1990. Dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp63.htm. Acesso em 3 ago. 2014.

_____, *Lei Complementar nº 87*, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em 3 ago. 2014.

CAPRA, Fritjof (2006). *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, São Paulo: Cultrix.

CARRAZZA, Roque Antonio (1998). *ICMS*, 4. ed., São Paulo: Malheiros.

COELHO, Sacha Calmon Navarro (2000). *Curso de direito tributário brasileiro*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense.

GUATTARI, Félix (1990). *As três ecologias*, trad. Maria Cristina F. Bittencourt,

Campinas, SP: Papirus.

INSTITUTO TRIBUTO VERDE DE INCENTIVO À CONSERVAÇÃO. *Introdução ao ICMS ecológico*. Disponível em http://www.tributoverde.com.br/site/modules/mastop_publish/?tac=Introdu%E7%E3o_ao_ICMS_Ecol%F3gico. Acesso em 7 ago. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme (2010). *Direito ambiental brasileiro*, 18. ed., São Paulo: Malheiros.

MORAES, Bernardo Ribeiro (1995). *Compêndio de direito tributário*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense.

MORIN, Edgar (2011a). *Introdução ao pensamento complexo*, trad. Eliane Lisboa, 4. ed., Porto Alegre: Sulina.

MORIN, Edgar, KERN, Anne-Brigitte (2011b). *Terra-Pátria*, trad. Paulo Neves da Silva, 6. ed., Porto Alegre: Sulina.

NADIR JÚNIOR, Amery Moisés, SALM, José Francisco, MENEGASSO, Maria Ester (2007). *Estratégias de ações para a implementação do ICMS ecológico por meio da co-produção do bem público*, Revista de Negócios, Blumenau, v. 12, n. 3, pp. 62-73.

OST, François (s/d). *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*, trad. Joana Chaves, Lisboa, Portugal: Instituto Piaget.

PIRES, Éderson. *ICMS ecológico: aspectos pontuais – legislação comparada*. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26943-26945-1-PB.pdf>. Acesso em 7 ago. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (2006). *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, In: Os clássicos da política, org. Francisco C. Weffort, 14. ed., São Paulo: Ática.

SACHS, Wolfgang (2000). *Meio ambiente*, In: Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder, editor Wolfgang Sachs, trad. Vera Lúcia M. Joscelyne, Susana de Gyalokay e Jaime A. Clasen, Petrópolis, RJ: Vozes.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência; para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. São Paulo: Cortez.

_____ (2010). *Refundación del Estado en América Latina – Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima, Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad e Programa Democracia y Transformación.

SHIVA, Vandana ((2000). *Recursos Naturais, In: Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder*, editor Wolfgang Sachs, trad. Vera Lúcia M. Joscelyne, Susana de Gyalokay e Jaime A. Clasen, Petrópolis, RJ: Vozes.

SOUZA, Roberto Mediato Cunha de, NAKAKIMA, Nelson Yoshihiro, OLIVEIRA, Edilson Batista de (2011). *ICMS Ecológico: instrumento de gestão ambiental*, Revista Perspectiva, Erechim, v. 35, nº 129, pp. 27-43.

WALKER, Peter A. (2012). *Ecologia política: onde está a ecologia?*, Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente, nº 25, p. 89-96, jan./jun. 2012. Editora UFPR.

Liberdade de informar e direito à memória

Uma crítica à ideia do direito ao esquecimento

João dos Passos Martins Neto¹

Denise Pinheiro²

1. Introdução

Recentemente, dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proclamaram a existência, em nosso ordenamento jurídico, do assim chamado direito ao esquecimento. As decisões, relatadas pelo ministro Luís Felipe Salomão, alcançaram grande projeção. Em tom de ligeira excitação, o *site* do próprio STJ deu destaque ao assunto, noticiando que, apesar de não se tratar de um tema novo na doutrina, “a tese desse direito foi discutida pela primeira vez na Quarta Turma do Tribunal da Cidadania, a partir de dois recursos movidos contra reportagens da TV Globo”.³

O caso mais significativo (REsp nº 1.334.097/RJ) diz respeito a um homem, Jurandir França, indiciado em 1993 como suspeito de participação na sequência de homicídios que ficou conhecida nacionalmente, através da cobertura da imprensa, como a Chacina da Candelária, no Rio de Janeiro. Em 2006, o programa Linha Direta, da TV Globo, relembrou a história. A narrativa não incorreu em inverdades, tendo ficado registrado, inclusive, que Jurandir França fora absolvido no processo criminal em que figurara como acusado. Não obstante, proposta ação de indenização, a TV Globo foi condenada a pagar R\$ 50 mil reais a Jurandir França.

Segundo decorre do precedente (consciente ou inconscientemente), o sentido geral e objetivo da ideia de um direito ao esquecimento é o seguinte: um homem comum, que em tempos mais ou menos remotos esteve pública e oficialmente associado a um crime brutal de repercussão nos meios noticiosos, tem o direito a que o universo de sua vida atual, pacata e discreta, não seja perturbado pela evocação do passado nefasto; para proteção, em especial, de sua paz e de sua segurança, ou para não se ver exposto à execração pública e aos ódios sociais, ele tem então o direito de

¹ Professor do curso de direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre e doutor em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Visiting Scholar na Columbia University School of Law. Procurador do Estado.

² Professora da Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. Professora da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – CESUSC. Graduada, mestre e doutoranda em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogada. E-mail: depinheiro@gmail.com.

³ http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=110602. Acesso em 5 out. 2013.

exigir dos veículos de comunicação que, em programas destinados à retrospectiva do clamoroso episódio, anos mais tarde, não façam menção à sua pessoa e omitam os dados de sua ligação com o evento, ainda que verdadeiros; a história pode ser lembrada, mas com supressão de seu nome e de sua imagem; na hipótese de que sua identidade não seja poupada, ele tem ainda o direito de receber uma soma em dinheiro para ressarcimento de danos, inclusive morais.

O direito ao esquecimento é concebido assim, em última análise, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre eventos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida – outrora legitimamente tornada pública por sua conexão com fatos terríveis – recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.

É importante perceber que, na perspectiva do precedente, o direito ao esquecimento surge, realmente, como uma figura peculiar. Ele não se confunde, em primeiro lugar, com o direito à privacidade em seu aspecto mais saliente, ou seja, como direito do indivíduo de não ter vasculhados nem divulgados, sem consentimento, os assuntos de sua vida íntima ou particular; diversamente, o que está afirmado, sob tal título, é o direito do indivíduo a que uma situação negativa vivida no passado, legitimamente passível de ser transformada em notícia à época de sua ocorrência devido à sua qualidade de assunto de interesse público, não mais seja, decorrido certo tempo, objeto de nova publicidade. Em segundo lugar, o direito ao esquecimento, por dizer respeito a informações verídicas, também não se confunde com o direito à honra em sua modalidade principal, vale dizer, como direito do indivíduo a que sua reputação perante terceiros não seja abalada por informações falsas (deliberadamente mentirosas ou culposamente errôneas).

As motivações podem ser nobres – proteger as pessoas contra distúrbios em suas vidas por efeito da recapitulação pública do passado. Contudo, as implicações da ideia são fortes. À luz da bilateralidade das relações jurídicas, os direitos são como espelhos dos deveres; o que um homem pode exigir, o outro deve cumprir; o que a um se concede, ao outro se impõe. Se o indivíduo tem o direito de ser esquecido, então a mídia tem o dever de esquecê-lo. Assim, no plano da coexistência social, o direito ao esquecimento adquire o sentido de uma proibição, oponível aos meios de comunicação e seus agentes, qual seja, a proibição de que um fato histórico de caráter público seja abordado por meio de uma narrativa integral e fidedigna. Há uma obrigação de omitir, de não informar por completo, que é necessariamente correlativa do direito de ser esquecido. Por isso, nas situações em que seja reconhecido, o direito ao esquecimento revela-se como um direito de calar a imprensa e as emissoras de rádio e televisão, se não os historiadores e os escritores de livros, ao

menos em relação a um dos sujeitos envolvidos; é um direito individual cujo reflexo é, para quem está do outro lado, a obrigação de ocultar parte da verdade histórica, sob pena, inclusive, de sanção (pagamento de equivalente pecuniário).

A questão capital que se coloca, para fins de análise e crítica acadêmica, é a de saber se um direito com semelhante conteúdo de imposição pode ser razoavelmente inferido dos preceitos normativos que integram a nossa ordem jurídica, ainda mais considerando que, nos termos em que concretizado no precedente, ele não se encontra explicitamente tutelado por nenhum dispositivo constitucional ou da legislação civil, nem encontra correspondente na jurisprudência tradicional. Daí, em suma, a pergunta: é plausível a ideia de um direito ao esquecimento?

Neste artigo, a resposta será negativa. O direito ao esquecimento não deve ser considerado uma projeção implícita do direito à privacidade ou de qualquer outro direito fundamental, ao mesmo tempo em que a proibição de evocar o passado está em contraste frontal com a norma constitucional da liberdade de expressão, mais particularmente com as garantias da “plena liberdade de informação jornalística” (CFRB, art. 220, § 1º), da “livre expressão da atividade de comunicação” (CRFB, art. 5º, IX) e do “acesso à informação”. Aqui, segundo parece, uma distinção é essencial de ser feita: é aceitável reconhecer às pessoas de notoriedade passada o direito ao isolamento, mas não, em hipótese alguma, o direito ao esquecimento.

O trabalho está dividido em três momentos. O primeiro delinea, ainda que brevemente, a relação entre temas como memória, história e esquecimento. Na segunda parte, apresentam-se as linhas doutrinárias principais do direito ao esquecimento e são examinadas as decisões do REsp nº 1.344.097/RJ e REsp nº 1.335.153/RJ. Por fim, após a apresentação de aspectos destacados dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade, defende-se a inexistência de um direito ao esquecimento nos termos como vem sendo concebido.

2. Memória, história e esquecimento

O que lembrar? O que esquecer? O que é verdadeiro e o que é imaginado? Há limites para a preservação da memória e há a possibilidade de se impor o esquecimento?⁴

⁴ Jorge Luis Borges e Gabriel García Márquez oferecem a idealização da dualidade, memória e esquecimento, em condições extremadas. E o contexto literário do realismo fantástico permite imaginar as implicações de tal exacerbação. Borges deu vida a Ireneo Funes, o memorioso, que, dotado de memória singular, observava e revisava as sensações em todos os seus detalhes. O poder de nada esquecer adveio sem grandes explicações, após um acidente, que o deixou paralítico, o que ele julgou ser um preço mínimo, diante do mundo rico e nítido de uma percepção e memória infalíveis. No entanto, o interlocutor de Funes e narrador da história suspeitava que ele “não era muito capaz de pensar”, pois isto significa esquecer diferenças, saber generalizar e abstrair e “no mundo

Sem adentrar na discussão de como se dá o julgamento das evidências do passado, se o que há é um relativismo diante da subjetividade da interpretação, se a história é inevitavelmente uma ficção, narrada pelos vencedores, ou se se trata de uma análise e julgamento dos fatos e “como todas as ciências, tem como norma a verdade”⁵ e que a objetividade histórica “constrói-se pouco a pouco através de revisões incessantes do trabalho histórico, laboriosas verificações sucessivas e acumulação de verdades parciais”⁶, o fato é que o confronto entre memória e esquecimento é determinante para a história.

Como adverte Padrós:

Lembrar o passado é um elemento essencial na conformação da identidade, individual ou coletiva. A necessidade de lembrar é, talvez, a principal atribuição da memória. Sem memória não existiriam referências ou experiências.⁷

Entretanto, cumpre salientar que a história envolve a seleção de informações, sendo isso um instrumento de poder, como alude Le Goff:

Do mesmo modo, a memória coletiva foi posta em jogo de forma importante na luta das forças sociais pelo poder. Tornar-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores destes mecanismos de manipulação da memória coletiva.⁸

abarroto de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos” (BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. Tradução de Davi Arrigucci Junior. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 99-108). Já a cidade de Macondo e a família Buendía de Gabriel García Márquez foram acometidas pela peste da insônia, cujo agravamento da doença conduzia, inevitavelmente, para o mal do esquecimento. Na localidade, a solução encontrada foi marcar com tinta cada uma das coisas com o nome, o que, por não se mostrar suficiente, exigiu a indicação da utilidade de cada uma delas. Receavam a chegada do dia em que esqueceriam os valores da letra escrita. Para garantir, na entrada da cidade, escreveram Macondo e na rua central um grande cartaz dizendo “Deus existe”. Apesar de tanto esforço, muitos sucumbiram e passaram a viver uma realidade imaginária. Pilar passou a ler o passado nas cartas. Foi o cigano Melquíades quem os salvou, com uma poção mágica (MÁRQUEZ, Gabriel García. *Cem anos de solidão*. Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003).

⁵ LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Tradução de Bernardo Leitão. 5. ed. Campinas: UNICAMP, 2003, p. 32.

⁶ LE GOFF, Jacques. *História e memória*. 2003, p. 33.

⁷ PADRÓS, Enrique Serra. Usos da memória e do esquecimento na história. *Revista Letras*, Santa Maria, n. 22, p. 79-95, jan./jun. 2001, p. 82/83.

⁸ LE GOFF, Jacques. *História e memória*. 2003, p. 422.

E, como afirma Padrós:

(...) os responsáveis pelos anos de chumbo latino-americanos sabem que o desconhecimento impede o posicionamento consciente; sabem, também, do potencial de inércia que possui o esquecimento coletivo.⁹

Paul Ricoeur na obra “A memória, a história, o esquecimento” alerta para a importância de se ter um equilíbrio entre o excesso da memória e do esquecimento. Ele trata, por exemplo, da questão da anistia, apontando para a sua origem, o decreto de Atenas de 403 a.C., em que se proibiu recordar os crimes cometidos pelos dois partidos, exigindo-se, para tanto, juramento individual dos cidadãos. Cuida-se de um esquecimento por imposição, do qual se valem democracias modernas, sob a justificativa da paz social. Porém, o autor aponta que, quanto a isso, há um problema filosófico. Ele questiona se a anistia não é prejudicial à verdade e à justiça e, ainda, qual fronteira entre anistia e amnésia.¹⁰

No Brasil, com o objetivo de apurar graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, a lei nº 12.528/2011 criou a Comissão Nacional da Verdade, o que se acredita ter-se dado no sentido da análise de Ricouer, ou seja, de não se impedir a discussão e de se retirar as memórias de um espaço clandestino, pois o esquecimento, em tal contexto, é prejudicial para a democracia. Nos termos do art. 1º da referida lei, a finalidade é a “de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.

E, na definição entre o que se busca rememorar e o que se deseja esquecer, a liberdade de expressão ocupa um papel essencial. Quais as informações que podem ser acessadas e divulgadas pelo historiador, filósofo, cientista, escritor, roteirista, jornalista, ou, simplesmente, pelo indivíduo que deseja resgatar o passado?

Por outro lado, não se ignora que há acontecimentos que devem ficar resguardados da opinião pública. Está-se referindo, portanto, a uma esfera protegida pelo direito à privacidade.

E é assim que se estabelece, diante da complexa relação entre memória e esquecimento, o ponto de contato entre a livre manifestação do pensamento e a privacidade. Por certo que nem todas as questões relacionadas com a privacidade conectam-se com a liberdade de expressão. Entretanto, é inevitável constatar as inúmeras aproximações entre esses direitos fundamentais.

⁹ PADRÓS, Enrique Serra. Usos da memória e do esquecimento na história. 2011, p. 83.

¹⁰ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Tradução de Alain François [et al.]. Campinas: UNICAMP, 2007, p. 460-462.

3. Direito ao esquecimento

3.1 Doutrina

Em 1980, René Ariel Dotti fez referência¹¹ ao direito ao esquecimento, valendo-se, essencialmente, de duas decisões norte-americanas, o caso *Red Kimono* e o caso *Sidis*, como sendo situações que exemplificariam adequadamente o direito ao esquecimento.

Para que se possa compreender adequadamente a referência feita por Dotti, uma breve narrativa mostra-se necessária.

O caso *Red Kimono (Melvin vs. Reid)*¹² foi julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1931, resultando na condenação do cineasta que retratou, em um filme, o passado de prostituta de Gabrielle Darley, que fora absolvida de uma acusação de homicídio. A autora fundamentou a ação no fato de o filme “The Red Kimono” ter interferido na sua vida pessoal presente, violando a sua privacidade, pois não era mais prostituta, havia se casado e se tornado uma pessoa respeitada na cidade onde morava.¹³

Já em *Sidis vs F-R Publishing Corporation*, Willian James Sidis, que havia sido um menino prodígio, provavelmente, por um processo de superestimulação mental a que foi submetido pelo seu pai, após ter voltado ao anonimato, foi retratado na revista *The New Yorker*, aparentemente sem a sua autorização, por uma matéria que o tratava com desdém e expunha a sua condição atual de morador de um quartinho no canto de um corredor miserável na região sul de Boston.¹⁴ Na época (1940), Sidis não teve o seu direito à privacidade reconhecido pela Corte Federal de Apelações do Segundo Circuito, que, segundo Lewis, concluiu que “uma vez que alguém se torne uma figura pública, ainda que contra sua vontade, será para sempre um alvo legítimo da imprensa”¹⁵.

Outro caso, agora da jurisprudência alemã, é o Lebach, que se tornou notório principalmente por meio da doutrina e que, normalmente, também é invocado pelos defensores do direito ao esquecimento¹⁶.

¹¹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação – possibilidade e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 90-92.

¹² Também citado nas decisões do STJ, que abaixo serão examinadas.

¹³ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 94.

¹⁴ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*, p. 79-80.

¹⁵ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*, p. 83.

¹⁶ Inclusive, igualmente, referenciado nos acórdãos do STJ.

O caso Lebach foi resumido por Robert Alexy, nos seguintes termos:

Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição Alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.¹⁷

O Tribunal Estadual e o Tribunal Superior Estadual negaram o pedido de medida cautelar e autorizaram a exibição do documentário. Entretanto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, concluiu que, do embate entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ainda que esse direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese, deveria prevalecer a proteção da personalidade e a consequente proibição de exibição do documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar a ressocialização do autor.¹⁸

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, valendo-se do caso Lebach como exemplo, ampliam as possibilidades fáticas e dispõem que:

A celebridade do passado nem sempre será objetivo legítimo de incursões da imprensa. Algumas pessoas de renome voltam, adiante, espontaneamente, ao recolhimento da vida de cidadão comum – opção que deve ser, em princípio, respeitada pelos órgãos de informação. Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99-100.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 100-102.

precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.¹⁹

Os autores²⁰ identificam um conflito de interesses entre a liberdade de informação e a privacidade, que deve ser solucionado, em cada caso, mediante o exame de que se “o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará”. Asseveram, ainda, que se deve analisar a qualidade da notícia que será veiculada para que se conclua tratar-se ou não de assunto do legítimo interesse do público.

Daniel Bucar faz referência ao Enunciado 404²¹ da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ, e aborda a questão do direito ao esquecimento como um controle temporal dos dados. Para ele, o direito ao esquecimento insere-se na proteção à privacidade, cujo conceito deve passar por uma inevitável atualização, eis que não mais corresponde ao direito de se estar só.²²

François Ost ao tratar do tema “perdão e o desligamento do passado” apresenta o esquecimento como algo ameaçador, contudo necessário. Em uma análise não jurídica, ele afirma que o “esquecimento é necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito”²³. Já sob a ótica do direito ele identifica a questão do esquecimento no desuso da norma, na prescrição extintiva, no direito ao anonimato da mãe que opta por não indicar o seu nome no momento do parto, conforme previsão do Código Civil Belga, e no também direito ao anonimato de casal doador e receptor de embriões, consoante determinação do Código de Saúde Pública do mesmo país.²⁴

Do mesmo modo que outros autores referenciados, Ost vincula esquecimento e privacidade, afirmando tratar-se de uma ferramenta útil e pacificadora, fazendo-o mediante as seguintes palavras:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade –

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 325.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, p. 326.

²¹ Este enunciado, em conexão ao artigo 21 do Código Civil, firmou que “a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”.

²² BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, ano 2, n. 3. 2013, p. 3. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em 26/11/2013. Acesso em: 13 jan. 2014.

²³ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 153.

