

Organizadores:
Ricardo Breier
Rafael Braude Canterji

30 Anos da

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**Na visão da Advocacia: Avanços
e Retrocesos**

2018

30 anos da Constituição Federal na visão da advocacia: avanços e retrocessos



**Porto Alegre
OABRS
2018**

Organizadores
Ricardo Breier
Rafael Braude Canterji

**30 anos da Constituição Federal na visão da
advocacia: avanços e retrocessos**



Porto Alegre
OABRS
2018

Copyright © 2018 by Ordem dos Advogados do Brasil

Todos os direitos reservados

Coordenação-Geral
Rosângela Maria Herzer dos Santos

Recebimento dos textos, diagramação, ficha catalográfica

Jovita Cristina G. dos Santos

Capa
Carlos Pivetta

T754

30 anos da Constituição Federal na visão da advocacia: avanços e retrocessos/ Ricardo Breier, Rafael Braude Canterji, (Orgs). – Porto Alegre: OAB/RS, 2018. 821p.

ISBN: 978-85-62896-11-8

1. Constituição Federal do Brasil. 2. Advocacia. I Título.
CDU: 342.4(81)(091)

Bibliotecária Jovita Cristina Garcia dos Santos – CRB 1517/10º

Ordem dos Advogados do Brasil - Rio Grande do Sul
Rua Washington Luiz, 1110 - 12º andar
90010-460 - Porto Alegre/RS

**O conteúdo é de exclusiva responsabilidade dos seus autores.
Revisão: Responsabilidade dos Autores.**

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CONSELHO FEDERAL
DIRETORIA/GESTÃO 2016/2018**

Presidente: Claudio Pacheco Prates Lamachia
Vice-Presidente: Luís Cláudio da Silva Chaves
Secretário-Geral: Felipe Sarmiento Cordeiro
Secretário-Geral Adjunto: Marcelo Lavocar Galvão
Diretor Tesoureiro: Antonio Oneildo Ferreira

ESCOLA NACIONAL DE ADVOCACIA – ENA

Diretor-Geral: José Alberto Simonetti Cabral

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO RIO GRANDE DO
SUL**

Presidente: Ricardo Ferreira Breier
Vice-Presidente: Luiz Eduardo Amaro Pellizzer
Secretário-Geral: Rafael Braude Canterji
Secretária-Geral Adjunta: Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira
Tesoureiro: André Luis Sonntag

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

Diretora-Geral: Rosângela Herzer dos Santos
Vice-Diretor: Marcos Eduardo Faes Eberhardt
Diretor Administrativo-Financeiro: Otto Júnior Barreto
Diretor de Cursos Permanentes: Fernanda Corrêa Osório, Daniel Ustárroz
Diretor de Cursos Especiais: Darci Guimarães Ribeiro
Diretor de Cursos Não Presenciais: Eduardo Lemos Barbosa
Diretora de Atividades Culturais: Karin Regina Rick Rosa
Diretora da Revista Eletrônica da ESA: Denise Pires Fincato

CONSELHO PEDAGÓGICO

Alexandre Lima Wunderlich
Ana Paula Oliveira Ávila
Darci Guimarães Ribeiro
Delton Winter de Carvalho
Rolf Hanssen Madaleno

CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS

Presidente: Rosane Marques Ramos
Vice-Presidente: Pedro Zanette Alfonsin
Secretária-Geral: Cláudia Brosina
Secretária-Geral Adjunta: Melissa Telles Barufi
Tesoureiro: Gustavo Juchem

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA

Presidente: Cesar Souza
Vice-Presidente: André Araujo

CORREGEDORIA

Corregedora: Maria Helena Camargo Dornelles
Corregedores Adjuntos: Maria Ercília Hostyn Gralha, Josana Rosolen Rivoli, Darci Norte Rebelo Jr

OABPrev

Presidente: Jorge Luiz Dias Fara
Diretor Administrativo: Paulo Cesar Azevedo Silva
Diretora Financeira: Claudia Regina de Souza Bueno
Diretor de Benefícios: Luiz Augusto Gonçalves de Gonçalves

COOABCred-RS

Presidente: Jorge Fernando Estevão Maciel
Vice-Presidente: Márcia Heinen

PREFÁCIO

A história está em permanente construção. Estamos vivendo e fazendo história a cada dia. Nesta evolução, existem momentos marcantes, episódios ímpares, viradas de páginas decisivas. Uma dessas emblemáticas ocasiões é a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Cidadã, promulgada em 5 de outubro de 1988, tornou-se o principal símbolo do processo de redemocratização nacional. Convocada em 1985 pelo então presidente José Sarney, a Assembleia Nacional Constituinte trabalhou por quase dois anos, recebendo milhares de sugestões. Participaram dela 559 parlamentares (72 senadores e 487 deputados federais).

Para compreender a importância e os impactos dos 30 anos da Constituição Cidadã na vida dos brasileiros, a OAB/RS lançou um desafio às Comissões da Ordem gaúcha: desenvolver artigos e análises sobre os impactos da Constituição em diferentes áreas de atuação do Direito.

Quando os constituintes desenvolveram a Carta Magna, muitas áreas da sociedade brasileira passaram a ter uma nova relação com os brasileiros. Educação, cultura, saúde e meio ambiente receberam novos parâmetros. Os direitos e os deveres de cada brasileiro também foram redimensionados e estabelecidos novos horizontes.

As dezenas de Comissões da OAB/RS ganham um protagonismo cada vez maior. São atuações pulsantes e importantes para o debate de diversas temáticas dentro da nossa instituição. A concretização deste e-book, registrando na história a passagem dos 30 anos da Constituição Cidadã, é mais um brilhante capítulo da valiosa contribuição de advogadas e advogados que integram as Comissões da OAB/RS.

Ricardo Breier – Presidente da OAB/RS

PREFÁCIO

Ao ensejo da comemoração do trigésimo aniversário da Constituição Cidadã, não podemos deixar de recordar a luta enfrentada pela Ordem dos Advogados naquela quadra de nossa História.

Desde os idos de 1985, especialmente aqui, no Rio Grande do Sul, sustentamos que a Assembleia Nacional Constituinte deveria ser exclusiva, livre e soberana. Fomos derrotados nessa proposta e a Constituinte acabou identificada com o Congresso Nacional, fato determinante da ocorrência de todas as dificuldades e prejuízos alertados pela OAB.

Mesmo assim, a Ordem lançou-se em memorável campanha, lutando pela inserção no texto constitucional dos princípios e garantias em favor da cidadania, do estado de direito e sobretudo da democracia.

A atuação de nossa entidade focou, entre tantos aspectos, nos direitos fundamentais, nas garantias aos direitos sociais, na defesa da moralidade no trato da coisa pública, na independência do Judiciário e do Ministério Público, no fim das sessões secretas dos tribunais e das decisões imotivadas, no reconhecimento do direito à proposição da ação direta de inconstitucionalidade e na proclamação da inviolabilidade do advogado e de sua indispensabilidade para a realização da Justiça.

Nasceu no seio de nossa Seccional da OAB o Movimento Gaúcho pela Constituinte. Foram inúmeros as reuniões, os colégios de subseções e os eventos com os principais atores sociais e políticos para a construção e defesa de nossas teses, levadas ao Congresso Constituinte.

Enfim, foram dias de profícuo trabalho em que a persistência, a serenidade e o permanente diálogo estiveram presentes no campo de atuação de nossa entidade em sua constante interlocução com o legislador constituinte.

Por tudo isso, foi emblemática a realização da 12ª Conferência Nacional da OAB, em Porto Alegre.

Naquele inesquecível evento, no dia 5 de outubro de 1988, reunidos em sessão plenária da Conferência, nós, advogados brasileiros, entoamos o hino nacional enquanto assistíamos, por transmissão de Brasília/DF, a promulgação da nova Constituição da República.

Evocando os fatos que marcaram a participação da OAB na criação de nossa Carta Magna, que completa 30 anos de vigência, saudamos a iniciativa da publicação dessa obra, ressaltando que não é sem propósito que nosso *Bâtonnier*, em suas manifestações, repete sempre que a ideologia da OAB é a Constituição Federal.

Fernando Krieg da Fonseca - Presidente da OAB/RS 1987/1989

APRESENTAÇÃO

A Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados Seccional do Rio Grande do Sul, tem a satisfação de editar a presente coletânea, **“30 anos da Constituição Federal na visão da advocacia: avanços e retrocessos”**, obra essa idealizada pelo, Dr. Ricardo Breier – Presidente da OAB/RS e Dr. Rafael Braude Canterji – Secretário-Geral da OAB/RS, e realizada pelas Comissões da OAB/RS

Agradecemos aos 90 autores pela sua contribuição em prol do conhecimento, estudiosos que se dedicaram sobre temas inquietantes, relatando avanços e retrocessos que marcaram três décadas da Constituição da República Federativa do Brasil.

As 32 Comissões que contribuíram para a realização desta obra foram: Comissão da Mulher Advogada, Comissão de Acesso a Justiça, Comissão de Advocacia Pública, Comissão de Defesa Assistência e Prerrogativas, Comissão de Direito Ambiental, Comissão de Direitos Humanos Sobral Pinto, Comissão de Estágio e Exame de Ordem, Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional, Comissão de Seleção e Inscrição, Comissão Especial da Advocacia Corporativa, Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo, Comissão Especial de Advocacia em Estatais, Comissão Especial de Arbitragem, Comissão Especial de Direito Agrário e do Agronegócio, Comissão Especial de Direito Bancário, Comissão Especial de Direito do Consumidor, Comissão Especial de Direito Eleitoral, Comissão Especial de Direito Sindical, Comissão Especial de Direito Tributário, Comissão Especial de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano, Comissão Especial de Educação, Comissão de Estudos Constitucionais, Comissão Especial de Falências e Recuperação Judicial, Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas, Comissão Especial de Prevenção à Corrupção, Comissão Especial de Propriedade Intelectual, Comissão Especial de Saúde, Comissão Especial de Seguros e Previdência Complementar, Comissão Especial de Tecnologia da

Informação, Comissão Especial do Pacto Federativo e Controle Social, Comissão Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente, Comissão Especial dos Direitos das Pessoal com Deficiência.

A obra será de grande valia para a comunidade jurídica. Desejamos aos autores todo o êxito que merecem, com os agradecimentos da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS.

Boa Leitura!!

Rosângela Maria Herzer dos Santos
Diretora-Geral da Escola Superior de Advocacia – OAB/RS

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Ricardo Breier – Presidente da OAB/RS

PREFÁCIO

Fernando Krieg da Fonseca - Presidente da OAB/RS 1987/1989

APRESENTAÇÃO

Rosângela Maria Herzer dos Santos -Diretora-Geral da ESA/OAB/RS

COMISSÃO DA MULHER ADVOGADA

A mulher e sua representação constitucional 16

Ana Carolina Tavares Torres

COMISSÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA

Estado, governo, administração e advocacia pública: o que podemos aprender com trinta anos de constituição? 35

Tiago Gubert Cury

COMISSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça sob a égide dos avanços constitucionais e do retrocesso legislativo imposto pela reforma trabalhista 64

Eduardo Peres Pereira

COMISSÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA

30 anos de Constituição Federal – o renascer da advocacia pública 85

*Fabiana Azevedo da Cunha Barth, Monica Casartelli, Simone Anacleto
Simone Somensi, Telmo Lemos Filho, Vanesca Buzelato Prestes*

COMISSÃO DE DEFESA ASSISTÊNCIA E PRERROGATIVAS

Contratação de honorários advocatícios: a arbitrariedade e o abuso de poder na indevida interferência judicial 113

Eduardo Kucker Zaffari, Nara Terezinha Piccinini da Silva

COMISSÃO DE DIREITO AMBIENTAL

Trinta anos de direito ambiental constitucional: a advocacia e a constituição de 1988..... 133

Alessandra Lehmen, Marília Longo do Nascimento, Luciane Moraes de Oliveira, Cristiano Weber

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS SOBRAL PINTO
Direitos humanos: avanços, retrocessos e resistência 163
Neusa Bastos, Rodrigo Puggina e Roque Reckziegel

COMISSÃO DE ESTÁGIO E EXME DE ORDEM
A ordem dos advogados do brasil e a participação da comissão de estágio e exame de ordem: a construção institucional..... 176
Antônio Cesar Peres da Silva, Marcos Roberto de Lima Aguirre, Cristiane Rosa da Silva, Giancarlo Michel de Almeida, Gládis Helena Jorgens Prado, Grasiela de Souza Thomsen Giorgi, Henrique Montagner Fernandes e Simone Vieira Araújo.

COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL
O dever de fiscalização do exercício profissional pela ordem dos advogados do brasil e sua operacionalização - o caso da seccional do rio grande do sul..... 210
Adriano Marcos Lehnen , Alessandra Reolon, Gisiela Fabiula Limberger , Roberta Schaun e Rodrigo Cassol Lima.

COMISSÃO SELEÇÃO DE INSCRIÇÃO
O papel e a importância da comissão de seleção de inscrição para com a ordem dos advogados do brasil e a constituição federal de 1988: o advogado como agente indispensável à administração da justiça..... 237
Cesar Augusto Cavazzola Junior

COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA CORPORATIVA
Direitos fundamentais e inovação: risco de inovação como oportunidade de negócios pelas empresas 268
Marcos Pedroso Neto

COMISSÃO ESPECIAL DE ACOMPANHAENTO LEGISLATIVO
Conquistas da lei ordinária estadual 15.016/2017 e a concretização do princípio de acesso ao poder judiciário preconizado pela Constituição de 1988..... 294
João Darzone de Melo Rodrigues Junior, Luciano José Tonel de Medeiros e Matheus Augusto Meinertz

COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA EM ESTATAIS
A impessoalidade administrativa como princípio indissociável ao contrato de emprego público 326
Duilio Landell de Moura Berni

COMISSÃO ESPECIAL DE ARBITRAGEM Arbitragem: enfrentamento e superação de seus desafios constitucionais	347
<i>Lucas Gerhardt Gavronski, Nikolai Sosa Rebelo, Ricardo Borges Ranzolin</i>	
COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO AGRÁRIO E DO AGRONEGÓCIO A agricultura brasileira e a soberania alimentar nos 30 anos da Constituição Federal	387
<i>Ricardo Barbosa Alfonsin</i>	
COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO BANCÁRIO Direito bancário. Avanços e retrocessos proposições	399
<i>Luiz Augusto Beck da Silva</i>	
COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR A efetividade do direito do consumidor nos 30 anos da Constituição ..	411
<i>Bruno Miragem, Teresa Cristina Fernandes Moesch</i>	
COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO ELEITORAL As eleições no Brasil – 30 anos da Constituição Federal de 1988.....	430
<i>Paulo Roberto Cardoso Moreira</i>	
COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO SINDICAL Constituição de 1988: o trabalho como centro irradiador de direitos.	452
<i>Luciane Toss</i>	
COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO Segurança jurídica tributária 30 anos após a CF/88: quadro atual e perspectivas.....	477
<i>Rafael Pandolfo</i>	
COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO URBANÍSTICO E PLANEJAMENTO URBANO A proteção do direito à moradia nos conflitos fundiários urbanos: um sintético balanço dos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	497
<i>Elaine Adelina Pagani, Claudia Bodallo Bertoni</i>	

COMISSÃO ESPECIAL DE EDUCAÇÃO
Educação e democracia: uma análise à luz da Constituição Federal/88
..... 514
Cíntia Guimarães, Denise Souza Costa

COMISSÃO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS
Jurisdição constitucional e a “última palavra” do Supremo Tribunal Federal sobre a Constituição da República..... 542
Pedro Fülber Simon

COMISSÃO ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Aspectos constitucionais do princípio da função social na recuperação judicial..... 576
Arthur Alves Silveira, João Adalberto Medeiros Fernandes Júnior

COMISSÃO ESPECIAL DE MEDIAÇÃO E PRÁTICAS RESTAURATIVAS
Constituição de 88 e mediação: impactos recíprocos 603
Carlos A. Allegretti, José Luis Bolzan de Moraes, Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles e Tatiana de Marsillac Linn Heck

COMISSÃO ESPECIAL DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO
Direitos fundamentais, judicialização e compliance na área da saúde 630
Giovani Agostini Saavedra, Ingo Wolfgang Sarlet

COMISSÃO ESPECIAL DE PROPRIEDADE INTELCTUAL
O interesse social no direito de marcas..... 666
Gustavo Bahuschewskyj Corrêa

COMISSÃO ESPECIAL DE SAÚDE
Saúde: o quanto evoluímos desde a Constituição de 1988? 688
Augusto Rossoni Luvison, Cristiane Paim, Fernanda Beal Pacheco Ohlweiler, Gabriela de Freitas Santana Vissirini, Gabriela Sangoi, Hugo Eduardo Giudice Paz, Imar Santos Cabeleira, Juarez Pereira Mourad, Mariana Polydoro de Albuquerque Diefenthaler, Paulo Cezar Lauxen, Rafael Feistauer Nascimento e Rodrigo Westphalen Leusin

COMISSÃO ESPECIAL DE SEGUROS E PREVIDENCIA COMPLEMENTAR
Princípio da solidariedade na Constituição Federal: a socialização dos riscos e o contrato de seguro..... 702
Cláudio Furtado e Marcelo Barreto Leal

COMISSÃO ESPECIAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO
O processo eletrônico e o princípio do "amplo acesso ao poder
judiciário" 725

Carlos Thomaz Ávila Albornoz, Filipe Pereira Mallmann

COMISSÃO ESPECIAL DO PACTO FEDERATIVO E CONTROLE
SOCIAL
Os advogados e os direitos fundamentais em Portugal e no Brasil 744

Jorge Miranda

COMISSÃO ESPECIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Breves relatos sobre a atuação cidadã da OAB/RS voltada para o direito
da criança e do adolescente..... 768

Andrea Teixeira da Rosa, Carlos Luiz Sioda Kreme, Caroline Ribas Sérgio, Claudia Frota Herrmann, Dirce de Camargo Longo, Giovana Mazzarolo Foppa, Leticia Magalhães, Maria Carolina Beltrame Camargo e Maria Dinair Acosta Gonçalves

COMISSÃO ESPECIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA
30 anos da Constituição Federal e o novo paradigma de salvaguarda dos
direitos das pessoas com deficiência 795

Andressa Tonetto Fontana, Bruna Katz e Raquel Tedesco

COMISSÃO DA MULHER ADVOGADA

A MULHER E SUA REPRESENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ana Carolina Tavares Torres¹

Vinculada ao projeto de pesquisa: Direito e Sociedade - Sociedade e Fragmentação do Direito (LP 2).

Resumo: Na ininterrupta busca por direitos, as mulheres têm se organizado em busca de ocupação de espaços públicos de poder, acarretando a necessidade de equidade nas legislações nacionais com intuito claramente reivindicatório e transformador, cuja utopia transita entre reconhecimento enquanto cidadã e efetivação de direitos, garantias e oportunidades. Tal processo não é estanque, havendo a necessidade de contínua busca de mudança de mentalidade, e a consequente ruptura de conceitos estabelecidos por inúmeros anos, principalmente no que diz respeito à impossibilidade de tomada dos referidos espaços. Com o intuito de mudar o panorama imposto, um grupo de mulheres posicionou-se como representante da população lobby a feminina na Assembleia Nacional Constituinte formada para construção da Carta Magna brasileira: o denominado “Lobby do Batom”. Avalia-se então a possível repercussão positiva do mesmo no desenho das políticas públicas destinadas às mulheres e à família brasileira, tendo em vista que as demandas pautadas pelo movimento foram amplamente abarcadas pela Constituição Federal de 1988, o que repercutiu em medidas que estão sendo implantadas (ou não) e na construção de um Estado com uma democracia mais justa e igualitária contemplando as transformações sociais que ocorreram desde

1 Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005), possui MBA em Business Law pela FGV/RS (2010), mestranda em Direito pela Universidade La Salle (2018). É advogada corporativa, tendo atuado por mais de 15 anos em empresas de grande porte. Vice-Presidente da Comissão Especial da Advocacia Corporativa da OAB/RS, membro da Comissão da Mulher Advogada da OAB/RS, membro da Divisão Jurídica da Federasul e fundadora do WLM BRAZIL, associação civil sem fins lucrativos que proporciona mentoria para jovens advogadas.

então e demonstrando ser digna a carinhosa alcunha de “Constituição Cidadã” concedida à Lei Maior do Brasil.

Palavras chave: Assembleia Nacional Constituinte; Mulheres; Movimento Feminista; Lobby do Batom; Espaço de poder.

Abstract: In the uninterrupted search for rights, women have organized themselves in search of occupation of public power spaces, bringing about the need for equity in national legislations with a clearly demanding and transformative purpose, whose utopia transitions between recognition as a citizen and the realization of rights, guarantees and opportunities. This process is not watertight, and there is a need for a continuous search for a change of mentality, and the consequent rupture of concepts established over many years, especially with regard to the impossibility of appropriating these spaces. In order to change the imposed scenario, a group of women positioned themselves as representative of the female population in the constituent assembly formed to build the Brazilian Magna Carta: the so-called "Lobby of the Lipstick". The possible positive repercussion of the same is then evaluated in the design of public policies aimed at women and the Brazilian family, considering that the demands set by the movement were broadly covered by the Federal Constitution of 1988, which had repercussions on measures being implemented (or not) and in the construction of a State with a more just and egalitarian democracy contemplating the social transformations that have occurred since then and proving to be fair the affectionate nickname of "Citizen Constitution" granted to the Greater Law of Brazil.

Keywords: National Constituent Assembly; Women; Feminist Movement; Lipstick Lobby; Power Space.

INTRODUÇÃO

Um novo momento constitucional vem sendo desenvolvido na América Latina ao longo dos últimos anos. Não sem uma série de esforços de todos os cidadãos, que lutam para fazer com que a participação popular seja levada cada vez mais em conta. Impossível não reconhecer dentre os grupos organizados em prol do novo constitucionalismo o protagonismo de movimentos que, mesmo sem terem uma origem necessariamente feminista, identificaram a necessidade de contemplar nas constituições as necessidades históricas de busca de igualdade pelas mulheres.

Em relação ao Brasil, argumentam Silva e Wright (2015, p. 170):

No Brasil, a exemplo de alguns países vizinhos, as mulheres atuaram decisivamente na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, articulando democracia participativa e representativa e ampliando, de maneira extraordinária, os direitos de cidadania feminina.

Para tanto, será estudado, entre outras coisas, o denominado “Lobby do Batom”, grupo de pressão formado por deputadas, feministas e ativistas do movimento de mulheres na Assembleia Geral Constituinte brasileira, pois, de acordo com Silva (2008, p. 1):

Para que as futuras gerações compreendam o papel mobilizador e articulador deste lobby, é importante fazer um exame acurado deste fenômeno, identificando-o como um instrumento de participação jurídico-política que legou uma importante contribuição não apenas para as mulheres brasileiras, mas, sobretudo, para a sociedade na qual estas estão inseridas e também para o próprio Estado que, desde a promulgação da Lei Maior, fora obrigado a observar que a questão da igualdade de gênero

é, a um só tempo, direito de todos e todas como também dever e obrigação das instituições estatais.

A ideia é que se tenha uma interessante oportunidade de reflexão sobre o processo de inclusão das mulheres em espaços de poder público, mais especificamente no debate constituinte brasileiro e “na luta pelo reconhecimento e inclusão de seus direitos na Constituição de 1988.” (AMÂNCIO, 2013, p. 72), já que:

Destarte, é importante lembrar que a ausência de direitos, percebida pelas feministas, faz surgir o feminismo. Podemos dizer que o feminismo nasce exatamente onde e quando as primeiras feministas perceberam que as relações sociais eram historicamente marcadas pela subordinação da mulher e pela sua exclusão dos espaços sociais e de poder. Ou seja, perceberam que a sua história era a história da ausência de direitos. O binômio feminismo/direito, portanto, se entrelaça desde a origem das primeiras lutas das mulheres por um lugar social. (SILVA, 2008, p. 5).

Ou seja, necessário que sejam identificadas as formas que as mulheres se posicionaram e se organizaram para impugnar o status estabelecido e reivindicar seu lugar à mesa do debate e como cidadã detentora de direitos, construindo, a partir daí, um espaço público mais equânime, sadio e livre de opressão.

FEMINISMO CONSTITUCIONAL?

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) foi pioneira dentre as constituições nacionais ao estabelecer igualdade de direitos e obrigações para ambos os sexos, formalizando uma mudança necessária na percepção de obrigações sociais diferentes entre os gêneros.

Importante ressaltar que a publicação da Carta Magna vem ao encontro de um momento histórico único que, nas palavras de Alves (2012, p. 133) reflete um novo tempo no que diz respeito às constituições:

A Constituição é o principal elemento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo surge como novo paradigma no Estado Democrático de Direito. Na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 1980, surge um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, que propõe a fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado.

Não por outro motivo, nas palavras de Silva e Wright (2015, p. 172):

[...] as atuais Constituições de países como Brasil 1988, Colômbia 1991, Argentina 1994 e Venezuela 1999, foram elaboradas ou reformadas após a vigência de ditaduras militares e da aplicação de políticas neoliberais em seus territórios, o que torna possível a afirmação de uma nova fase do constitucionalismo na região.

E no contexto acima referido nos deparamos com a criação da Assembleia Geral Constituinte brasileira que “valoriza a participação cidadã e a inclusão social por meio dos direitos fundamentais.”. (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 172), oportunidade em que as mulheres, impulsionadas pela intenção de transformação e expansão da democracia brasileira, lá ingressaram com o firme propósito de representar as mulheres brasileiras.

Ato em que as constituintes, mulheres organizadas, bem como femininas, apresentaram suas demandas ao Congresso Nacional Constituinte, obtendo êxitos imprescindíveis para uma sociedade que preze por progresso e desenvolvimento. (MOREIRA, 2016, p. 219).

A primeira consequência da Constituição Federal de 1988 é a identificação da previsão do artigo 5º “caput” de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” acompanhada imediatamente pelo inciso I que prevê: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (BRASIL, 1988), assim como a introdução de acentuadas alterações no conceito de família e no tratamento dispensado a essa instituição que é considerada a base da sociedade. A merecida e tão esperada mudança da abusiva e tão historicamente reforçada desigualdade formal, conquistada através da Constituição Federal de 1988, restou efetivada em diversos artigos, muitas vezes aparentemente repetitivos, como o já citado artigo 5º, inc. I (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”) e o artigo 226, § 5º que estabelece: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. (BRASIL, 1988).

A primeira vista redundante diante da afirmação do princípio da igualdade, tais preceitos são de extrema importância se analisados sob a ótica histórica de obtenção de direitos, já que por vezes se faz necessário que o óbvio seja proclamado. Ao tratar dos direitos sociais, dentre os quais está o direito dos trabalhadores, a Constituição de 1988, em seu artigo 7º, inciso XVIII faz referência a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias”, ampliando, portanto, o período de licença a maternidade, antes de oitenta dias. Somado a esse direito, a mulher

também goza de assistência gratuita de seus filhos dependentes, em creches e pré-escolas até a idade de seis anos e proteção do mercado de trabalho mediante incentivos específicos, bem como a vedação de qualquer espécie de discriminação em razão do sexo. (LUCAS, 2007, p. 147).

E não foram somente os artigos acima descritos os previstos na Constituição Federal de 1988, várias sutilezas foram acrescentadas, de forma a ampliar o leque de previsões que reforçam o intuito definitivo de igualar os gêneros e alavanca-los para uma nova condição de sociedade, senão vejamos:

A Constituição de 1988 teve a preocupação de tratar equitativamente os gêneros de forma expressa em vários dispositivos, reconhecendo definitivamente a igualdade de direitos e deveres entre os sexos. Igualados também na sociedade conjugal, garantiu-se à mulher o direito legal de conjuntamente com o marido fixar o domicílio mútuo. A partir de então, o planejamento familiar passa a ser tarefa de ambos os gêneros, em igualdade de condições, modificando-se assim o ‘estatuto legal das mulheres e evitando-se a ocorrência de desigualdades também no núcleo familiar, de forma a refletir a ideia de democratização da família. No plano jurídico nacional a Constituição de 1988 significou um marco no tocante aos novos direitos da mulher e à ampliação da cidadania. Como documento jurídico e político das cidadãs e cidadãos brasileiros buscou romper com um sistema legal profundamente discriminatório negativamente em relação ao gênero feminino. Ao equiparar direitos e obrigações entre homens e mulheres, em todos os níveis, a Constituição ensina que a igualdade de homens e mulheres está contida na norma geral da igualdade perante a lei, bem como em todas as normas constitucionais que vedam a discriminação de sexo. A abolição da desigualdade formal representou uma das maiores, se não a maior, das conquistas femininas. (LUCAS, 2007, p. 148).

O princípio constitucional da igualdade foi longe o suficiente para influenciar as relações domésticas e familiares, tornando, pelo menos formalmente, o casamento uma verdade sociedade de iguais:

Podem ser apontadas quatro vertentes básicas ditadas pelos artigos 226 e seguintes da Carta Magna: a) ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, acrescentando-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto conforme Emenda Constitucional nº.66/2010; c) igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, e d) igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem. (MIRANDA, 2010, p. 13).

Mas tais conquistas não foram concedidas sem movimento e sem batalha. Para entendermos melhor as conquistas rapidamente explicadas acima, a discussão sobre relações de gênero e direito precisam se avaliados, principalmente sob o prisma do feminismo. (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 176). Quando foi referido o novo momento histórico das constituições é importante observar que a situação do Brasil possuía algumas particularidades relevantes, pois:

Além de ser um dos primeiros países da região a experimentar este processo de redemocratização e elaboração constitucional com ampla participação social, após 21 anos de ditadura militar, o fez com a presença não somente de forças políticas de esquerda e de movimentos sociais que representam ideias progressistas, mas com a ampla e organizada participação das mulheres, dentre elas muitas feministas, atuando no âmbito da Assembleia Constituinte. (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 176).

Ao que parece todos os bons ventos sopravam para a mudança, sendo, no entanto, necessária uma ligação, uma espécie de ponte, entre os movimentos das mulheres e a velha política masculina e ortodoxa, o que foi possível com a experiência que falaremos agora. (SILVA; WRIGHT, 2015, p. 176). A história de cada uma das mulheres envolvidas no movimento não é algo que não estivesse borbulhando na sociedade da época, o que se seguiu foi a consequência natural de uma sociedade em ebulição, delineada ao ritmo e compasso do contexto histórico.

O LOBBY DO BATOM

A campanha “Constituinte prá valer tem que ter palavra de mulher!”, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM)² foi criada para levar as reivindicações do movimento social à Assembleia Nacional Constituinte, envolvendo mecanismos de articulação e comunicação com segmentos organizados em todos os estados e na Capital Federal. “A meta da Campanha era percorrer o país promovendo espaços de debates com os movimentos de mulheres, a fim de constatar quais eram os problemas enfrentados por elas, para só então elaborar propostas que iriam ser levadas ao debate constitucional.” (AMÂNCIO, 2013, p. 77)

2 O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi criado em 1985, vinculado ao Ministério da Justiça, para promover políticas que visassem eliminar a discriminação contra a mulher e assegurar sua participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país. (BRASIL, 2018).

Para a legislatura de 1987 a 1991 foram eleitas 29 mulheres ao cargo de deputadas federais. Essas parlamentares, embora com características discrepantes entre si, conseguiram se unir em prol dos interesses das mulheres durante sua participação na Assembleia Constituinte, se autodenominando bancada feminina. (VERAS, 2013, p. 13).

Lideranças das mais diversas origens, crenças e ideologias puderam contribuir para a elaboração da Carta das Mulheres Brasileiras, entregue em março de 1987, nas mãos do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, e dos presidentes das Assembleias Legislativas nos estados da federação. Seguindo-se, a partir daí, um intenso trabalho de articulação que diuturnamente trazia os assuntos levantados para intensos debates legislativos. (AMÂNCIO, 2013, p. 79).

Percebemos que a Sessão da Câmara de Deputados, na qual foi entregue ao Presidente da República, Ulysses Guimarães, a “Carta das Mulheres” e na qual foram proferidos alguns dos discursos foi um momento de desabafo das deputadas federais acerca dos desafios vivenciados pelas mulheres brasileiras, especialmente, na política, um território, ainda, dominados por homens. (CARVALHO, 2012/2013, p. 11)

Nesse diapasão surge o denominado Lobby do Batom, uma combinação realizada entre inúmeros grupos feministas brasileiros, dentre eles partidos políticos, notadamente da esquerda que, juntamente com 26 (vinte e seis) deputadas federais³, ou seja, a bancada constituinte

³ São elas: Abigail Feitosa - PSB/BA; Anna Maria Rattes - PSDB/RJ; Benedita Da Silva - PT/RJ; Beth Azize - PSDB/AM; Bete Mendes - PMDB/SP; Cristina Tavares - PDT/PE; Dirce Tutu Quadros - PSDB/SP; Eunice Michiles - PFL/AM; Irma Passoni - PT/SP; Lídice Da Mata - PCDOB/BA; Lúcia Braga - PFL/PB; Lúcia Vânia - PMDB/GO; Márcia Kubitschek - PMDB/DF; Maria De Lourdes

feminina, “que tinha como meta: a participação junto ao processo constituinte para que a Constituição Federal de 1988 ratificasse a cidadania às mulheres brasileiras” (CARVALHO, 2012/2013, p. 2) para que de maneira completamente inovadora fossem agraciadas as propostas requeridas pelas mulheres brasileiras, contemplando-as na Constituição Federal que estava nascendo, e acabou se tornando uma experiência sem precedentes de associação entre entidades governamentais e sociais, cujo saldo foi de 80% das reivindicações aprovadas.

As mulheres conquistaram, na Constituinte de 1988, a igualdade jurídica entre os gêneros, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a definição do princípio da não discriminação por sexo e raça-etnia, a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho e o estabelecimento de direitos no campo da anticoncepção. (SILVA, 2011, p. 229)

Não resta dúvida de que depois do lobby do batom o modo como mulheres fazem movimento social e político neste país nunca mais foi o mesmo. É fato incontestável que mulheres marcaram, de forma indelével, a Constituição Federal de 1988, uma vez que cerca de 80% de suas reivindicações foram incorporadas ao texto constitucional e convertidas em direitos fundamentais. (SILVA, 2008, p. 9).

Abadia - PSDB/DF; Maria Lúcia - PMDB/AC; Marluce Pinto - PTB/RR; Moema São Thiago - PSDB/CE; Myriam Portella - PSDB/PI; Raquel Cândido - PDT/RO; Raquel Capiberibe - PSB/AP; Rita Camata - PMDB /ES; Rita Furtado - PFL/RO; Rose De Freitas - PSDB /ES; Sadie Hauache - PFL/AM; Sandra Cavalcanti - PFL/RJ; Wilma Maia - PDT/RN

Tendo em vista todas as forças contrárias encontradas, relevante observar a necessidade de união de forças entre toda a bancada feminina, acarretando:

Diversas formas de atuar e acumular forças, construindo, coletivamente, os direitos inseridos na Constituição, os quais, em sua grande maioria, correspondem às históricas demandas das mulheres brasileiras. (SILVA, 2011, p. 296).

Ou seja, com a união das mulheres constituintes foi sendo construído, não sem enorme habilidade, acordos horizontais, consensos parciais e redes intensas de colaboração que unificavam e tornavam permeável, de forma irreversível, o exercício das práticas de mobilização política feminina. (GRAZZIOTIN, 2013).

As deputadas constituintes trataram de se irmanar e se articular contra as discriminações (veladas ou ostensivamente) sofridas. Passaram a afirmar uma identidade coletiva relacionada ao gênero e sua capacidade de participação política, o que as fez mais próximas do movimento de mulheres do que de seus próprios partidos, quebrando, com isto, um modo de fazer política voltado à obediência cega, às orientações partidárias e aos ditames das agremiações políticas. Esta postura revelou que tanto as parlamentares oriundas de partidos de esquerda como aquelas partícipes dos grupos políticos mais conservadores estiveram, por conta de sua participação no “lobby do batom”, atentas às desigualdades de gênero presentes na vida social e no mundo político em particular. (SILVA, 2011, p. 205)

A participação popular foi essencial para legitimar a Assembleia Geral Constituinte, não sendo diferente com a atuação do Lobby do Batom, que ungiu e legitimou o evento, em especial a atuação da bancada feminina, que com a incrível capacidade de capilarização do

movimento, transbordou suas competências para o universo econômico e social extremamente diversificado do Brasil. (GRAZZIOTIN, 2013).

Mulheres de todo os quadrantes, de condições econômicas e sociais as mais diversas, as heroínas populares da nossa epopeia jurídica, fizeram ouvir a sua voz por meio destes institutos de participação popular direta, ampliando e repercutindo de forma mais intensa a ação política da bancada feminina. (GRAZZIOTIN, 2013)

A luta feminina na Constituinte visava garantir os direitos específicos da mulher e expressava, também, a sua visão de país, sobre a questão econômica e a questão social de uma forma global.

Por todo o exposto, a história (de resistência e conquista) das feministas, mulheres organizadas e constituintes, inegavelmente, deixaram um legado primordial à sociedade brasileira.

Afirmaram-se enquanto sujeito político e foram em busca da igualdade de gênero. As lutas individuais e coletivas, cotidianas e extra cotidianas, resultaram em uma intensa militância em prol de conquista de direitos equânimes, justiça social, pleno exercício de cidadania. A mobilização que as feministas desempenharam na constitucionalização de seus direitos certamente foi indispensável para construir uma sociedade igualitária, que preze por valores democráticos. Os resultados colhidos após a redemocratização são consequências de vários entraves e, principalmente, da presença atuante de mulheres constituintes na Assembleia Nacional Constituinte. (MOREIRA, 2016, p. 252)

Relevante enfatizar que a vitória na validação das normas referentes à condição feminina na atual Constituição Federal, especialmente as que visam assegurar, constitucionalmente, a igualdade entre gêneros, tão habilidosamente conquistada pelo Lobby do Batom, “não constitui obra do acaso, vez que se relaciona com o conjunto de

lutas históricas travadas pelos movimentos feministas e de mulheres com vistas à conquista da cidadania plena para a metade feminina de nossa sociedade”. (SILVA, 2011, p. 44).

No entanto, apesar do que possa parecer, no Brasil há um número reduzidíssimo de estudos dedicados a evidenciar a participação das mulheres no importante “processo de constitucionalização de seus direitos e de afirmação da igualdade de gênero no país” (SILVA, 2011, p. 44), contribuindo para a manutenção de uma visão androcêntrica, principalmente na linha constitucional, que tem no gênero masculino como paradigma e representação de poder.

Esta lógica, a meu ver, não permite capturar e compreender o processo de desenvolvimento dos direitos de cidadania feminina no Brasil, nem tampouco a nova realidade social, na qual as mulheres, apesar de ainda numericamente subrepresentadas, afiguram-se, cada vez mais e graças a um longo processo de empoderamento feminino, como sujeitos políticos, cidadãs participativas, e, portanto, como sujeitos jurídicos, titulares (além de coautoras) de direitos constitucionais. Assim, malgrado seja o texto da Constituição um documento produzido democraticamente, inexistia abordagem histórica democrática, generificada e interdisciplinar do processo de sua elaboração, o que contribuía, ainda mais, para a invisibilidade social e jurídico-processual dos novos sujeitos de direitos constitucionais, dentre eles, as mulheres. (SILVA, 2011, p. 45).

De fato, a existência do Lobby do Batom, e sua construção coletiva e democrática, foram relevantes para o entendimento crescente em relação ao gênero feminino e suas necessidades, especialmente por comprovar a força da união e da mobilização nacional em prol de um objetivo comum que, de maneira inteligente e criativa, teve o condão

de alterar a condição subalterna da mulher como ente detentor de direitos, pelo menos do ponto de vista legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O texto da Constituição Federal do Brasil é transparente e considerado como um texto jurídico de caráter progressista com relação aos assuntos de gênero. É necessário, no entanto, que a garantia constitucional seja refletida no cotidiano das pessoas, infelizmente não é a prática nacional, pois a violência contra a mulher permanece como uma dura realidade, e as diferenças entre sexos encontradas no mercado de trabalho ainda são relevantes, consideráveis e minimizadores dos potenciais femininos. (MIRANDA, 2010, p. 3)

Ou seja, apesar de não haver dúvida de que após a Constituição Federal de 1988 mudou de forma muito profunda o modo com as mulheres são representadas na sociedade, refletindo fortemente no reconhecimento de direitos e obrigações, ainda há um longo caminho a ser percorrido para a efetivação da igualdade plena entre o masculino e o feminino. Para Lucas (2007, p. 148), “[...] apesar do importante avanço no âmbito jurídico, ainda existem resquícios de uma sociedade conservadora, no que concernem as relações travadas na sociedade”.

Infelizmente as previsões legais, tanto da Carta Magna, quanto em eventuais legislações esparsas, apesar de serem relevantes conquistas, não significam a possibilidade imediata de fruição, o que torna necessário inúmeros movimentos de reforço para fortalecimento

e implantação das conquistas, evitando-se o risco de que seja entendido que o trabalho já foi todo feito, pois, nas palavras de Silva e Wright (2015, p. 188):

Afinal, em que pese todos os esforços envidados pelos feminismos ao longo da história, fazendo uso dos mecanismos de que dispunham para lograr a completa superação de um velho paradigma, ainda vivemos, lamentavelmente, sob a hegemonia de uma cultura política socialmente deletéria, qual seja, a cultura patriarcal contra a qual é preciso que o novo constitucionalismo se insurja, a começar pela visibilização e valorização da ação política das mulheres.

Em relação aos cuidados necessários para a manutenção e aprimoramento das relevantes conquistas, importante lembramos os ensinamentos de Jon Elster (1990, p. 108, 109), no texto “Reflexões sobre a transição para o socialismo”, em que escreve:

[...] os meios devem compartilhar a natureza dos fins, pois de outra forma eles os subverteriam. Esse argumento, embora atraente, não é muito sólido. Deve ser contrabalançado pela visão oposta de que os meios muito semelhantes ao final nunca nos levarão a ele, pois se pressupõe que quase já o alcançamos [...].

Ou seja, é necessária plena ciência de que a previsão do artigo 5º de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” e de que “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (Brasil, 1988), estipula um meta, uma utopia que direciona a um querer social, ainda longe de ser conquistado.

Como nos lembra Galeano (2000, p. 102):

[...] está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a

alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar.

Sigamos caminhando, pois a sociedade ainda encontra-se em premente transformação e movimentos como o Lobby do Batom precisam ser reeditados e reforçados para que tornem possível a efetivação dos direitos juridicamente conquistados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano**: características e distinções. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n.34, p.133-145, ago.2012. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/363-1431-1-pb.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. **“Lobby do Batom”**: uma mobilização por direitos das mulheres. Revista Trilhas da História, Três Lagoas, v.3, n. 5 jul-dez, p. 72-85. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/ojs/index.php/RevTH/article/view/444/244>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/conselho>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CARVALHO, Liandra Lima. **Um estudo sobre o “Lobby do Batom” no processo da Constituição Federativa de 1988**. Revista FAFI©, v. 3, n. 3, 2012/2013. Disponível em: <<http://www.fescfatic.edu.br/revista/index.php/artigos/72-um-estudo->

sobre-o-%E2%80%9Clobby-do-batom%E2%80%9D-no-processo-da-constituicao-federativa-de-1988>. Acesso em: 19 dez. 2017.

ELSTER, Jon. **Reflexões sobre a transição ao socialismo**. Lua Nova, n. 22, p. 107-131, dezembro, 1990.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. 7. ed. Trad. de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2000.

GRAZZIOTIN, Vanessa. **A bancada do batom e a Constituição cidadã**. Congresso em Foco. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/a-bancada-do-batom-e-a-constituicao-cidada/#header>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

LUCAS, Ana Paula Schneider Lucion. **A luta das mulheres e a conquista da igualdade jurídica no Brasil**. Revista do Curso de Direito da FSG, ano 1, n. 2, p. 135-150. Jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.fsg.br/public/oldFiles/Documentos/DIR/Revista%20do%20Direito/revista_direito_2.pdf#page=135>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Homens e Mulheres: a isonomia conquistada**. Revista Eletrônica: direito, justiça e cidadania. V.4, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MOREIRA, Laís de Araújo. **Direito e gênero: a contribuição feminista para a formação política das mulheres no processo de (re) democratização brasileiro**. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, v. 5, n. 01, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/25010>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo da

Universidade Federal da Bahia, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/7298/1/TESE%20vers%C3%A3o%20para%20PDF%20.pdf>. Acesso em 19 dez. 2017.