²⁴ OST, François. *O tempo do direito*, p. 153.

muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.²⁵

Ost alerta, todavia, para o esquecimento-falsário e para o esquecimento-re-calque. No primeiro, há uma imposição de uma história oficial mentirosa com o objetivo de legitimar um regime ou uma ideologia. No segundo, busca-se a amnésia coletiva a fim de apagar o sofrimento imposto pelos vencedores aos vencidos e às vítimas de guerras e de “conquistas”, ignorando-se, com isso, os genocídios, massacres e crimes contra a humanidade.²⁶

Por fim, cumpre salientar que, na VI Jornada de Direito Civil (2013), promovida pelo CJP/STJ, foi aprovado o Enunciado 531, o qual dispõe categoricamente que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”²⁷.

3.2 Acórdãos do STJ: REsp nº 1.334.097/RJ e REsp nº 1.335.153/RJ

O acórdão do REsp nº 1.334.097/RJ, em suma, versa sobre o direito de Jurandir Gomes de França de ser indenizado pela Rede Globo (Globo Comunicações e Participações S/A) em razão de o programa “Linha Direta – Justiça”, ao rememorar a “Chacina da Candelária”, ter feito referência a ele, anos após ter sido absolvido. O autor da ação indenizatória fundamentou o seu pleito no direito à paz, à privacidade e ao anonimato, tendo alegado que manifestou à emissora o desinteresse em ter sua imagem veiculada em rede nacional e que se recusou a dar entrevista. Ele afirmou que a transmissão do programa reacendeu o ódio social, ligando-o novamente a condição de chacinador e, assim, problemas que já haviam sido superados, obrigaram-no a deixar a comunidade, para proteger a sua vida e garantir a segurança dos seus familiares dos “justiceiros” e “traficantes”, a se desfazer dos seus bens, além de não ter não mais conseguido emprego.

²⁵ OST, François. *O tempo do direito*, p. 161.

²⁶ OST, François. *O tempo do direito*, p. 161-162.

²⁷ O enunciado está acompanhado da seguinte justificativa: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.”

O acórdão da Quarta Turma do STJ inicia reconhecendo a constância dos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos à personalidade. E aponta que, nos precedentes do referido órgão, os julgados se concentravam no exame da ilicitude e que, para essa análise, já se havia concluído pela existência de algumas limitações à liberdade de imprensa, que se dispôs não ser absoluta. Nesse sentido, firmou-se o compromisso com a informação verossímil; a proteção dos direitos da personalidade; a não realização de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar. O relator, não obstante, reconhece que já havia sido estabelecido não se poder exigir verdades absolutas, até para que atendidas as exigências, próprias do jornalismo, de rapidez e de velocidade, o que deve ser aliado a não divulgação de meros rumores.

A fundamentação do acórdão, antecipando as eventuais críticas ao acolhimento do direito ao esquecimento, apresenta os argumentos usualmente formulados e busca refutar cada um deles. A decisão colegiada sustenta, basicamente, que não há violação à liberdade de expressão e de imprensa; que o direito ao esquecimento não é representativo da perda da história e da memória; que a privacidade não é a censura dos dias atuais; que não se trata de analisar a possibilidade de algo deixar de ser lícito pela passagem do tempo; que a questão não se limita a mera reafirmação de se divulgar tema já público; do mesmo modo, que a conduta não se justifica por ser hipótese de programas comuns no Brasil e no exterior.

O julgado estabeleceu, ainda, que do conflito entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem, há uma “inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”, o que foi evidenciado pela confirmação da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, inciso III, da CRFB. E, ao prosseguir no combate às teses oposicionistas ao direito ao esquecimento, registrou a preocupação com a exploração midiática do crime e com a permissão irrestrita de retratar o crime e as pessoas envolvidas, sob o pretexto da historicidade do fato, já que pode representar, quando o acusado tiver sido inocentado, “permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado”. Ademais, foi apresentada uma distinção entre interesse público e interesse do público, apontando, inclusive para a interpretação do art. 5º, LX, da CRFB²⁸, no sentido de restrição à publicidade dos atos processuais quando se tratar de preservação da pessoa, para que não exista uma execução do acusado em praça pública e consequentemente as decisões judiciais não se tornem viciadas pela repercussão da mídia, concluindo para a publicidade apenas do resultado da resposta estatal.

²⁸ CRFB. Art. 5º, LX. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

No acórdão, fica evidente o estabelecimento do direito ao esquecimento dos condenados que já cumpriram integralmente a pena e dos absolvidos em processo criminal, exceto quando se tratar de crimes históricos e quando se mostrar imprescindível, para a narração do ocorrido, a divulgação da imagem e do nome da pessoa condenada ou absolvida.

Já no Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, também relatado pelo ministro Luís Felipe Salomão, ainda que tenha sido apresentada toda a teorização sobre a presença do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro, a irresignação contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que manteve a sentença de primeiro grau, não foi acolhida e, assim, os irmãos de Aída Curi, vítima de violência sexual e homicídio, em 1958, cujo crime igualmente foi narrado no programa Linha Direta – Justiça da Rede Globo, não tiveram reconhecido o direito à indenização por danos morais.

Os autores apresentaram linha argumentativa similar à apresentada no caso acima narrado, inclusive a de que não teriam autorizado a veiculação do programa, o qual teria reavivado o sofrimento provocado pela morte da irmã. O acórdão, contudo, entendeu que se trata de acontecimento que entrou para o domínio público, sendo praticamente impossível retratar o caso Aída Curi, sem fazer referência à própria jovem.

Assim, nesse segundo acórdão, a decisão, por maioria de votos, foi pela não compensação dos danos suportados pelos irmãos da vítima, tendo em vista tratar-se de caso notório e por não ter sido a imagem da vítima usada como um chamariz de audiência, já que mostrada uma única fotografia. O acórdão firmou ter ficado claro que o objetivo do programa era, de fato, o crime em si e não a imagem da vítima, inclusive porque na maior parte do tempo foi realizada a dramatização com atores contratados. Nesse caso, o órgão julgador concluiu que a emissora cumpriu a sua função social de informar e fomentar o debate.

4. Inexistência de um direito ao esquecimento

A partir do observado na doutrina e no precedente do STJ, é possível concluir que o direito ao esquecimento é concebido, em suma, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre fatos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.

O objetivo central da construção de um direito ao esquecimento, portanto, é impedir que a vida atual, daquele que no passado esteve pública e notoriamente

ligado a um evento, seja perturbada pela associação retrospectiva ao episódio, ainda que o relato seja integralmente verdadeiro. A narrativa, desse modo, sofrerá uma limitação, devendo suprimir o nome e a imagem da pessoa envolvida. Na linha do precedente do STJ, que tratou do tema na esfera penal²⁹, apenas crimes históricos admitiriam a individualização e identificação do sujeito. A resposta estatal à violação ao direito de alguém ser esquecido corresponderá à condenação ao pagamento de uma indenização.

Todavia, pretende-se demonstrar o equívoco de um direito individual impeditivo de se mencionar a conexão de alguém a um acontecimento passado público e notório. As linhas principais de argumentação são duas: 1) o direito ao esquecimento, que não é uma decorrência evidente do princípio da dignidade humana, atenta contra a liberdade de expressão, a memória e a história, e o recurso à interpretação dos direitos fundamentais por meio da ponderação, em especial, no que tange ao exercício da manifestação do pensamento, tem se mostrado inadequado; 2) é equivocado fundamentar a existência de um direito ao esquecimento no direito à privacidade, reconhecendo-se, todavia, o direito de se viver no isolamento, que não se confunde com o primeiro, já que se deve distinguir e, portanto, tratar de forma diversa, a divulgação do fato público do passado e as informações atuais sobre a pessoa nele envolvida.

Em “Fundamentos da liberdade de expressão”, firmou-se que:

A liberdade de expressão consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador).³⁰

Kent Greenawalt, reconhecendo que a liberdade de expressão é um princípio político crucial das sociedades democráticas, questiona o que é o discurso que deve ser livre e protegido. Nas palavras do autor, “*what is the ‘speech’ that is to be free and protected?*”^{31 32}

Para Greenawalt, é fundamental identificar as razões ou justificativas para a proteção da liberdade de expressão, diferenciando-as em consequentialistas e não consequentialistas. As razões são consideradas consequentialistas por contribuí-

²⁹ Ainda que o tema conecte-se de forma imediata às questões penais, não está a elas circunscrito.

³⁰ MARTINS NETO, João do Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 27.

³¹ GREENAWALT, Kent. *Speech, Crime and the uses of language*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 48.

³² Ao longo do presente trabalho, valeu-se da tradução livre para todas as citações em idioma estrangeiro.

rem para o estado de coisas desejável, por exemplo, quando for possível identificar que a liberdade de expressão exerce influência para a honestidade de um governo. Já as não consequencialistas justificam a liberdade de expressão ainda que não produzam uma consequência específica, levando-se em consideração tão-somente tratar-se de um direito ou de uma questão de justiça.³³

O autor elenca, então, as justificativas consequencialistas:

- busca pela verdade;
- estabilidade social e acomodação de interesses;
- exposição e contenção dos abusos de autoridades;
- autonomia e promoção de opiniões independentes;
- desenvolvimento pessoal e senso de dignidade;
- promoção da democracia liberal;
- promoção da tolerância.³⁴

Como justificativas não consequencialistas, relacionadas, portanto, com a liberdade de manifestação de opinião, independentemente de produzirem consequências específicas e desejáveis, apesar da possível relação com as razões consequencialistas, Greenawalt aponta a autonomia, a racionalidade, a dignidade e a equidade.³⁵

Tais razões auxiliam avaliar se o ato comunicativo é digno de proteção, pois se forem a ele aplicáveis “uma ou mais das possíveis razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão”³⁶, esse será dotado de valor expressivo e deverá ser assegurada a sua livre manifestação.³⁷

Dever-se-á, portanto, examinar o valor expressivo do ato comunicativo e identificar quais manifestações do pensamento não são merecedoras da tutela estatal. É o caso da ameaça, da difamação, da incitação, do insulto, da invasão de privacidade, da propaganda nociva e do uso indevido de imagem. E a partir desta operação, construir-se-á o alcance do direito da liberdade de expressão.³⁸

A liberdade de expressão é um direito fundamental³⁹. Ao se impedir a livre

³³ O autor reconhece que o limite entre razões consequencialistas e não consequencialistas nem sempre será claro.

³⁴ GREENAWALT, Kent. *Speech, Crime and the uses of language*, p. 228.

³⁵ GREENAWALT, Kent. *Speech, Crime and the uses of language*, p. 228.

³⁶ MARTINS NETO, João do Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*, p. 47.

³⁷ MARTINS NETO, João do Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*, p. 47.

³⁸ MARTINS NETO, João do Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*, p. 21.

³⁹ No contexto brasileiro e na ordem constitucional vigente, do rol de direitos e garantias individuais apresenta-

manifestação do pensamento, avanços da ciência foram retardados, povos foram alienados, arte e cultura foram duramente atingidas.

Na hipótese de prevalecimento da tese de um direito ao esquecimento, acolhida nos acórdãos do STJ, a insegurança e a imprecisão sobre o que se poderá falar sobre o passado estará estabelecida. Jornalistas, historiadores, artistas, cineastas hesitarão, permanecendo sob a ameaça de futuras condenações judiciais.

Desde já, sustenta-se que a primeira consequência será o que os anglo-saxões chamam de “*chilling effects*”, inibidor da livre circulação de ideias.

Nas palavras de Eric Barendt:

Alternativamente, escritores podem ser inibidos de publicar material com estas características (discurso do ódio), por temerem um futuro processo. Isto é chamado de “*chilling effect*” e o repúdio a ele influenciou consideravelmente as cortes dos Estados Unidos na solução de conflitos entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos ligados à reputação.⁴⁰

Os acórdãos dispuseram, expressamente, que não se pode permitir a eternização da informação e que, na hipótese de processos penais, a notícia deixa de ser atual, em regra, com o cumprimento da pena ou com a decisão que concluiu pela absolvição, exceto se dotada de interesse histórico e quando se mostrar imprescindível, para a narração do ocorrido, a divulgação da imagem e o nome da pessoa condenada ou absolvida. Como regra, o acórdão estatuiu que o parâmetro não é a veracidade ou a licitude da informação no momento de sua divulgação, sendo determinante, diversamente, o direito ao esquecimento, à paz, à felicidade e o de ser deixado em paz.

As decisões da 4ª Turma do STJ, portanto, definiram marcos temporais, ou seja, pretenderam fixar um prazo de “vida útil da informação criminal”, inclusive, alertando para a necessidade de restrição de publicidade dos processos ainda du-

dos no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, destaca-se o inciso IV, que dispõe: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”, bem como o inciso IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” o XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e o XVI – “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.” E, ainda, refletindo a restauração democrática, transcreve-se o art. 220: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

⁴⁰ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007, p. 32.

rante o seu trâmite. Acolhido esse pensamento, o primeiro obstáculo a ser superado será em relação aos próprios bancos de dados jurisprudenciais fornecidos pelos tribunais, que precisarão de uma atualização contínua para retirada de decisões do repositório ou, pelo menos, de uma estratégia para garantir o anonimato dos envolvidos. Mas, qual o fundamento legal para essa restrição da publicidade processual?

Outra dificuldade evidente é a indefinição do que é um julgamento histórico, o que permitiria a divulgação da informação relativa a evento do passado, além do perigoso fato de que a análise dessa condição ocorrerá somente *a posteriori*, subjetivamente, pelo magistrado.

Ao se analisar os fundamentos dos acórdãos do STJ, observou-se a remissão ao caso *Red kimono* (*Melvin vs. Reid*), que é recorrentemente citado pelos defensores do direito ao esquecimento. Para recordar o leitor, trata-se de um caso julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1931, resultando na condenação do cineasta que retratou, em um filme, o passado de prostituta de Gabrielle Darley, que fora absolvida de uma acusação de homicídio, e que argumentou que o filme “*The red kimono*” interferiu na sua vida pessoal presente.⁴¹

O que as decisões não informam, assim como outros autores que se utilizam do mesmo exemplo, como René Ariel Dotti⁴², é que esta foi a orientação da Suprema Corte da Califórnia até 1971, hoje já superada, como salienta Lewis:

Mais recentemente, as interpretações da Primeira Emenda pela Suprema Corte, mais generosa, deixam claro que a imprensa pode chamar atenção de forma verídica para fatos antigos, por mais embaraçosos que sejam. Em seu voto no caso Shulman, a ministra Werdegarr indicou que a Suprema Corte da Califórnia não mais adotaria o precedente do caso *Red kimono*. A cultura jurídica americana tal como é hoje não aceitaria a proibição da publicação de fatos que já fossem de conhecimento público. E as ferramentas de busca na internet tornaram o passado de praticamente qualquer pessoa disponível ao público com apenas um clique. Uma vez conhecido, nenhum fato da vida privada pode ser enterrado.⁴³

⁴¹ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da primeira emenda à constituição americana, p. 94.

⁴² DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação* – possibilidade e limites, p. 90-92.

⁴³ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da primeira emenda à constituição americana, p. 94-95.

Ademais, tendo se afirmado de forma tão veemente a existência de um direito específico ao esquecimento no direito brasileiro, qual o “prazo de validade da informação” em outras situações? O direito de retorno ao anonimato concretiza-se a partir de qual momento?

Ao se pensar, por exemplo, em questões não criminais, que tiveram ampla divulgação no passado e cuja permanência de sua veiculação, infelizmente, pode causar alguma tristeza e embaraço para a pessoa envolvida, a conclusão pela proibição da divulgação do fato pretérito em favor de um direito ao esquecimento seria mantida?

E é curioso que o acórdão (REsp nº 1.334.097/RJ), que identificou para o caso concreto o direito ao esquecimento, dispôs que a empresa-ré não tratou o autor de maneira desrespeitosa, que o programa não faltou com a verdade, que, de fato, o inquérito policial, durante a chacina da Candelária, foi uma balbúrdia e que, tal episódio, integra a história brasileira (2013, p. 40), mas, apesar disso, concluiu pela existência de uma conduta antijurídica e ilícita, fundamentadora de uma condenação ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de danos morais, para que atendida a função punitiva e pedagógica. Para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e para o Superior Tribunal de Justiça, o determinante para a condenação resulta da ponderação, no caso concreto, entre a liberdade de expressão e a privacidade, sendo devida a indenização pela preponderância dessa, sancionando-se a referência ao nome do autor e a divulgação da sua imagem que, segundo os magistrados, poderiam influenciar o cidadão médio, telespectador do programa, que não veria um inocente injustamente acusado, mas sim um acidentalmente absolvido.

Entretanto, questiona-se, qual a segurança jurídica e qual a racionalidade decisória ao se extrair a ilicitude através de um sopesamento de valores?

Ao se aprofundar nesse questionamento, mostram-se necessárias algumas observações sobre a opção, que normalmente acompanha a defesa do direito ao esquecimento, que é o neoconstitucionalismo, qual seja, a ponderação, e a solução dos supostos conflitos entre a liberdade de expressão e a privacidade⁴⁴.

Em outra oportunidade, já se alertou para o risco de empobrecimento da hermenêutica provocado pelas metodologias do neoconstitucionalismo, inadequadas para a especificidade dos direitos fundamentais.⁴⁵

No acórdão, aqui, objeto de estudo, que determinou o pagamento à indenização ao senhor vítima de uma investigação policial imprópria na chacina da

⁴⁴ Em “Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão”, Luiz Henrique Urquhart CADEMARTORI e Denise PINHEIRO apresentam, com maiores detalhes, essa questão. In: *Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado*. Davi do Espírito do Santo e César Pasold (org.). Florianópolis: Insular, 2013.

⁴⁵ MARTINS NETO, João do Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*, p. 13.

Candelária, em que se reconheceu a presença dos elementos para a aplicação do direito ao esquecimento, já na ementa há a indicação do confronto entre “Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade” e da necessária “ponderação de valores”, ou seja, da solução dos conflitos através do sopesamento, o que se dá, no Brasil, especialmente, mediante inspiração na doutrina de Robert Alexy.

No entanto, dois importantes autores, Jorgen Habermas e Luigi Ferrajoli, opõem-se à proposta de racionalidade e técnica decisória desenvolvida pelos neoconstitucionalistas.

Para Habermas⁴⁶, a teoria de Alexy flexibiliza os direitos fundamentais ao transformá-los em mandamentos de otimização, que ficam, ainda, ameaçados de desaparecimento pela irracionalidade do processo de sopesamento.⁴⁷

Contra tal argumento, Alexy dispõe:

A objeção de Habermas à teoria dos princípios seria em seu cerne justificada caso não fosse possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos.⁴⁸

Para Ferrajoli, com fulcro em seu pensamento garantista, estas são as principais objeções ao neoconstitucionalismo: 1) negação do positivismo jurídico e, como já salientado, a não separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça, fazendo com que a moral passe a integrar o ponto de vista interno do direito; 2) confusão entre direito e moral, validade e justiça produz a falácia jusnaturalista (confunde validade com justiça) e falácia ético-legalista (confunde justiça com validade); 3) inadequação da classificação de regras e princípios como espécies de normas, apontando tratar-se de um sofisma que promove um enfraquecimento dos direitos, já que princípios e regras são igualmente normas, formuladas de maneira diversa, havendo uma diferença de estilo e não estrutural, fazendo com que a violação de um princípio faz desse uma regra, que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes; 4) inexistência dos conflitos que são apontados pelos teóricos da ponderação; 5) a ponderação, por vezes, assemelha-se à velha “interpretação sistemática” e se o juiz passa a ter um poder de criação, torna-se ilegítimo, invadindo a esfera de atuação do legislador, significando para ele, um tipo de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno.⁴⁹

⁴⁶ Esta crítica é retirada no posfácio da obra “Teoria dos direitos fundamentais” do próprio Alexy, que se dispôs a dialogar com Habermas e Böckenförde.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 576-578.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 594.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer

É muito mais seguro para os direitos fundamentais que não se resolvam as celeumas, caso a caso, mediante a ponderação, mas que se busquem outros mecanismos interpretativos. É o que faz, por exemplo, a teoria do ato comunicativo dotado de valor expressivo, já citada quando da análise das razões para a defesa da liberdade de expressão.⁵⁰ Desse modo, é possível concluir que não há choque entre o direito de liberdade de expressão e os direitos da personalidade, quando, por exemplo, há invasão da privacidade, mas sim ofensa a esta, já que, em tal hipótese, não há se falar em liberdade de expressão a ser resguardada, pois inexistente ato comunicativo com valor expressivo. Inadequado, acredita-se, portanto, valer-se da teoria de ponderação dos direitos fundamentais para solucionar essa espécie de conflito. Enfim, ao se buscar os limites da liberdade de expressão, pode-se concluir que atos comunicativos sem valor expressivo não são tutelados juridicamente.