SILVA, Salete Maria da. **O Legado jus-político do lobby do batom vinte anos depois**: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal. 2008. Disponível em: http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf. Acesso em 18 dez. 2017.

SILVA, Salete Maria da. WRIGHT, Sonia Jay. **As mulheres e o novo constitucionalismo**: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*. v. 1, n. 2, p. 170-190. Jul/Dez, 2015.

VERAS, Gabriella Galdino. **A representação feminina na política brasileira**: análise sobre a efetividade da cota de gênero prevista na Lei 9.504/97. 2013. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5139/1/RA20505675.pdf>. Acesso em 18 dez. 2017.

COMISSÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA

ESTADO, GOVERNO, ADMINISTRAÇÃO E ADVOCACIA PÚBLICA: O QUE PODEMOS APRENDER COM TRINTA ANOS DE CONSTITUIÇÃO?⁴

Tiago Gubert Cury⁵

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 completa 30 anos de sua promulgação. Essas três décadas testemunharam inúmeros eventos que marcam o difícil processo de formação e amadurecimento de uma democracia jovem, tardiamente (re)inaugurada. Avanços sociais e uma paulatina efetivação dos direitos reconhecidos pela Constituição são traços inegáveis dessa valsa histórica (ainda que, por vezes, em ritmo mais lento do que o desejável); por outro lado, é impossível deixar de reconhecer a gravidade das crises que evidenciam uma certa fragilidade institucional, deixando claro que ainda há muito que avançar.

Nesses tempos difíceis e incertos, a homenagem mais patriótica que alguém poderia oferecer ao trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil é um balanço completo e honesto das virtudes, dos vícios, dos avanços e dos retrocessos que marcaram o passar dos anos. Um trabalho desta magnitude, porém, escaparia aos limites deste espaço e demandaria um estudo mais aprofundado. O

⁴ Agradeço às colegas Lisiane Penz Negrini e Livia Cynara Prates Thomé e ao colega Max Möller, pelo auxílio na revisão e pelos apontamentos que contribuíram para a elaboração deste artigo.

⁵ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Email: tiago-cury@pge.rs.gov.br

mundo é complexo demais, e um turbilhão de eventos e fenômenos faz surgirem novos questionamentos sobre a significação de ideias como fronteiras, democracia, soberania, povo, tão caras à formação dos Estados modernos.

Atenho-me, então, à homenagem que me é possível, e que consiste em tentar lançar algumas luzes sobre um elemento *essencial* à edificação e ao aprimoramento do Estado Democrático de Direito inaugurado há 30 anos: falo da *Advocacia Pública*, que a própria Constituição da República institui como *função essencial à Justiça*, mas que ainda não parece ter sido adequadamente compreendida.

O traço de essencialidade que marca a Advocacia Pública, segundo sustentarei nas linhas seguintes, decorre da posição que ocupa no arranjo institucional pátrio, mantendo proximidade com estruturas afetas à *função administrativa* e à *função governamental*. Tal posição é de complexidade ímpar por dois motivos: (i) porque exige atuação em dois campos distintos, mas inseparáveis, quais sejam, os campos *político* e *jurídico* (*governo e administração*), cujos contornos são de difícil delimitação; (ii) porque o arranjo institucional brasileiro concentra, num mesmo órgão, o exercício das chefias de governo e da administração (e de Estado, mas esta dimensão não integra o foco do debate proposto), ampliando a potencialidade conflituosa entre esses campos nos quais opera a Advocacia Pública.⁶

⁶ Acredito que lançar luzes sobre esses aspectos nebulosos do nosso arranjo institucional seja essencial para compreender o quadro de constante crise institucional que perpassa a Nação, ainda que este não seja o foco do artigo.

Minha análise terá como alvo a atuação da Advocacia Pública na formulação e na defesa judicial de políticas públicas. Este é apenas um pequeno, mas importante recorte no amplo espectro formado pelo plexo de atribuições da Advocacia Pública, justificado porque, nele, a relação *governo-administração* é bem marcada. Partindo do debate entre “Advocacia de Governo” e “Advocacia de Estado”, pretendo demonstrar que é mais interessante discutir os méritos de uma relação “Advocacia de Administração” e “Advocacia de Governo”.

A atuação no centro dessa relação (entre o *jurídico* e o *político*) marca um dos traços de essencialidade da Advocacia Pública (especialmente no que é pertinente ao trato jurídico das políticas públicas). Para melhor expor isso, socorrer-me-ei de uma construção teórica proposta por Hans Kelsen.

Ao final, depois de haver demonstrado que *administração* e *governo* exercem funções distintas, mas inseparáveis, gerando uma interface de diálogo entre o *jurídico* e o *político*, pretendo demonstrar que o papel da Advocacia Pública nesse meio não permite refutar totalmente a ideia de uma advocacia de governo, ainda que pautada, prioritariamente, por uma lógica de advocacia da Administração.⁷

⁷ Cabe alertar, por fim, que não pretendo, neste espaço, esgotar ou explicar todo o campo de atuação da Advocacia Pública, nem tomar em consideração as novas complexidades de que se ocupa o direito administrativo, e que, se reconhece, trazem novos desafios à consolidação daquela instituição (como, por exemplo, a ideia das *agências independentes* e sua atuação no direito regulatório, abrindo novas discussões sobre os limites do direito e da política). Por fim, não se pretende a defesa de uma teoria específica da interpretação jurídica, ou mesmo uma teoria do direito própria. Os raciocínios de teóricos do direito citados no artigo são apropriados apenas porque, segundo meu entendimento, são convenientes para a construção de uma ideia de Advocacia Pública condizente com um Estado Constitucional Democrático de Direito.

2. A ESSENCIALIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA: O RESGATE DA NOÇÃO DE GOVERNO

Debates sobre a natureza das funções atribuídas à Advocacia Pública geralmente são estabelecidos a partir de uma já clássica dicotomia entre *Advocacia de Estado* e *Advocacia de Governo*. O objetivo desta seção é demonstrar que, em termos atuais, é mais interessante estabelecer o debate em termos de *Advocacia de governo* e *Advocacia de administração*. Não se trata de questão meramente terminológica, mas sim de estabelecer clareza conceitual, extremamente necessária porque a Constituição Federal não faz clara (e a comunidade política parece fazer questão de não compreender) a distinção entre *governo e administração*.

Não há melhor escola para apreender o estado da arte dos debates que envolvem a temática da Advocacia Pública do que aquela legada por Diogo de Figueiredo Moreira. Não foram poucas as oportunidades em que o jurista tratou sobre a natureza das atribuições da Advocacia Pública e sobre as prerrogativas necessárias para seu adequado exercício. Segundo leciona, são missões fundamentais da Advocacia Pública “*a representação judicial*” e a “*consultoria jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal e, por compreensão, no que couber, a dos Municípios, entes políticos, que também são, em nossa federação, de três graus*”⁸. Tais atribuições formam um conjunto de

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em*

funções independentes das três funções tradicionais do Estado (executiva, legislativa e judiciária):

A Constituição de 1988 acrescentou às três funções tradicionais do Estado acima examinadas, certas funções de *fiscalização, controle, zeladoria, provocação e defesa* que, tal como as *funções jurisdicionais*, devam estar isentas de comprometimentos político-partidário, tenham especialização técnica e sejam garantidas em sua autonomia de desempenho, constituindo um quarto bloco de *funções constitucionalmente independentes*, com seus respectivos órgãos próprios.⁹

Eram frequentes as manifestações do renomado autor expressando suas preocupações com a distinção entre “Advocacia de Estado” e “advocacia de governos”. Dizia ele que “enquanto *governos* e *governantes* são transitórios e refletem segmentos de maiorias, *Estado* e *Advocacia de Estado* são projeções institucionais *permanentes* de toda a sociedade”, de modo que “os *Advogados de Estado* não podem ser tidos como *advogados de governos* ou, com maior razão, *como advogados de governantes*”¹⁰. Ponderações desta natureza parecem ter pautado o debate sobre a natureza das atribuições da Advocacia Pública.

A dicotomia *Estado/governo* ganha contornos ainda mais dramáticos no Brasil porque nossa Carta Política não traz qualquer

homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. **P. 26.**

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 28.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. **P. 24.**

definição daquilo que se possa entender por governo. O termo é empregado diversas vezes, quando o texto refere a existência de “atos de governo”, “escola de governo”, “programas de governo”, mas não explicita como deve ser compreendido. Para dificultar ainda mais a compreensão dos limites da função governamental, a Chefia do Governo, a Chefia da Administração e a Chefia do Estado foram aglutinadas na figura do Presidente da República, conforme se denota da leitura do art. 84 do texto constitucional, de modo que todas essas funções se concentram no *Poder Executivo*.

Esta construção é bastante tradicional e remonta a uma ideia de *tripartição dos poderes* (Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, conforme se constata ao examinar o Título IV da Constituição Federal), mas não se revela adequada ao modelo de Estado contemporâneo¹¹, tanto que outras nações já evoluíram para outros modelos¹². Os textos de constituições de outras nações distinguem, de

¹¹ Nesse sentido foram bastante enfáticos os alertas feitos por Cezar Saldanha à Assembleia Constituinte, quando convidado a participar de Audiência Pública, em 06/05/1987, sediada pela Subcomissão do Poder Executivo. Os debates podem ser encontrados nas atas das comissões, em ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES). **Anais da Assembleia Constituinte:** subcomissão do Poder Executivo – anexo 3b. Disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin角度/audiencia.zip>. Em apertada síntese, Cezar Saldanha destacou que a ideia de *tripartição de poderes*, desenvolvida por Montesquieu, era própria ao Estado liberal oitocentista, inspirado nos ideais iluministas: um Estado que tinha por função assegurar a liberdade e a propriedade. O *governo* era diminuto e até prescindível, porque não eram necessárias políticas públicas, nem se cogitava de direito sociais, regulação da economia ou qualquer forma de intervenção estatal que não aquela voltada à garantia da liberdade e da propriedade. Bastava Estado, Parlamento (porque a lei, geral e abstrata, bastava à garantia da igualdade), e Judiciário (para aplicar as leis).

¹² Para um histórico sobre a evolução da ideia de (primeiro) concentração do poder (absoluto) e, depois, separação do(s) poder(es), não há melhor obra do que o trabalho de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como**

forma mais clara, *Estado, governo e administração* (para ficar com dois exemplos, remeto às constituições da Espanha e de Portugal¹³).

No Brasil, a ausência de uma distinção nessa mesma linha, em nível constitucional, talvez seja um dos fatores responsáveis pela dificuldade de compreender a natureza peculiar da posição ocupada pela Advocacia Pública no arranjo institucional brasileiro: o debate posto defende uma Advocacia de Estado, e não de governo, mas as funções de Estado e de governo são chefiadas por um mesmo núcleo de poder; além disso, quem rejeita uma advocacia de governo não nega que os *governantes* estão entre os *diretos beneficiários das atividades a cargo da Advocacia Pública*¹⁴, dentre as quais a de zelar pela *juridicidade das decisões de governo*.

poder: (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹³ A Constituição Espanhola dispõe que “*El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes*”. O governo é encabeçado pelo Presidente, que “*dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*”. A Administração é sujeita-se à Lei e à Constituição (artigos 97 e 101 da Constituição da Espanha). A Constituição de Portugal também estabelece essa distinção, definindo o governo como “*o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública*”, chefiado pelo Primeiro-Ministro, e atribuindo a Chefia de Estado ao Presidente da República, que “*representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas e é, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas*”. A administração pública subordina-se à Constituição e à Lei (art. 266).

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em*

Minha sugestão, na tentativa de lançar nova luz sobre este imbróglio, é de que a Advocacia Pública tem por função operar a interface entre o *jurídico* e o *político*, entre *administração* e *governo*. Creio que essas dicotomias separam aspectos complementares de uma mesma realidade (a realidade do poder estatal), que precisam ser harmonizadas para o adequado florescimento de um Estado Democrático de Direito. Já no que concerne à ideia de Estado, prefiro deixá-la de fora do debate, porque, quando devidamente apartada das ideias de administração e de governo, remete a entidades de caráter suprapartidário, de unificação nacional e de proteção dos valores da Pátria. É a relação entre *governo* e *administração* que tem maior potencial para conflitos.

A noção de governo traduz a função de conduzir a política geral do país, e essa direção, numa democracia, varia conforme os ventos da política nacional. Essa variabilidade é desejada, tanto que a periodicidade das eleições é quase um elemento conceitual da democracia¹⁵. Já a administração rege-se por princípios próprios, jurídicos, não estando à mercê dos ventos políticos, tanto que, conforme adiantado, a própria Constituição de 1988 reservou-lhe um capítulo

homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 30.

¹⁵ O *programa* de governo pode mudar, trazendo novas políticas públicas, porque variam os entendimentos sobre a melhor forma de dar cumprimento aos fins que a Constituição impôs ao Estado (“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”).

próprio, apartado do título que trata da “Organização dos Poderes”. Ademais disso, tal noção nada tem de inédita no pensamento jurídico brasileiro: obra publicada ainda em 1866 (muito anterior, portanto, a esta Constituição trintenária e a outras tantas que lhe precederam), de autoria de Antônio Joaquim Ribas, já falava no assunto. Permito a transcrição na linguagem tal como publicada desta doutrina um século mais antiga que nossa Carta Fundamental:

Em teoria é facil discriminar as funcções politicas e administrativas dos agentes do Poder Executivo; mas na pratica nem sempre se póde determinar quando elles exercem umas ou outras, quando governão ou administrão.

Ao governo, como poder governamental ou politico, compete indicar a direcção, inspirar o pensamento geral e imprimir o impulso a todo o funccionalismo admininstrativo, tanto nas relações internacionaes como nas internas.

A missão da administração, pelo contrario, é por assim dizer toda material ou mecanica; cumpre-lhe organizar os meios praticos, e pô-los em acção, para a realização do pensamento governamental.

Ella deve, pois, ser um instrumento docil e seguro nas mãos do governo, emquanto este ora dentro da sua esphera propria. Assim, não deve imprimir nos serviços publicos um impulso contrario ou diverso daquelle que o governo lhe quer dar; não póde ter um pensamento, uma vontade, quenão sejam o pensamento e a vontade do governo, emquanto este se limita ás suas funcções de iniciativa, de apreciação e de direcção geral.

Aqui, porém, deve parar a subordinação e começar a sua independencia.

Quando a administração trata de organizar os serviços publicos, não deve postergar as vantagens delle em attenção ás predilecções ou anti-pathias politicas; quando se occupa com a execução de um preceito legislativo, não deve sophistica-lo, torcê-lo ou illudi-lo para comprazer ao systema preferido pelo governo; quando se acha em presença dos cidadãos, dos seus direitos e obrigações, deve, como verdadeira magistratura, fazer respeitar esses direitos e cumprir essas obrigações, collocando a sua

rectidão e imparcialidade acima de todas as considerações da política.¹⁶

Como transparece, é tênue a divisão entre governo (que “indica a direção, inspira o pensamento geral”) e administração (que “organiza os meios praticos” necessários à concretização do plano de governo), tanto que o Conselheiro Ribas já advertia, nos idos de 1866, que “*descrever em torno de cada uma destas entidades um circulo dentro do qual se possa mover larga, harmoniosa e independentemente, nada ha mais difficil do que isso*”.¹⁷ Tanto tinha razão que, passados 150 anos, a assimilação dessas ideias pelo imaginário político parece ainda em fase inaugural.

Também não poderia deixar de referir, ainda sobre a necessária distinção entre funções de Estado, de governo e de administração, que o tema foi objeto de análise pela Assembleia Constituinte. Em debates ocorridos em 06 de maio de 1987, na Subcomissão do Poder Executivo, foi convidado para participar, em audiência pública, o jurista Cezar Saldanha Souza Junior (que, sintomaticamente, foi Advogado Público entre 1974 e 2001). Na ocasião, sustentou a necessidade de separar *Estado, governo e administração*:

Chefia de Estado, Governo e Administração. Srs. Constituintes. Nossos representantes, Presidente Albérico Filho, Constituinte José Fogaça, é isso que temos de regular aqui: a Chefia de Estado, o Governo e a

¹⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C., 1866. Versão consultada disponibilizada pela BDJur, Brasília, DF, 28 maio 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/21638>, p. 59-60.

¹⁷ *Ibidem*, p. 61.

administração. E se impõe, que essas funções sejam separadas.

[...]

Temos uma fórmula só para salvar a democracia: é separar o Estado do Governo. Vamos criar uma Chefia de Estado acima dos partidos, acima das ideologias. Já que pelo voto universal e pelo nascimento dos partidos socialistas e comunistas, não há mais consenso em torno do Governo, vamos criar um consenso político acima dele. Um Chefe de Estado representa a pátria, comanda as Forças Armadas e pode ter poderes de arbitrar o jogo político mais expressos ou menos expressos, menos expressos, mais explícitos ou menos explícitos.

[...]

É esta a opção, Srs. Constituintes, minhas amigas e meus amigos: vamos organizar uma democracia pelos partidos, em que a eleição para Deputado é para valer, ou vamos manter um sistema que é a maquiavélica, para não dizer a montesquiana fórmula de organizar um conflito intergovernamental, para manter a paralisia do Governo e do Estado. Esta é a opção.¹⁸

A proposta não foi acatada na redação final da Constituição, que, conforme já mencionado, cumulou, na Chefia do Poder Executivo, as funções de Chefia de Estado, de governo e de administração¹⁹, o que, todavia, não apaga a distinção existente entre a natureza de cada uma dessas funções.

¹⁸ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES). **Anais da Assembleia Constituinte**: subcomissão do Poder Executivo – anexo 3b. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/audienciap.zip>>. p. 100-103.

¹⁹ O que se denota das atribuições que cumula, segundo redação do art. 84 da Constituição Federal. Cezar Saldanha Souza Junior advertiu a constituinte que esta seria “a montesquiana fórmula de organizar um conflito intergovernamental, para manter a paralisia do Governo e do Estado”. A advertência ganha tons sombrios quando se constata que, de 1988 para cá, dois presidentes foram removidos do cargo, e os que se mantiveram no poder não o fizeram sem lançar mão de indecorosas barganhas pouco republicanas em nome da governabilidade.

Com essas reflexões, pretendo haver demonstrado que a verdadeira dicotomia que interessa ao debate sobre a natureza das atribuições acometidas à Advocacia Pública é a dicotomia *governo/administração*. Espero, ainda, haver demonstrado que o *governo* é, tanto quanto o Estado e a administração, *função permanente e essencial à democracia*. Sem governo, administração e Estado seriam inertes, porque é o governo que imprime direção e movimento ao poder.

A Advocacia Pública ocupa uma posição no epicentro dessa nebulosa fronteira de funções (de governo e de administração), como já advertia o Conselheiro Ribas em 1866. Essa dicotomia entre funções faz surgir uma outra dicotomia, que envolve o *político* e o *jurídico*, campos distinguíveis, mas inseparáveis. Essa relação entre *jurídico* e *político* é também parte do traço que marca a essencialidade da Advocacia Pública enquanto *função essencial à Justiça* e será objeto de análise na próxima seção.

3. O POLÍTICO E O JURÍDICO: VETORES DA ADVOCACIA PÚBLICA

O *político* e o *jurídico*, assim como *administração* e *governo*, são distintos, mas inseparáveis. Políticas públicas, afinal, são veiculadas por meio de normas jurídicas produzidas por instituições jurídico-políticas e executadas por meio de entidades sujeitas a regimes jurídicos específicos. Há um necessário diálogo entre o *jurídico* (*administração*) e o *político* (*governo*), especialmente no que se refere

à formulação e execução de políticas públicas, e a Advocacia Pública exerce função primordial na operação dessa interface.

Creio que a melhor forma de idealizar essa interface é compreendê-la como uma estrutura dialógica, que serve à promoção de um diálogo entre campos distintos (e não à dominação de um campo por outro). Assim, para que o diálogo ocorra, o câmbio discursivo entre esses campos deve possuir uma vetorização ambivalente: ambos os códigos devem exercer e receber influência um do outro. Noutras palavras, por vezes há o aporte de um discurso político para o campo jurídico (como, por exemplo, na defesa de uma lei ou ato administrativo, ou o ajuizamento de uma ação de controle de constitucionalidade, por exemplo); por outras, o aporte será de um discurso jurídico para o campo político (como, por exemplo, no exercício da atividade consultiva e no controle de legalidade). O político e o jurídico, portanto, interagem e transformam-se mutuamente.

Essas afirmações podem assustar o leitor, porque o que se cobra, em tempos de crise institucional, é justamente uma separação entre jurídico e político, até para evitar que o segundo *contamine* o primeiro (impressão explicada pelo caráter pejorativo que, lamentavelmente, impregna o termo “político” - e também o termo “governo”).

Para explicar esse diálogo entre o *jurídico* e o *político*, socorro-me de uma construção teórica que separa *ciência jurídica* e *política de direito*, elaborada por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito²⁰.

²⁰ Não se trata, aqui, de adotar a integralidade da teoria posta pelo jurista, mas de utilizar um fragmento de seu raciocínio que entendo útil para demonstrar a

Adianto, aqui, que pretendo apenas fazer uso dessa construção teórica, sem qualquer comprometimento com conclusões de maior abrangência sustentadas pela obra do autor. Talvez seja adequado afirmar que se trata de uma apropriação de um fragmento de raciocínio. Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen pretendia estabelecer as premissas para uma *ciência do direito* orientada por métodos próprios e separada de outras ciências, da política e da moral. Todavia, jamais afirmou que o direito (ordenamento jurídico) é necessariamente desprovido de moral²¹. O que há é uma recusa de correlação conceitual necessária entre Direito (ciência) e Moral. Isso fica claro na seguinte passagem:

A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo.²²

Outro aspecto que importante a destacar é que, na leitura proposta da teoria, *a tarefa de aplicar o direito* (i) não se reduz à *decisão judicial* e (ii) não é inteiramente abrangida por aquilo que Kelsen chama de “*ciência do direito*”, mas envolve também aquilo que

interconexão entre direito e política. Aliás, paradoxalmente, o objetivo da Teoria Pura do Direito era estabelecer uma *ciência do direito* separada da política, da moral, e de outras ciências. Isso, todavia, não significa isolar o *direito* da política (direito e ciência do direito não se confundem).

²¹ Aqui, portanto, há que se concordar com Lenio Streck, quando afirma que “Kelsen separou a ciência do direito da moral e não o direito da moral”, em STRECK, Lenio Luiz. Cumprir ou não a lei? Dois casos de “antipositivismos” equivocados. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/senso-incomum-cumprir-ou-nao-lei-dois-casos-antipositivismos-equivocados>. Acessado em 05/09/2015

²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Página 393-394.

refere como “*política do direito*”. Minha intenção é, por meio de uma apropriação dessas distinções, utilizar a correlação entre *ciência do direito* e *política do direito*, no ato de *aplicação do direito*, para esclarecer a relação entre *direito e política* e, assim, tentar elucidar o papel da Advocacia Pública no espaço entre *administração e governo*.

Depreende-se da construção teórica kelseniana que a “aplicação do direito” não se esgota na ciência do direito. Aplicação do direito é, simultaneamente, criação do Direito²³. Como todos sabemos, a criação do direito ocorre em vários graus: a introdução de uma nova lei ao ordenamento jurídico é um ato de aplicação do direito (das normas que estabelecem competências legislativas, processo legislativo e condicionantes substanciais), e, também, de *criação de direito* (o ato posto – lei – passa a valer como direito). Do mesmo modo, a produção de um ato normativo infralegal consiste em *aplicação do Direito* (o ato

²³ “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. E desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite - a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo - entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior. Se considerarmos a ordem jurídica estadual sem ter em conta um Direito internacional que lhe esteja supraordenado, então a norma fundamental determina, de fato, a criação da Constituição, sem que ela própria seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. Somente a execução do ato coercivo estatuído por estas normas individuais - o último ato do processo de produção jurídica - se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma.” KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Página 261.

deve estar de acordo com uma norma de hierarquia superior) e *criação do Direito* (o ato infralegal é um ato jurídico), e assim sucessivamente. Em cada uma dessas etapas há envolvidas *interpretação* de um direito que, aplicado, cria novo direito.

Daí é possível compreender a ideia segundo a qual a interpretação jurídica consiste numa “*operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior*”²⁴. Trata-se, sobretudo, de determinar qual o conteúdo que se deverá encontrar no ato produzido (a lei, a decisão judicial, o ato administrativo).

Ocorre que o Direito (a norma jurídica) padece de relativa indeterminação, sempre presente em maior ou menor grau, diante do que raramente a aplicação permite que se encontre, por meio da interpretação jurídica, *uma única resposta possível*, mas uma *moldura dentro da qual existem múltiplas possibilidades interpretativas*. A questão pode ser sintetizada na seguinte passagem:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível²⁵.

A identificação das várias soluções possíveis seria um ato de cognição (de ciência jurídica); a eleição de uma dessas possibilidades, um ato de vontade (ou de política do direito). Assim, à ciência do

²⁴ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 387-389.

²⁵ *Ibidem*, p. 390.

Direito caberia identificar as *arestas que formam a moldura dentro da qual estão presentes as várias possibilidades de aplicação do Direito*. Todas as possibilidades de aplicação que se encontrarem *dentro da moldura* seriam, do ponto de vista do direito positivo, válidas (todas teriam, do ponto de vista da ciência do direito, “igual valor”). A *escolha* de uma dentre as várias possibilidades não seria tarefa da *ciência jurídica, mas um ato de vontade*.

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.²⁶

Por se tratar de um *ato de vontade*, Kelsen reconhece nessa “decisão” sobre qual interpretação adotar, dentre as várias possíveis, um caráter “político” – ou “política do Direito”. Entendo que essa ideia é bastante pertinente para explicar uma decisão política num contexto de Estado Constitucional (miro aqui as decisões de autoridades que o ordenamento reconheça como fonte de direito – algo equivalente ao que Kelsen chamaria de ‘interpretação autêntica’²⁷).

²⁶ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

²⁷ “Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da

As objeções mais sérias a essa construção teórica argumentam que atribuir o resultado final da interpretação jurídica a um *ato de vontade* implicaria reconhecer que a decisão jurídica é uma decisão discricionária²⁸. Sem pretender entrar no mérito desse debate, fato é que tais objeções perdem força quando se utiliza essa construção teórica para explicar o ato de aplicação do direito pelo *legislador* e pelo *administrador*, searas em que a existência de ampla margem de discricionariedade decisória sequer pode ser apontada como um problema; é, antes, o *cerne e a razão de ser da própria democracia*. Afinal, fosse possível extrair da Constituição uma lei correta, ou, da lei, um ato infralegal correto, não seria absurdo legar as funções legislativas e de governo a órgãos eleitos pelas maiorias?²⁹

interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Página 394

²⁸ Tais considerações podem ser disputadas alegando-se que este problema não era o objeto do estudo laborado na Teoria Pura do Direito. Aprofundar o tema, porém, seria escapar dos limites deste trabalho.

²⁹ Argumento nesse mesmo sentido é sustentado por Kelsen, ao refutar o absolutismo moral: “*O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica que os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente excluídos. Um dos*

Assim, o reconhecimento expresso de que existe um espaço reservado à vontade na aplicação do Direito pelas instâncias de poder é necessário para aceitar que há espaço para deliberação democrática (a escolha de uma determinada via de atuação) quando da aplicação da Constituição e das leis, especialmente pelos agentes políticos.

Esta construção, exposta em breves e superficiais linhas, é compatível com os pressupostos centrais da ideia de *Estado Constitucional Democrático*: (i) a Constituição incorporou em seu texto normativo diversas *regras* e *princípios* que figuram como *limites* à atuação estatal; (ii) o constituinte, ainda que estabelecendo tais limites, deixou uma considerável margem de liberdade para tomada de decisões políticas; (iii) o exercício dessa liberdade é orientado pelo princípio democrático e por procedimentos constitucionalmente estabelecidos, (iv) de modo que os representantes do povo, eleitos para tomada de decisões em nome dele, ao exercerem o poder que lhes compete, *agem politicamente, mas, simultaneamente, agem juridicamente*.

4. ADVOCACIA PÚBLICA E O VETOR JURÍDICO: A DEFESA DA JURIDICIDADE

Da constatação de que o *agir político* é também *agir jurídico* exsurge a necessidade de o Constituinte estabelecer, como *função*

princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos". KELSEN, Hans. A democracia. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183.

essencial à Justiça, um órgão cuja atribuição seja prover *orientação jurídica* (ou *prover juridicidade*) ao exercício do poder político. Na formulação de políticas públicas, isso é bastante evidente: há uma grande margem deixada à deliberação política na formulação de políticas públicas, mas, obviamente nem tudo é permitido; além disso, na execução da política pública, não se pode exigir da administração que, no intuito de cumprir um comando governamental, exorbite os limites da juridicidade.

Assim, a função de *orientação jurídica* tem como destinatários tanto a administração quanto o governo. À administração, porque sujeita-se aos limites da própria normatividade que a institui. O regime jurídico dos servidores públicos, as normas que regem o processo administrativo, as exigências específicas para contratação de serviços, aquisição e alienação de bens, e todo o plexo jurídico-legal que define o regime jurídico de direito administrativo deve ser observado, o que não é tarefa fácil. Se, como ensinava o Conselheiro Ribas, a administração é atividade “toda material ou mecânica”, cumprindo-lhe “organizar os meios praticos, e pô-los em acção, para a realização do pensamento governamental”, deve fazê-lo em observância à impessoalidade, à legalidade, e aos demais princípios e regras próprias do regime jurídico de direito administrativo.

Já o *governo*, que precisa valer-se da administração para por em prática o pensamento governamental – o programa eleito pelo povo –, deve levar em conta todos os contornos jurídicos que restringem a margem de liberdade administrativa. Isso muitas vezes impacta no programa governamental, que precisa adequar-se à limitação dos meios

(limites que recaem sobre a administração) disponíveis para sua realização. Assim, a realização do programa governamental, que se dá por meio de atividade administrativa (sem com esta confundir-se), precisa atentar para o conjunto de normas que regem a função administrativa. A necessidade de um diálogo entre político (governo) e jurídico (administração) é, aqui, evidente.

Essa função de orientação jurídica busca imprimir *juridicidade* ao agir político, ou, noutras palavras, a Advocacia Pública “importa” um discurso jurídico para o agir político. Por isso falo em um *vetor jurídico* da atuação do advogado público. Para lastrear essa compreensão, as premissas teóricas estabelecidas na seção anterior são de grande validade: ao considerar que (i) o direito a aplicar (a Constituição e as leis, e todos os princípios, regras e valores nelas positivados) forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de resultado conforme o direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, e (ii) que a escolha de uma dentre aquelas várias possibilidades é um ato de *vontade* ou de *política do Direito*, caberá concluir que (iii) a unidade de poder (o legislador ou o governante) que pretenda observância à Constituição quando da aplicação normativa (quando estiver tomando uma decisão - política - para a qual o ordenamento jurídico lhe atribua competência) encontrará, na norma interpretada, *uma moldura dentro da qual existirão várias possibilidades*, devendo escolher *uma dentre as várias*, sendo que *qualquer delas será tida como conforme ao Direito*. É, aliás, feliz a

expressão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando fala em “*decidir de direito*”³⁰.

Noutras palavras, ao exercer o *controle de juridicidade*, deve o advogado público apresentar-se como o *cientista do Direito* da construção apropriada de Kelsen. Posto um problema, deverá verificar, a partir da análise do Direito a aplicar, o *delineamento da moldura de possibilidades*, apresentando ao agente político os limites de liberdade que a juridicidade confere a seu agir político. Ao advogado público não há margem para *voluntarismos*, sob pena de invadir e, inadequadamente, limitar o espaço que deveria ser ocupado pela deliberação democrática.

Esta forma de encarar a função de *provisão de juridicidade* coloca da Advocacia Pública em posição única e diferenciada entre as carreiras públicas que integram as Funções Essenciais à Justiça, porque exige uma postura *jurídico-científica*, deixando ao administrador o papel decisório, o papel de política jurídica (ou, melhor, política dentro da juridicidade).

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 43

5. ADVOCACIA PÚBLICA E VETOR POLÍTICO: A DEFESA DO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

Visto que a provisão de juridicidade ao poder constituído, enquanto função própria da Advocacia Pública, consiste em conciliar escolhas políticas e normatividade constitucional, pretendo demonstrar que o exercício da representação judicial do Estado, especialmente quando a controvérsia recai sobre os méritos de uma determinada política pública, se dá no interesse da defesa daquelas escolhas políticas que, se realizadas sob os auspícios de uma orientação adequada, representam legítimos produtos do processo democrático. Por isso sugiro que se fale em vetor político na atuação da advocacia pública, no sentido de que o patrocínio da causa pelo advogado público é o patrocínio de um discurso político democraticamente legitimado, ao qual se pretende conferir sustentação jurídica.

O elemento político, aqui, deve ser compreendido nos termos acima delineados: é o elemento decisório em favor de uma dentre várias opções disponíveis ao exercente da função governamental (do poder político), dentro de uma moldura de juridicidade, delineada pelo ordenamento jurídico. Assim, quando atua em juízo, o advogado público defende uma determinada interpretação do direito, de modo que (assim como qualquer um que postule em juízo) passa a exercer, também, função jurídico-política. Aqui também lanço mão de um fragmento da construção teórica kelseniana:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades

por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. **Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política jurídica)**³¹.

Cabe notar que, segundo essa doutrina, qualquer um que patrocine uma causa em juízo está exercendo uma função de idêntica qualidade – política -, variando apenas a natureza do interesse representado: o advogado privado atua no interesse de seu cliente; a Defensoria Pública, no interesse do assistido; o Ministério Público, no interesse da sociedade (na persecução penal e na tutela de interesses difusos); o Advogado Público, no interesse da administração, mas também, ainda que mediatamente, no interesse do *governo* (porque, afinal, a administração é o veículo que põe em movimento o programa governamental).

Essa realidade é familiar a todo o advogado público que já defendeu, em juízo, um ato administrativo ou uma determinada política pública (um ato que indefere um pedido de fornecimento de medicamento; uma resolução de órgão ambiental; o uso de uma verba pública para atendimento de determinada finalidade, em detrimento de outras). Não são raras demandas nesse sentido patrocinadas pela advocacia privada, pela Defensoria Pública, ou pelo Ministério Público,

³¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 395-396.

todos componentes do grupo de funções essenciais à Justiça. Ao patrocinarem essas ações, o argumento implícito (ainda que nem sempre percebido) na causa de pedir é no sentido de que a decisão governamental é inválida, porque incompatível com o ordenamento jurídico. A essencialidade desta atuação está em permitir que todos os interessados possam discutir, em juízo, uma situação concreta, que pode ou não ter sido antecipada pela política pública posta em discussão. Permite-se, assim, uma análise do direito posto à luz do caso concreto e, sendo o caso, uma reconstrução desse direito com a participação da sociedade. A essencialidade à Justiça das procuraturas que permitem o funcionamento desse diálogo é patente.

À Advocacia Pública cabe, por sua vez, defender as decisões (governamentais) questionadas, porque tais decisões são produto do processo democrático. A “decisão” (a lei ou o ato administrativo que veicula ou que cumpre uma política pública), afinal, foi tomada por um núcleo de poder democraticamente eleito para tanto. Daí que defender essas decisões é defender o processo democrático. Por isso é comum que as manifestações do advogado público na defesa de um determinado ato administrativo apresentem argumentos com referência à lei ou a um ato normativo³². O raciocínio usual na construção das teses defensivas pode ser expressado assim: “se o ato impugnado foi praticado com fundamento em lei; e se essa lei é dotada de adequação constitucional (o que se presume), então o ato é jurídico e deve ser mantido”.

³² Esta é uma impressão do autor, extraída da prática. Certamente a confirmação dessa alegação demandaria estudos empíricos.

Mais uma vez recorro às premissas teóricas fixadas na primeira parte deste artigo: quando o agente político (legislador ou administrador) edita lei ou produz ato administrativo, está aplicando o direito; como o direito a aplicar (a Constituição, as leis) padece de relativa indeterminação, o agente político *elege, dentre as várias possíveis, uma interpretação determinada*. Exerce, portanto, função *jurídico-política*.

A Advocacia de Estado, quando atua em juízo na defesa de um ato legal ou administrativo, está defendendo uma *interpretação dada ao ordenamento jurídico por órgão democraticamente eleito para tanto*. Daí a referência a um *vetor político* da atuação da advocacia pública – porque defende uma decisão política.

6. UMA CONCLUSÃO AINDA EM CONSTRUÇÃO

Quando se trata de Advocacia Pública, qualquer conclusão é prematura. A instituição ainda está em construção, e ainda há sérios debates sobre a própria natureza de suas atribuições.

Pretendi, nestas breves linhas, sustentar, basicamente, três pontos.

Primeiro, que é preciso separar *administração e governo*, como há muito defendem juristas de renome, como Conselheiro Ribas (em meados do século XIX!) e Cezar Saldanha de Souza Junior (que, há 30 anos, alertou o constituinte de que estaríamos organizando um “conflito intergovernamental”). Lamentavelmente, nossa Constituição concentra, num mesmo órgão, as chefias de Estado, de Governo, e de

Administração. Além disso, não estabelece uma noção nuclear de *governo*. Por outro lado, a Constituição fez questão de ordenar a *administração pública*, estabelecendo seus princípios fundamentais, em título apartado, de modo que é possível extrair do texto constitucional uma distinção clara entre *administração* e *governo* (cabendo sempre frisar que são campos distintos, mas inseparáveis).

Segundo, espero haver demonstrado que a Advocacia Pública ocupa posição peculiar no diálogo entre *administração/governo*, diálogo também caracterizável pelo uso da dicotomia *jurídico/político*. Sugeri que o debate sobre a natureza das atribuições da Advocacia Pública torna-se mais rico se estabelecido nesses termos, em substituição à tradicional dicotomia *Advocacia de Governo vs. Advocacia de Estado*. Tomei a liberdade de utilizar uma apropriação (porque uma leitura bastante própria) da construção teórica de Kelsen para demonstrar a existência de um espaço de discricionariedade no centro da normatividade jurídica. Em que pesem severas, as objeções a esta construção teórica concentram-se demasiadamente em sua aplicação para explicar a decisão judicial, mas a teoria também tem por objeto a aplicação do direito por outros órgãos jurídicos (ou intérpretes autênticos), sendo bastante conveniente para explicar o espaço deixado à deliberação governamental.

Terceiro, sustentei que é inadequado refutar, peremptoriamente, uma sugestão de *Advocacia de Governo*. Ela é necessária, porque é preciso prover sustentação jurídica na formulação das decisões governamentais, e, depois, é preciso defendê-las em juízo, quando recair litígio sobre sua validade jurídica (ou, quiçá, sobre seus méritos).

Essa defesa se dá em favor da defesa do princípio majoritário, um dos corolários da democracia.

A questão que resta é: *como?* Como tornar eficaz, no mundo dos fatos políticos, a separação entre *governo* e *administração*? Como pode a Advocacia Pública operar o diálogo entre o *político* e o *jurídico*, sem enveredar demasiadamente o campo político? E como evitar o risco oposto, que é arvorar-se no discurso jurídico e sufocar a política?

Minha intuição (e não passa disso) é de que parte da solução está na consolidação de uma Advocacia Pública independente. Somente com o reconhecimento de autonomia é que poderá exercer, de fato, a tutela da Administração Pública, garantindo que ela funcione em total observância aos preceitos jurídicos que formam seu regime jurídico próprio, barrando eventuais confusões entre os anseios governamentais e os limites jurídicos da atuação administrativa. Não há como separar *governo* e *administração* sem separar *Advocacia Pública de governo*.

Por outro lado, o reconhecimento de autonomia à Advocacia Pública não pode vir desacompanhado de um amadurecimento institucional também em outros aspectos: é preciso ter claro os limites entre o *jurídico* e o *político*, porque, sob o manto da autonomia, não deverá o advogado público pretender fazer valer sua vontade, seus desejos, em detrimento das decisões governamentais. Se há controle de juridicidade, é para bem sustentar a decisão governamental, e não para minar a atuação do governo. Não há espaço para voluntarismos. São os voluntarismos, aliás, que uma Advocacia Pública deve coibir.

REFERÊNCIA

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES). **Anais da Assembleia Constituinte**: subcomissão do Poder Executivo – anexo 3b. Disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin角度/audienciap.zip>

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado*: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C., 1866. Versão consultada disponibilizada pela BDJur, Brasília, DF, 28 maio 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/21638>

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: (uma nova visão dos poderes políticos). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Cumprir ou não a lei? Dois casos de “antipositivismos” equivocados. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/senso-incomum-cumprir-ou-nao-lei-dois-casos-antipositivismos-equivocados>. Acessado em 05/09/2015.

COMISSÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

O ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÉGIDE DOS AVANÇOS CONSTITUCIONAIS E DO RETROCESSO LEGISLATIVO IMPOSTO PELA REFORMA TRABALHISTA

*Eduardo Peres Pereira*³³

Resumo: Um dos princípios de maior expressão na Constituição Federal de 1988 é, sem sombra de dúvidas, o do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, inciso, XXXV, engendrado dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente nos Direitos Individuais e Coletivos. O presente artigo tem como escopo, a abordagem da problemática do acesso à justiça, após os trinta anos da promulgação da Lei Maior, a relacionando, com o advento, em especial, da Lei nº 13.467/2017, cujos rumos parecem destoar do telos constitucional. Para tanto, se analisa primeiro, os avanços trazidos pelo texto da Carta Política, no ponto em comento – acesso à justiça – na sequência, se traça um estudo crítico, acerca deste princípio, sob a égide da recente legislação trabalhista. Por fim, concluiu-se que a Lei nº 13.467/2017 perdeu uma boa chance de ratificar a ideia matriz do texto constitucional, qual seja, a de ampliar o acesso à justiça aos jurisdicionados, à medida que restringe notoriamente o exercício desse princípio.

Palavras-chave: Acesso; Justiça; Constituição; Reforma; Retrocesso.

³³ Professor na Pós-Graduação de Advocacia Trabalhista e Previdenciária na UNISC/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Mestre em Direito na área de Política Públicas e Demandas Sociais, na linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2007), Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2010) e em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil (2012). Membro da Comissão de Acesso à Justiça (CAJ), da OAB/RS e da Comissão Estadual do Jovem Advogado (CEJA), da OAB/RS. É advogado, consultor e parecerista em Porto Alegre. Endereço eletrônico: eduardoperespereira@yahoo.com.br.

Abstract: One of the most expressive principles in the 1988 Federal Constitution is without a doubt, that of access to justice, inscribed in article 5, subsection XXXV, generated within the Fundamental Rights and Guarantees, more precisely in Individual and Collective Rights. This article have the propose to address the problem of access to justice after 30 years of the enactment of the Major Law, linking it with the advent in particular of Law 13467/17, whose directions seem to be disregarding the constitutional goal. In order to do so, we first analyze the advances made by the text of the Political Charter, in the point in which it is mentioned - access to justice - and a critical study of this principle is drawn up under the aegis of recent labor legislation. Finally, it was concluded that Law 13467/137 missed a good chance of ratifying the main idea of the constitutional text, that is of increasing access to justice to the courts, as it significantly restricts the exercise of this principle.

Keywords: Access; Justice; Constitution; Reform; Kickback.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Os Avanços do Acesso à Justiça a Partir da Constituição Federal de 1988; 3. O Retrocesso ao Acesso à Justiça a Partir do Advento da Reforma Trabalhista; 4. Considerações Finais 5. Referências Bibliográficas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objetivo demonstrar como a insegurança jurídica está diretamente relacionada com o esquecimento (des)propositado e desrespeito ao que preceitua o texto constitucional. Em outras palavras, a nossa Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, justamente, por trazer inúmeros avanços, no que diz respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais ao indivíduo, em especial, o acesso à justiça, está sendo relegada, logo, quando está prestes a completar seu aniversário de trinta anos.

Os dias atuais são de insegurança jurídica, pois a nossa tão comemorada Carta Cidadã, hodiernamente vem sendo desprezada, ou seja, “esquecida”, pelo advento de leis que não andam de mãos dadas, ou não são comprometidas com o seu texto. Exemplo do anteriormente relatado e enfoque do presente ensaio é a denominada Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467.2017, que em seu texto restringe notoriamente o acesso à justiça, princípio este, tão privilegiado pela Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior preconiza: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Da letra da lei se pode interpretar que, todos (brasileiros ou estrangeiros) têm ou teriam direito ao acesso à justiça, que não pode ser entendido restritivamente como acesso ao Poder Judiciário, mas sim como, acesso a uma ordem jurídica justa, que tenha como âmago, resultados social e individualmente justos.