O importante, como dispõe Eric Barendt, é buscar-se o estabelecimento de “*fairly precise rules*”⁵¹. Esse autor, analisando justamente o tema de privacidade e o “esquecimento”, ao examinar uma decisão (*Shulman vs. Group W. Productions*) da Suprema Corte da Califórnia, que decidiu em favor da empresa televisiva, conclui que “notícias apresentadas como entretenimento e a cobertura de eventos passados são ambas protegidas, um posicionamento que levaria a Corte da Califórnia a decidir o caso alemão *Lebach* a favor da emissora”.⁵²

Os acórdãos do STJ relativos ao direito ao esquecimento colocam em oposição à dignidade da pessoa humana e a livre informação, que teria por objetivo proteger o interesse privado da emissora, mas ignoram que sem liberdade de expressão não há dignidade.

Interessante também a informação trazida por Otávio Luiz Rodrigues Júnior de que houve um caso “*Lebach II*”, em 1999, que, segundo o autor, “é uma espécie de revisitação do problema do ‘direito ao esquecimento’, mas com resultados bem diferentes”.⁵³ Rodrigues aponta que, em 1996, outra televisão alemã produziu uma série sobre crimes históricos, dentre eles o caso *Lebach*, e houve nova tentativa de impedir a veiculação, no entanto, dessa vez, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que, diferentemente da transmissão do programa na década de 70, a série dos anos 90 não tinha teor sensacionalista e não mais poderia prejudicar a ressocializa-

Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-51.

⁵⁰ MARTINS NETO, João do Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*, p. 47.

⁵¹ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*, p. 205.

⁵² BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*, p. 238.

⁵³ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em: 14 jan. 2014.

ção dos condenados, e que não é pelo fato de terem cumprido a pena que o direito de ser deixado só foi adquirido.

A subjetividade dos acórdãos do STJ é, portanto, representativa de uma censura judicial, pois, prevalecendo esse entendimento, caberá ao magistrado definir, *a posteriori*, a pauta da imprensa, provocando o já apontado *chilling effect*, e o receio de abordar fatos passados privará as pessoas do seu direito à livre manifestação do pensamento e de serem informados.

Questiona-se, ainda, qual a extensão que foi dada à privacidade capaz de impedir a divulgação de um fato público notório.

É evidente que se reconhece que o direito à privacidade deve ser tutelado. As pessoas têm direito a uma esfera de inviolabilidade ou, se for esta a preferência, são dotadas do direito de estarem sós e de serem deixadas em paz⁵⁴, ainda quando se tratar de figuras públicas. O mundo de 1984, de George Orwell, é inadmissível.

O embate entre o público e o privado, a definição do que pode ser divulgado, até mesmo por uma exigência social, democrática e republicana, e o que deve ficar protegido do outro, do olhar alheio, da captação não autorizada, é um tema que atravessou o século XX e mostra-se ainda mais desafiante nos dias atuais.

Jesse H. Choper esquematiza, segundo o posicionamento recente da jurisprudência norte-americana, quais interesses são tutelados via direito à privacidade:

Interesses protegidos sob o direito à privacidade – casamento, procriação; contracepção; aborto; sodomia homossexual.

Interesses não protegidos sob o direito à privacidade – registros públicos de um ato oficial (e.g., prisão); educação de crianças em escolas que discriminam com base na raça; exclusão de mulheres de grandes organizações não-seletivas; comprimento do cabelo de policiais; acumulação de dados de pacientes a quem drogas perigosas foram prescritas.⁵⁵

⁵⁴ A expressão “*the right to be alone*”, ou seja, “o direito de estar só” ou “o direito de ser deixado em paz” tornou-se conhecida por meio do artigo “The right to privacy” de Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 15/12/1890, na Harvard Law Review, vol. IV, nº 5. O texto foi e é importante para construção de um conceito de privacidade e, igualmente, mostra-se um manifesto pela liberdade de expressão. As palavras “*the right to be alone*” serão repetidas incessantemente nas décadas a seguir, ao se tratar do tema privacidade, atribuindo-se a autoria para Warren e Brandeis. No entanto, em seu famoso artigo, eles apontam que se trata de uma construção do magistrado Cooley em “*Cooley on Torts*”: “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be let alone.’” WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Vol. IV, nº 5, 1890. Disponível em: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁵⁵ CHOPER, Jesse H. *Constitutional Law*. Gilbert Law Summaries. Chicago: Barbri, 2004, p. 151.

Para Anthony Lewis, a violação à privacidade, atualmente, no direito norte-americano, pode ser categorizada em quatro ramos: 1) usar indevidamente a imagem de alguém; 2) inventar uma história não verídica sobre uma pessoa, o que é chamado de falsa luz; 3) invadir o espaço pessoal, como, por exemplo, mediante a escuta telefônica; 4) publicar fatos verídicos, porém embaraçosos.⁵⁶

Na mesma linha, Post indica como sendo quatro, os ramos atuais do “*tort of invasion of privacy*”:

(...) o artigo [Direito à privacidade, de Warren e Brandeis] deu origem ao desenvolvimento de um moderno ilícito, que atualmente corresponde a quatro ramos: intrusão desarrazoada no isolamento de outrem; desarrazoada publicidade da vida privada de outrem; apropriação do nome de outrem ou similar; colocar uma falsa luz (atribuir a uma pessoa, um fato não verídico) sobre uma pessoa perante o público.⁵⁷

Pode-se afirmar que não são poucos os assuntos que buscam a tutela sob a zona de proteção oferecida pela privacidade, como, por exemplo, podem ser ainda citados, aborto, orientação sexual, doenças que não se deseja revelar, vida e morte. Ao mesmo tempo, observa-se uma superexposição da intimidade, inclusive em programas televisivos e redes sociais, tornando ainda mais complexa a relação e a fronteira entre o privado e o público e provocando o questionamento acerca da manutenção de dogmas como, por exemplo, a irrenunciabilidade de direitos fundamentais.

Como afirma Bauman, vive-se uma sociedade confessional, e o que era impensável após a construção, pela modernidade, da noção de privacidade, está sendo, literalmente, assistido por todos na atualidade. Invoca-se a intimidade e, simultaneamente, ela é apresentada, espontaneamente, para milhões de pessoas.⁵⁸

Contudo, apesar de toda a dificuldade de se delimitar a abrangência do direito à privacidade, não se imagina como invocá-lo para fundamentar um direito ao esquecimento e impedir o acesso ao passado, já pertencente à história e à memória.

⁵⁶ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da primeira emenda à constituição americana, p. 90-91.

⁵⁷ POST, Robert C. *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort* (1989). *Faculty Scholarship Series*. Paper 211, p. 958-959. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/211. Acesso em: 1º set. 2013.

⁵⁸ BAUMAN, Zigmunt. *Danos colaterais*: desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 108.

Cabe apontar, por fim, que não há similitude entre o direito ao esquecimento e, por exemplo, o prazo para manutenção do nome do consumidor inadimplente nos bancos de dados de restrição ao crédito, pelo simples fato de que essa sempre foi uma informação sigilosa.

É certo que o homem público tem o direito de morrer em paz, que as pessoas devem ter os seus segredos íntimos preservados da curiosidade alheia e que há fatos, mesmo quando verídicos, que não podem ser divulgados.

Entretanto, reforça-se que, nos acórdãos examinados, bem como nos autores que tratam sobre o “direito ao esquecimento”, há uma imprecisão quanto à abrangência do direito à privacidade. Como se considerar violada a privacidade diante de um fato público do passado?

5. Proposta: direito ao isolamento

É preciso distinguir o fato pretérito público e a vida atual da pessoa a ele atrelada.

Na primeira hipótese, a liberdade de expressão tutela a retomada do fato pretérito público e a veiculação do ocorrido e inexistente violação à privacidade.

Na segunda, vida atual da pessoa que optou por retornar ao anonimato, eventual ato comunicativo, que buscar invadir a privacidade, não estará resguardado pelo direito de livre manifestação do pensamento, pois presente o direito de se isolar, de ser deixado em paz, de ser deixado só, não se podendo importuná-lo com o objetivo de mostrar, por exemplo, como vive hoje, onde mora e o que faz atualmente. O uso da imagem, nessa circunstância, é igualmente indevida.

Assim, a possibilidade de divulgação de fatos que já tenham se tornado públicos no passado, justamente porque não haverá a lesão do direito à privacidade pelo mero decurso do tempo, é diferente da veiculação de informações atuais sobre a pessoa envolvida, que não tenham qualquer conexão com o evento notório e sejam destituídas de interesse público. Faz-se, portanto, uma diferenciação entre o direito ao esquecimento, aqui criticado, e o direito ao isolamento, ora defendido.

Os acórdãos e a doutrina não fazem essa distinção, que se reputa fundamental.

Por exemplo, em uma citação já apresentada, os autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco falam de uma situação em que a celebridade que volta para a vida de cidadão comum deve ser deixada de lado, se esse for o seu desejo, como sendo equivalente à hipótese de quem já cumpriu a pena criminal de não ver repassado ao público o que o conduziu à penitenciária.⁵⁹ Entretanto, não o são. Consoante à terminologia que está se propondo, a primeira está relacionada

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, p. 325.

ao direito ao isolamento, conectado à privacidade, e não a um suposto direito ao esquecimento no formato do que vem sendo decidido.

Assim, no caso da chacina da Candelária, Jurandir Gomes de França pode impedir a divulgação da sua vida presente, mas não a recordação de um fato já publicizado, pertencente à memória coletiva e à história.

Retomando-se outras questões, já examinadas, René Ariel Dotti cita o caso *Red kimono* e o caso *Sidis* como sendo situações que, igualmente, estão em conformidade com o direito ao esquecimento.⁶⁰ Mas, adverte-se que elas também demonstram a diferença que se propõe: 1) inexistência de um direito ao esquecimento em relação a um fato público passado; 2) a proteção do direito ao isolamento, como integrante do direito à privacidade.

Em *Red kimono*, o filme concentrou-se no passado notório de Gabrielle Darley. Já em *Sidis vs. F-R Publishing Corporation*, Willian James Sidis, após ter voltado ao anonimato, foi retratado na revista *The New Yorker*, aparentemente sem a sua autorização, expondo a sua condição atual de morador de um quatinho no canto de um corredor miserável na região sul de Boston.⁶¹

O presente estudo sustenta soluções diversas das apresentadas, naquele momento, pela justiça americana nesses dois julgados. Defende-se que no caso “*Red kimono*”, o filme representa o exercício da liberdade de expressão, já em “*Sidis*” a revista *The New Yorker* não poderia ter invadido a esfera de privacidade de Willian. O menino prodígio do passado (Sidis) tem o direito ao isolamento e de proteger a sua vida atual do público.

Assim, pode-se afirmar que a privacidade tutela um atual direito ao isolamento (e não ao esquecimento de fatos pretéritos notórios). Narrar o evento, independentemente de quanto tempo depois, e indicar a participação das pessoas envolvidas é direito salvaguardado pela liberdade de expressão. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da intromissão na vida atual de pessoas, que já foram célebres no passado, eis que protegidas pelo direito à privacidade.

6. Considerações finais

A censura, sob qualquer forma, velada ou explícita, é incompatível com a democracia. Não há cidadania e dignidade sem liberdade. O direito de se expressar

⁶⁰ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação – possibilidade e limites*, p. 90-92.

⁶¹ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*, p. 79-80.

livremente e de ser informado é imprescindível para a construção do espaço social, da história e do conhecimento.

Vive-se um momento de busca pela verdade. O Brasil, através da lei nº 12.528/2011 criou a Comissão Nacional da Verdade com o objetivo de apurar graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, tendo por finalidade, como dispõe o seu art. 1º, “efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.”

E impor o esquecimento do passado, de algo que já se tornou conhecido por todos, não é possível. Aliás, como invadir a esfera da consciência alheia e pretender o esquecimento, principalmente, na atual sociedade digital?

Como apontado ao se examinar a complexidade do processo histórico, esse envolve a seleção de informações, sendo isso, inevitavelmente, um instrumento de poder. No entanto, é também por essa razão que as ideias devem ter a circulação mais livre possível a fim de que diferentes pessoas tratem sobre o mesmo tema e, conseqüentemente, tenham, de forma geral, a oportunidade de formular suas próprias convicções.

Há espaços da vida privada que não devem ser invadidos, sequer pelo Estado e, com maior razão, portanto, há fatos que não devem ser veiculados por um historiador, escritor, cineasta ou jornalista. Mas não é algo a ser resolvido subjetivamente pelo juiz, caso a caso, pois não cabe a esse o estabelecimento da pauta da imprensa.

Diante do crescimento de um discurso que enfraquece a liberdade de expressão em favor de um “direito ao esquecimento”, verifica-se a demanda pelo fortalecimento de um entendimento que garanta a manifestação livre do pensamento relativo a fatos pretéritos, pertencentes à memória coletiva e à história e que, igualmente, tutele o direito à privacidade, em especial, o direito ao isolamento, que ora se propõe.

O irônico é que com as decisões do STJ o assunto obteve grande repercussão. Ainda que mais restrito aos *sites* jurídicos, o que se constata é que o caso da “chacina da Candelária” foi, novamente, divulgado de forma ampla, sendo certo que isso não ajudou a garantir o “direito ao esquecimento” demandado pelo Sr. Jurandir Gomes de França. Isso reforça o questionamento acerca da eficácia desse “novo” direito, seja porque é impossível exigir que as outras pessoas esqueçam o que têm armazenado em suas mentes ou porque, nos dias atuais, qualquer tentativa de reter informações notórias, que foram publicizadas no passado, mostra-se ineficiente ante a pulverização e massificação dos dados.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. Tradução de Davi Arrigucci Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRASIL. STJ. REsp nº 1.334.097/RJ. Rel. min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28/05/2013.

BRASIL. STJ. REsp nº 1.335.153/RJ. Rel. min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28/05/2009.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, ano 2, nº 3, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2013 e 13 jan. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. *Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão*. In: ESPÍRITO DO SANTO, Davi do; e, PASOLD, César (org.). *Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado*. Florianópolis: Insular, 2013.

CHOPER, Jesse H. *Constitutional Law*. Gilbert Law Summaries. Chicago: Barbri, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação – possibilidade e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz

Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GREENAWALT, Kent. *Speech, crime and the uses of language*. New York: Oxford University Press, 1989.

HANDLIN, Oscar. *A verdade na história*. Tradução de Luciana Silveira de Aragão e Frota e Yvone Dias Avelino. São Paulo: Martins Fontes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Tradução de Bernardo Leitão. 5. ed. Campinas: UNICAMP, 2003.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MARTINS NETO, João do Passos. *Fundamentos da Liberdade de Expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MÁRQUEZ, Gabriel García. *Cem anos de solidão*. Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PADRÓS, Enrique Serra. Usos da memória e do esquecimento na história. *Revista Letras*, Santa Maria, nº 22, p. 79-95, jan./jun. 2001.

POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort (1989). *Faculty Scholarship Series*. Paper 211. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/211. Acesso em: 1º set. 2013.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Tradução de Alain François [et al.]. Campinas: UNICAMP, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito

ao esquecimento. *Consultor jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em: 14 jan. 2014.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*. Vol. IV, nº 5, 1890. Disponível em: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

Da exigibilidade da certidão de regularidade fiscal para concessão da recuperação judicial e a legitimidade do Estado requerer a falência¹

Marcos Rafael Bristot de Faria²

1. Introdução

Presenciamos nos dias atuais uma crise do judiciário, causada pela litigiosidade crescente no nosso país.

Atualmente, os entes públicos são responsáveis por parcela considerável dessa litigiosidade, uma vez que, conforme divulgado no sítio do Conselho Nacional de Justiça³, os executivos fiscais correspondem a uma parte considerável de todas as ações em tramitação.

Por sua vez, nas Procuradorias Gerais dos Estados, os executivos fiscais representam a grande maioria de ações em tramitação, nas quais se vindicam os créditos tributários não alcançados pela via administrativa, ou seja, os créditos que apresentam maior dificuldade de cobrança.

As procuradorias, ao longo dos anos, estão utilizando os avanços tecnológicos, mormente na área da informática, na busca de bens do executado, como os bancos de dados virtuais (DETRANs, ANAC, ARISP, CENSEC e outros), a penhora *on-line*, o RENAJUD, a penhora de recebíveis de operadoras de cartão de créditos etc.

Ocorre que, cientes da maior eficácia da Fazenda pública para vindicar seus créditos, os sonegadores contumazes encontram uma “tábua de salvação” na Lei de Recuperação Judicial e Falência – LRF, construindo uma jurisprudência (inclusive do STJ) que engessa a execução fiscal e torna o fisco refém do juízo da recuperação.

O problema consiste no fato de que, apesar da LRF exigir certidões de regularidade fiscal para o sua concessão, abrindo a possibilidade de um parcelamento especial do crédito tributário, o legislador ordinário, principalmente na esfera federal, não regulamentou tal benefício, o que levou a jurisprudência a entender pela inexigibilidade das certidões.

¹ Tese defendida e aprovada no XL Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

² Procurador do Estado de Santa Catarina, especialista em direito tributário pela UFSC.

³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/25648:prazo-para-inscricoes-no-seminario-de-execucao-fiscal-realizado-pelo-tjdft-se-encerra-nesta-terca-feira>

Outrossim, pacificou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, apesar do erário público não participar do processo de recuperação, cabe ao referido juízo deferir qualquer ato de restrição patrimonial, somando-se a isso o entendimento de que a Fazenda pública seria ilegítima para pleitear a falência do empresário, o que paralisou de vez os executivos fiscais.

Pelo exposto, no que concerne às questões postas, este trabalho abordará a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema e proporá alternativas para que possamos tirar as amarras do executivo fiscal.

2. Da Lei de Recuperação Judicial e da necessidade de apresentação de certidões de regularidade fiscal para seu deferimento – decisão da corte especial do Superior Tribunal de Justiça

A Lei da Recuperação Judicial (lei nº 11.101/2005), além de prever a obrigatoriedade de apresentação de Certidões Negativas de Débito Fiscal pelo empresário, estabelece que os créditos tributários não estão sujeitos à recuperação judicial, não suspendendo o curso das respectivas execuções fiscais, ressalvado a hipótese de parcelamento do referido crédito. Assim preceitua a referida lei:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, **ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.**

[...]

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, **ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º, do art. 6º, desta Lei** e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º, do art. 49, desta Lei;

[...]

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, **o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.**

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45, desta Lei.

[...]

Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”. *grifei*

Por sua vez o Código Tributário Nacional prevê sobre a concessão de parcelamento para empresas em recuperação judicial, bem como a necessidade de prova da quitação de todos os tributos para deferimento do benefício:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica.

[...]

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206, desta Lei.

Ocorre que, no primeiro momento, tanto a União quanto outros entes federativos não editaram nenhum instrumento normativo prevendo o parcelamento especial, o que levou os contribuintes a questionarem na justiça a necessidade de apresentação de certidões de regularidade fiscal (CPEN ou CND) para a concessão da recuperação judicial, diante da inércia mencionada.

A questão chegou à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, tendo a mesma decidido, por unanimidade, que: a) não se exige prova de quitação integral de todos os tributos (Certidão Negativa de Débitos), bastando a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa; b) enquanto não for criado um parcelamento especial não se é exigido o CPEN do ente omissor. O acórdão foi assim ementado:

“DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI Nº 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

2. O art. 57, da Lei nº 11.101/2005, e o art. 191-A, do CTN, devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57, da LRF, só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

4. Recurso especial não provido.” (STJ. Resp nº **1.187.404** – MT, Corte Especial, por unanimidade, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. DJe: 21/08/2013)

Do voto do relator extrai-se:

“2. A celeuma que ora se analisa diz respeito à necessidade de apresentação de certidões de regularidade tributária para que seja homologado o Plano de Recuperação da sociedade em crise, depois de aprovado em Assembleia-Geral de Credores.

O cerne da controvérsia hospeda-se no art. 57, da LRF, e no art. 191-A, do Código Tributário Nacional (CTN), incluído pela Lei Complementar nº 118/2005, cujas redações, respectivamente, são as seguintes:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55, desta Lei, sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.