A partir da promulgação da Constituição estava dado o primeiro passo rumo ao Estado Democrático de Direito. Para Ada Pellegrini Grinover³⁴: “pode-se dizer, pois sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência à diminuição da distância entre o povo e a justiça”. Imperioso gizar que, o direito ao acesso à justiça não necessariamente se vincula, à ideia de que o processo seja totalmente gratuito.

Posto isso, há de se ter em conta, que o telos constitucional, ao não restringir o acesso à justiça, ao singelo direito de ser ouvido em juízo ou de alcançar uma resposta de determinado órgão jurisdicional, foi e é o de garantir um efetivo e célere acesso ao indivíduo. Logo, se pode dizer que a garantia constitucional do acesso à justiça umbilicalmente se relaciona com outros princípios constitucionais, como o da igualdade, donde se extrai que o acesso à justiça não é condicionado por “cor, classe ou credo social”, sendo, portanto, uma garantia ampla e irrestrita.

Tão importante é o acesso à justiça, que não só a Constituição Federal o privilegia, mas também num plano internacional é reconhecido e elevado a Direito Humano, segundo os ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁵ (DUDH, 1948), Pacto

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 88.

³⁵ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Artigo 8. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.
Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir

Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos³⁶ (PISDCP, 1966) e Convenção Americana Sobre Direitos Humanos³⁷ (Pacto de San José da Costa Rica, 1969).

Na contramão das evoluções constitucionais, em especial, as que tangenciam e amplificam o acesso à justiça, recentemente entrou em vigor a Reforma Trabalhista, que restringe e traz inúmeras dificuldades aos trabalhadores, que buscam prestação jurisdicional especializada, segundo se vislumbra dos inúmeros dispositivos da novel legislação, que contrariam cristalinamente, princípios e garantias fundamentais.

Diante disto – da importância do resguardo, exercício e respeito ao direito ao acesso à justiça – a Procuradoria Geral da República, por

sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

³⁶ **PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS.** Artigo 14. §1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

³⁷ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

intermédio de ajuizamento, da Ação Direta de Inconstitucionalidade³⁸ número 5766, propõe que sejam declaradas inconstitucionais, algumas expressões dos artigos 790-B³⁹, 791-A⁴⁰ e 844, §§ 2º e 3º⁴¹ da CLT, introduzidas pela Reforma Trabalhista.

Verificar-se-á adiante, que se por um lado a Constituição “Balzaquiana” ou “Trintenária”, se encontra(va) em pleno estado de amadurecimento e entendimento dando novas cores ao princípio e direito do acesso à justiça (se comparada as Constituições que antecederam), a Lei nº 13.467/2017, perigosamente aprovada, ganha força diariamente, e de forma muito rápida, traz riscos à aplicação prática do texto constitucional, praticamente o tornando uma bonita moldura obsoleta.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

³⁹ **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

⁴⁰ **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

⁴¹ **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS**. Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

2 OS AVANÇOS DO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como anteriormente citado, pode-se dizer que o direito ao acesso à justiça supera uma garantia constitucional, sendo alavancado a prerrogativa de Direito Humano, tamanha sua importância. Nas palavras do Ministro Luiz Fux⁴²:

O direito de agir, isto é, o de provocar a prestação da tutela jurisdicional é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante da lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo e tem a sua sede originária [...] na própria Magna Carta.

O acesso à justiça é tema da mais alta complexidade e importância, num país como o Brasil, onde as desigualdades sociais são hiperbólicas. A problemática atual não diz respeito a falta de previsão legal, mas sim toca à proteção e efetivação do exercício, deste acesso à justiça. Nesse diapasão, hoje tal princípio é condição de fundamental de validade e eficiência de um sistema jurídico garantidor de direitos. Nas palavras de Cappelletti e Garth⁴³:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário

⁴² FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 144.

⁴³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988. p. 11-12.

que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

A Constituição Federal de 1988, considerada uma das mais completas do mundo, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, reinstalou o Estado Democrático de Direito no Brasil. Nas palavras de Cotrim⁴⁴:

Estado Democrático refere-se ao regime político que permite ao povo uma efetiva participação no processo de formação da vontade pública. Por isso, diz a constituição: todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Em suma, seus avanços foram pensados de um modo que se garantisse uma democracia contemporânea e legitimada pela voz do povo. Na lição de José Neto⁴⁵:

[...] é preciso observar que a Constituição atual foi além da outorga de garantias à realização dos direitos, através da jurisdição. Não se conteve o constituinte em conceder a faculdade ao acesso aos tribunais. A elevação de inúmeros princípios processuais e a inscrição de diversos instrumentos, na ordem constitucional, constitui manifestação inequívoca, no sentido de uma opção política pela realização de uma atividade jurisdicional justa. Assim, conformam-se à garantia do acesso os princípios do devido processo legal (art.5º, inc. LIV); o contraditório e a ampla defesa (inc. LV); o Juiz natural (inc. LIII); a assistência jurídica integral e gratuita aos que necessitarem da tutela jurisdicional (inc. LXXIV); e os instrumentos processuais constitucionais do mandado de segurança, individual e coletivo, do habeas corpus, do habeas data, o mandado de injunção, a ação popular, além

⁴⁴ COTRIM, Vieira Gilberto. *Direito e Legislação*. Editora: Saraiva. 1993, p. 30.

⁴⁵ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 95.

de outros direitos e garantias acolhidos por tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

A Carta Cidadã trouxe gigantesco avanço, no que diz respeito, à inserção do acesso à justiça no capítulo dos direitos individuais e sociais. O “recado dado” por intermédio do artigo 5º, inciso XXXV foi claro nas palavras de Alarcón, à medida que nos remete a uma tríplice mensagem normativa:

[...] Observe-se que existe uma tríplice mensagem normativa. Primeiro, dirigida ao legislador, que não poderá afastar através de seus dispositivos típicos o exame de qualquer lesão ou ameaça ao direito pelo órgão jurisdicional; logo, ao próprio Judiciário, ao qual lhe está vedado eximir-se de apreciar e, ao final, realizar o direito; finalmente, aos coassociados, que tem a possibilidade de dirigir-se ao Judiciário para resolver seus conflitos, livres de constrangimentos que os obriguem a assumir a opção de fazer justiça por aí.

Um dos grandes trunfos da Carta Trintenária foi e é justamente o de consagrar a igualdade material, por meio do amplo acesso à justiça, visando garantir e reduzir a todos brasileiros, a desigualdade social, por meio da inserção de direitos que viabilizassem o referido, na prática. Dentre estes se destacam: assistência judiciária gratuita aos necessitados, reestruturação e fortalecimento do Ministério Público e Defensoria Pública e criação dos juizados especiais de pequenas causas.

Tranquilamente se percebe que, o texto constitucional se preocupou justificadamente, em adotar medidas que viabilizassem um crescente e mais eficiente acesso à justiça, quebrando velhos paradigmas oriundos, sobretudo, dos regimes antidemocráticos de outrora. Pode-se mencionar que a constituinte, ao menos em seu texto,

tentou dar voz aos desfavorecidos economicamente, pois lhes ampliou o espectro de “novos meios” de se chegar à obtenção da tutela jurisdicional.

Neste rumo, as barreiras que impediam ou inviabilizavam o acesso à justiça foram gradativamente se desgastando, após o advento da Constituição Federal vigente. O indivíduo passou a ser visto como parte de um todo, de uma coletividade e não mais individualmente, isto é, passou a ter direitos e garantias fundamentais que devem ou ao menos deveriam ser protegidos.

A saber, o acesso à justiça como direito fundamental e humano, tem por finalidade precípua proporcionar aos cidadãos os mesmos direitos, garantias, vantagens e prerrogativas, com suas correspondentes obrigações, o que acaba por justificar a importância da manutenção dos meios de acesso à justiça pelo Estado. Em outras palavras, a questão do acesso à justiça produz e revela, segundo a Constituição Federal, um efeito “erga omnes”, isto é, para todos.

Ver-se-á no próximo tópico, que sob fortes protestos de organizações sociais e sindicatos foi aprovada a “toque de caixa⁴⁶”, a denominada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que alterou inúmeros dispositivos legais da Consolidação das Leis do Trabalho. A novel legislação suprimiu garantias e direitos dos trabalhadores –

⁴⁶ Ante a ausência do indispensável debate democrático sobre pontos controvertidos, que deveria anteceder sua elaboração, discussão e aprovação, tamanha a magnitude da lei em comento. Tome-se como exemplo, o legislador do Novo Código de Processo Civil, cujo advento foi precedido por inúmeras audiências públicas em todo País, com maciço debate entre a comunidade especializada no tema.

inclusive algumas constitucionalmente previstas – dentre os quais, cabe ressaltar, o acesso à justiça.

3 O RETROCESSO AO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DO ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA

A nova lei, que para boa parte dos operadores do Direito, representa um desmonte à legislação trabalhista nasceu maculada com a pecha de inconstitucional, contrariando inclusive, acordos internacionais (de Direitos Humanos) ratificados pelo Brasil, além de dispositivos legais da própria Consolidação das Leis do Trabalho, que permanecem vigendo.

A dita Reforma Trabalhista afronta um dos pilares do Estado Democrático de Direito: o acesso à justiça. Vários são os pontos da Lei nº 13.467/2017 que dificultam ou inviabilizam, esse acesso por parte da classe trabalhadora. Citam-se como exemplo disso:

- (a) **Art. 790-B, CLT.** Ainda que seja beneficiário e litigue sob o manto da justiça gratuita, o trabalhador poderá ser penalizado e arcar com os custos referentes aos honorários periciais, se sucumbente for à *quaestio vertida*;
- (b) **Art. 790, §3º CLT.** O trabalhador que for litigar na Justiça Especializada terá de comprovar que percebe salário inferior ou igual a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social;
- (c) **Art. 791-A, CLT.** Outro ataque visceral aos trabalhadores é o que dá azo e contempla a possibilidade do pagamento de honorários sucumbenciais (a serem fixados num patamar de 5% a 15% sobre o valor atualizado da causa ou [des]proveito econômico [não] obtido), pelo reclamante, ao procurador da reclamada, em caso de improcedência ou até mesmo de parcial procedência dos direitos perseguidos. Em resumo, o proponente da ação poderá sair devendo.
- (d) **Art. 844, §§2º e 3º CLT.** O tratamento dispensado ao trabalhador reclamante, que não comparece em audiência, sendo o processo arquivado terá de pagar custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Ainda neste norte, caso queira propor nova demanda, o pagamento de custas referente a primeira arquivada, será condição e pré-requisito, para ajuizamento desta. A nova lei simplesmente silencia no que diz respeito à justificação da ausência do reclamante, em audiência, para efeito de evitar o pagamento de custas ou desarquivamento do processo.
- (e) **Art. 507-B, CLT.** O referido dispositivo permite que empregadores e empregados, na vigência ou não do contrato de emprego, quitem anualmente haveres trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

A gratuidade de justiça – um dos maiores avanços constitucionais e alicerces do acesso à justiça – tem como norte a integração cidadã, pois permite que aquele, que não tem condições de arcar com os custos financeiros de um processo possa litigar com aquele que a detém. Aclarando, tornar a gratuidade de justiça menos “garantista” no processo e na Justiça do Trabalho equivale a tornar o empregado reclamante, um cidadão de classe inferior.

Não bastassem o desprezo e desapego ao texto constitucional, a Reforma Trabalhista afronta também, à Lei nº 1.060/1950 (ainda vigente) e o novo Código de Processo Civil, que estabelecem normas para a concessão do benefício de assistência judiciária aos necessitados. Preceituam os dispositivos das referidas legislações, que o conceito de assistência judiciária gratuita abrange toda e qualquer despesa do processo (inclusive honorários periciais e honorários sucumbenciais).

Trocando em miúdos, a nova legislação trabalhista, não poderia ser aplicada – no ponto em comento – porque avessa não só ao princípio-motriz do Direito do Trabalho, que é o da Proteção, porque a normatização mais ampla, simplesmente a afasta. Afinal, a norma específica só se sobrepõe a geral, quando mais benéfica for, no que toca aos Direitos Fundamentais.

Sabe-se que as normas jurídicas estão insertas num sistema normativo, cujas disposições, se possível for, se complementam e não,

se excluem. É o que preconiza a moderna Teoria do Diálogo das Fontes⁴⁷. Merecem relevo as palavras de Bernardes⁴⁸:

Isso não significa, entretanto, que o princípio da proteção haja sido extirpado do Processo do Trabalho: como se trata de concretização do princípio constitucional da isonomia, o legislador ordinário não poderia mesmo fazê-lo. A interpretação dos dispositivos que regulamentam o Processo do Trabalho, portanto, deve ser feita à luz do princípio da isonomia. Tal observação justifica, por exemplo, o deferimento da gratuidade de justiça a partir da mera declaração de hipossuficiência quando o reclamante estiver desempregado, ainda que recebesse – quando ainda estava vigente o contrato de trabalho – valor superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, a despeito da nova redação do art. 790, §§3º e 4º, da CLT. Mesmo que o reclamante esteja empregado quando do ajuizamento e tramitação da reclamação trabalhista, a conclusão deve ser idêntica. Ora, se, no Processo Civil (que regula lides entre pessoas que estão em plano de igualdade), a declaração de hipossuficiência feita por pessoa física se presume verdadeira (independentemente do salário recebido pelo requerente, conforme art. 99, §3º, do CPC), com muito mais razão a mera declaração do reclamante terá o mesmo efeito no Processo do Trabalho (no qual há, em princípio, proeminência do empregador).

A Justiça do Trabalho sempre teve como “marca registrada” a facilitação do acesso à justiça, sobretudo, por intermédio de importantes alicerces, tais como, o *jus postulandi* e a assistência gratuita (que até

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista da ESMESE, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesese/revistas/7.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁴⁸ BERNARDES, Felipe. **Princípio da Proteção no Direito Processual do Trabalho**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/reforma-trabalhista/principio-da-protacao-no-direito-processual-do-trabalho-14122017>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

então abrangia todos os custos do processo). Cappelletti e Garth⁴⁹ identificaram três grupos de barreiras ao acesso à justiça efetivo, dentre os quais se destaca as custas judiciais e as possibilidades das partes, como entraves.

Vê-se dessa maneira, que as barreiras apontadas pelos autores supracitados, no ano de 1988, são as mesmas identificadas na Reforma Trabalhista, trinta anos depois. Na Justiça do Trabalho, como a maioria dos litigantes ativos são hipossuficientes, facilmente reconhecemos os entraves ao efetivo acesso à justiça. Cria-se assim um obstáculo ao trabalhador e um estímulo “ilegal” ao empregador, uma vez que o direito perseguido no processo ajuizado poderá não cobrir os custos referentes às despesas processuais.

A Procuradoria Geral da República, bem como alguns representantes de sindicatos (confederações, federações e centrais) por meio do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, já identificaram e atacaram barreiras, tidas como inconstitucionais, no texto da Reforma Trabalhista, que impedem o acesso à justiça e a própria efetividade processual, à medida que desestimulam e encarecem a solução jurisdicional de litígios.

Outra medida “inovatória”, que fere o consagrado direito ao acesso à justiça é a que possibilita aos empregadores e seus subordinados, que assinem um “termo de quitação anual de obrigações trabalhistas”. A referida “inovação” tem como clara intenção, a de

⁴⁹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988. p. 15-29.

retirar das mãos do Poder Judiciário, a decisão acerca de questões afetas ao pacto laboral celebrados entre as partes.

Inobstante ao referido, o legislador não se ateve que a quitação é instituto jurídico atrelado ao efetivo pagamento, ou seja, inexistente quitação por meio de transação ou renúncia. De uma rápida leitura do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, se percebe que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

O dispositivo legal retrocitado possui clareza solar e não permite que seja dada quitação de dívida impaga, sob pena de fraude e nulidade vindoura. Nesta esteira, carece de valor jurídico, qualquer declaração do trabalhador, inserida em “termo de quitação anual”, dando conta, que os seus direitos (genericamente considerados) tenham sido respeitados pelo seu empregador.

Do esposado se pode observar que, o advento da Lei nº 13.467/2017 traz obstáculos ao exercício de cidadania, representado pelo acesso à justiça, à medida que restringe, o que fora amplificado, anteriormente, pela Constituição Federal promulgada em 1988. Em suma a nova legislação cria barreiras ao revés de eliminá-las e dar força ao consagrado princípio da proteção no Direito Material e Processual do Trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Prestes a completar trinta anos de vigência a Constituição Federal de 1988 (inovadora) tem que ser comemorada, entendida e aplicada, no que diz respeito ao acesso à justiça, um dos mais sólidos pilares da cidadania. A partir do texto constitucional se pode observar a transparente intenção do constituinte, que foi e é a de aumentar o espectro de possibilidades e meios de se acessar à justiça.

A Carta Política vigente andou de mãos dadas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros acordos internacionais, à medida que, as ratificou em seu texto. O fito da Constituição, merecedor de aplauso, é o de democratização do acesso à justiça, para a efetividade de direitos e proteção às garantias fundamentais cidadãs, aproximando os poderes, sobretudo, o Judiciário, da população.

De outra banda, em total dissonância às evoluções constitucionais, conquistadas a duras penas, exsurge a Lei nº 13.467/2017, com evidentes retrocessos e filtros, que obstaculizam o acesso à justiça. O legislador da Reforma Trabalhista, simplesmente marginaliza, os valores constitucionais outrora concedidos, que visavam possibilitar aos exercentes dos direitos sociais, o célere, simples e informal acesso à justiça.

A contrário senso, das razões de “existência” da nova legislação trabalhista, a grande quantidade de processos existentes e ajuizados no Poder Judiciário, não é demérito, mas sim, mérito, eis que demonstra a confiabilidade que a sociedade tem (ou tinha) neste poder, ao mesmo

tempo, em que demonstra o quão desrespeitados e menosprezados são os direitos trabalhistas no Brasil.

Valendo-se e modificando-se o jargão popular: “os bons não podem pagar pelos maus”, uma vez que, já existiam remédios cabíveis aos litigantes de má-fé, por exemplo. Pode-se, ainda, fazer a seguinte analogia, no tocante à aplicabilidade da Reforma Trabalhista, no que diz respeito ao acesso à justiça: “se está usando uma bazuca para matar formigas”.

A Reforma Trabalhista claramente reduz o alcance ao acesso à justiça. Nesse sentido, tem-se que a legislação em comento é um retrocesso sob o ponto de vista da concretização dos direitos dos trabalhadores, desconsiderando as enormes desigualdades existentes entre os litigantes e o empoderamento da parte vulnerável. A lei nova parte do errôneo pressuposto que a má-fé dos reclamantes é presumida, lhes aplicando sanções desproporcionais, por conta disso.

Resta-nos apenas aguardar como as Varas do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal irão encarar e aplicar a nova legislação laboral e seus impactos no acesso à justiça dos trabalhadores. Espera-se que as alterações nas regras processuais, contidas no texto da nova lei, sejam compreendidas e aplicadas à luz da atual noção do Direito Humano ao acesso à justiça, que é o de possibilitar o exercício dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Para tanto, há necessidade de resgate do caminho que foi até aqui trilhado pela Constituição Federal Trintenária, pela doutrina e pela jurisprudência, no tocante, à ampliação e não restrição dos meios e

instrumentos de acesso à justiça. Ainda que, os direitos e garantias fundamentais tenham sido alargados pela Lei Maior, sem mecanismos suficientes, não poderão ser exercidos na prática. Mais uma vez, a sociedade está sendo posta à prova.

Não pairam dúvidas que existem mecanismos interpretativos pelos quais se deve lutar, de maneira que se amplie o acesso à justiça, ora restringido, para que frustre na prática, a intenção do “malicioso” legislador. O debate em tela será longo, pelo andar da carruagem e está apenas no início.

Embora o caminho seja muitas vezes penoso, as peculiaridades e a gênese do processo do trabalho, qual seja, a da proteção, necessita ser preservada. O rumo que parece mais coerente é o da resistência, afinal somente, com muita mobilização será possível reverter tanto e tamanho retrocesso. Afinal: só é plausível se falar em Estado Democrático de Direito, quando as garantias e os direitos são respeitados.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Felipe. Princípio da Proteção no Direito Processual do Trabalho. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/reforma-trabalhista/principio-da-protecao-no-direito-processual-do-trabalho-14122017>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocomplado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabis, 1988.

COTRIM, Vieira Gilberto. **Direito e Legislação**. Editora: Saraiva. 1993.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.
Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:
<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista da ESMESE, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em:
<<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/7.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em:
<<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20so>>

bre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

COMISSÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA

30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL – O RENASCER DA ADVOCACIA PÚBLICA

*Fabiana Azevedo da Cunha Barth⁵⁰, Monica Casartelli⁵¹,
Simone Anacleto⁵², Simone Somensi⁵³, Telmo Lemos Filho⁵⁴,
Vanesca Buzelato Prestes⁵⁵*

Neste 2018, ano que marca a passagem dos 30 anos da Constituição Cidadã, no dizer do então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, cabe fazer uma breve reflexão quanto à evolução da Advocacia Pública desde então e das Instituições nas quais são exercidas suas funções essenciais à justiça, na exata expressão do texto constitucional.

O Brasil é uma República Federativa que tem como entes federativos a União, os Estados, O Distrito Federal e os Municípios (art. 1º. e 18 da Constituição Federal). Os entes federativos exercem competências constitucionais expressas e tem um poder/dever no cumprimento destas, sendo que em matéria de reconhecimento de

⁵⁰ Procuradora do Estado do RS, Conselheira Estadual da OAB/RS.

⁵¹ Advogada da União, membro da Comissão Permanente da Advocacia Pública do RS.

⁵² Procuradora da Fazenda Nacional, Vice-Presidente da Comissão Permanente da Advocacia Pública do RS.

⁵³ Procuradora do Município de Porto Alegre, Conselheira Estadual da OAB/RS e Presidente da Comissão Permanente da Advocacia Pública do RS.

⁵⁴ Procurador do Estado do RS, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF – ANAPE, membro da Comissão Permanente da Advocacia Pública do RS.

⁵⁵ Procuradora do Município de Porto Alegre.

direitos, o sistema constitucional prevê a atuação dos entes federativos de forma comum e compartilhada.