Os arts. 151, 205 e 206, do CTN, a propósito da remissão feita pelos dispositivos acima transcritos, estão assim redigidos:

151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial (incluído pela Lcp nº 104, de 10/1/2001);

VI – o parcelamento (incluído pela Lcp nº 104, de 10/1/2001).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

[...]

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

3. Analisando a questão pelo ângulo do direito concursal, penso que a solução para o caso concreto deve observar que, no caso da recuperação judicial da empresa, esta não pode ser observada a partir da amesquinhada visão de que o instituto visa a proteger os interesses do empresário, em detrimento de outros não menos legítimos.

Na verdade, o valor primordial a ser protegido é o da ordem econômica, bastando analisar com mais vagar os meios de recuperação da empresa legalmente previstos (como, por exemplo, os incisos III, IV, V, XIII e XIV, do art. 50, da LRF), para se perceber que, em alguns casos, é exatamente o interesse individual do empresário que é sacrificado, em deferência da preservação da empresa como unidade econômica de inegável utilidade social.

Cumprе sublinhar também que, em se tratando de recuperação judicial, a nova Lei de Falências traz uma norma-programa de densa carga principiológica, constituindo a lente pela qual devem ser interpretados os demais dispositivos.

Refiro-me ao art. 47, que serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas

ao desígnio do instituto, que é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Com feito, a hermenêutica conferida à lei nº 11.101/05, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma.

Vale dizer, em outras palavras, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que – além de não fomentar – inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores.

Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57, da LRF, e do art. 191-A, do CTN, inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto. Isso porque, em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo tributário, quando não a verdadeira causa da debilidade.

Assim, a exigência peremptória de regularidade fiscal dificulta, ou melhor, impede, o benfazejo procedimento da recuperação judicial, o que não satisfaz o interesse nem da empresa nem dos credores, incluindo aí o Fisco, uma vez que é somente com a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade.

Em sede doutrinária e em parceria com Paulo Penalva Santos, observamos o seguinte:

Sem um equacionamento do passivo tributário, não é possível, na maioria dos casos, recuperar a sociedade empresária em dificuldades. Os fatos demonstram que a suspensão do pagamento de tributos no primeiro sinal de crise permite a sobrevivência da sociedade empresária por mais tempo, tendo em vista que a carga tributária atingiu patamares que desestimulam o investimento de risco em várias atividades produtivas (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 152).

Portanto, uma legislação vocacionada ao saneamento financeiro de empresa em crise não estaria completa – correria mesmo o risco de ser inócua – se não contemplasse providências especiais para o crédito tributário; se não lhe conferisse um tratamento harmônico com o sistema, vale dizer, solução que não exaspere a situação de crise empresarial no que concerne às dívidas para com o Fisco.

É bem verdade que o crédito tributário não se submete ao Plano de Recuperação, de nítido jaez negocial, porque não é possível à Fazenda Pública transacionar com seu direito, fazendo às vezes de credor particular.

Porém, nem por isso o legislador descurou-se da sensível problemática do peso da dívida tributária das empresas em crise, e um dos mecanismos encontrados pela Lei nº 11.101/2005 para equacionar essa questão, em harmonia com o sistema tributário – além do afastamento da sucessão tributária (art. 60, parágrafo único) –, foi o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária da empresa submetida à recuperação judicial, nos termos do que dispõe o art. 68:

Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

4. Com efeito, o art. 57, da Lei nº 11.101/2005, e o art. 191-A, do CTN, devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

Ressalte-se que, muito embora o art. 68, da Lei nº 11.101/2005, possa sugerir que é faculdade da Fazenda Pública e do INSS a concessão do parcelamento da dívida, mercê da fórmula “poderão deferir”, a interpretação que melhor se harmoniza com o sistema de recuperação judicial é no sentido de constituir um **direito** do contribuinte em recuperação o parcelamento do crédito tributário, nos termos do que dispõem os §§ 3º e 4º, do art. 155-A, do CTN:

Art. 155-A. O parcelamento **será concedido** na forma e condição estabelecidas em lei específica (incluído pela Lcp nº 104, de 10/1/2001).

[...]

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial (incluído pela Lcp nº 118, de 2005).

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica (incluído pela Lcp nº 118, de 2005).

Deveras, o direito de o contribuinte em recuperação empresarial obter o parcelamento da dívida tributária é alicerçado no dever do Estado de estimular, como principal credor, o soerguimento da empresa, dever cuja justificativa hospeda-se em princípios de ordem constitucional, como o da função social da propriedade e da capacidade contributiva, corolário do princípio da isonomia substancial em matéria tributária, para que não seja

conferido tratamento igualitário e indiscriminado a todos os contribuintes, como se todos se equivalessem.

Nessa mesma ordem de ideias, afirmei na relatoria do AgRg no CC nº 110.764/DF que “a tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime de recuperação judicial das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/05, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação de recuperação judicial, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade”.

O parcelamento tributário, portanto, sendo causa de suspensão da exigibilidade do crédito, é hipótese suficiente para a consecução de certidões positivas com efeitos de negativas, nos termos do que dispõe o art. 206, do CTN; circunstância que permite ao contribuinte a observância plena do que dispõe o art. 57, da Lei nº 11.101/2005.

Nesse particular, colaciono, uma vez mais, a lição de Paulo Penalva Santos:

Lei geral de parcelamento, referida no § 4º, do art. 155-A, do CTN, é a Lei 10.522/2002, que dispõe apenas no art. 10 que os débitos de qualquer natureza com a Fazenda Nacional poderão ser parcelados em até sessenta meses, a critério exclusivo da autoridade fazendária. Mas essa lei não supre a norma específica para parcelamento de sociedades em recuperação judicial referida no § 3º, do art. 155-A, do CTN, pois o contribuinte não tem sequer direito ao parcelamento em sessenta meses, tendo em vista que esse prazo é fixado a critério exclusivo do fisco. Além disso, o art. 11, § 1º, da Lei nº 10.522/2002, dispõe que a concessão do parcelamento fica condicionada à apresentação prévia de garantia real ou fidejussória suficiente para o pagamento do débito. Parece evidente que a lei geral de parcelamentos não representa um direito efetivo ao devedor de obter o parcelamento, mas sim uma faculdade da Fazenda Pública que fixa a seu critério o prazo e examina as garantias que devem ser apresentadas. Logo, a Lei nº 10.522/2002 não pode ser aplicada às empresas em recuperação judicial. **Cumpre**

destacar que também não há leis estaduais e municipais disciplinando a matéria. Portanto, concluímos no sentido da ausência normativa completa acerca da disciplina do parcelamento para as empresas em recuperação.

Ante o exposto, embora o parcelamento seja um direito dos contribuintes em recuperação judicial, o exercício desse direito enfrenta sérios obstáculos. A primeira dificuldade é que tais contribuintes sofrem diversas execuções fiscais em que lhe são cobradas as dívidas em atraso. A constrição de bens em tais procedimentos, embora rechaçada pelo STJ, é frequente e impede que estas empresas exerçam o seu direito ao parcelamento, levando à ineficácia do 3º, do art. 155-A, do CTN. Além disso, a inexistência de leis específicas de cada ente político dispondo sobre o parcelamento em sede de recuperação judicial apenas torna mais difícil que os contribuintes usufruam deste direito.

Na esfera federal, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado 245, de 2004, que, em atendimento ao disposto no art. 155-A, § 3º, dispõe sobre esse direito de parcelamento do devedor em recuperação judicial.

Note-se que o art. 14, do Projeto de Lei 245/2004, altera a redação do art. 57, da Lei 11.101/2005, para adaptá-lo ao direito do devedor ao parcelamento:

Art. 14. Os artigos 57 e 73, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passam a vigorar com seguinte redação:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 sem objeção de credores, o devedor apresentará, em 30 (trinta) dias, comprovação do pagamento ou da suspensão da exigibilidade dos débitos tributários, nos termos dos arts. 151, 155-A, 205 e 206, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Aliás, o próprio art. 191-A, do CTN, faz referência expressa ao art. 151, do CTN, o qual, por sua vez, reconhece a suspensão da exigibilidade da obrigação tributária pelo parcelamento.

Assim, enquanto não for editada lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedores em recuperação judicial, parece evidente a impossibilidade de aplicação do disposto no art. 57, da Lei nº 11.101/2005, e no art. 191-A, do CTN, no sentido de exigir a prova da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Conforme previsto expressamente no art. 4º, do Projeto de Lei nº 245/2004, tal regra aplica-se a todos os débitos tributários e previdenciários, inscritos ou não em dívida ativa do INSS e na PGFN (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 167-168).

Confira-se também, na mesma linha do entendimento acima exposto, o magistério do ilustre tributarista Hugo de Brito Machado (Dívida Tributária e Recuperação Judicial da Empresa. *In*: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 120, São Paulo: Dialética, setembro de 2005).

Ademais, com absoluto acerto foi aprovado o Enunciado nº 55, na I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ, segundo o qual:

O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57, da Lei nº 11.101/2005, e no art.191-A, do CTN.

Portanto, o acórdão recorrido alinha-se ao entendimento ora proposto, razão pela qual deve ser mantido.

Recentemente, a Terceira Turma decidiu no Recurso Especial nº 1.053.883/RJ:

De fato, a partir das premissas analisadas, a recuperação judicial e a via executiva fiscal deveriam seguir paralelas, de modo que uma jamais interferiria na outra. Esse foi cenário idealizado pelo legislador, ao prever expressamente em diversos dispositivos a independência entre as duas vias.

Entretanto, há oportunidades em que as circunstâncias concretas impõem o contato e a interferência mútua entre essas duas vias. Nessas hipóteses, o julgador deve ter a sensibilidade e a razoabilidade para reconhecer a excepcionalidade da situação, que também deverá ser decidida, ainda que com o afastamento temporário de regras, como decidido no acórdão do REsp nº 1.166.600/RJ.

Naquela assentada, esta Corte Superior considerou possível a suspensão indireta do processo executivo fiscal, em decorrência da negativa de transferência de valores para garantia de juízo, com vistas à viabilização do plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente. Portanto, inegável que a decisão de homologação do plano refletiu ainda que indiretamente no direito de crédito da União (Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/6/2013, acórdão pendente de publicação).

5. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.” *grifei*

3. Da ausência de inércia dos estados e distrito federal ao implementarem o parcelamento especial para empresas em recuperação judicial

Visando cumprir o disposto na LRF e auxiliar na recuperação das empresas foi celebrado o **Convênio ICMS 59/2012**⁴ no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, entre os Estados e o Distrito Federal, autorizando os seus integrantes a conceder parcelamento especial para empresas em processo de recuperação judicial, *in verbis*:

O Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, na sua 146ª reunião ordinária, realizada em Maceió, AL, no dia 22 de junho de 2012, tendo em vista o disposto no § 3º, do art. 155-A, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) e da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

⁴ Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Disponível em: < www1.fazenda.gov.br/Confaz/confaz/Convenios/ICMS/2012/CV059_12.htm >.

CONVÊNIO

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder, para as empresas em processo de recuperação judicial, parcelamento de débitos, tributários e não tributários, constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa no limite máximo de 84 (oitenta e quatro) meses.

Cláusula segunda. O parcelamento, na forma estabelecida na cláusula primeira, somente poderá ser requerido após o deferimento, devidamente comprovado, do processamento da recuperação judicial.

Parágrafo único. Não sendo concedida a recuperação judicial, o parcelamento será rescindido, aplicando-se o disposto na cláusula sexta deste convênio.

Cláusula terceira. O pedido de parcelamento abrangerá todos os débitos, tributários e não tributários, existentes em nome do devedor, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não abrangerá os parcelamentos em curso.

Cláusula quarta. O pedido de parcelamento implica confissão irretratável do débito e expressa renúncia a qualquer impugnação ou recurso, administrativo ou judicial, bem como desistência do que tenha sido interposto.

Cláusula quinta. O débito objeto de parcelamento, nos termos deste Convênio, será consolidado na data da concessão e dividido pelo número de parcelas, observado o valor mínimo de parcela a ser fixado pela legislação tributária estadual.

Cláusula sexta. Implicará imediata revogação do parcelamento, independente de comunicação prévia, ficando o saldo devedor automaticamente vencido, nas seguintes hipóteses:

I – o não pagamento de 2 (duas) parcelas consecutivas ou não ou o não pagamento da última parcela;

II – a decretação da falência.

Parágrafo único. Na ocorrência da hipótese prevista no *caput*, o saldo remanescente será, conforme o caso, inscrito em Dívida Ativa ou encaminhado para prosseguimento da execução, vedado, em qualquer caso, o parcelamento.

Cláusula sétima. No caso de parcelamento de débito inscrito em Dívida Ativa, o devedor pagará as custas, emolumentos e demais encargos legais.

Cláusula oitava. A legislação tributária estadual disporá sobre os atos necessários à implementação do disposto neste Convênio, inclusive quanto à forma de consolidação dos débitos, à atualização das parcelas e ao limite máximo de parcelas.

Cláusula nona. Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.

Convém ressaltar que o Convênio deve ser incorporado ao ordenamento jurídico do ente político para que surta seus efeitos legais, consoante estabelece o art. 4º, da lei complementar nº 24/75.

No Estado de Santa Catarina, o referido parcelamento foi incorporado à legislação interna pelo decreto nº 1.134, de 21/08/2012, que acrescenta o inciso III ao art. 63, do RICMS/SC (decreto nº 2.870/2001):

Art. 63. O crédito tributário decorrente de ICMS vencido e não pago, poderá ser parcelado:

I – em até 12 (doze) prestações, quando denunciado espontaneamente (Lei nº 9.941/95, art. 2º);

II – em até 60 (sessenta) prestações, quando exigido por Notificação Fiscal (Lei nº 9.941/95, art. 2º).

III – em até 84 (oitenta e quatro) prestações, quando devido por empresa em recuperação judicial (Convênio ICMS 59/12).

Dessa forma, restou facultado ao contribuinte em processo de recuperação judicial efetuar parcelamento em 84 (oitenta e quatro) vezes, sem a necessidade de garantia, cumprindo assim o determinado pela LRF e pelo CTN, não havendo que se falar em inércia do Estado.

4. Da alienação de bens do devedor em recuperação judicial e o juízo competente

Segundo orientação da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, submete-se ao juízo universal os atos de alienação de bens da sociedade em recuperação:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL EM TRÂMITE NO JUÍZO TRABALHISTA. PRÁTICA DE ATOS QUE COMPROMETAM O PATRIMÔNIO DA EMPRESA RECUPERANDA. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF E DE DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97, da CF) e desrespeito à Súmula Vinculante nº 10/STF na decisão que reconhece a competência do Juízo da recuperação judicial para o prosseguimento de execução fiscal movida contra a empresa recuperanda. Esta Corte Superior entende que não há declaração de inconstitucionalidade nesse caso, e sim interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre a matéria. Precedentes.

2. Apesar de a execução não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.105/2005, art. 187, do CTN, e art. 29, da Lei nº 6.830/1980), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no CC 128.044/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 03/04/2014)

Outrossim, na recuperação judicial só se suspendem os atos de alienação de bens do devedor, praticados nos executivos fiscais caso este adira ao parcelamento especial previsto.

Por outro lado, na hipótese de não proceder o parcelamento ou ser excluído deste, deverão prosseguir os atos de alienação de bens do executado. Assim é a jurisprudência:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL.

Processado o pedido de recuperação judicial, suspendem-se automaticamente os atos de alienação na execução fiscal, até que o devedor possa aproveitar o benefício previsto na ressalva constante da parte final do § 7º, do art. 6º, da Lei nº 11.101, de 2005 (“ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”).

Agravo regimental provido em parte.” (AgRg no CC 81.922/RJ: **SEGUNDA SEÇÃO**. Rel. Min. ARI PARGENDLER. DJ 04/06/2007, p. 294) *grifei*

Do voto do ministro relator, extrai-se:

“O nosso ordenamento jurídico prioriza a cobrança dos créditos tributários, na linha da Lei nº 5.172, de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional (art. 187 – ‘A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento’), e da Lei nº 6.830, de 1980, que dispôs sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 29, *caput* – ‘A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou a habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento’).

A implantação do instituto da recuperação judicial exigiu a alteração do Código Tributário Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 118, de 2005, para nele incluir a recuperação judicial ('A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento').

O art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005, dispôs no § 7º: 'As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.'

Nessa linha, em termos de interpretação literal, a decisão do Ministro Menezes Direito está a salvo de censura.

A jurisprudência, todavia, sensível à importância social das empresas, temperou desde sempre o rigor da lei nesse particular.

O Tribunal Federal de Recursos só lhe dava aplicação se a penhora na execução fiscal antecederse a declaração judicial da quebra, tal como se depreende do enunciado da Súmula nº 44 ('Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico').

A jurisprudência posterior do Superior Tribunal de Justiça relaxou os dizeres desse enunciado para declarar que, ainda quando a praça ou o leilão fossem realizados pelo juízo da execução fiscal, o respectivo montante deveria ser destinado ao juízo da falência (REsp nº 188.148, RS, Relator o Min. Humberto Gomes de Barros).

Quid, em face do que dispõe o atual art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101, de 2005?

ILEGITIMIDADE

(...)” *grifei*

Dessa feita, caso o empresário não tenha procedido o parcelamento especial da dívida fiscal, o juízo da recuperação judicial não deverá sobrestar os atos de apropriação no respectivo executivo fiscal.

5. Da ilegitimidade ativa da Fazenda Pública para requerer a falência do contribuinte, segundo o Superior Tribunal de Justiça

Convém elencar preambularmente que a lei nº 11.101/2005, em momento algum, exclui a possibilidade da Fazenda Pública requerer a abertura de processo falimentar, facultando essa possibilidade a “qualquer credor” (art. 97, IV). Ademais, afirmam os defensores da legitimidade que o fato da cobrança do crédito ter vários privilégios, não retira a possibilidade dessa forma de execução coletiva.

Por sua vez, os defensores da ilegitimidade do ente público para requerer a falência aduzem que esse já dispõe de instrumento próprio a fim de vindicar seus créditos, qual seja, a execução fiscal, com os todos privilégios inerentes ao crédito público. Por fim, fulcram seu entendimento nos arts. 187, do CTN, e nos arts. 5º, 29 e 31, da LEF, que determinam a não sujeição do crédito tributário ao processo falimentar. Aduzem ainda, a ausência de interesse de agir do ente político já que suas execuções possuem andamento independente do juízo falimentar.

Apesar de me filiar à primeira corrente, o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça é em sentido oposto, consoante decidido pela 2ª Seção, com fulcro na lei anterior, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal.

II – Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos.

(REsp nº 164.389/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2003, DJ 16/08/2004, p. 130) *grifei*

Após a edição da lei nº 11.101/2005, o entendimento vem sendo mantido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL – CRÉDITO TRIBUTÁRIO
– FAZENDA PÚBLICA – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE
PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA.

1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa.

2. O art. 187, do CTN, dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31, da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa.

3. Tanto o Decreto-lei nº 7.661/45 quanto a Lei nº 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial.

4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante.

5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior

o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos.

6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a *ratio essendi* da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embasador da norma falimentar.

Recurso especial improvido.

(REsp 363.206/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010)

Analisando os acórdãos antes ementados verificou-se que o maior motivo ensejador do entendimento adotado consiste na possibilidade de crescimento exponencial dos processos falimentares caso fosse legitimada a Fazenda Pública a requerer.

Consoante o exposto acima, entendo que o Estado não deve pleitear a decretação da falência da empresa na ausência do cumprimento do disposto no art. 57, da lei nº 11.101/2005.

Dessa feita, enquanto não fornecidas as certidões de regularidade fiscal no processo de recuperação judicial, deve ser pleiteado junto ao juízo universal que não conceda a recuperação, bem como sejam deferidos atos de alienação de bens do recuperando no executivo fiscal.

Ora, a recuperação judicial é um benefício que traz inúmeras vantagens para o devedor e pode ser deferida independente da vontade da totalidade dos credores, entretanto exige requisitos que não podem ser dispensados, como é o caso da CPEN.

6. Considerações finais

O combate aos devedores contumazes, que se utilizam de todas as formas e sistemas possíveis para blindar seu patrimônio e sonegar tributos, consiste em um dos grandes problemas enfrentados por nossa sociedade, pois cabe ao Estado fomentar a livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), resguardar a livre concorrência (art. 170, IV, da CF) e garantir a arrecadação tributária para propiciar a consecução de todas as suas funções (saúde, educação, segurança etc.).