Por esta razão, há muitos pontos em comum no que diz com as funções dos procuradores e advogados públicos, seja em qualquer das esferas da nossa federação. Porém, há diferenças brutais em termos de estruturação de carreira e organização das instituições.

No texto a seguir, para além de demonstrar o que mudou nestes 30 anos em cada nível da Federação, demonstrar-se-á como as carreiras públicas se organizaram, quais são suas tarefas e os principais desafios.

As Mutações da Advocacia Pública Municipal

O município é o espaço – *locus* – de concretização da Constituição Democrática, uma vez que o “Estado” que os cidadãos conhecem é a Administração Municipal.

O paradoxo é que quanto mais se fornecem estas garantias, mais se reforça o âmbito de exclusão, pois surgem outras necessidades. Há uma denominada multiplicação histórica dos novos direitos. No dizer de Bobbio esta multiplicação se deu por três razões: a) aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) estendeu-se a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) o homem não é mais visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.

A Constituição de 1988, portanto, definiu os Municípios como entes federativos e atribuiu-lhes uma série de competências

constitucionais, sobretudo nas denominadas políticas públicas municipais, das quais os municípios passam a ser partícipes e executores. A complexidade dos temas contemporâneos de atribuição municipal, decorrentes do Estado Federal Cooperativo geraram o que tem sido denominado municipalização das políticas públicas.

Este processo tem exigido atuação proativa dos Municípios na construção das políticas públicas, tendo por fio condutor os princípios constitucionais. E, este atuar na perspectiva de concretização de direitos gerou uma mudança de paradigma de atuação da Administração Pública, influenciando e modificando o atuar da advocacia pública municipal.

Vários fatores ensejaram este processo de evolução e de necessidade de estruturação da advocacia pública municipal.

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que descentralizou e aumentou as competências municipais, à exceção de saúde e educação, não apontou a fonte de financiamento destas. Assim, a escassez de recursos para dar conta da municipalização das políticas públicas, exigiram um revisitar e entender a contemporaneidade, para o fim de gerar formas tributárias e não tributárias de financiamento das cidades. Isto porque, o aumento das atribuições constitucionais foi maior do que a redefinição constitucional das receitas próprias e dos recursos constitucionalmente destinados aos Municípios, motivo que gerou a necessidade de gestão com muita criatividade e busca de alternativas, o que foi tarefa da advocacia pública. Compreender que houve uma redefinição do espaço e do lugar das cidades, além do modo de vida nestas. Questões que no passado não eram valoradas economicamente

passam a ter valorização. O silêncio, o descanso, os espaços de lazer, a paisagem, a areação, a luminosidade, os serviços ambientais, constituíram-se exemplos de situações valorizadas e valoradas economicamente. Viver em frente a um parque, adquirir um imóvel próximo a espaço de lazer que propicie contato com natureza, espaço para caminhada ou próximo a um shopping valoriza e altera o valor do imóvel. As cidades passaram a ser um mercado consumidor importante e os serviços são prestados localmente, pois é nas cidades onde situa-se o mercado consumidor, onde tudo ocorre. Estes aspectos contribuem para gerar uma identidade da cidade. Visto de outro modo, fizeram com que os gestores locais tivessem que enfrentar de um lado a escassez de recursos, e, de outro, compreender que as cidades que administram podem e devem ser um indutor de comportamentos privados, de modo a possibilitar a recuperação das mais valias decorrentes do processo de urbanização. E, estas mais-valias, constituíram-se em formas não tributárias de financiamento das cidades.

De outro lado, a quebra da fragmentação, a necessidade de foco no resultado e não no processo, a exigência de dizer como fazer de modo constitucionalmente adequado, sendo insuficiente dizer isto pode ou não pode, mas como é possível implementar as políticas públicas, exigiu uma mudança de postura da advocacia pública municipal. Procuradorias com assento em Conselhos Municipais, participação ativa em grupos de trabalho, compreensão de conceitos técnicos que preenchem e complementam conceitos jurídicos, a compreensão da complexidade das questões exigiu profissionais cada vez com maior formação. Capacidade de diálogo, de compreensão da função da interdisciplinaridade, liderança de processos de gestão foram

exigências. Nos temas urbanos-ambientais a possibilidade concertação administrativa, o papel ativo no ajustamento de condutas propiciado pelos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) previstos na Lei da Ação Civil Pública reforçaram a exigência de compreensão técnica. De outra parte, o protagonismo dos municípios na legitimação de posse e legitimação fundiária, esta última forma de aquisição originária da propriedade introduzida pela Lei Federal nº 13.467/17, são mais um elemento estruturador do reconhecimento de direitos dos cidadãos de atribuição municipal que exigem atuação ativa. Estes instrumentos inovadores, concretizadores de direitos, exigiram da advocacia pública a imersão na complexidade dos problemas de modo interdisciplinar, criando alternativas que considerassem a universalidade dos pontos tratados. Participar de vistorias, conhecer as áreas objeto da intervenção, conversar com as pessoas envolvidas, compreender a motivação dos conceitos técnicos das demais áreas de conhecimento, trabalhar o princípio da proporcionalidade de forma tópica, foram tarefas que se apresentam para a advocacia pública nestes 30 anos de Constituição, porque a Constituição Cidadã trouxe o cidadão para o centro das demandas e exigiu dos poderes públicos que se organizassem para que dessem conta da concretização dos direitos nela previstos.

Diante da exigência de um Estado concretizador de direitos fundamentais, a atuação proativa da advocacia pública, participando e opinando no processo decisório tornou-se imprescindível, passando a ter função preventiva indispensável.

Ainda, a advocacia como sinônimo de litígio também mudou. Vivemos a era da resolução de conflitos por meio da autocomposição,

o tempo da conciliação, da aposta de diminuição da judicialização, incentivando a composição no âmbito administrativo.

Por isso, para enxergar o local da advocacia pública municipal atual, importante compreender as mutações da administração pública e em decorrência da sua advocacia.

As funções jurídicas são necessariamente de Estado, porque tem sob sua responsabilidade os temas permanentes e que exigem a continuidade na administração pública, independente da alternância de poder que se dá no âmbito político, e devem auxiliar os servidores de governo nas prioridades estabelecidas em cada período.

Cabe às funções jurídicas, e as Procuradorias em particular, exercer uma função seletiva. Esta função seletiva implica em dizer o que é direito e o que não é direito, a partir do direito. Ao fazer esta seleção por meio dos instrumentos cabíveis - pareceres, informações, notas técnicas, súmulas administrativas, entre outros -, absorve a complexidade e reestabiliza o sistema⁵⁶.

A lei é uma forma de estabilização do sistema e, no âmbito da Administração Pública, compete aos órgãos jurídicos, diante dos conflitos postos, ou do procedimento regulador, operar a redução da complexidade, por meio do procedimento estabelecido, cabendo, neste sentido, ao órgão jurídico absorver a complexidade, permitindo, desse modo, reestabilizar o sistema com a emissão de manifestação.

E, gize-se, esta função não é de Ministério Público, de Judiciário, de Tribunal de Contas ou de outro órgão externo. É, isto sim,

⁵⁶ Adota-se os conceitos de estabilização/reestabilização do sistema e seleção e complexidade, conforme Luhmann, Niklas e De Giorgi em Teoria da Sociedade

de órgão da administração pública, que participa desta e que não está fora dela e são desempenhadas cotidianamente. A lei de licitações foi uma das primeiras que reforçou e explicitou esta função ao exigir a manifestação jurídica nos editais e formalização dos contratos administrativos. Por meio de pareceres e informações fazemos cotidianamente esta função. Pode construir em área de preservação permanente? O que prepondera, a acessibilidade ou o patrimônio histórico? Há direito à percepção deste medicamento? E esta cirurgia é realmente necessária? Estes são exemplos cotidianos de dizer o direito a partir do direito posto. E essa função estabiliza o sistema jurídico, pois dá um resultado no âmbito administrativo. Em se tratando da advocacia pública nestes 30 Anos de Constituição, vale destacar as responsabilidades específicas previstas na lei anticorrupção referentes à advocacia pública, que também traz inovações e impulsiona mutação em seu modo de atuar. A Lei Federal N. 12.846/13 prevê: parecer prévio às sanções aplicadas às pessoas jurídicas⁵⁷; interposição de medidas judiciais necessárias para investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão⁵⁸; o ajuizamento de ações judiciais, independente da responsabilização administrativa, visando ao perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos na infração, suspensão ou

⁵⁷ Art. 6º, § 2º. § 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

⁵⁸ Art. 10, § 1º. § 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

interdição parcial das suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica, proibição de receber incentivos⁵⁹; o pedido de indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado⁶⁰, todas atribuições da advocacia pública.

Também ganha relevo o ajuizamento de ações visando ao ressarcimento dos cofres públicos dos valores desviados em função de práticas corruptivas. Portanto, não basta apontar os problemas e adotar medidas para responsabilização administrativa. Tornou-se tarefa imperiosa da advocacia pública buscar o ressarcimento aos cofres públicos dos valores desviados, pagos indevidamente, de caixa dois e todas as outras formas caracterizadas como recursos públicos oriundos e decorrentes de corrupção que devem retornar aos cofres públicos. E estas ações se voltam contra gestores, servidores públicos, pessoas

⁵⁹ Art. 19, inc. I, II e III - Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

⁶⁰ Art. 19, § 4º . O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

jurídicas, particulares e todos os que se envolvem em ilícitos corruptivos envolvendo a administração pública.

O Município tem titularidade para o ajuizamento de ações de improbidade. A recuperação de recursos públicos é uma das diretrizes mais contundentes do Tratado das Nações Unidas do qual o Brasil é firmatário, sendo tarefa da advocacia pública assumir para si. A advocacia pública, caracterizada como carreira de estado, tem possibilidade de acesso às informações para o ajuizamento de ações. Demais disso, a expertise no trato dos processos administrativos, o conhecimento dos caminhos tortuosos da administração pública, cumulado com a função de atuação no âmbito jurisdicional, que é seu mister por excelência, são condições que lhe permitem atuar de modo qualificado e eficaz. Não bastam mais somente os esforços de arrecadar. Precisamos usar a expertise para deixar de gastar, de um lado e, de outro, recuperar recursos pagos e/ou utilizados indevidamente.

Enfim, com o processo de evolução da administração pública que nasceu com a Constituição cidadã de 1988, mudou a advocacia pública e fez renascer a advocacia pública, em especial a municipal. De órgão cuja função principal era a representação judicial em litígios, passa a ser órgão que, ao exercer sua função, defende direitos difusos e coletivos, concretiza direitos sociais, auxilia na estruturação das políticas públicas e reestabiliza a própria Administração Pública.

Falta, porém, a estruturação da carreira para dar conta de toda esta tarefa. Pouquíssimos são os municípios com procuradorias estruturadas, à exceção das capitais e município com expressivo número de habitantes. Em muitos, sequer há procurador/advogado

público de carreira, que exerce as funções em decorrência de concurso público. O Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal, recém lançado pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM, demonstra estes dados.

O desafio, portanto, é enorme e está posto. Cabe a sociedade brasileira compreender este papel e exigir a organização das carreiras jurídicas municipais, como forma de garantir os direitos fundamentais constitucionais.

O reinventar das Procuradorias Estaduais

Em grande parte dos entes federados subnacionais, as Procuradorias-Gerais dos Estados, ao tempo da edição da Carta Constitucional de 1988, já existiam com a missão de fazer a representação judicial e consultoria dos entes federados, como é o caso, dentre tantos outros, do Estado do Rio Grande do Sul.

No Rio Grande do Sul, desde 1935, estivera presente a figura jurídica do Consultor-Geral do Estado, de livre nomeação do Governador, devendo ser escolhido entre juristas de notório saber e reputação ilibada, eleitores alistados e maiores de 30 anos, de acordo com Decreto publicado no dia 22 de junho de 1938 pela Secretaria do Interior, conforme referências constantes do histórico da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (www.pge.rs.gov.br/quem-somos, acesso em 30/06/2018). Após a criação, 25 anos depois desta data, do Departamento Jurídico do Estado, motivada, conforme o Decreto nº 17.114, de 13 de janeiro de 1965, pela “conveniência da reunião dos serviços de Consultoria Jurídica e de Assistência Judiciária

do Estado em um órgão único aparelhado à sua imediata e expedita realização”, foi criada a Consultoria-Geral do Estado, pela Lei nº 4.938, de 25 de fevereiro de 1965, passando a exercer a Consultoria-Geral do Estado, como titular, o eminente jurista José Nery da Silveira, em 19 de março de 1965, responsável pela estruturação do órgão. Dessa forma, desde então, os consultores jurídicos não mais se encontravam submetidos a Chefia do parquet. O radical constitucional da então Consultoria-Geral do Estado foi inserido na Constituição Estadual de 1967, sendo repetido na de 1970, como órgão da Advocacia de Estado, com funções consultivas e de defesa judicial dos interesses do Estado (art. 87). Na vigência da Constituição Estadual de 1970, mais precisamente no texto da Emenda Constitucional nº 10, de 30.11.1979, art. 2º, a então Consultoria-Geral do Estado transformou-se em Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, consolidando-se, assim, a carreira e a estrutura da Procuradoria, sendo que a autoridade máxima da instituição, passou a denominar-se Procurador-Geral e seus agentes Procuradores do Estado. Nesse cenário, então, para os Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, sobreveio a Constituição Federal de 1988, fazendo a separação, no âmbito federal, das funções do Ministério Público e dos membros da Advocacia Pública.

Em alguns outros Estados, as Procuradorias conviviam com órgãos apartados para a consultoria jurídica e, pontualmente, para a atuação em matéria tributária, as então denominadas Procuradorias da Fazenda, como ocorria, por exemplo, no Estado de Minas Gerais. Certo é, todavia, que há algum tempo, as atribuições dos Procuradores de Estado não mais se confundiam com as atribuições dos membros do

Ministério Público, o que ainda existia no âmbito federal, até a Constituição de 1988, sendo a representação judicial da União realizada pela Procuradoria-Geral da República, ressalvadas as atribuições da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Portanto, a nova ordem constitucional, preservando o princípio federativo, não instituiu, no âmbito dos Estados, nada que fosse estranho à institucionalidade já existente, ressalvados aqueles Estados criados mais recentemente.

Dessa forma, para a Advocacia Pública Estadual, o grande mérito da Constituição de 1988 foi constitucionalizar a institucionalidade dos entes subnacionais, bem como dar assento constitucional as funções essenciais à justiça, especificando-as e alcançando-lhes garantias mínimas, exercidas pelos agentes públicos e privados (Advocacia), apartando-as da definição dos Poderes tradicionais, fazendo-as constituir um novo “Poder” estatal.

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere que a Constituição não colocou as funções essenciais à justiça "dentro de um ou outro dos Poderes do Estado", posicionando-as ao "mesmo nível daqueles, englobando-as num bloco único, quase como se constituíssem um quarto poder", permitindo-se "inferir que as funções ali referidas são do mesmo nível de importância que as desempenhadas pelos três Poderes do Estado" (*in* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Advocacia Pública. Revista Jurídica da Procuradoria do Município de São Paulo*. São Paulo, n. 3, p. 13, dez. 2016).

A nova ordem constitucional, atenta a necessidade de fortalecimento das instituições responsáveis pela movimentação do

aparato judicial na legítima defesa de interesses, sejam individuais ou coletivos, renovou e erigiu-as ao status constitucional. Assim que foram constitucionalizados o Ministério Público, a Advocacia, Pública e Privada, e a Defensoria Pública.

O art. 132 da Constituição Federal, inserto no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, Seção II – Da Advocacia Pública, estabeleceu que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Nessa linha, conforme ressaltado na Nota Técnica nº. 329/2012/SRJ/MJ do Ministério da Justiça, José Afonso da Silva, comentando a norma constitucional, asseverou que “isso significa a institucionalização dos órgãos estaduais de representação e de consultoria jurídica dos Estados, uma vez que os procuradores, a quem se incumbe essa função no art. 132 daquela Carta Magna hão de ser organizados em carreira dentro de uma estrutura administrativa unitária em que estejam todos congregados”.

Assim, desde a definição constitucional e como decorrência dela, foi possível evoluir jurisprudencial e doutrinariamente, no elenco de vários princípios constitucionais informativos das carreiras jurídicas de Estado dentre os quais a essencialidade, a institucionalidade, a igualdade entre elas e de acesso aos cargos, a unidade, a organicidade unipessoal, a independência funcional, a inviolabilidade, a autonomia administrativa e a autonomia de impulso.

Aliás, nessa construção doutrinária, impossível não render homenagens ao saudoso jurista, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, incansável estudioso da matéria e que muito contribuiu para a evolução doutrinária do tema. Dizia ele que tais órgãos são os responsáveis por oferecer respostas aos novos desafios postos ao Estado Democrático de Direito Constitucional:

"Em comum, *todos* os ramos devem defender e sustentar, em quaisquer circunstâncias que se apresentem, a *democracia* e os *direitos fundamentais*, o que vale a afirmar, no caso brasileiro, que as funções de tutela desses valores acolhidos em vários princípios e expressos na Constituição, bem como *quaisquer outros*, "decorrentes do regime ('democrático') "e dos princípios por ela ('Constituição') adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte" (art. 5º, parágrafo 2º), obrigam, igual e necessariamente *a todos*." (In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Nova Classificação de Funções Essenciais para uma Democracia Eletiva e Seletiva Pós-Moderna, in Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à justiça. Organizadores: Aldemário Araujo Castro e Romel Macedo. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016, p. 21).

Relevante também destacar outro traço marcante na constitucionalização da Advocacia Pública dos Estados que reside na constitucionalização da função por meio dos seus agentes, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, e não da Instituição que os congrega. É o que se depreende da leitura do artigo 132 da Carta Constitucional, que remete a representação judicial e consultoria jurídica dos entes federados ao Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, daí que grande parte das garantias que asseguram o pleno

exercício dessas funções, inclusive institucionalmente estejam sendo consolidadas por meio do intérprete constitucional máximo no ordenamento jurídico pátrio, o Supremo Tribunal Federal, por provocação, em vários precedentes, da entidade nacional representativa dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - DF, isto é, da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF - ANAPE.

Assim, após a vigência da nova ordem constitucional, as funções de Advocacia de Estado no âmbito estadual foram destacadas e remetidas, com exclusividade, aos agentes aos quais a Constituição atribuiu tais funções, ou seja, os Procuradores dos Estados.

Dessa forma, um dos grandes legados da Constituição de 1988 às advocacias públicas estaduais foi garantir a seus agentes, todos selecionados por concurso público de provas e títulos, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil, o exercício, com exclusividade, da representação judicial e consultoria jurídica do ente federado (aí compreendida não apenas toda administração direta, mas igualmente suas autarquias e fundações). Nesse sentido, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal - STF este dispositivo desde sua edição.

Aliás, a criação, à margem dos dispositivos constitucionais pertinentes, de órgãos de defesa judicial do Estado-membro destacados da Procuradoria-Geral já foi declarada inconstitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 1679, por “usurpação de competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado”, conforme asseverado na ocasião pelo Min. Gilmar Mendes. Na mesma linha, dentre outros, tem-se o julgamento da ADI nº 484, em que o STF concluiu que o art. 132 da Constituição não autoriza a coexistência, nas

unidades federadas, de procuradorias paralelas, ainda que com nomes diferentes.

Ainda, recentemente o Pretório Excelso, no julgamento das ADI nº 146 e 5107, reafirmou que esta é a interpretação do dispositivo constitucional, consolidando a institucionalidade de muitos Estados, que, vez por outra, encontra resistências, mas que aponta para a convergência da representação judicial e consultoria jurídica do Estado num único Órgão.

Enfim, não há dúvidas que do dispositivo constitucional extrai-se a conclusão da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica no âmbito dos Estados restrita a um órgão que deverá abrigar os Procuradores dos Estados, que são as Procuradorias-Gerais.

Assim, em um primeiro momento, ainda com o texto original da Constituição, a advocacia pública estadual foi erigida ao patamar constitucional, consagrando a exclusividade da representação judicial e consultoria jurídica dos entes federados pelos seus Procuradores e a unicidade do órgão que os congrega. O princípio da unicidade orgânica das Procuradorias dos Estados, consagrado na Constituição da República, admitiu apenas a exceção momentânea prevista no art. 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como, inclusive, reconhecido no voto da Ministra Carmen Lúcia na ADI 484/PR, que prescreveu: “será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”. A decisão do Ministro Celso de Mello pela qual deferiu a medida cautelar pleiteada na ADI nº. 4.843/PB, é muito

clara no que se refere à exegese das normas constitucionais na matéria, conforme se pode observar a seguir:

A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, a ser exercida, no plano dos Estados-membros, por suas respectivas Procuradorias-Gerais e pelos membros que as compõem, uma vez regularmente investidos, por efeito de prévia aprovação em concurso público de provas e de títulos, em cargos peculiares à Advocacia de Estado, o que tornaria inadmissível a investidura, mediante livre provimento em funções ou em cargos em comissão, de pessoas para o desempenho, no âmbito do Poder Executivo do Estado-membro, de atividades de consultoria ou de assessoramento jurídicos.

[...]

Os padrões normativos de confronto são aqueles consubstanciados no art. 132 da Constituição – que conferiu aos Procuradores do Estado, organizados em carreira na qual o ingresso depende de concurso público de provas e de títulos, o monopólio das funções consultivas e de assessoramento na área jurídica – e no art. 69 do ADCT, que admitiu a coexistência de Consultorias Jurídicas e de Procuradorias-Gerais naquelas unidades da Federação onde essa dualidade orgânica já existisse à época da promulgação da Lei Fundamental.”

De outra banda, a Emenda Constitucional nº 19/1998 introduziu a expressão Advocacia Pública no texto constitucional, quando alterou a denominação da Seção II do Capítulo IV do Título IV da Carta, o que consolidou a expressão como representativa daqueles órgãos a quem incumbe a representação judicial e consultoria jurídica dos entes públicos. Ademais, propiciou que muitas normas posteriores adotassem esta expressão quando da sua referência a estes agentes. É de realçar, neste contexto, a edição do Código de Processo Civil, em 2015, quando

foi previsto título com esta denominação no livro que trata dos sujeitos do processo, de forma inédita no que se refere à Advocacia Pública.

Recentemente, quando da edição da Emenda Constitucional nº 93/2016, que trata da prorrogação da desvinculação das receitas da União e foi incluída a mesma norma para os Estados e Distrito Federal, foi dado tratamento de preservação dos fundos vinculados à Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (art. 76-A, do ADCT), cuidando-se de uniformizar o tratamento constitucional dado em relação às demais funções essenciais à Justiça.

Com efeito, ao celebrarmos os 30 anos da nova Carta, cumpre reconhecer a evolução da Advocacia Pública com a sua inclusão no texto constitucional, suporte no qual devem ser edificadas novas conquistas, donde cabe destacar a necessária autonomia técnica dos seus agentes e financeira dos seus órgãos, uniformizando-se o tratamento constitucional deferido a todos agentes públicos que exercem as funções essenciais à Justiça constitucionalizadas.

De qualquer forma, enquanto não alcançada toda a gama de padrões constitucionais já garantidos aos agentes e órgãos que exercem as demais funções essenciais à Justiça no que diz com autonomia funcional e financeira, os Advogados Públicos permanecem exercendo suas funções com independência técnica muito bem amparada no Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94, art. 7º, inciso I e art. 31, parágrafo primeiro), o que foi reconhecido inclusive, em *obter dictum* pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento, pelo STF, da ADI nº 470, designando-a como autonomia profissional, conforme

precisa anotação de Claudio Madureira (*in* MADUREIRA, Claudio. Advocacia Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 234).

Essas as breves considerações sobre a trintenária norma constitucional que abriga a Advocacia Pública Estadual, que irradiou uma série de princípios que contribuíram para o fortalecimento dessa função essencial à justiça no âmbito dos Estados, mas que ainda não foi suficiente para fazer as Procuradorias dos Estados e seus agentes superarem as grandes dificuldades de estruturação financeira e organizacionais locais que seguem enfrentando em muitos Estados e de cogência de suas orientações jurídicas frente às demais Instituições e Órgãos presentes no ordenamento jus-político local.

A Advocacia Pública Federal e sua estruturação

A Constituição Federal de 1988 cria a Advocacia-Geral da União e pela primeira vez na história do Brasil surge um órgão concebido como função essencial à Justiça competente para fazer a defesa dos três poderes da União.

Preconizou o art. 131 da Constituição Federal de 1988 que a Advocacia-Geral da União é a Instituição que direta, ou através de um órgão vinculado, representa a União, judicial ou extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da Lei complementar que dispuser sobre a sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

Em 1993, a Lei Complementar nº 73/93 concretiza o dispositivo Constitucional e estrutura a Advocacia-Geral da União, instituindo a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

A defesa que até então era realizada pelo Ministério Público da União passa a ser efetuada por um órgão criado para a finalidade específica de defesa do Estado Brasileiro em juízo e fora dele, com grande ganho para a sociedade brasileira, posto que o Ministério Público passou a exercer suas funções de fiscal da Lei na defesa dos interesses sociais e individuais disponíveis e indisponíveis e a AGU a exercer a defesa da Administração Direta da União nos termos da Lei Complementar nº 73/93. Instituiu-se a carreira de Advogado da União, para compor o novo órgão Procuradoria-Geral da União.

Por outro lado, a Lei Complementar nº 73/93 incorporou a única das carreiras da Advocacia Pública Federal que já existia quando veio a lume a Constituição de 1988, que era a de Procurador da Fazenda Nacional, cujas origens remontam ao vetusto cargo de “Procurador dos Feitos da Coroa” e que, com a denominação atual, foi criada pelo Decreto-lei nº 147, de 1967. Tanto é assim que consta, inclusive, uma referência expressa ao órgão Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no próprio texto constitucional, no seu art. 131, § 3º, o qual atribui a tal órgão a representação da União para a execução da sua dívida ativa de natureza tributária. Relevante, ainda, frisar que, antes da Constituição de 1988, a atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos do citado decreto-lei, não abrangia a defesa da União em juízo.

Mais tarde, a Medida Provisória n. 2.229-43/2001 criou a carreira de Procurador Federal e, em seguida, a Lei nº 10.480/2002 criou

a Procuradoria-Geral Federal como órgão vinculado à AGU, para exercer a defesa também das Autarquias e Fundações públicas (Administração Indireta), que anteriormente eram defendidos pelos Procuradores Autárquicos e Fundacionais. No entanto, ambas essas leis ressalvaram, mantendo à parte, a carreira de Procurador do Banco Central do Brasil.

A Advocacia-Geral da União por meio da atuação contenciosa da Procuradoria-Geral da União e seus órgãos, por força da Lei Complementar nº 73/93, vem realizando com zelo e eficiência a defesa judicial da União (seus três poderes) e das políticas públicas de Estado, garantindo ao mesmo tempo uma atuação proativa na defesa da probidade e do patrimônio público. Outra missão da AGU tem sido a defesa judicial do agente público em relação à prática de atos considerados legais no exercício da função, nos termos do que prevê a Lei 9028/98. Nos últimos anos a AGU se destacou pela defesa do interesse público visto não apenas como o interesse exclusivamente do erário mas como o interesse da sociedade como um todo, protagonizando na seara da conciliação acordos importantes com os cidadãos, no âmbito das suas centrais de negociação. Não menos importante tem sido a atuação da Procuradoria-Geral da União na temática do Direito Internacional perante os Organismos Internacionais, com destaque, por exemplo, ao combate do sequestro internacional de crianças.

No campo consultivo por meio da Consultoria-Geral da União e seus órgãos e forte na Lei Complementar nº 73/93, a AGU vem prestando serviços de consultoria jurídica e representação extrajudicial

ao Poder Executivo, com o fim de assessorar toda conduta da Administração nos estritos termos da legalidade, diminuindo demandas judiciais e gerando benefícios à Sociedade. A uniformização de entendimentos e procedimentos no âmbito da atividade consultiva é de suma importância porque confere segurança jurídica ao gestor, realiza o controle primário da legalidade e viabiliza, dentro dos parâmetros legais, as políticas públicas relevantes para o Estado.

A partir de 2007, com o Ato Regimental nº 05 de 2007 e com o Decreto nº 7392/2010 a AGU cria a CCAF, Câmara de Conciliação de Arbitragem da Administração Pública Federal, no âmbito da Consultoria-Geral da União, para dirimir conflitos entre órgãos da Administração Pública e avaliar pedidos de resolução de controvérsias pela Administração. Consciente da importância da conciliação e da necessidade de desenvolvimento de uma advocacia mais proativa, a AGU mais tarde instituiu as Câmaras Locais de Conciliação em cada Estado da Federação. Com a edição do Código de Processo Civil, lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, especificamente o art. 174 deste Diploma e com a edição da Lei de Mediação (lei 13.140/2015) e seu art. 32, mormente o inciso II, restou referendada a necessidade e importância da criação das Câmaras de Conciliação no âmbito da Administração Pública e ampliada a sua competência para o tratamento de demandas envolvendo o Estado e o particular. Disso resulta uma forma ainda mais eficiente de atuação da Advocacia Pública que cria canais próprios e especializados de comunicação com o cidadão na busca de soluções por meio da resolução consensual de controvérsias.

Nesse sentido, em artigo intitulado “ O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa”, publicado na Revista Direito do Estado em Debate da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Aline de Almeida e Flávio Garcia (p. 38, 2015), ao falarem da missão do Advogado Público, referiram “ que não é o caso de se manter uma tradicional e até preponderante atuação reativa, mas de se desenvolver uma revigorada atuação proativa, entendida como um poder-dever implícito das funções constitucionalmente conferidas aos exercentes da Advocacia de Estado. Assim, se estará aprimorando o ramo mais sobrecarregado e trabalhoso das Funções Essenciais à Justiça, bem como o atualizando, na linha da crescente consensualidade, nas relações entre sociedade e Estado.”⁶¹

E na mesma linha apontada pelos autores citados foi de fato se revigorando a Advocacia Pública nos últimos anos, atendendo aos anseios da sociedade por uma maior proatividade na sua atuação, o que envolve maior diálogo com o cidadão e com os órgãos assessorados.

No âmbito do assessoramento extrajudicial conferido aos órgãos da União, cumpre destacar o papel das Consultorias Jurídicas da União junto aos Ministérios. Estes órgãos da Consultoria-Geral da União possuem a relevante missão de auxiliar na formação jurídica de políticas públicas, de prestar assessoramento para a prática de atos administrativos além de proferir manifestação de cunho jurídico em Projetos de Lei acerca das matérias finalísticas das Pastas quanto aos

⁶¹ Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

aspectos de constitucionalidade e interesse público nas diversas fases de tramitação dos Projetos de Lei no Congresso Nacional e inclusive nas fases de sanção e veto Presidencial.

Por sua vez, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional é o órgão de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda, de modo que exerce em relação a esse as mesmas atribuições das aludidas Consultorias Jurídicas da União, além de outras específicas, em decorrência das atribuições peculiares do próprio Ministério da Fazenda, tais como a negociação de contratos relativos a operações financeiras externas do País, ou a participação em assembleias gerais de entidades controladas diretamente pela União.

No âmbito da representação judicial da União, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por força do disposto na Lei Complementar nº 73/93 e legislação esparsa, atua na execução da dívida de caráter tributário e não tributário, assim como representa a União nas ações contra ela propostas em matéria fiscal, tal como definido no parágrafo único do art. 12 da mencionada lei complementar. Atuando com especialização, dentro de sua missão, os Procuradores da Fazenda Nacional garantem alto índice de preservação e recuperação de valores aos cofres públicos.

No âmbito da defesa da Constitucionalidade das Leis editadas pelo Estado Brasileiro perante o Supremo Tribunal Federal, de suma importância é a atuação da Secretaria-Geral do Contencioso da Advocacia-Geral da União.

Já a Procuradoria-Geral Federal atua na defesa judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas, essenciais à prestação

dos serviços públicos ao cidadão brasileiro, como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE); além das Universidades Públicas Federais – ao todo, atualmente, existem mais de 150 autarquias e fundações públicas federais. Trata-se de defesa especializada prestada no âmbito da Administração Pública Indireta, por força do disposto na Lei nº 10.480/2002, que criou a Procuradoria-Geral Federal.

A Procuradoria-Geral do Banco Central, integrada também por advogados públicos federais, desempenha importante papel na representação judicial e extrajudicial do Banco Central, conforme dispõe o art. 4º da Lei 9.650 de 1998 e o Regimento interno da Autarquia. O Banco Central é uma Autarquia que diante da sua importância e especificidade encontra competências definidas na própria Constituição Federal e na Lei 4595/64 que a criou, contando com corpo jurídico próprio e especializado.

Por certo este espaço não seria suficiente para detalhar as principais ações da Advocacia Pública Federal ao longo destes 30 anos de representação judicial e extrajudicial, sendo necessário fazê-lo em linhas gerais. Pode-se afirmar que muito se avançou principalmente desde a criação da Advocacia Geral da União como função essencial à Justiça pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco para a solidificação da defesa do Estado Brasileiro nos âmbitos judicial e extrajudicial. Na época da promulgação da Constituição Federal de 1988 sabe-se que muitas vozes de juristas consagrados prestaram apoio

à criação de uma Advocacia Pública especializada, capaz de fazer a defesa da União, uma vez que para o Ministério Público Federal muitas vezes tornava-se confusa essa missão de exercer a representação do Estado na condição de autor e muitas vezes de réu.

Muitas foram as conquistas para a União com a criação da AGU, tanto sob a perspectiva da proteção ao erário como na perspectiva dos benefícios à sociedade brasileira, na defesa e viabilização das políticas públicas, na atuação proativa no combate à corrupção e recuperação de recursos desviados inclusive no exterior, no controle da legalidade dos atos administrativos e na defesa do patrimônio público.

Com o amadurecimento institucional surgiu a necessidade de incremento na atuação proativa dos Advogados Públicos, o que gerou nos últimos anos a celebração de milhares de acordos em temas judicializados por meio das centrais de negociação e em matérias judicializadas ou não por meio das Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal. Tais práticas foram reconhecidas pela sociedade e premiadas pelo prêmio *Inovare*. A defesa do agente público quanto a atos eivados de legalidade praticados no exercício da função pública também é um exemplo da atuação proativa da Advocacia Pública e incremento na sua atuação.

Como coroamento de todo esse trabalho e da importância da Advocacia Pública como função essencial à Justiça tal e qual previsto na Constituição Federal de 1988, os Advogados Públicos federais obtiveram o reconhecimento de direitos há muito tempo justamente reivindicados como a percepção de honorários advocatícios garantidos pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei 13.327/2016 e de

prerrogativas mínimas, dentre elas, o direito de não ser preso por descumprimento de determinação judicial no exercício de suas funções e o direito de não ser responsabilizado no exercício de suas funções, exceto pelos seus órgãos correicionais ou disciplinares, salvo nos casos de dolo ou fraude. Da criação da AGU em 1988 até o reconhecimento destes direitos que procuram garantir a atuação dos advogados públicos e equipará-los minimamente em termos de garantias institucionais às demais carreiras essenciais à Justiça passaram-se 28 anos.

Muito ainda há para ser feito no campo da estruturação da Instituição e das Prerrogativas essenciais a serem garantidas pelo legislador aos Advogados Públicos Federais possibilitando um avanço necessário para o aprimoramento da sua atuação na efetiva promoção dos fins do Estado Democrático de Direito.

Notas conclusivas

Não se pode olvidar, no que diz respeito à defesa do Estado Brasileiro, que muito se avançou nestes 30 anos de Constituição Federal, conforme procuramos apontar neste breve texto. Trata-se de uma Advocacia Pública que se consolidou e se notabilizou ao longo dos anos pela sua eficiência na defesa do Estado e que hoje conta com o reconhecimento da sociedade brasileira acerca de seu trabalho e da importância do papel que diuturnamente desempenha.

Em razão disso, a opção do legislador de 1988 pela criação de uma Advocacia Pública voltada para a defesa do Estado Brasileiro merece ser reverenciada posto que comprovadamente acertada.

Uma Advocacia Pública eficiente e comprometida com a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito é essencial ao pleno funcionamento da Justiça, à defesa da sociedade e das políticas públicas de Estado.

COMISSÃO DE DEFESA ASSISTÊNCIA E PRERROGATIVAS

CONTRATAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: A ARBITRARIEDADE E O ABUSO DE PODER NA INDEVIDA INTERFERÊNCIA JUDICIAL

*Eduardo Kucker Zaffari*⁶².
*Nara Terezinha Piccinini da Silva*⁶³.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os negócios jurídicos subjacentes à contratação de advogado. 3. A equivocada compreensão dos Princípios da Proteção do Trabalhador e da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas. 4. Arbitrariedade e abuso de poder. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Ordem dos Advogados do Brasil tem enfrentado, com alguma regularidade, a resistência de alguns magistrados no momento de expedição de alvarás judiciais para o levantamento das importâncias decorrentes de condenações judiciais⁶⁴. Equivocadamente, alguns juízes têm o entendimento que os advogados não têm poderes para o saque e recebimento, mesmo constando especificamente no instrumento de mandato.

⁶² Advogado. Conselheiro estadual. Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas dos Advogados da OAB/RS. Mestre em Direito, especialista em Direito Tributário pelo IBET, especialista em Direito do Trabalho pelo IMED. Graduando em Filosofia pela PUCRS.

⁶³ Advogada. Conselheira estadual. Membro da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas dos Advogados da OAB/RS.

⁶⁴ TRT4. **Provimento conjunto n.º 02, de 06 de março de 2017**. Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0BwFljNLwySHHY0VCUEExSFI5N1k/view>. Acesso em: 24 jan. 2018.

O problema se acentua na justiça do trabalho, em que alguns magistrados invocam princípios trabalhistas como álibis a cancelar a arbitrariedade, prejudicando os advogados no momento em que serão remunerados pelo seu trabalho. A situação é tão preocupante que o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em razão de intenso trabalho da Seccional da Ordem dos Advogados do Estado do Rio Grande do Sul⁶⁵, publicou o Provimento Conjunto n.º 02, de 06 de março de 2017, regradando a liberação de valores na Justiça do Trabalho⁶⁶.

Este artigo aborda a contratação profissional do advogado e a impossibilidade de aplicação de princípios justralhistas na relação entre advogado e seu cliente, demonstrando, ao final, a ilegalidade da conduta daqueles que, indevidamente, obstaculizam a percepção de valores pelo mandatário judicial.

2. Os negócios jurídicos subjacentes à contratação de advogado

A contratação de advogado importa na conjugação de uma série de negócios jurídicos, os quais poderão estar consubstanciados materialmente, e eventualmente, em um único instrumento. Embora o espaço deste artigo não permita o aprofundamento da matéria na

⁶⁵ OAB/RS. **Advocacia e TRT4 buscam solução consensual para a liberação dos alvarás judiciais.** Porto Alegre, 2017. Disponível em <http://www.oabrs.org.br/noticias/advocacia-e-trt4-buscam-solucao-consensual-para-liberacao-dos-alvaras-judiciais/24031>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

⁶⁶ OAB/RS. **Vitória da advocacia: TRT4 confirma que nome do advogado deve constar em todos os alvarás.** Porto Alegre, 2017. Disponível em:< <http://www.oabrs.org.br/noticias/vitoria-advocacia-trt4-confirma-que-nome-advogado-deve-constar-em-todos-os-alvaras/24942> >. Acesso em: 24 jan. 2018.

extensão merecida, uma breve análise ampliará a reflexão sobre a matéria de fundo.

A redação do artigo 653 do Código Civil deixa claro uma importante distinção e apresenta o conceito do contrato de Mandato. Ao prescrever que “*a procuração é o instrumento de mandato*” distingue a espécie de sua forma. Mais, explicita que se operará o mandato “[...] *quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses.*”

Revigorando as lições de Pontes de Miranda, o Código Civil brasileiro reconhece ser a procuração apenas uma das formas de exteriorização do contrato de mandato, assim como ser este a percepção de poderes para a prática de atos e administração de interesses. E o raciocínio de Pontes é perfeito⁶⁷:

Conforme já frisamos e volveremos a acentuar, não se há de confundir com o mandato a procuração. Tem-se de distinguir do contrato de mandato o negócio jurídico da outorga de poderes, unilateral, que se contém na procuração. Nem todo mandato importa haver a procura, nem toda procura supõe mandato.

O contrato de mandato é a criação do dever e obrigação de gestão de negócios por uma pessoa em re-presentação a outra. O mandato (*manus + dare*, ou *dar a mão*, do direito romano) quando dado a profissional advogado, presume-se, necessariamente, remunerado⁶⁸.

⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações**: mandato: gestão de negócios alheios sem outorga. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 58. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial; 43. Atualizado por Claudia Lima Marques, Bruno Miragem.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações**: mandato: gestão de negócios alheios sem outorga. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61. Coleção

O advogado contratado tem, inerente à sua contratação, a presunção de onerosidade de seu labor, assim como o dever de administrar os negócios para os quais foi contratado, o que lhe determinará o dever de prestar contas ao mandante.

Além de presunção ínsita à espécie de contrato com profissional liberal existente no contrato de mandato, há um segundo negócio jurídico, preferencialmente contratado por escrito, consistente no contrato de prestação de serviços de advocacia. Esta espécie contratual, que consubstancia a prestação de serviços de advocacia pelo advogado ao cliente, não exige forma especial⁶⁹ e assegurará ao patrono os honorários convencionais e de sucumbência⁷⁰.

Nele o advogado prescreverá os serviços que serão prestados, o valor de sua remuneração e a forma de pagamento. A remuneração de seu trabalho tem natureza alimentar nos termos do §14º, do art. 85 do Código de Processo Civil “[...] com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência *parcial*.⁷¹” Na medida do espaço deste artigo,

Tratado de Direito Privado: parte especial; 43. Atualizado por Claudia Lima Marques, Bruno Miragem.

⁶⁹ BRASIL. **Resolução 02/2015, de 19 de outubro de 2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁷⁰ BRASIL. **Lei. 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018. Art. 22.

⁷¹ BRASIL. **Lei. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018. Art. 85, §14º.

importante trazer à lume que a natureza da verba honorária já é reconhecida pelos tribunais superiores como alimentar⁷²:

Houve tempo em que se entendeu pela restrição da natureza alimentar dos honorários advocatícios limitando-a aos honorários contratuais. Somente esses representariam a verba necessária para subsistência e provento do advogado; não, contudo, os sucumbenciais. Isto porque nem sempre se poderia contar com a verba decorrente da sucumbência e, conseqüentemente, restaria afetado o caráter de sua imprescindibilidade para o sustento do profissional da advocacia.

[...]

Assim, é correto sustentar, que a mais recente jurisprudência do Col. Supremo Tribunal Federal tem entendido que os honorários advocatícios, sejam eles os contratuais, sejam eles os sucumbenciais, têm natureza alimentar.

Por derradeiro, há um terceiro negócio jurídico celebrado consistente na procuração, que o Código Civil, em seu art. 692, remete à legislação processual, mais especificamente ao 105 do Código de Processo Civil, a prescrição legal da procura. A procuração habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, à exceção daqueles poderes expressamente previstos na lei, quais sejam: receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica⁷³.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **A natureza alimentar dos honorários advocatícios**. Disponível em: < <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/003.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2018. pp. 4 e 8.

⁷³ BRASIL. **Lei. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018. Art. 105.

Mas o texto é cristalino ao prescrever que tais vedações poderão ser igualmente atribuídas ao advogado, bastando “[...] *constar de cláusula específica.*”⁷⁴

A distinção apresentada permite aferir que o instrumento de procura, com poderes específicos e na extensão pactuada pelo advogado e seu cliente, não necessita direta relação com o contrato de prestação de serviços advocatícios, tornando ilegal e despicienda qualquer exigência de apresentação do contrato de honorários.

3. A equivocada compreensão dos Princípios da Proteção do Trabalhador e da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

O Direito do Trabalho tem um *núcleo basilar* de princípios especiais os quais incorporam a essência teleológica deste ramo do direito e irradiam seu espectro para todo o conjunto de normas substanciais ou instrumentais. Dentre os nove princípios elencados por Maurício Godinho Delgado, destaca-se o Princípio da Proteção do Trabalhador⁷⁵.

Sob o argumento de proteção ao trabalhador, alguns magistrados têm justificado a limitação dos honorários advocatícios,

⁷⁴ BRASIL. **Lei. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018. Art. 105.