Sob essa ótica, o presente estudo propõe que seja propagada a prática pelos Estados e Distrito Federal, depois de incorporarem ao seu ordenamento jurídico o parcelamento especial para empresas em recuperação judicial (Convênio ICMS 59/2012 – do CONFAZ), de vindicar junto ao juízo da recuperação que sejam autorizados os atos de alienação de bens nos seus executivos fiscais, bem como não seja concedida a recuperação judicial da empresa enquanto não apresente a certidão de regularidade fiscal estadual (distrital).

Por fim, ressalta que essa medida busca a efetivação da execução fiscal, visando dificultar as manobras dos grandes contribuintes que muitas vezes deixam de pagar tributos, financiando a atividade privada com dinheiro público.

Teses jurídicas formuladas em ações de greve

Bruno de Macedo Dias¹

1. Ponderações introdutórias

É frequente a separação entre o universo forense e o universo acadêmico. Enquanto muitos operadores do direito diminuem a relevância do aprofundamento doutrinário para o cotidiano dos tribunais, as petições jurídicas normalmente recebem a pecha de material técnico, sem valor para a construção do conhecimento jurídico.

Todavia, esse preconceito é evidentemente infundado, pois a prática jurídica não pode distanciar-se do estudo, sob pena de se tornar superficial (e até mesmo inculta ou injusta). Também o aprofundamento acadêmico não pode ser obtido dissociado da realidade encontrada no cotidiano dos tribunais, pois acabaria por se dissociar da realidade, tornar-se tão abstrato, ao ponto de a doutrina jurídica traçar conjecturas para um mundo que não existe.

Um bom estudo acadêmico deve iniciar-se na investigação de problemas reais abordados pelos operadores do direito e encerrar-se neles, ou corre o risco de ser um estudo ilusório (relativo a um problema que não existe) ou inútil (sem qualquer repercussão prática). Ao mesmo tempo, uma peça forense que despreze os conhecimentos acadêmicos pode ser uma afronta à própria justiça, ao retirar dos debates temas que poderiam beneficiar o real titular do direito.

Neste contexto, conclui-se que peças jurídicas - ou excertos destas - podem ser aproveitados no meio acadêmico, de forma a ilustrar debates existentes, seus pontos controvertidos e as celeumas doutrinárias de maior indagação em tais processos judiciais.

É essa a motivação que incentivou a elaboração desse estudo, no qual se pretende compartilhar algumas das teses debatidas nas greves de servidores públicos do Poder Judiciário (2015.022816-1) e da educação (2015.021415-5).

O tema da greve no serviço público ainda é precário e recente. Não dispõe de lei específica e a questão passou a ser aprofundada a partir do julgamento dos

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Direito Material e Processual Civil pelo CESUSC.

mandados de injunção n. 708², 670³ e 712⁴ pelo Supremo Tribunal Federal, após o qual foram estabelecidos os primeiros parâmetros, superficiais e abstratos, pelos quais as greves estatutárias deveriam ser regidas.

Em 21 de maio de 2009, o Excelso Pretório travou mais um interessante debate na reclamação n. 6.568⁵, na qual já é possível sentir uma certa dose de arrependimento dos ministros em relação ao julgamento anterior. Eles perceberam o óbvio: o direito de greve na iniciativa privada é absolutamente distinto da Administração Pública e o interesse público pode ser severamente violado por um movimento grevista em uma atividade essencial.

Logo, embora existisse um direito genérico de greve no serviço público, algumas categorias não poderiam exercê-lo. Apesar de essa posição ter sido compartilhada por praticamente todos os ministros, uma preliminar processual impediu o ingresso no mérito e restou apenas a sinalização da Corte Suprema.

Dos dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal, floresce um rico debate que toma forma a cada greve, na discussão judicial sobre o caso concreto. Cabe ao Tribunal competente - nas greves estaduais, o Tribunal de Justiça - decidir sobre a existência do direito de greve para cada categoria e os requisitos para exercê-lo sem prejudicar a continuidade do serviço público.

Esse torna-se, portanto, o norte das teses reproduzidas a seguir, extraídas de petições judiciais elaboradas por esse autor e apresentadas pela Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina.

2. Teses extraídas da petição inicial da ação declaratória de ilegalidade de greve dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina

A primeira parte do estudo expõe teses apresentadas na ação que objetivou a declaração de ilegalidade da greve dos servidores do Poder Judiciário em 2015, bem como medidas coercitivas para garantir a continuidade do serviço.

As teses foram elaboradas especificamente para essa ação e registram os riscos da paralisação de um Poder da Federação. Embora tenha sido um trabalho intei-

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, Julg em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 670**. Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, Julg em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 712**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, Julg em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.568**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, Julg em 21 mai 2009. Publ 20 set 2009.

ramente novo, registram-se créditos ao colega Procurador Alisson de Bom de Souza pelo levantamento dos precedentes referidos no item 2.2.5, quanto da elaboração de petições para greves anteriores.

2.1 Impossibilidade de greve em atividades relacionadas à Administração da Justiça

O movimento paredista infringe o disposto na Lei n. 7.783/89, além do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à aplicação do direito de greve no serviço público de natureza essencial, como é o caso dos serviços prestados pelos servidores do Poder Judiciário.

Com efeito, o Poder Judiciário, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, compõe o sistema de repartição de Poderes, com pesos e contrapesos, da República Federativa do Brasil. A inviabilização de um desses Poderes (diretamente, por seus membros, ou indiretamente, pelos servidores), cria uma grave crise no Estado Democrático de Direito.

Ademais, sabe-se que o Poder Judiciário constitui a última salvaguarda na proteção de todos os direitos e garantias fundamentais, consoante o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ao impedir-se o acesso à Justiça com uma greve, o Estado brasileiro retrocede décadas na história do Direito Constitucional, ao não mais assegurar os direitos e as garantias individuais.

Cita-se, a propósito, a Reclamação n. 6568/SP, da relatoria do eminente Ministro Eros Grau, no Tribunal Pleno do Excelso Pretório:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

[...]

2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça --- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é despreendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse

direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]. 4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente⁶.

Vejam, Excelências, que a Suprema Corte, ao determinar a aplicação da Lei n. 7.783/89 no âmbito da Administração Pública enquanto não editada lei específica, definiu algumas regras essenciais, entre as quais se destaca **a vedação de deflagração de greve nos serviços referentes administração da justiça, especialmente das atividades indelegáveis**, como é a prestação jurisdicional.

Ora, o direito de greve, por mais valioso que seja nas conquistas trabalhistas, não pode inviabilizar todos os demais direitos da Constituição Federal. Por esse motivo, a própria Magna Carta previu a imposição de limites, que podem restringir ou impedir a realização de greve por determinadas categorias: “Art. 37 [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”⁷.

Estabelecido que o direito de greve não é absoluto e que algumas categorias devem exercer suas reivindicações por outros mecanismos, no tópico seguinte será amplamente analisada a situação do Poder Judiciário.

2.1.1 Essencialidade dos serviços ao Poder Judiciário e risco ao Estado Democrático de Direito na obstrução do funcionamento de um Poder

Grande parte do debate travado na Rcl 6.568 foi destinada à greve no Poder Judiciário, pois ela consistiria na inviabilização de um dos Poderes do Estado brasileiro. Embora as argumentações tenham-se concentrado na greve de membros do Poder, os Magistrados, é óbvio que uma greve extensa dos servidores do Poder Judiciário acabaria por impedir o acesso à Justiça e o cumprimento das decisões, o

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.568**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF. Julg em 21 mai 2009. Publ 20 set 2009.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun 2015.

que causaria o mesmo efeito temido.

Dispõe o art. 2º da Magna Carta: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Colhe-se, ainda, do art. 60, § 4º, III, da *Lex Mater*:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes⁸;

Também estabelece a célebre Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Não é possível cogitar, portanto, um Estado Democrático de Direito sem a existência do Poder Judiciário. Seu adequado funcionamento é pressuposto ao exercício de todas as garantias alcançadas na história do Direito Constitucional.

Nessa linha, são reproduzidos trechos do debate traçado pelo Excelso Pretório da Rcl n. 6.568/SP:

Ministro Eros Grau: [...] Na Itália, a Corte Constitucional tem decidido pela impossibilidade do exercício de greve por certas categorias de agentes públicos. Apreciou a sua aplicação a servidores incumbidos de funções de polícia judiciária e de segurança pública nas estradas. [...]

Na Espanha a limitação desse exercício pelos servidores públicos é disciplinada pelo art. 28.2 da Constituição de 1978. [...]

Santamaría Pastor, ao comentar a Constituição espanhola, sustenta ser subjetiva a limitação do direito de greve. Vale dizer, estaria diretamente relacionada às categorias que não podem ser titulares desse direito em circunstância alguma. [...]

Na França, o Conselho Constitucional entendeu que o direito

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun 2015

de greve há de ser limitado e restringido por diversos valores de índole constitucional, como o da continuidade do serviço público e o da segurança das pessoas e bens. [...]

É certo, além disso, que a relativização do direito de greve não se limita aos policiais civis. A exceção estende-se a outras categorias. Servidores públicos que exercem atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por aquele direito. [...]

Ministro Gilmar Mendes: [...] lembro-me de que houve um debate do qual participou como protagonista o professor Canotilho, em Portugal, sobre greves de agentes que representam a soberania do Estado.

No caso específico, tratava-se de juízes, tema que agora está aberto a debate na Espanha – se juízes podem fazer greve, se membros do Ministério Público podem fazer greve. E o professor Canotilho respondia fazendo essa observação: quem exerce parcela da soberania não pode fazer greve.

Ministro Cezar Peluso – Põe em risco não apenas a coesão, põe em risco a unidade da nação. Isto me parece absolutamente incompatível com, enfim, a concepção do próprio Estado e com seu funcionamento efetivo. [...]

Ministro Carlos Britto: [...] compartilho do raciocínio que Vossa Excelência tece, a partir da linha do voto do Relator, de que certas categorias de agentes públicos são a encarnação do Poder, ou seja, a face visível do Poder. Ora, e o Poder, por definição, não pode se fazer ausente.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente) – Que não pode deixado de ser, por isso, exercido.

O Sr. Ministro Carlos Britto – A experiência mostra que, quando o Poder se faz lacunoso, essa lacuna é instantaneamente preenchida por agentes e modos insuspeitados e o perigo para a ordem pública,

a paz pública, a estabilidade das instituições é evidente.

Agora, quanto aos membros do Poder, não tenho a menor dúvida. Por exemplo, os do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os membros do Poder, a face visível do Poder, portanto, a encarnação do Poder público, esses não podem fazer greve⁹.

Logo, a relevância dos serviços prestados pela categoria em exame, *concessa venia*, impede que ela possa exercer direito de greve, sendo essencial a determinação de outros mecanismos eficazes para suas reivindicações.

2.1.2 Essencialidade da atividade jurisdicional para preservação das garantias e direitos fundamentais

Recorda-se, outra vez, a garantia constitucional do acesso à Justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É pressuposto para a proteção de todas as garantias e direitos fundamentais, das conquistas constitucionais e legais, que um cidadão possa ingressar perante o Poder Judiciário para salvaguardar seu direito de ofensas ilegítimas.

Piero Calamandrei bem ilustra essa posição:

Todas as liberdades são inúteis se não podem ser reivindicadas e defendidas em juízo, se os juízes não são livres, cultos e humanos, se o ordenamento do juízo não está fundado ele próprio sobre o respeito à pessoa humana, na qual todo homem reconhece uma consciência livre, única responsável, por si, e por isto inviolável.¹⁰

Com efeito, garantir aos servidores do Poder Judiciário o exercício do direito de greve equivale a privar todos os demais cidadãos da possibilidade de requerer em Juízo suas garantias. Passa-se a ter um Estado sem direitos e garantias fundamentais, retrocedendo-se décadas na história do Direito Constitucional.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.568**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF. Julg em 21 mai 2009. Publ 20 set 2009.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. 3. Vol. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 196.

2.2 Fixação de parâmetros para realização da greve de modo a garantir a continuidade de serviço público essencial

Ao se falar da necessidade de manutenção dos serviços públicos em um mínimo essencial, o SINJUSC confunde suas funções e acredita que deve substituir-se à atividade judicante e ao Poder Judiciário, “decretando” um plantão judicial, realizando juízo de cabimento em petições judiciais e impondo os temas que devem ser atendidos.

Com a devida vênia, não é necessário prolongar-se nesse tema para constatar seu absurdo!

Obviamente, com a administração de uma greve no serviço público, a Administração Pública não perde sua autoridade para exercer suas funções constitucionais, nem essas são transmitidas ao comando de um sindicato.

Cabe à Administração Pública definir o funcionamento mínimo aceitável para os serviços indispensáveis (que certamente não agradarão ao sindicato, por se destinarem a preservar serviços essenciais) e qual força de trabalho mínima poderá tolerar essas atividades.

Depois desse momento, deverá o sindicato, considerada a adesão ao movimento, assegurar que o mínimo de trabalhadores esteja disponível para não prejudicar a população, em escala de trabalho definida pela Administração Pública.

Foi justamente o que fez o Chefe do Poder Judiciário ao fixar os percentuais mínimos para o funcionamento de cada unidade, de acordo com a urgência das matérias abrangidas:

1. O quadro mínimo em atividade normal deve ser de 70% do efetivo para atender sem qualquer prejuízo (atendimento 100%) as áreas de família, infância e juventude, criminal e execução penal, dos direitos fundamentais à saúde, à educação, processos de idosos e de violência doméstica;
2. Nas demais competências, 50% do quadro deve estar operante;
3. Nas Unidades mistas, com alguma das competências referidas no item 1, observa-se o maior percentual (70%);
4. As tutelas de urgência e emergência, antecipatórias, cautelares ou inibitórias, assim definidas pelo Juiz competente, devem ser atendidas, examinadas e cumpridas integralmente, cabendo ao Diretor do Foro garantir o cumprimento nos setores sob

sua responsabilidade (Contadoria, Distribuição, Secretaria, Oficialatos, Serviços Psicossociais, Expedição etc.);

Diante disso, deve o Sindicato réu abster-se de realizar qualquer juízo de urgência nas petições dirigidas ao Poder Judiciário e atender aos parâmetros fixados pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, de modo a assegurar o mínimo patamar aceitável para a garantia constitucional do acesso à Justiça.

2.2.1 Ilegalidade de manutenção de ponto paralelo junto ao SINJUSC

O SINJUSC divulga em sua página virtual um documento chamado de “ponto”. Quer-se acreditar que esse “ponto paralelo” preste-se exclusivamente a um acompanhamento interno do Sindicato réu quanto ao nível de adesão do movimento.

Em verdade, mesmo em regime de greve, o controle do ponto oficial e de trabalho (e pagamento) é prerrogativa exclusiva da Administração do Poder Judiciário, de modo que não podem ser aceitos quaisquer documentos paralelos.

O servidor que desejar trabalhar, sem aderir ao movimento, deve dirigir-se ao ponto oficial. Do mesmo modo o fará o servidor em greve nos dias em que trabalhar, para garantir o percentual mínimo de funcionamento de sua unidade. Apenas aquele servidor que não deseje trabalhar e pretenda acompanhar o movimento poderá (caso deseje) assinar esse documento, que não terá nenhum efeito funcional ou remuneratório.

2.2.2 Ilegalidade do sistema de rodízio entre os servidores sob coordenação do sindicato

Apesar de não se ter notícia até o momento de implementação de sistema de rodízio entre os servidores em greve, essa medida é frequente nos movimentos paredistas, não obstante sua manifesta ilegalidade.

Ora, definido que cabe à Administração a definição do funcionamento do serviço público indispensável durante a greve e que também a ela cabe a realização de escalas de quais servidores em greve deverão trabalhar para alcançar o percentual mínimo, aqueles escalados para o serviço devem realizá-lo em seu período integral.

Não é lícito que um servidor trabalhe parte de sua jornada e que outro trabalhe mais uma parte da mesma jornada, e ambos assinem o posto como se tivessem trabalhado integralmente. Isso caracteriza, na verdade, falsa informação em documento da Administração Pública e constitui crime.

2.2.3 Abusividade da realização de triagem de pedidos por parte dos grevistas

Conforme já salientado, o SINJUSC orientou os servidores a fazerem uma apreciação prévia dos pedidos apresentados judicialmente, para verificarem se eles consideram a matéria característica de plantão ou não. Caso não o considerarem, não devem recebê-la ou processá-la durante a greve.

Na prática, isso pode fazer com que um pedido urgente de um advogado sequer chegue até o Magistrado, a quem compete o exame da urgência da pretensão, antes do final da greve. Está manifesta a ilegalidade!

Com efeito, não cabe ao SINJUSC, nem ao servidor em greve ou simpático ao movimento, substituir-se ao juízo do signatário da pretensão, que nela vislumbra urgência, ou ao Magistrado, que irá reconhecê-la ou rejeitá-la.

Por conseguinte, são manifestamente ilegais as orientações prestadas aos servidores do Poder Judiciário que desejarem aderir ao movimento paredista, e devem ser afastadas.

2.2.4 Ilegalidade de imposição de regime de plantão ao público pelo SINJUSC

Outrossim, causa espécie a iniciativa do SINJUSC de “decretar” plantão judicial em todo o Poder Judiciário, em regime integral. Na verdade, o termo é utilizado entre aspas porque é flagrante a falta de legitimidade e de autoridade do Sindicato réu para tanto.

Primeiramente, deve-se recordar que o plantão judicial ocorre em situações definidas em leis ou atos normativos do Poder Judiciário, sendo descabida sua imposição por um órgão sindical.

Além disso, ao se verificar que a adesão ao movimento somente pode ser constatada após seu início, seria teratológico pensar em uma unidade na qual atuam cinco funcionários e somente um deles está em greve, e esse tenta recusar o recebimento de pretensões que, a seu ver, não seriam de plantão judicial. Sua atitude, de fato, somente seria uma tentativa de atrapalhar o labor de seus colegas e dos usuários dos serviços judiciais.

Data venia, os servidores em greve, desde que observados os percentuais mínimos de comparecimento, devem ocupar-se exclusivamente das questões do movimento, sem atrapalhar o andamento das atividades do Poder Judiciário.

2.2.5 Corte do pagamento de remuneração no período não trabalhado em virtude da suspensão do contrato de trabalho

O art. 7º da Lei n. 7.783/1989 atesta que a deflagração da greve corresponde à suspensão do contrato de trabalho:

Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Como regra geral, portanto, a remuneração dos dias de paralisação não deverá ser paga por ausência da contrapartida do servidor, ou seja, seu labor.

A jurisprudência pacífica do STJ é pelo desconto dos dias não trabalhados:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DA JORNADA. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE.

1. Como antes afirmado, a jurisprudência das Turmas que compõem a 1ª Seção é uníssona no sentido de que, ainda que reconhecida a legalidade da greve, podem ser descontados dos vencimentos dos servidores públicos os dias não trabalhados, tendo em conta a suspensão do contrato de trabalho 2. No que se refere à compensação da jornada, não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal. Ademais, “deve prevalecer o poder discricionário da Administração, a quem cabe definir pelo desconto, compensação ou outras maneiras de administrar o conflito, sem que isso implique qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.” (MS 17.405/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 23/04/2012, DJe 09/05/2012) 3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal ¹¹.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.256.484/SE**. Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF. Julg em 18 jun 2013. Publ 25 jun 2013.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DES-
CONTO. REMUNERAÇÃO. PARALISAÇÃO. SUSPENSÃO
DO VÍNCULO FUNCIONAL. LEGALIDADE.

[...] 2. A jurisprudência do STJ se pacificou no sentido da legalidade, em regra, dos descontos realizados nos vencimentos dos servidores públicos em greve (MS 17.405/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 9.5.2012; AgRg na Pet 8.050/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 25.2.2011; MS 14.942/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 21.5.2012)¹².

No mesmo sentido entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - GREVE DOS
POLICIAIS CIVIS - ILEGALIDADE - PRECEDENTE DA
SUPREMA CORTE - DESCONTO DA REMUNERAÇÃO
CORRESPONDENTE AOS DIAS NÃO TRABALHADOS -
POSSIBILIDADE - DESPROVIMENTO

“Para o Supremo Tribunal Federal - a quem compete, ‘precipualemente, a guarda da Constituição’ (CR, art. 102) -, ‘nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, in fine)’ (MI n. 708-0, Min. Gilmar Mendes; MI n. 712, Min. Eros Grau, julg. em 25.10.2007)” (MS n. 2008.013637-8, Relator Designado: Des. Newton Trisotto)¹³.

Desse modo, por se tratar de relação de Direito Administrativo, de caráter estatutário, é dever da Administração Pública o corte no pagamento do salário dos grevistas exatamente pelos dias de paralisação. Todavia, diante da transposição da

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.245056/RJ**. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF. Julg em 14 mai 2013. Publ 22 mai 2013.

¹³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo Regimental em Ação Declaratória n. 2013.047814-8. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Luiz César Medeiros. Florianópolis, SC. Publ 28 ago 2013.

norma privada (art. 7º da Lei n. 7.783/89) para a greve estatutária, é oportuna sua confirmação final na decisão do processo judicial.

3. Teses jurídicas apresentadas em agravo regimental referente à contratação de professores substitutos temporários para substituir os grevistas

Nesta segunda parte, serão apresentadas algumas teses formuladas em um agravo regimental manejado para viabilizar a contratação de professores substitutos temporários para substituir os servidores que estavam em greve e, com isso, viabilizar a retomada das aulas.

O foco central das alegações girava em torno de duas premissas: a greve da educação afronta serviço essencial a partir do momento no qual prejudica gravemente o calendário acadêmico e o tempo transcorrido nesta greve quase inviabilizou a recuperação do ano letivo.

3.1 Grave lesão ao calendário acadêmico e risco de perda do ano letivo

Mostra-se inequívoco nestes autos que a decisão decorreu de indução em erro pelo Sindicato e a falta de amparo fático pode ser confirmada com facilidade.

Com efeito, dispõe o art. 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver¹⁴;

Portanto, independentemente do grau do ensino básico (fundamental ou médio), o número mínimo de dias de aulas efetivas é 200 dias. Esse cálculo exclui os exames finais, férias, feriados, e fins de semana, bem como qualquer outro dia não letivo.

Com simples cálculo aritmético, assim, os 200 dias letivos, com a exclusão dos fins de semana, transformam-se em 280 dias a serem subtraídos dos 365 dias do ano. Restariam 85 dias.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 7 jun 2015.

O Calendário da Educação Pública Estadual previu o início das aulas em 09/02 (39 dias), recesso entre 18/07 e 02/08 (16 dias) e término das aulas em 22/12 (10 dias). Total de 65 dias.

Pela agenda de calendários do Poder Executivo Estadual¹⁵, são constatados 10 feriados nacionais (9 em dias úteis) e onze pontos facultativos, muitos relevantes, como véspera de Natal e Ano Novo. Menos 20 dias.

Ou seja, fica comprovado matematicamente que o calendário do Estado de Santa Catarina já é construído com base no mínimo de dias letivos pela legislação.

A paralisação de um único dia já exigiria concessões pedagógicas, como aulas em sábados, no recesso, em dias de ponto facultativo ou nas férias, que não são só dos professores! Os alunos também necessitam destes dias para seu desenvolvimento, tempo em família e até mesmo para o lazer, garantia constitucional e cuja importância para formação é quase uma unanimidade entre os pedagogos e psicólogos.

Se um dia já é prejudicial, o que se pode dizer dos 44 dias letivos perdidos nos 65 dias de greve? **Concessa venia, indicar que não há prejuízo aos alunos ainda é quase como afirmar: vocês só serão prejudicados se o ano letivo for perdido! É o mesmo que se negar uma liminar que evitaria o colapso de um prédio porque ele ainda não ruiu...** Esses dois extremos não são exemplos de pressupostos para concessão de liminar – são situações de falha do Estado Juiz em preservar o bem da vida.

O argumento do SINTE de que o Estado de Santa Catarina propôs a confecção de um calendário de reposição como prova de que não haveria prejuízo é inacreditável. É óbvio que a Secretaria de Estado da Educação terá que fazer todos os ajustes possíveis para evitar que os estudantes percam um ano. Ainda que isso signifique estudo em dias não letivos, supressão de férias e avanço no calendário dos anos seguintes. Deveria ela indicar aos estudantes que perderam o ano e que reiniciem no ano seguinte?

O fato é que essa situação – que não é solução, é uma tentativa de minimização de danos já bastante nociva – vem se tornando inviável. Como foi dito, a minuta de acordo já foi rejeitada pelo SINTE há 15 dias, com perda de mais 10 dias úteis...

O quadro é espantoso! Vamos ao lesado calendário atual:

- Início das aulas: **09 de fevereiro de 2015**
- Dias letivos até a greve: **29 dias**
- Dias letivos restantes com greve encerrada em 28/05: **132.**
- Dias já desperdiçados pela greve e que exigiram reposição: **44 dias**

¹⁵ SANTA CATARINA. **Calendário dos feriados e pontos facultativos de 2015**. Disponível em: < <http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/noticia/calendario-dos-feriados-e-pontos-facultativos-de-2015> >. Acesso em 03 jun 2015.

- Carga total, com 5 dias para exames: **205 dias.**

- Reposição necessária (após o final do ano inicialmente previsto, 22/12): **44 dias.**

Com a devida vênia, persiste-se nessa insana conjectura. A Secretaria de Educação elaborou uma projeção de reposição de aulas para o dia de hoje, contando-se, obviamente, com a pronta reconsideração da decisão recorrida:

PERÍODO DE REPOSIÇÃO	DATAS
Recesso em 2015 (20/07 a 31/07)	10 dias
Exames finais (16, 17, 18, 21 e 22 de dezembro)	05 dias
Parada pedagógica (setembro e novembro)	02 dias
Dezembro (23, 28 e 29)	03 dias
Janeiro de 2016	20 dias
Fevereiro de 2016 (01 a 04)	04 dias
TOTAL	44 dias
Exames Finais (10, 11, 12, 15 e 16 fevereiro)	05 dias

Ou seja, o ano letivo de 2015 seria encerrado em 16 de fevereiro de 2016. Após isso, por determinação legal, ter-se-ia o período de férias dos professores, de 30 dias.

O ano calendário, nessa projeção otimista (conta com o reinício das aulas em 28/05) começaria após 17 de março de 2016. Não custa indagar como um calendário letivo seria encaixado naquele ano, pois o deste ano iniciou-se em 09 de fevereiro e conta somente com o número mínimo de dias letivos.

Logo, embora o ônus da prova de falta de prejuízo ao calendário coubesse ao impetrante, mediante prova pré-constituída, o Estado de Santa Catarina prova aritmeticamente que os calendários de 2015 E 2016 já estão severamente prejudicados. É o caso de se esperar que o ano letivo seja perdido?

3.2 Prejuízos didáticos, familiares, psicológicos, de formação e emocionais aos alunos

Embora até o momento tudo que se tem discutido é sobre o suposto “direito” dos professores de reporem aulas ou a “obrigação” do Estado de prestar a educação, não custa utilizarmos algumas linhas na defesa dos maiores interessados: os alunos. Afinal, o serviço de educação não é prestado por mero capricho e muito mesmo para geração de empregos.

A função da educação é a adequada formação da criança e do jovem catariense. Como ficam eles nestas discussões de reposição de calendário?

Poderia parecer simples indagar sobre a necessidade de “apenas” 200 dias letivos e a existência de 365 dias no ano. Ou seja, “bastaria” que se tivesse aula em todos dias do fim de semana e feriados, sem férias, e ainda seria “viável” uma greve de 160 dias no ano, com 200 dias letivos e 5 dias para exames.

Para que servem, então, esses “inconvenientes” dias excluídos do calendário letivo? Por que não deveríamos cogitar que nossas crianças e jovens percam suas férias, feriados e fins de semana para viabilizar a reposição de datas pelos grevistas?

A Magna Carta é muito sábia neste aspecto:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, **ao lazer**, à profissionalização, **à cultura**, à dignidade, ao respeito, à liberdade e **à convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, **o lazer**, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição¹⁶.

Ora, nossos educandos não são computadores aos quais se deve fazer uma alimentação ininterrupta de informações, através de salas de aula.

Eles precisam de tempo de repouso, lazer e convívio familiar e comunitário. Isso é fundamental, inclusive, para absorção dos conhecimentos obtidos.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun 2015

A simples lembrança dessa evidente lição já nos mostra que a reposição do calendário aviltado pela greve é extremamente lesiva e prejudicial para os alunos catarinenses.

Mostra-se impossível neste momento falar em reposição sem abrir mão de recesso no meio do ano, recesso durante as férias de fim de ano ou aulas ao sábado.

Isso sem falar nas insalubres aulas que seriam necessárias nos meses mais quentes do ano, ao final de dezembro, mês de janeiro e início de fevereiro. Não custa lembrar que no hemisfério norte a maior pausa escolar é diferente da brasileira. A questão não é somente cultural. Lá também o ensino é interrompido durante o verão.

Por fim, é possível vislumbrar considerável volume de ações judiciais ao final do ano por jovens do último ano do ensino médio no intenção de obterem liminares para realizar provas como o ENEM e vestibulares. O motivo é simples: o novo calendário só permitirá o encerramento dos estudos e exames após essas datas (documento anexo)...

Antes de se abraçar uma metodologia marxista de trabalhadores X empregadores ou se discutir como o Poder Público poderá suportar os efeitos da greve na prestação do serviço público, certas questões são muito mais interessantes: para que serve o serviço da educação? A quem interessa o modo como ele é prestado? Quais os efeitos que a greve está gerando aos usuários? Como minimizá-los?

Postas estas indagações, todas de baixa complexidade, não resta dúvida que – na falta de determinação de imediato retorno ao trabalho – nada resta ao Poder Público que contratar professores temporários para assegurar a continuidade do serviço.

3.3 Questões processuais

3.3.1 Não cabimento de mandado de segurança por gerar pluralidade de competências

O Supremo Tribunal Federal, na célebre decisão que inadvertidamente aplicou uma lei privada de greve ao setor público – somente no que fosse viável – pela omissão legislativa do Congresso Nacional, previu a competência da análise das questões correlatas e determinou a aplicação da legislação processual análoga:

6.2 Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes

à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. [...] **6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve¹⁷.**

Portanto, as questões referentes à greve são completamente distintas das demais normas processuais e todas devem ser reunidas perante um único Órgão e Relator.

Na espécie, o colendo Tribunal de Justiça optou por analisar tais ações em suas Câmaras de Direito Público, como é o caso da ação declaratória 2015.029875-9 (Primeira Câmara).

Logo, a impetração de mandado de segurança distribuído ao Grupo de Câmaras de Direito Público afronta a célebre decisão de caráter vinculante. O certo seria a formulação de um pedido de tutela de urgência no processo que discute a greve ou uma ação cautelar prévia a este.

O mandado de segurança em tela não pode subsistir, devendo ser extinto ou, no máximo, convertido em pedido de tutela de urgência das ações de greve em curso.

3.3.2 Exigência de contraditório através oitiva prévia do poder público sempre que possível

Concessa venia, há uma séria barreira cultural na Justiça Brasileira sobre o contraditório e o respeito das decisões dos demais Poderes Constituídos antes do deferimento de liminares.

O caso em tela é sintomático: a ação foi distribuída em 19.05.2015. O deferimento da liminar ocorreu em 27.05.2015. Ou seja, o pedido pôde esperar 8 DIAS

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julg em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

para o seu exame, mas não justificou uma INTIMAÇÃO AO PODER PÚBLICO PARA SE MANIFESTAR EM 48 HORAS?

Trata-se aqui de duas garantias importantes e auto-aplicáveis da Constituição Federal Brasileira: a Separação de Poderes (2º e 60, § 4º, III) e o contraditório (5º, LV)¹⁸.

Sabe-se que o Poder Judiciário pode rever atos administrativos manifestamente ilegais, embora sejam presumidos legítimos e legais. Isso não dá a esse importante Poder da Federação o direito de afastá-los sem ao menos conhecer seus motivos e fundamentos, quando há tempo para tanto.

Na espécie, a simples intimação ao Estado de Santa Catarina ou dos impetrados permitiria ao Estado Juiz o conhecimento do equívoco dos argumentos trazidos pelos impetrantes e a realidade dos fatos quando à educação durante a greve.

Diante desses elementos, e do evidente prejuízo, é nítida a nulidade da decisão pela falta do contraditório.

3.4 Legalidade da contratação temporária

Com bastante brevidade diante da simplicidade jurídica da questão dos autos, convém reiterar a legalidade da contratação professores temporários na espécie. Ela se dá com fundamento do art. 37, IX, da Magna Carta, no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 7.783/89 (Lei de Greve), 24 da Lei de Diretrizes da Educação e até mesmo o 2º da LCE 456/09, criticado pelo impetrante.

Ao determinar a aplicação da lei privada de greve, o Supremo Tribunal Federal, ciente da incompatibilidade desta com a Administração Pública, teve o cuidado e inteligência de registrar que ela somente seria utilizada quando compatível e com as necessárias adaptações. E mais: essas seriam da competência do Tribunal de Justiça responsável pela greve (MI 708).

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun 2015

cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989¹⁹.

Obviamente, a Lei de Greve do setor privado não poderia cogitar situações próprias da Administração Pública. Não trataria, por exemplo, de greve de agentes penitenciários...

Noutro sentido, nos setores nos quais a iniciativa privada colabora com a obrigatória prestação estatal, como saúde e educação, ficou registrado que eventual prejuízo para a população seria suprido pelo Estado. Mais uma norma flagrantemente inaplicável de forma literal ao Poder Público!

Diante disso, a indispensabilidade do serviço público interrompido é examinada pelo Tribunal competente, sem limitações literais aos arts. 9º e seguintes (MI 708):

Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*)²⁰.

Com essa premissa, e a demonstração de todos os prejuízos já causados aos alunos e ao calendário escolar – que somente irão se agravar – quer crer o Estado de Santa Catarina que o Tribunal de Justiça não afirmará que a educação não é um serviço essencial ou que ele pode ser interrompido ao ponto de se inviabilizar um calendário escolar.

Logo, **fixada a indispensabilidade do serviço de educação e a impossibilidade de interrompê-lo (como serviço público que é)**, resta configurada a autorização do art. 7º, parágrafo único, da Lei de Greve para a contratação de substitutos aos grevistas, de modo a dar continuidade ao serviço:

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Jul em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Jul em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

Art. 7º [...]

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14²¹.

Ora, o dispositivo não guarda complexidade alguma:

- Se o serviço não é indispensável e pode ser interrompido, não se pode substituir um grevista;
- Se o serviço é indispensável e não pode ser interrompido, é possível (e obrigatória, registre-se) a substituição do grevista.

O Estado de Santa Catarina crê que o Tribunal de Justiça jamais considerará o serviço de educação dispensável ou passível de interrupção – dadas as inúmeras liminares que precisa cumprir com conteúdo oposto – de modo que se torna fundamental a revisão da decisão. Não é possível que interesses pecuniários dos sindicalistas sejam sobrepostos ao direito à educação do cidadão catarinense.

Nesta lógica, o primeiro fundamento para contratação de temporários é o contido na própria lei de greve. Obviamente, ao se falar em substituição de um grevista na Administração Pública não se está referindo a um servidor público concursado e definitivo. O tempo para concurso, seu custo em longo prazo e o risco de seu labor se tornar redundante (com o retorno do substituído) deixam isso patente. A contratação de novos servidores em massa elevaria a despesa com pessoal e, inclusive, tornaria impossível o atendimento ou avanço na agenda de reivindicações da greve.

Quando se traduz o art. 7º, parágrafo único, da Lei de Greve para a Administração Público, destarte, tem-se pronto o fundamento legal para a contratação de trabalhadores temporários para substituição de grevistas e manutenção do serviço.

Outrossim, o art. 37, IX, da Magna Carta é literal: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender **a necessidade temporária de excepcional interesse público**”²².

²¹ BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. **Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm>. Acesso em: 8 jun 2015.

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado>.

Por fim, mesmo o art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 456/2009 justifica a contratação, que busca atender das necessidades das escolas públicas e substituir os titulares em afastamentos “legais” (nada obstante o abuso evidente do direito de greve).

Não há, justamente, qualquer ofensa ao suposto direito de greve. Nenhuma garantia constitucional é ilimitada. Ninguém pode valer-se da livre iniciativa para ofender o direito à vida dos demais; o direito de propriedade para destruir o meio ambiente; ou o direito à greve para impedir a educação.

A questão é tão óbvia que a própria lei de greve, produzida para a iniciativa privada, fez questão de torná-la literal.

3.5 A suspensão de segurança n. 2784 e a concomitante greve da educação do Estado de São Paulo

O Poder Judiciário Brasileiro, apesar de ser composto por Magistrados dotados de autonomia, pauta-se por importantes princípios, como o da segurança jurídica. Todas as alterações processuais, inclusive, tem sido implementadas nesse sentido.

Por essa lógica, ao mesmo tempo que é importante aos Juízes de Primeiro Grau o conhecimento das decisões de seus Tribunais e observância de precedentes, para evitar o acúmulo de recursos, os Tribunais também devem observar os interpretos finais (e, por que não?, constitucionais) da legislação constitucional e federal.

Recentemente, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça concedeu suspensão de liminar para autorizar o corte do ponto dos professores grevistas de São Paulo, sob o fundamento de evitar grave lesão financeira. Essa seria configurada pelo fato de o referido Estado estar contratando substitutos para os grevistas, de modo a garantir a continuidade dos serviços. Se precisasse pagar ambos, isso seria inviável.

Colhe-se:

Início por dizer que o pedido de suspensão de segurança é medida extrema que se presta à salvaguarda da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas contra decisões lesivas ou potencialmente danosas. Pedido que é de ser formulado por “pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público” ao “presidente do tribunal a qual couber o conhecimento do respectivo recurso”. Sendo assim, imperioso que se estabeleça, *prima facie*, a competência desta Presidência do Superior do Tribunal de Justiça para o exame do

pedido. E, nesse sentido, observo que a questão controvertida nos presentes autos resume-se ao alcance interpretativo dado à norma contida no art. 7º da Lei nº 7.783/1989, segundo a qual: “observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho”. Legislação de caráter nacional cuja apreciação insere-se dentro da competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, prevista no art. 105 da Lei Maior. Partindo de tal premissa, **registro que tenho por configurada a grave lesão à ordem e à economias públicas sustentadas pelo Estado de São Paulo. É que me parecem bem demonstrados os danos aos cofres públicos decorrentes da necessária contratação de professores temporários em substituição aos servidores grevistas, em busca da manutenção do serviço público de educação, serviço público cuja fundamentalidade é reconhecida pela Carta Constitucional de 1988.** Nesse sentido, impressiona os valores despendidos pelo Estado, trazidos na petição inicial, apenas no mês de março de 2015, no importe de R\$ 18.994,217,33, com a contratação de professores substitutos. Importância a que deverá ser somado o montante de R\$ 23.742.771,67, decorrente do pagamento dos dias parados aos professores grevistas determinado pela decisão cuja suspensão se pretende. **Tudo para evitar a interrupção do já notoriamente precário ensino público**²³.

A lógica, de fato, é a mesma existente nesse Estado:

- I. O serviço indispensável da educação não pode ser interrompido sem grave prejuízo ao calendário e aos alunos;
- II. Os professores grevistas descumprem a lei de greve e não asseguram a continuidade do serviço indispensável;
- III. São contratados substitutos para dar continuidade ao serviço indispensável e não prejudicar o cidadão;

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Segurança n. 2.784/SP**. Decisão monocrática. Relator: Ministro Presidente Francisco Falcão. Brasília, DF. Julg em 20 mai 2015. Publ 21 mai 2015.

IV. Os servidores continuam no exercício do seu suposto direito de greve da forma que a lei prevê – sem prejuízo aos serviços essenciais e com suspensão do contrato de trabalho (quem não trabalha não recebe).

A decisão, diante desses fundamentos, deve ser revista.

4. Considerações finais

É interessante observar que, a cada greve enfrentada, os parâmetros e lógica seguem os mesmos, mas a repercussão jurídica, ao serviço público e à população são únicos, justamente pela falta de adequada legislação para a greve estatutária.

Isso gera grande insegurança administrativa e impossibilita ao administrador público ter o respaldo desejado para assegurar a continuidade do serviço público durante a paralisação dos servidores. Por consequência, a população é a grande afetada, sendo privada de serviços públicos essenciais que sequer apresentam nível de excelência desejado com toda a força de trabalho presente.

Ao mesmo tempo, a elaboração de uma regulamentação no Congresso Nacional é incerta ou até improvável, em razão dos interesses envolvidos: dos servidores, na tentativa de imposição das reivindicações durante os movimentos paretistas; e da administração pública e da população, na necessidade de manter em pleno funcionamento os serviços públicos. A elaboração de uma lei nesta esfera exigiria concessões mútuas ou de um dos lados, dificultando o processo legislativo. A lacuna legislativa, por outro lado, traz insegurança para todos.

As formulações trazidas neste estudo indicam uma inequívoca posição pela impossibilidade do exercício de direito de greve em um serviço público essencial. A reivindicação de uma categoria não pode se sobrepor a uma necessidade básica da população. Há que se reconhecer, todavia, que ainda resta uma relevante pergunta a ser respondida: privando-se tais servidores do direito de greve, qual mecanismo lhes será dado para suas reivindicações? A pergunta é instigante e aberta a sugestões. A greve em serviços indispensáveis, contudo, certamente não é a resposta.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun 2015.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 7 jun 2015.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. *Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 8 jun 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 670*. Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julg em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 708*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julg em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 712*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF. Julg em 25 out 2007. Publ 30 out 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 6.568*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF. Julg em 21 mai 2009. Publ 20 set 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.256.484/SE*. Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF. Julg em 18 jun 2013. Publ 25 jun 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.245056/RJ*. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF. Julg em 14 mai 2013. Publ 22 mai 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Segurança n. 2.784/SP*. Decisão monocrática. Relator: Ministro Presidente Francisco Falcão. Brasília, DF. Julg em 20 mai 2015. Publ 21 mai 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. 3. Vol. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 196.

SANTA CATARINA. *Calendário dos feriados e pontos facultativos de 2015*. Disponível em: < <http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/noticia/calendario-dos-feriados-e-pontos-facultativos-de-2015>>. Acesso em 03 jun 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Agravo Regimental em Ação Declaratória n. 2013.047814-8*. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Luiz César Medeiros. Florianópolis, SC. Publ 28 ago 2013.

Ensaio sobre o exercício do direito de regresso pelo Estado contra o agente público causador de dano ao erário

Célia Iraci da Cunha¹

1. Introdução

Este estudo se baseia em dois pareceres exarados na Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina (pareceres nº 231/2014 e 175/2015), que tratam de tema pouco abordado na prática jurídica, na jurisprudência e na doutrina, embora previsto na Constituição: a ação regressiva do Estado contra o agente público causador de dano ao erário judicialmente reconhecido. Tal tema também é objeto de estudos de comissão de procuradores formada no âmbito da PGE/SC para determinação do rito e ser seguido com vistas ao exercício da ação de regresso nessa instituição.

O § 6º, do art. 37, da Constituição da República, prevê, destacando-se o seguinte:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Abordo, neste artigo, a parte final do referido dispositivo, qual seja, o direito de regresso do Estado (em sentido amplo – administração pública) contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, especialmente a problemática referente à decisão de ingressar (ou não) com a referida ação judicial e o momento adequado para tanto.

O direito de regresso de que trata a Constituição da República deve ser tutelado mediante uma ação condenatória, a qual visa à reparação da diminuição patrimonial do autor (Estado, Fazenda Pública) por ação ou omissão culposa de agente público. Essa ação nasce, portanto, no momento em que o ente público efetivamente paga a indenização para aquele que sofreu o prejuízo decorrente da atuação estatal e seu êxito depende da comprovação de dolo ou culpa do agente público. Este é o entendimento da doutrina sobre o assunto:

¹Procuradora do Estado de Santa Catarina.

YUSSEF SAID CAHALI²:

O teor da norma constitucional, o direito de regresso condiciona-se à comprovação de dolo ou culpa do servidor ou agente na verificação do evento danoso; mas o seu exercício, à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação do pagamento da condenação à vítima do prejuízo, seja pela Administração, seja pela empresa responsabilizada perante o autor da ação.

[...]

Advertiu, entretanto, o STJ, que não há se falar em ação regressiva sem ocorrer um dano patrimonial concreto e efetivo. A decisão judicial, transitada em julgado, nada obstante possa refletir um título executivo para o Estado cobrar do funcionário o valor pecuniário a que foi condenado satisfazer, somente vai alcançar o seu mister, se executada. Até então embora o condenar já se faça evidente, não se pode falar em prejuízo a ser ressarcido, porquanto o credor tem a faculdade de não exercer o seu direito de cobrança e, nesta hipótese, nenhum dano haveria para ser ressarcido ao Erário. O entender diferente propiciaria ao Poder Público a possibilidade de se valer da ação regressiva, ainda que não tivesse pago o *quantum* devido, em evidente apropriação ilícita e inobservância de preceito intrínseco à própria ação regressiva, consubstanciado na reparação se um prejuízo patrimonial (STJ, 2ª Turma, 08/10/2002). (*grifos acrescentados*)

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR³:

Pressuposto indispensável para a propositura da ação regressiva é, pois, a condenação efetiva do Estado a ressarcir a vítima do prejuízo. Antes de apurado o *quantum* preciso da reparação, o Estado não tem elementos para acionar o funcionário, compelindo-o a devolver quantia certa. Em segundo lugar, é necessária a prova da conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano. (*grifos acrescentados*)

² *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 214-215.

³ *Comentários à Constituição de 1988*. Volume 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2.354-2.355.

ALEXANDRINO e VICENTE⁴:

(1) a entidade pública, para voltar-se contra o agente, deverá comprovar já ter indenizado a vítima, pois seu direito de regresso nasce a partir do pagamento;

(2) não se deve confundir a responsabilidade da Administração em face do particular, com a responsabilidade do agente perante a Administração; aquela é do tipo objetiva, na modalidade do Risco Administrativo, que, [...], independe de culpa ou dolo; esta, do agente perante a Administração, só ocorre no caso de dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva do agente). (*grifos acrescentados*)

Estabelecido que dois requisitos são necessários para a propositura da ação de regresso – o efetivo pagamento da indenização ao particular pela Fazenda Pública e a existência de culpa ou dolo do servidor para sua responsabilização –, algumas problemáticas surgem.

Quanto ao primeiro ponto (o efetivo pagamento da indenização pela Fazenda pública): A ação de regresso somente será permitida a partir da quitação da requisição de pagamento, seja via requisição de pequeno valor ou precatório? Quando se inicia o prazo prescricional da ação de regresso? Tendo em conta o longo lapso que geralmente ocorre entre o evento danoso e o efetivo pagamento da indenização, é conveniente que a ação regressiva, que vai julgar a culpa ou o dolo do agente público, ocorra tanto tempo após o fato danoso? As provas e as lembranças sobre os fatos não ficarão fragilizadas com o longo decurso de tempo?

Sobre o segundo ponto – prova de culpa ou dolo do servidor –, tendo em conta que na ação principal não há causa decidida sobre o elemento subjetivo do agente, uma vez que esse não participa e o mérito é julgado sob a perspectiva da responsabilidade objetiva, como deve ser a decisão pelo ajuizamento da ação de regresso? Como apurar a culpa e o dolo? Quem toma tal decisão, considerando que o ajuizamento de uma demanda implica em riscos com a sucumbência?

Busco, no presente artigo, trazer à luz algumas dessas questões e apresentar sugestões que submeto à apreciação dos leitores.

⁴ Marcelo Alexandrino; Paulo Vicente. *Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 414-415, citado por Eduardo Peres Pereira, em artigo obtido na internet, site [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo %20Peres%20Pereira%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo%20Peres%20Pereira%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf)

2. Do momento do ajuizamento da ação de regresso. Da prescrição.

Inconvenientes observados.

No caso analisado para prolação dos pareceres nº 231/2014 e 175/2015, uma sociedade de economia mista estadual estava em vias de ajuizar uma ação de regresso, no ano de 2015, referente a fatos ocorridos em 1983/1984, ou seja, mais de trinta anos antes! Isso, porque a ação principal foi ajuizada apenas contra a companhia, a qual se defendeu no processo de conhecimento e no processo de execução – no qual houve embargos.

Transcorrido certo tempo desde alguns pagamentos via penhora em contas bancárias da empresa (que não goza da prerrogativa de impenhorabilidade de seus bens) e instada pelo Tribunal de Contas, a companhia teve dúvidas acerca de possível prescrição. Isso, porque se cogitou da aplicação da legislação vigente à época dos fatos (1983/1984) e desses como marco inicial da prescrição. A dúvida se justificava no fato de que na Constituição anterior não havia norma semelhante à prevista no § 5º, do art. 37, da atual Constituição, que trata da imprescritibilidade de ações de reparação de danos ao erário. A solução apresentada ao caso foi a seguinte:

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm interpretado que a norma do § 5º, do art. 37, da Constituição da República⁵, determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos causados ao erário por servidor público.

Os precedentes são recentes e solidificados no STF e no STJ, embora alguns ministros tenham manifestado voto divergente:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I – O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II – Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III – Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescri-

⁵ § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

ção. IV – Segurança denegada. (MS 26210, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, nº 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, nº 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, nº 361, 2009, p. 148-159)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. Incidência, no caso, do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição do Brasil, no que respeita à alegada prescrição. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 608831 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-06 PP-01245).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 142 DA LEI Nº 8.112/91. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 23, DA LEI Nº 8.429/92 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LIA). PRAZO PRESCRICIONAL. EX-PREFEITO. REELEIÇÃO. TERMO A QUO. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: PARÂMETRO DE CONDUCTA DO ADMINISTRADOR E REQUISITO DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. HERMENÊUTICA. MÉTODO TELEOLÓGICO. PROTEÇÃO DESSA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. MÉTODO HISTÓRICO. APROVAÇÃO DA LIA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16/97, QUE POSSIBILITOU O SEGUNDO MANDATO. ART. 23, I, DA LIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL ASSOCIADO AO TÉRMINO DE VÍNCULO TEMPORÁRIO. A REELEIÇÃO, EMBORA NÃO PRORROGUE SIMPLEMENTE O MANDATO, IMPORTA EM FATOR DE CONTINUIDADE DA GESTÃO ADMINISTRATIVA, ESTABILIZAÇÃO DA ESTRUTURA ESTATAL E PREVISÃO DE PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DURADOURA.

RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PERAN-

TE O TITULAR DA RES PÚBLICA POR TODOS OS ATOS PRATICADOS DURANTE OS OITO ANOS DE ADMINISTRAÇÃO, INDEPENDENTE DA DATA DE SUA REALIZAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

IMPRESCRITIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO (ART. 557, § 1º-A, CPC).

[...]

8. No que concerne à ação civil pública em que se busca a condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, esta Corte considera que tal pretensão é imprescritível, com base no que dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição da República. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO.

IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO.

AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.

[...]

8. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão

da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009.

[...]

1. Ademais, a adoção do novel entendimento desta Corte, no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, conduz ao desprovimento da pretensão recursal quanto à ocorrência da prescrição para a propositura da ação *ab origine*.

12. A admissão do Recurso Especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas. Precedente desta Corte: AgRg nos EREsp 554.402/RS, CORTE ESPECIAL, DJ 01/08/2006.

13. Recurso Especial provido.

(REsp 909446/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010).

No entanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no recurso extraordinário nº 669.069 em que “a União questiona acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que confirmou sentença que extinguiu uma ação de ressarcimento por danos causados ao patrimônio público aplicando o prazo prescricional de cinco anos. A União sustenta a imprescritibilidade da ação.”⁶ Isso, porque, conforme justifica o ministro Teori Zavascki, há três correntes na doutrina e na jurisprudência acerca da interpretação do sentido e alcance da ressalva final do dispositivo constitucional em comento (§ 5º, art. 37):

⁶ Notícia de 27 de agosto de 2013, extraída do sítio eletrônico do STF.

A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. (Pronunciamento do Ministro Teori Zavascki referente à repercussão geral nos autos do RE 669069)

Na presente data (1º de junho de 2015), o processo ainda não foi definitivamente julgado.

Verifica-se, portanto, que a interpretação e o alcance que se tem entendido da imprescritibilidade do direito de ação da Fazenda Pública contra o servidor causador de danos ao erário pode vir a ser modificada na jurisprudência brasileira.

No presente caso, antes de se analisar o prazo prescricional de eventual ação de regresso contra os agentes causadores de danos à empresa COHAB, há de se fixar o nascimento do direito de ação.

Bem se sabe que a “ação de regresso” a que se refere a Constituição da República é uma ação condenatória decorrente de uma diminuição patrimonial do autor (Estado, Fazenda Pública) por ação ou omissão culposa de agente público. Esta ação nasce, portanto, no momento em que o ente público efetivamente paga a indenização para aquele que sofreu o prejuízo decorrente da atuação estatal.

Conforme as informações dos autos, a companhia já desembolsou a quantia de R\$ 8.411.083,05, os quais foram sequestrados de contas bancárias em parcelas em datas e valores variados, iniciando-se em 24/10/2005 até 23/08/2013, bem como foi efetuado um depósito voluntário em 16/08/2012.

Assim, quanto à dúvida sobre a prescrição da ação de regresso, tendo em vista os atos lesivos terem sido realizados na vigência da constituição anterior, há que se esclarecer que somente em 24/10/2005 nasceu para a companhia o direito de cobrar a quantia paga nessa data, e assim, sucessivamente, em relação às demais parcelas quitadas posteriormente, até a data de 23/08/2013. Sendo assim, eventual prazo prescricional inicia-se a partir das referidas datas, e não tem como termo inicial a data da prática dos atos considerados lesivos a terceiros, ocorridos na década de 1980. O direito aplicável referente ao prazo prescricional, portanto, é aquele vigente ao momento do nascimento da ação, ou seja, do direito vigente de 24/10/2005 até 23/08/2013, abarcando, portanto, a Constituição atual.

Há que se atentar, nesse caso, para a hipótese anteriormente relatada de modificação de entendimento do STF acerca da (im)prescritibilidade das ações de reparação de danos contra servidores públicos por danos causados ao erário. Assim sendo, recomenda-se a célere apuração da culpa e a individualização da responsabilidade de cada um dos agentes envolvidos (sejam servidores públicos ou não), a fim de se propor, se for o caso, com celeridade, a ação de regresso para evitar a prescrição de parcelas do direito na hipótese de aplicação da prescrição decenal ou, ainda, da quinquenal, e até mesmo trienal, pelo Poder Judiciário.

Verifica-se, portanto, que o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de regresso se inicia com o efetivo pagamento da condenação na ação principal pela Fazenda Pública. Atualmente, está em discussão no STF se a imprescritibilidade mencionada no § 5º, do art. 37, da Constituição se aplica a todo e qualquer ato lesivo praticado por agentes públicos. Entendo, portanto, que não se pode contar com a imprescritibilidade, mas sim, deve-se providenciar, por cautela, o ajuizamento da demanda dentro do prazo mais curto possível (três anos – art. 206, §3º, V, do Código Civil) a fim de evitar que futura interpretação do STF venha a inviabilizar o ressarcimento.

Não vislumbro solução, na legislação atual, para evitar o inconveniente de se buscar o ressarcimento e apuração da culpa e do dolo do servidor muito tempo após a ocorrência dos fatos danosos. Esse é mais um efeito colateral da morosidade no julgamento dos processos judiciais.

3. Da decisão acerca do ajuizamento da ação de regresso.

O juízo administrativo acerca do ajuizamento da ação de regresso é independente da apuração da responsabilidade disciplinar ou penal do servidor público.

A lei estadual nº 6.745/85, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina, dispõe que as esferas civil, pena e administrativa têm suas cominações independentes entre si.

Entendo que a responsabilização civil por danos causados ao patrimônio do Estado, “por dolo ou culpa, devidamente apurados” (art. 132, da referida lei), referente a um dano decorrente de responsabilidade civil do Estado, deve ser exercida na ação judicial de regresso.

A expressão da lei “por dolo ou culpa, devidamente apurados” cuida de uma esfera de investigação que não se confunde com aquela destinada à apuração de infrações disciplinares – vocação do processo administrativo disciplinar. Cuida, isso sim, da prova a ser produzida para fins de cumprimento do ônus probatório do autor no processo civil (art. 333, I, CPC).

Em artigo que trata muito bem sobre o tema, José Roberto Pimenta Oliveira⁷ cuida do ato administrativo que determina o exercício do direito de regresso, do qual se transcreve parte e se destaca:

4. Elementos e pressupostos do ato administrativo que determinam o exercício do direito de regresso

Encontrando-se na esfera do órgão de representação judicial do sujeito administrativo condenado ao ressarcimento, o exercício da competência regressiva necessita ser regularmente procedimentalizada, para fins de controle de legitimidade.

Com efeito, entre o momento em que o sujeito administrativo foi condenado e efetuou o pagamento de parcela da indenização civil por prejuízos decorrentes de sua responsabilidade extracontratual e o momento do eventual ingresso de ação regressiva contra os agentes públicos responsáveis, há obrigatoriedade de instauração de processo administrativo específico para reconhecimento dos elementos conformadores do direito de regresso. Mesmo que tenha havido denúncia da lide ao agente responsável, a processualização é de rigor, porque o direito de regresso só aparece, temporalmente, após o transito em julgado da condenação civil e após o pagamento de valores indenizatórios devidos.

No curso do aludido processo administrativo (porque irremissível a existência de litígio), competirá à Administração Pública emitir decisão sobre o cabimento da propositura da ação regressiva e seus respectivos termos.

Assim, o conteúdo é a prescrição jurídica de ressarcimento de valor quantificado, objeto de atualização monetária. É possível que o agente responsável já tenha efetuado pagamento em favor do sujeito administrativo, e tal fato deverá ser observado. O conteúdo deverá especificar valor determinado da indenização para cada responsável, na exata configuração fática e jurídica do caso concreto. Esta fixação de valores já pode ter sido verificada na ação principal, que deverá ser observada, pelo império da coisa julgada material. Caso contrário, mantém a Administração

⁷ Interesse público, ano 13, nº 65, jan./fev. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2010. *O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa*, p. 50-56.

Pública o dever de elucidação da parcela indenizatória de cada responsável, por imposição do princípio da segurança jurídica e da impessoalidade, embora seja incontestável que a obrigação de indenizar, entre os agentes responsáveis, siga o regime da solidariedade civil passiva.

Admite-se que, no curso do processo administrativo, haja atenuação do dever de ressarcimento dos agentes públicos responsáveis, comprovada situação de culpa anônima do serviço.

A forma da decisão é obrigatoriamente escrita, por razões de segurança jurídica e de indisponibilidade do interesse público.

A decisão deve atender ao pressuposto subjetivo indicado na lei administrativa de cada esfera federativa, ou seja, deverá ser emanada de órgão do sujeito administrativo, com competência legal, observado qualquer impedimento derivado da sujeição ao princípio da impessoalidade.

A decisão deverá constar a existência dos motivos pressupostos no artigo 37, § 6º, da Constituição, quais sejam:

(1) a existência de condenação do sujeito administrativo, por responsabilidade civil extracontratual, ao pagamento de determinada quantia em favor de terceiros lesados, transitada em julgado. Não se deve exigir trânsito em julgado da integralidade das parcelas indenizatórias asseguradas na decisão judicial, porque o direito brasileiro admite a execução provisória contra Fazenda Pública, de valores já considerados incontroversos. Não é possível ingressar com a ação regressiva, ainda em curso a ação principal movida contra o sujeito administrativo;

É importante sublinhar este primeiro pressuposto. Apresenta a singularidade da via processual-constitucional de efetivação da responsabilidade civil. Assim, ação de indenização movida após acordo administrativo celebrado com terceiros lesados não é exercício do direito de regresso.

(2) o pagamento, em dinheiro, de parcelas indenizatórias, em cumprimento à decisão judicial condenatória do sujeito

administrativo. Igualmente, não há necessidade de que tenha havido o pagamento integral do valor da indenização devida, já que é possível a execução provisória de valores considerados incontroversos. Exige-se comprovação de que os valores indenizatórios foram disponibilizados judicialmente aos lesados (credores do sujeito administrativo), e efetivamente levantados, de forma regular, conforme a legislação processual civil. Inexistente o pagamento, não haveria causa jurídica suficiente a embasar a pretensão regressiva, repudiando a ética constitucional que o direito de regresso possa servir ao enriquecimento ilícito do sujeito administrativo;

(3) a demonstração do elemento subjetivo da conduta do responsável, nas modalidades dolosa ou culposa. A exigência decorre do imperativo de individualização da responsabilidade. Quando este elemento estiver judicialmente reconhecido em função da denúncia da lide acolhida e processada na ação movida contra o sujeito administrativo, não há como a autoridade administrativa pretender alterar a dicção judicial. Quando este elemento não estiver judicialmente definido, caberá decidir sobre a extensão da responsabilidade pessoal dos agentes públicos no caso que acarretou a condenação civil. O direito de regresso, cumpre destacar, é exercitável frente aos sucessores do agente público responsável, em caso de falecimento, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Não é pressuposto objetivo do direito de regresso a identificação judicial do agente responsável pelo ato lesivo, na ação principal, sob pena de admissão de que a Constituição impõe, em qualquer caso de responsabilidade civil dos sujeitos administrativos, a participação do agente na lide principal. E isto, nas normas em vigor, levaria à conclusão da obrigatoriedade da denúncia da lide, o que redundaria em prejuízos processuais irremissíveis para o lesado, em qualquer caso concreto.

A decisão deverá rigorosamente observar o princípio constitucional do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV e LV, como requisito procedimental de válida produção do ato. Entra em cena a subordinação da autoridade competente à fiel observância de eventual lei geral de processo administrativo do ente federativo (no caso da União, a Lei nº 9.784/1999), ou lei processual específica, ou

mesmo, regulamentação do exercício do direito de regresso de hierarquia infralegal. As limitações processuais ganham notável importância quando se analisa caso de condenação judicial do sujeito administrativo, embasado na teoria do risco administrativo ou da culpa do serviço, em que não houve a participação dos agentes vinculados aos fatos no litígio judicial.

Na instrução do processo administrativo, constitui dever funcional promover a obtenção de informações atualizadas sobre processos administrativos que versem sobre os mesmos fatos que ensejam a pretensão regressiva contra os responsáveis, como sindicâncias e processos administrativos disciplinares. Isto abrangerá também eventual ação civil pública de ressarcimento de dano ou ação de improbidade administrativa, quando, exemplificativamente, a conduta danosa a terceiros também enseja dano material ou moral ao sujeito administrativo.

A decisão não pode resultar, objetivamente, como forma de perseguição administrativa contra o agente público responsável. A competência administrativa tem endereço certo: promover tão somente à devida recomposição do patrimônio afetado pela condenação. A ação regressiva deve ser movida contra todos os responsáveis pelo dano. É regra geral.

Em caso de diversidade de agentes responsáveis, decidindo excepcionalmente pelo exercício do direito de regresso frente a somente determinados agentes, deverá a autoridade consignar a justificação clara, tempestiva, suficiente e congruente da medida adotada, sob pena de ofensa à igualdade e à moralidade administrativa. De fato, a diversidade de situações patrimoniais e o desaparecimento da pessoa responsável após o desligamento do exercício da função, dentre outras circunstâncias, são fatores que legitimam a pretensão regressiva parcial, do ponto de vista subjetivo, cabendo à autoridade responsável pelo processo manter contínuo acompanhamento das mesmas, visando reforçar a pretensão regressiva face à alteração superveniente da situação do agente não incluído justificadamente no polo passivo da ação.

O pressuposto lógico da decisão administrativa no processo de apuração das condições da ação regressiva está balizado pela

existência de competência vinculada. Assim, a causa do ato de regresso é típica. Isto significa que não há como exercê-la senão na medida exata da responsabilidade civil apurada dos responsáveis. Qualquer demasia, qualquer comedimento contamina de ilegalidade a decisão, porque descumprirá o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, já que não observará a ponderação adequada dos interesses públicos e privados em cena.

Por fim, a decisão, sob o ponto de vista formalístico, deve atentar para eventual formalidade essencial prevista em norma regente da competência. Neste aspecto, é importante pontuar a necessidade de motivação do ato administrativo, a versar sobre a explicitação de todos os pressupostos e elementos da decisão, de modo a revelar a legitimidade da atividade administrativa em busca do recebimento dos valores indenizatórios despendidos pelo sujeito administrativo em favor do lesado.

Proferida a decisão administrativa e delimitados os contornos do exercício do direito de regresso, o ato não gozará de autoexecutoriedade, por injunção do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV). De fato, o ressarcimento dos valores despendidos na condenação judicial é possível de ocorrer em sede administrativa, se houver concordância do agente responsável. Neste caso, deverá ser respeitada as normas em vigor sobre a possibilidade de desconto na remuneração do agente público. Em outro termos, a execução pela própria Administração do direito de regresso está sujeita, em primeira linha, à legalidade que limita o exercício da função administrativa. Assim, não poderá incidir em desconto superior ao teto legal (máximo ou mínimo).

Inexistindo tais tetos, a forma de composição amigável do litígio está sujeita à moralidade administrativa, de modo que qualquer parcelamento somente poderá realizar-se quando verificado atendimento do interesse público em medida superior a eventual e inevitável demanda judicial regressiva. A via administrativa constitui via preferencial do exercício do direito de regresso, porque de menor onerosidade para os direitos patrimoniais do agente.

No caso de empregados governamentais, não se aplica o artigo 462, 1º, da CLT na matéria, que admite descontos nos salários no caso de dano causado ao empregado, em situação de previsão contratual ou de dolo. No regime dos agentes públicos, a satisfação do direito de regresso na via administrativa deve moldar-se pela moralidade administrativa, e, mesmo voluntariamente, não poderá comprometer parcela significativa do salário, vedado o desconto integral do total do salário.

Vale insistir no atributo do ato administrativo que autoriza o exercício do direito de regresso. É dotado de presunção de legitimidade e de veracidade, de imperatividade, mas não há exigibilidade nem autoexecutoriedade. Frente à resistência do agente responsável só estará ao sujeito administrativo o ingresso no Poder Judiciário da ação regressiva cabível, perante o Juízo cuja competência jurisdicional foi firmada no processo e julgamento da ação principal de responsabilidade civil. A ação regressiva não é obstada pelo desligamento, voluntário ou involuntário, do agente público dos quadros do sujeito administrativo.

Como se vê, tal ato administrativo que conclui pelo direito de regresso, de atribuição do serviço jurídico da administração pública, tem uma área de abrangência própria, que não se confunde com a esfera da tomada de contas especial ou com o processo administrativo disciplinar.

Tal procedimento a ser adotado pelo serviço jurídico dos entes da administração indireta e pela Procuradoria Geral do Estado não está tipificado na legislação, pois, até o presente momento, o Estado de Santa Catarina não dispõe de lei que trate do processo administrativo no âmbito estadual, tampouco de regra específica referente à ação de regresso em face de servidor/agente público. Observa-se, portanto, a necessidade de um procedimento simplificado que obedeça aos princípios e às regras constitucionais aplicáveis ao caso, principalmente que:

a – defina, com base nos documentos e depoimentos já existentes, a responsabilidade de cada um dos agentes frente ao ato considerado antijurídico pelo Poder Judiciário e que resultou em danos ao erário;

b – estabeleça elementos probatórios que evidenciem a existência de culpa ou dolo por parte desses agentes;

c – fixe o *quantum* a que cada um dos agentes ou seus sucessores deve responder;

d – propicie o exercício do contraditório e da ampla defesa frente aos elementos anteriormente mencionados, ou seja, que os servidores/agentes sejam notificados a se manifestar e apresentar defesa e documentos acerca desses apontamentos;

e – a decisão final será no sentido de ajuizar a ação de regresso quando os elementos contidos nos autos forem suficientes a comprovar o fato constitutivo do direito (art. 333, I, CPC) ou de arquivamento do feito, diante da existência de prova de elemento que exclua um dos requisitos da ação, em especial a presença de dolo ou culpa.

A decisão administrativa referente ao ajuizamento (ou não) da ação regressiva na esfera de representação judicial do Estado deve ser formal, escrita e motivada e levar em conta a possibilidade de êxito da ação, uma vez que os ônus sucumbenciais podem vir a ser muito altos a depender do valor da causa.

Tais medidas são indispensáveis a evitar novos prejuízos à administração pública, pois, diante do ônus probatório, deve comprovar, ao menos indiciariamente, a existência de culpa ou dolo por parte do(s) agente(s) que tenha(m) tomado conduta(s) lesiva(s) ao erário, sob pena de ver seu pedido julgado improcedente e arcar com vultosos ônus sucumbenciais. Além disso, deve-se evitar o ajuizamento de ações temerárias, ou seja, a administração pública deve permitir o exercício do direito de defesa na esfera administrativa até mesmo para poder concluir, se for o caso, pela existência de alguma excludente de culpabilidade que sirva para afastar a própria responsabilidade civil dos servidores/agentes. Ora, diante do caso concreto, de provas que possam ser apresentadas, é possível que se conclua pela inexistência do direito de regresso por ausência de algum de seus pressupostos, especialmente no que se refere ao dolo e à culpa (por exemplo, força maior, estado de necessidade, falha na estrutura do serviço etc.).

Tal procedimento não pode, no entanto, estender-se demais a ponto de replicar um processo de conhecimento de rito ordinário. Isso, porque, na ação judicial o rito processual possibilitará toda a produção de prova que vier a ser necessária.

A título de exemplo, para ilustrar esse tipo de procedimento (que ainda não é tipificado no âmbito da administração pública estadual), há resolução da PGE do Estado do Mato Grosso do Sul que dispõe sobre os procedimentos para análise dos pagamentos decorrentes de responsabilidade civil para fins de ajuizamento da ação de regresso:

RESOLUÇÃO/PGE/MS Nº 202, DE 19 DE SETEMBRO DE 2011.

Disciplina os procedimentos na análise dos pagamentos decorrentes de decisões judiciais condenatórias por responsabilidade civil do Estado para fins de propositura da ação de regresso em face de servidor/agente público.

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 8º, incisos I, VII e XIX, da Lei Complementar nº 95, de 26 de dezembro de 2001, e tendo em vista o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, resolve:

Art. 1º. Esta resolução estabelece os procedimentos a serem adotados pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral do Estado (PGE) responsáveis pela representação judicial do Estado para a responsabilização de servidores/agentes públicos em ação de regresso por decorrência de condenação por responsabilidade civil do Estado.

Art. 2º. Nos casos de condenação definitiva do Estado em ação de responsabilidade civil por ato de seus servidores/agentes, o Procurador do Estado responsável pelo processo judicial comunicará o resultado da demanda à Subchefia de Precatório, para que esta realize o acompanhamento da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor.

Art. 3º. Havendo a efetiva expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor nos casos de condenação do Estado em ação de responsabilidade civil por ato de seus servidores/agentes, a Subchefia de Precatório cientificará o Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial ou da Procuradoria Regional competente, conforme a origem da demanda, encaminhando-lhe comprovante do respectivo ato, para fins de deflagração do procedimento regressivo por parte do Estado, nos termos dos dispositivos seguintes.

Art. 4º. Após a comunicação da Subchefia de Precatório acerca da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, o Chefe da Procuradoria Judicial ou da Procuradoria Regional

competente determinará a autuação e, se o caso, a distribuição do processo administrativo, preferencialmente ao Procurador do Estado que tenha atuado na ação originária, para análise quanto à possibilidade de responsabilização do servidor/ agente público causador direto do dano discutido na ação judicial.

Art. 5º. O processo administrativo citado no artigo 4º deverá ser instruído com as seguintes peças:

I – cópia da petição inicial da ação de indenização;

II – cópia da contestação oferecida pelo Estado;

III – cópia das decisões judiciais proferidas no caso (sentença e acórdãos);

IV – cópia da ordem de pagamento emitida pelo tribunal; e

V – cópia de outras peças processuais que sejam consideradas relevantes para a compreensão do caso.

Art. 6º. A análise pela Procuradoria Judicial ou pela Procuradoria Regional, conforme a competência, deverá averiguar:

I – se a condenação imposta refere-se à indenização por responsabilidade civil do Estado por ato de seus servidores/ agentes;

II – se houve a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor referente à condenação do Estado à indenização por sua responsabilidade civil;

III – se houve no caso a presença de dolo ou culpa por parte do servidor/ agente na conduta que deu origem ao dano; e

IV – a probabilidade de êxito na concretização do direito de regresso, concernente à efetividade do cumprimento de eventual sentença favorável.

Parágrafo único. Na hipótese de não ficar caracterizada na

ação a culpa ou dolo do servidor/agente que deu origem ao dano, o Procurador do Estado responsável pela análise deverá diligenciar junto ao órgão ao qual estava vinculado o servidor/ agente público, questionando se houve apuração administrativa sobre tal conduta, e solicitar o envio de cópia dos autos, se for o caso.

Art. 7º. Depois de efetuada a análise mencionada no artigo 6º, concluindo-se pela presença dos elementos de convicção suficientes para o exercício do direito de regresso, a Procuradoria Judicial ou a Procuradoria Regional competente elaborará a petição inicial da ação regressiva em face do servidor/ agente que deu causa aos danos e a encaminhará ao Procurador-Geral do Estado, por Comunicação Interna dirigida à Assessoria Técnica do Gabinete, para conhecimento e autorização para o ajuizamento da demanda.

Art. 8º. Deverá ser minuciosamente demonstrado na petição inicial da ação de regresso o nexo entre a conduta adotada pelo servidor/ agente público e o dano que dela resultou, inclusive no que se refere à presença do dolo ou da culpa.

Art. 9º. Se após a realização da análise do precatório ou requisição de pequeno valor houver a correção de eventual erro nos valores a serem pagos, esta alteração será informada pela Subchefia de Precatório à Procuradoria Judicial ou à Procuradoria Regional competente, seja para aguardar a decisão judicial sobre o tema que ainda será proferida, seja para adequar a ação de regresso ao que já fora deliberado na instância judicial.

Art. 10. Na hipótese de não restar configurada a presença de culpa ou dolo por parte do servidor/ agente, o procedimento ora disciplinado deverá ser arquivado, devendo para tanto ser produzida manifestação contendo a fundamentação que baseia esta posição, a qual será submetida à análise da chefia da Procuradoria Judicial ou da Procuradoria Regional competente, para decisão.

Parágrafo único. Na hipótese de proposição de arquivamento, a chefia local deverá dar ciência do fato ao Procurador-Geral

do Estado, por Comunicação Interna dirigida à Assessoria Técnica do Gabinete, contendo o inteiro teor da manifestação e da decisão, para fins de autorização do arquivamento.

Art. 11. A ação de regresso em face do responsável pelo dano nos casos de dolo ou culpa não se submete aos prazos de prescrição, conforme orientam os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, desde que a conduta do servidor/agente seja considerada ato ilícito, nos termos previstos no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

Art. 12. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Rafael Coldibelli Francisco
Procurador-Geral do Estado

A decisão contrária ao ajuizamento da ação de regresso deve ter por base a inexistência de dolo ou culpa por parte do servidor.

O Código Civil apresenta como excludentes de ato ilícito os seguintes:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Além das referidas excludentes de ilicitude referidas no código civil, a doutrina cogita de outras situações que afastam a responsabilidade do servidor causador do dano. Romeu Felipe Bacellar Filho⁸, ao tratar do tema, traz dois exemplos:

⁸ Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. *Interesse Público - IP*. Belo Horizonte, nº 6, ano 2 Abril/ Junho 2000. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=51629>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

Aguiar Dias, figura exponencial da literatura jurídica brasileira, a respeito do assunto, com autoridade, assevera:

“Se a ação regressiva cabe quando tiver havido culpa do funcionário público, segue-se que não haverá ação regressiva quando inexistir culpa, embora o Estado continue a responder pelas consequências do evento lesivo” (Responsabilidade Civil do Estado – Revista Forense, 145/18).

No tocante às lesões provocadas pelo funcionamento regular do serviço, especiais ou anormais, estas são indenizadas pelo Poder Público, sem autorizar o direito de regresso, uma vez que não há caracterização do núcleo permissivo de tal direito, ou seja, a culpa de agente público no desempenho de função pública.

Já no que tange à ineficiência administrativa, Yussef Cahali²² afirma que a simples ineficiência do funcionário não configura, de *per se*, causa de responsabilidade deste, ausentes dolo ou culpa. A falta funcional, segundo o ilustre doutrinador, daria ensejo ao ilícito administrativo e à aplicação de pena disciplinar, mas jamais à responsabilidade civil, pela ausência do elemento nuclear para tanto: a culpa ou dolo.

Parte da doutrina entende que o direito de regresso só pode ser exercido após a condenação do Ente Estatal, acrescido ao fato de se constatar atuação dolosa ou culposa do agente. Desenvolvendo raciocínio neste sentido, Odoné Serrano²³ defende que esse sistema funcionaria “como uma espécie de escudo de proteção, para que os agentes públicos não sejam incomodados com ações infundadas, com intuitos vexatórios ou de vingança. O agente público só será acionado pelo Estado após a condenação deste na ação direta e somente nos casos em que se vislumbrar conduta dolosa ou culposa daquele”.

Portanto, é possível que se deixe de ajuizar a ação de regresso em casos de lesões provocadas pelo funcionamento regular do serviço ou de simples ineficiência do servidor.

4. Conclusão

Em suma, pode-se extrair de tudo o que foi exposto alguns pontos que deverão servir de norte àqueles que exercerão o juízo referente ao ajuizamento das ações regressivas previstas no § 6º, do art. 37, da Constituição da República:

- O efetivo pagamento da dívida é o marco do nascimento do direito de ação de regresso e do início do prazo prescricional.
- Deve-se buscar o ajuizamento da ação de regresso no prazo máximo de três anos, diante da previsão do inciso V, § 3º, do art. 206, do Código Civil, diante da possibilidade de modificação da jurisprudência do STF acerca da interpretação do § 5º, do art. 37, da Constituição da República.
- Mesmo aplicando-se o prazo de três anos por cautela, é possível a defesa da imprescritibilidade do exercício da ação de regresso, diante da jurisprudência atual do STF sobre o tema.
- “O exercício da competência regressiva necessita ser regularmente procedimentalizada, para fins de controle de legitimidade”⁹.
- Deve-se definir, com base nos documentos e depoimentos já existentes, a responsabilidade de cada um dos agentes frente ao ato considerado antijurídico pelo Poder Judiciário e que resultou em danos ao erário, estabelecendo-se elementos probatórios que evidenciem a existência de culpa ou dolo por parte desses agentes.
- Há necessidade de fixação do valor a que cada um dos agentes ou seus sucessores deve responder.
- Deve-se abrir oitiva dos possíveis envolvidos, facultando-se o exercício do contraditório e da ampla defesa frente aos elementos anteriormente mencionados, ou seja, que os servidores/agentes sejam notificados a se manifestar e apresentar defesa e documentos acerca desses apontamentos.
- A decisão final será no sentido de ajuizar a ação de regresso quando os elementos contidos nos autos forem suficientes a comprovar o fato constitutivo do direito (art. 333, I, CPC) ou de arquivamento do feito, diante da existência de prova de elemento que exclua um dos requisitos da ação, em especial a presença de dolo ou culpa.

⁹ José Roberto Pimenta Oliveira, obra citada.

– As excludentes de culpa são aquelas definidas no Código Civil (art. 188), bem como as lesões provocadas pelo funcionamento regular do serviço ou em caso de simples ineficácia do servidor.

5. Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 414-415, *apud* Eduardo Peres Pereira in <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo%20Peres%20Pereira%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público*. Revista Interesse Público, ano 2, n. 6, Abril/Junho 2000. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51629>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Volume 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2.354-2.355.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa*. Revista Interesse Público, ano 13, n. 65, jan./fev. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Procuradoria Geral de Santa Catarina em números

Quantidade de ações em andamento (em 04.09.2015)

Procuradoria	Número de processos
Sede	81.485
Blumenau	22.170
Caçador	4.815
Chapecó	11.910
Criciúma	17.407
Curitibanos	4.567
Itajaí	21.040
Jaraguá do Sul	7.577
Joaçaba	4.450
Joinville	21.477
Lages	7.841
Mafra	5.408
Rio do Sul	7.054
São Miguel do Oeste	4.742
Tubarão	13.220
Brasília	316
TOTAL GERAL	235.479

Novas ações por áreas nos anos de 2014 e 2015 (até 04.09.2015)

	Administrativa	Trabalhista	Patrimonial	Saúde
2014	15.433	509	13.572	771
2015	14.126	368	3.575	8.655

	Tributária	Executivo Fiscal	Consultoria	Total
2014	1.540	12.009	24	43.858
2015	1.323	7.154	43	35.244



COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

ESTADO DE SANTA CATARINA
Secretaria de Estado da Administração
Diretoria da Imprensa Oficial e Editora de Santa Catarina
Rua Duque de Caxias, 261 | Saco dos Limões
CEP 88045-250 | Florianópolis | SC
Fone: (48) 3665-6200

ADP-97482 | O.P. 7627