⁷⁵ Godinho Delgado ainda destaca o Princípio da Norma mais Favorável, o Princípio da Imperatividade das normas trabalhistas, o Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, Princípio da Condição mais Benéfica, Princípio da inalterabilidade Contratual Lesiva, Princípio da Intangibilidade Salarial, o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma e Princípio da Continuidade da Relação de emprego. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2017. p. 212.

sejam eles sucumbenciais ou contratuais, a interferência no contrato particular de honorários ou a expedição de alvarás em nome exclusivamente do reclamante. Mas definição deste princípio, conforme o doutrinador mineiro, leva à outra conclusão⁷⁶:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O poder diretivo do empregador sobre o modo de realização do trabalho, consistente na subordinação objetiva, revela ao desequilíbrio que deverá ser *compensado* no plano jurídico, encontrando neste princípio a sua condição de possibilidade. A importância dessa equivalência é flagrante.

Pareceria desnecessário recordar que a relação jurídica de direito material que se estabelece entre empregado e empregador⁷⁷ é materialmente distinta da relação jurídica existente entre mandante e mandatário, ou entre procura e procurador. Enquanto na primeira há a cessão de labor decorrente da conjunção dos elementos fático-jurídicos constantes no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho⁷⁸, no segundo há a conjugação do contrato de mandato, o negócio jurídico de

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 213.

⁷⁷ Ignora-se, para fins deste trabalho, o exame das relações jurídicas existentes nas demais relações de trabalho, o que ocuparia demasiado espaço.

⁷⁸ A saber: não eventualidade, pessoalidade, subordinação, onerosidade e prestado por pessoa física.

contrato de advogado e o negócio jurídico de procuração. A segunda relação encontra fundamento jurídico nos artigos 653 do Código Civil; art. 22 da Lei 8.906/1994; e art. 692 do Código Civil, combinado com art. 103 do Código de Processo Civil.

A relação trabalhista se estabelece, em regra, entre o empregado e empregador, executando-se aqui as demais relações de trabalho, apenas para fins metodológicos. Diferentemente da relação que se estabelece entre advogado e cliente.

Igualmente equivocado é o argumento da *irrenunciabilidade*, consubstanciado no Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas pelo empregado. Este importante imperativo, que se traduz na “[...] inviabilidade técnico jurídica de poder o empregado despojar-se por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”⁷⁹ não guarda qualquer ponto de contato com a relação jurídica de direito material que se estabelece entre cliente e advogado.

O cliente não renuncia direitos trabalhistas. O reclamante tem restabelecido o seu direito outrora lesado pelo empregador e remunera quem lhe prestou o serviço de representação judicial. O reclamante-cliente não perde, tampouco é lesado.

Ademais não se pode fazer destas normas tal qual *commodities em uma Bolsa Especulativa de Princípios*⁸⁰, como satiriza Lenio Luiz

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 217.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Aula Magna: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Lenio Luiz Streck. (55 mim. 16 seg.) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vTXtDcRsqqw>>. Acesso em: 12 de nov. 2015.

Streck. Não se está satisfeito e há um problema a resolver, usam-se princípios como “[...] álibis teóricos para suplantam problemas metodológicos da “insuficiência” das regras”⁸¹. Princípios servem para trazer a facticidade à norma⁸²:

[...] é equivocado pensar que princípios constitucionais representam a positivação de valores. O Direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. A diferença entre regra e princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).

Exatamente nesse sentido, não há como se pretender incidir é transpor princípios contidos em normas de direito material trabalhistas para relações jurídicas distintas, as quais encontram princípios e normas próprias noutros campos do direito. É um erro hermenêutico, pois princípios não são cláusulas abertas de condição de possibilidade para decisionismos por juízes e tribunais, mas servem para *fechar* a interpretação, permitindo que se encontrem as respostas adequadas para cada caso concreto.

⁸¹ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 169.

⁸² STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 170.

4. Arbitrariedade e abuso de poder.

Cretella Júnior define os atos discricionários a partir dos atos vinculados, permitindo que, a partir de sua compreensão, possa-se demonstrar a arbitrariedade e abuso de poder nas decisões judiciais que interferem na contratação da verba honorária⁸³:

Os vocábulos vinculado e discricionário têm acepção técnica. Ato vinculado é o que a Administração é obrigada a editar, desde que o destinatário do ato preencha os requisitos exigidos. Ato discricionário é o que a Administração não é obrigada a editar, mesmo que o destinatário do ato preencha os pressupostos legais. No primeiro caso, o destinatário, a priori, já prevê a conduta da Administração. Se esta não editar o ato esperado, fere direito do interessado. Nisto é que está a vinculação. No segundo caso, a Administração tem a opção na edição do ato. Nisto reside a discricionariedade. Se não atender à pretensão do destinatário, fere-lhe interesses, não direitos.

Embora conceitue pelo seu surgimento, Di Pietro afirma que haverá a atuação discricionária quando “[...] a Administração, diante do caso concreto, tem a oportunidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”⁸⁴ O traço introduzido pela concepção de Maria Sylvia Zanella di Pietro, e que agora se destaca, vem explicado por Juarez Freitas⁸⁵:

⁸³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 246.

⁸⁴ PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito administrativo**. Porto Alegre: Atlas, 2015. p. 176.

⁸⁵ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 137-138.

Ressalvas à parte, certo é que o Direito, de há muito, vem admitindo, em circunstâncias várias, tal escolha ou avaliação mediante o uso de critérios exclusivamente políticos do administrador (sem fundamento no Direito), quando tudo indica devam ser evitados atos deste jaez, dada a natureza jurídica de todos os atos emanados legitimamente pela autoridade, donde não merece prosperar a exclusividade política, em homenagem a uma absurda separação de Poderes, dado que estes somente serão democráticos se mutuamente controlados.

Segundo Cretella Júnior, a “*Discrição é a faculdade de decidir dentro de certos limites, poder concedido ao agente público de agir ou deixar de agir dentro do âmbito demarcado pela regra jurídica.*”⁸⁶ E são exatamente estes limites que legitimam o ato discricionário, impedindo que este se autoreferencie e busque, no Direito, o seu alicerce de validade⁸⁷.

Em sentido oposto, há a arbitrariedade, que deve ser disntiguada da discricionariedade.

Em resposta aos Maniqueus⁸⁸, que defendiam a coexistência de duas divindades supremas, o *Princípio do Bem* e o *Princípio do Mal*, tendo os homens duas almas e não sendo, então, responsáveis e livres pela escolha do mal que fazem, Santo Agostinho escreve sua obra *O livre-arbítrio* entre os anos de 388 dC e 394 d.C., um dos mais influentes tratados filosóficos até hoje sobre a origem do pecado e a

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 249.

⁸⁷ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 143.

⁸⁸ O Maniqueísmo é uma filosofia religiosa sincrética e dualística fundada e propagada por Maniqueu, a partir do século III da era cristã. MANIQUEÍSMO. **Estudante de Filosofia**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <www.estudentedefilosofia.com.br/doutrinas/maniqueismo.php>. Acesso em: 02 fev 2017.

possibilidade de escolha pelo homem entre o bem e o mal⁸⁹. Neste, o teólogo busca comprovar a impossibilidade do mal advir de Deus, que se originaria exclusivamente das más escolhas feitas pelo homem.

Sendo o livre-arbítrio um bem concedido por Deus⁹⁰, para que possa o homem escolher entre fazer o bem e o mal, apenas aquele que estiver dominado pela graça de Deus terá o poder de escolher pelo bem, o que importará no grau supremo de liberdade. Agostinho afirma⁹¹:

Logo, só me resta concluir: se, de um lado, tudo que é igual ou superior à mente que exerce seu natural senhorio e acha-se dotada de virtude não pode fazer dela escrava da paixão, por causa da justiça, por outro lado, tudo o que lhe é inferior tampouco o pode, por causa dessa inferioridade, como demonstram as constatações precedentes. Portanto, não há nenhuma outra realidade que torne a mente cúmplice da paixão a não ser a própria vontade e livre-arbítrio.

Buscando um conceito de arbítrio no Direito, esclarecendo que o Bispo de Hipona não se eximiu de discorrer sobre a possibilidade de

⁸⁹ AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 28.

⁹⁰ O livre-arbítrio é concedido por Deus para que *“Igualmente o castigo, como a recompensa, seria injusto, se o homem não fosse dotado de vontade. Ora, será preciso que a justiça estivesse presente no castigo e na recompensa, porque aí está um dos bens cuja fonte é Deus.”* AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 75.

⁹¹ AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 52.

escolha pelo homem nos casos de homicídio cometidos em autodefesa conforme a lei civil⁹², refere José Cretella Júnior que⁹³:

Denomina-se *arbítrio* a faculdade de operar sem qualquer óbice, em todos os sentidos, desvinculada de qualquer norma jurídica. É a liberdade de ser irracional, que age no mundo da força e da violência, onde imperam os apetites e se conhecem como barreiras apenas as impossibilidades de ordem física ou material.

A manifestação de vontade sem qualquer limitação jurídica ou social é arbitrária e, quando exarada por qualquer titular de alguma espécie de poder administrativo, é ato arbitrário e incompatível com o Estado de Direito⁹⁴. E a experiência tem demonstrado que a tênue distinção entre os atos discricionários e os arbitrários, pela dificuldade da compreensão do *espaço deixado pelo Direito*, ou pela *moldura* em que poderá transitar a autoridade administrativa, tem permitido que a ideia de discricionariedade sirva de “[...] *cômodo refúgio para o arbítrio, nem sempre de fácil ataque pelas vias assecuratórias atuais.*”⁹⁵.

O abuso de poder está disposto no artigo 37, §3º, III, e §4º da Constituição Federal, que prevê a forma de representação contra o exercício do abuso de poder, bem como as consequências deste ato.

⁹² AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 35.

⁹³ CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 249.

⁹⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 249.

⁹⁵ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 140.

Art. 37. [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Está também positivado em várias leis esparsas, em que se verifica as consequências do abuso de poder, as quais podem ser de ordem administrativa, cível, penal e política. Como exemplos, há a previsão na Lei nº 8.666/93, que trata das licitações; na Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais; na Lei nº 8.429/92, chamada Lei da Improbidade Administrativa; bem como na Lei 9.504/97, que trata do regramento das eleições.

Todavia é a Lei nº 4.898/65 que regula efetivamente o direito de representação administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade. Para o fim específico desta lei, considera-se autoridade quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração. Estão também enumerados os casos em que se configura o abuso de poder, a forma de representação e procedimento, inclusive todas as formas de sanções, as quais serão aplicadas de acordo com a gravidade do abuso cometido.

A par de toda a legislação existente, tem-se o Projeto de Lei do Senado n.º 85/2017, ainda em tramitação no Congresso Nacional que pretende disciplinar toda a matéria, inclusive conceituando o abuso de

poder. Conforme a Justificação apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues, tem-se o seguinte:

Ocorre abuso de autoridade quando o agente público exerce o poder que lhe foi conferido com excesso de poder (o agente atua além de sua competência legal) ou com desvio de finalidade (atua com o objetivo distinto daquele para o qual foi conferido). É sempre ato doloso, portanto.

A partir dessa premissa procurou-se tipificar as condutas praticadas com abuso de autoridade pelos agentes públicos.⁹⁶

O anteprojeto prevê que poderão ser sujeitos ativos do crime de abuso de autoridade os membros do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário; os membros do Ministério Público e Tribunais de Contas; e agentes da Administração Pública, servidores públicos, civis ou militares, ou a eles equiparados. E em relação ao sujeito passivo do abuso de autoridade, o referido Projeto de Lei prescreve que:

O sujeito passivo do abuso de autoridade não é só o cidadão, mas também a Administração Pública. O interesse em reprimir a conduta abusiva transcende a esfera individual do cidadão. Por isso, sugere-se a adoção da ação penal pública incondicionada, para a persecução dos crimes de abuso de autoridade, bem assim a admissão da ação privada subsidiária, nos termos do Código de Processo Penal.⁹⁷

E por fim, destacam-se no Projeto de Lei a inclusão de dois novos crimes: a utilização do cargo ou função para se eximir do

⁹⁶ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 85, 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁹⁷ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 85, 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em: 17 fev. 2018.

cumprimento de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio, e o uso abusivo dos meios de comunicação ou de redes sociais pela autoridade encarregada da investigação que antecipa a atribuição de culpa, antes de concluída a investigação e formalizada a acusação.

5. Conclusão.

Após essas breves considerações sobre a matéria tão cara para a advocacia, tem-se que a Ordem dos Advogados do Brasil tem obtido importantes conquistas no sentido de coibir a atuação ilegal da conduta daqueles que, indevidamente, obstaculizam a percepção de valores pelo mandatário judicial.

A confusão conceitual sobre os negócios subjacentes à contratação de advogado, aliada à equivocada compreensão sobre a utilização dos princípios juslaborais têm permitido toda a sorte de arbitrariedade, por vezes a perpetração de abuso de autoridade. Impedir o recebimento de honorários pelos advogados, obstaculizando a retirada e recebimento de alvará judicial pelo constituído, constitui-se em ilegalidade, a qual deve ser combatida pela Ordem dos Advogados.

Entre as recentes conquistas da Ordem dos Advogados, o Provimento Conjunto n.º 02, de 06 de março de 2017, que passou a reger a liberação de valores na Justiça do Trabalho, conquistado pelo esforço da OAB/RS junto ao TRT4, ganhou destaque e relevo nacional.

O trabalho da Comissão Nacional de Prerrogativas, juntamente com a Procuradoria Nacional de Defesa das Prerrogativas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tem servido de importante

sustentáculo para as Seccionais de Ordem. Cita-se decisão paradigmática no Recurso Especial nº 1337017⁹⁸, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, em que o CFOAB ingressou no feito na condição de assistente simples através da Procuradoria Nacional.

A Ordem dos Advogados do Brasil não se omite de punir os componentes de seus quadros que se desviam do bom caminho. Impedir o exercício da profissão e o recebimento de honorários pelos advogados a pretexto de uma *suposta proteção* do constituinte traveste posição arbitrária não condizente com o atual Estado Democrático de Direito.

⁹⁸ RECURSO ESPECIAL: REsp. n.º 1337017 - AL (2012/0162048-9). Relatora: Min. Assusete Magalhães. DJ: 18/10/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2012%2F0162048-9+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=D ESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Referências

AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira, revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.

BRASIL. **Lei. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. **Lei. 4.898, de 09 de dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Lei. 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Lei. 8.429/92, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre a improbidade administrativa. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Lei. 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, XXI da CF e institui normas sobre as licitações. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Lei. 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. **Lei. 9.504/97, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Resolução 02/2015, de 19 de outubro de 2015.** Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A natureza alimentar dos honorários advocatícios.** Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/003.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MANIQUEÍSMO. **Estudante de Filosofia.** [S.l.], [S.d.]. Disponível em: www.estudantedefilosofia.com.br/doutrinas/maniqueismo.php>. Acesso em: 02 fev 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações: mandato: gestão de negócios alheios sem outorga.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial; 43. Atualizado por Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem.

OAB/RS. **Advocacia e TRT4 buscam solução consensual para a liberação dos alvarás judiciais.** Porto Alegre, 2017. Disponível em <http://www.oabrs.org.br/noticias/advocacia-e-trt4-buscam-solucao->

consensual-para-liberacao-dos-alvaras-judiciais/24031>. Acesso em: 24 jan. 2018.

OAB/RS. **Vitória da advocacia: TRT4 confirma que nome do advogado deve constar em todos os alvarás.** Porto Alegre, 2017. Disponível em:< <http://www.oabrs.org.br/noticias/vitoria-advocacia-trt4-confirma-que-nome-advogado-deve-constar-em-todos-os-alvaras/24942> >. Acesso em: 24 jan. 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito Administrativo.** Porto Alegre: Atlas, 2015.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 85, 2017.** Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

STJ: **REsp. nº 1337017 - AL (2012/0162048-9).** Relatora: Min. Assusete Magalhães. DJ: 18/10/2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2012%2F0162048-9+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Aula Magna: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Lenio Luiz Streck.** (55 mim. 16 seg.) Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=vTXtDcRsqqw>>. Acesso em: 12 de nov. 2015.

STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TRT4. **Provimento conjunto n.º 02, de 06 de março de 2017.** Porto Alegre, 2017. Disponível em:<<https://drive.google.com/file/d/0BwFIjNLwySHHY0VCUEExSF15N1k/view>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

COMISSÃO DE DIREITO AMBIENTAL

TRINTA ANOS DE DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL: A ADVOCACIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Alessandra Lehmen⁹⁹, Cristiano Weber¹⁰⁰,
Luciane Moraes De Oliveira¹⁰¹, Marília Longo do Nascimento¹⁰²*

Sumário. 1. Tríplice responsabilidade em matéria ambiental. 2. Espaços especialmente protegidos. 3. Repartição constitucional de competências ambientais. Conclusão.

⁹⁹ Advogada, inscrita na OAB/RS e em Nova York/EUA. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS (2013). Mestre em Direito Ambiental por Stanford (2014) e em Direito Internacional pela UFRGS (2007). Laureada pelo Governo da França como pesquisadora de pós-doutorado no programa *Make Our Planet Great Again*, pelo Centre Nationale de Recherche Scientifique/Universidade Aix-Marseille (2018). Stanford Woods Institute *Rising Environmental Leaders Fellow* (2014). Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV (1998). Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS (2017-18). Diretora do Departamento de Direito Ambiental do IARGS (2016-19).

¹⁰⁰ Advogado, inscrito na OAB/RS. Mestre em Direito e Justiça Socioambiental pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Especialista em Direito Ambiental pela UNISINOS. Graduado em Direito pela UNISINOS. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS. Autor do livro “Estado de Direito Socioambiental e Segurança Alimentar: o caso das lavouras geneticamente modificadas”.

¹⁰¹ Advogada, inscrita na OAB/RS. Graduada em Direito pela Unisinos, Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção. Especialista em Direito Ambiental pela UFPR. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS.

¹⁰² Advogada, inscrita na OAB/RS. Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS (2016-2018) e Secretária da Comissão Nacional de Direito Ambiental (2016-2018). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Paris I e Paris II, Panthéon-Sorbonne e Panthéon-Assas (2006-2007). Especialista em Direito Europeu e Francês dos Contratos pela Savoie Mont-Blanc (2016-2017).

Introdução

Os trinta anos da Constituição Federal de 1988 são um marco a ser celebrado pela advocacia ambiental. O novo arcabouço constitucional do país então recém-democratizado introduziu um período, embora certamente não imune a refluxos, em que se vêm conhecendo inegáveis avanços na proteção ao meio ambiente pelo ordenamento jurídico brasileiro. O estudo e a prática do direito ambiental fizeram-no evoluir, e nessa evolução a advocacia desempenha papel central, ajudando - tanto através da atuação diária quanto do debate nos múltiplos foros dedicados ao tema -, a aperfeiçoar sua interpretação e aplicação.

É importante que se compreenda que o marco constitucional ambiental de 1988 se insere em um movimento mais amplo, iniciado ainda antes de sua promulgação, e que se prolonga até os dias atuais e se projeta para o futuro. O art. 225 do novo texto alçou pela primeira vez ao nível constitucional o direito ao meio ambiente equilibrado, reconhecendo-lhe a essencialidade e a universalidade. Deve-se notar, todavia, que o novo ordenamento constitucional recepcionou normas que foram pioneiras no tratamento do tema ambiental entre nós e o fizeram com méritos, tanto que algumas vigem até hoje, a exemplo o antigo Código Florestal¹⁰³, a Política Nacional do Meio Ambiente¹⁰⁴; a

¹⁰³ Lei 4.771/65, que estabeleceu que as florestas e demais formas de vegetação são de interesse comum a todos os habitantes no país, substituído pela Lei 12.651/12, o Novo Código Florestal.

¹⁰⁴ Lei 6.938/81, que, entre outras importantes medidas, impõe a obrigação de reparação do dano ambiental independentemente de culpa, institui o EIA/RIMA e

Lei da Ação Civil Pública¹⁰⁵, e a Resolução 01/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA¹⁰⁶. Operou-se, assim, sob o manto do art. 225 da Constituição Federal de 1988, a *constitucionalização do direito ambiental brasileiro*¹⁰⁷.

Esse movimento não se restringe às fronteiras nacionais: o novo marco constitucional democrático coincidiu, em nível internacional, com a disseminação e a popularização da pauta ambiental. De fato, e com maior intensidade a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972 em Estocolmo, as questões ambientais passaram a ser consideradas a partir de uma perspectiva global, não utilitarista, consagrando-se a importância de buscar equilíbrio entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental, o que depois evoluiria para o fundamental conceito de desenvolvimento sustentável. Em síntese, passou-se a compreender que o adequado enfrentamento dos desafios da proteção ambiental exige ação coletiva e articulação em nível global, em especial no que diz respeito ao abuso dos recursos comuns, à poluição transfronteiriça, às atividades que geram impactos para grande número de Estados e seus nacionais ou para o planeta como um todo e, ainda, aos problemas de

o licenciamento ambiental prévio e cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

¹⁰⁵ Lei 7.347/85, que introduz importante instrumento para a defesa do meio ambiente em juízo.

¹⁰⁶ Resolução que introduziu o licenciamento ambiental trifásico.

¹⁰⁷ Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, parte II, 1 “Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira”, p. 83/156.

natureza local mas amplamente compartilhados por ocorrerem simultaneamente no território de vários Estados.¹⁰⁸

Com o recrudescimento da mobilização da sociedade internacional quanto às questões ambientais¹⁰⁹, multiplicaram-se as instâncias de debate, culminando na realização, em 1992, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92 ou Rio-92. Para além da importância simbólica da realização da conferência no Brasil, no âmbito do processo de renovação de credenciais democráticas, e da presença maciça de chefes de Estado, sinalizando que à pauta ambiental havia sido conferida importância sem precedentes, a Conferência produziu resultados concretos fundamentais, tais como a Agenda 21 e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima. Estes documentos consagram princípios ambientais hoje largamente adotados pelo direito ambiental brasileiro, tais como os do direito ao desenvolvimento sustentável, da precaução, da prevenção, do poluidor-pagador e da equidade intergeracional.

É, essencialmente, sobre esse pano de fundo que o direito ambiental brasileiro vem evoluindo e se desenvolvendo nas últimas décadas: com acentuada inserção do Brasil nas discussões internacionais, mas sem jamais perder de vista as peculiaridades de um

¹⁰⁸ Vide, a esse respeito, SPETH, James Gustave e HAAS, Peter M. *Global Environmental Governance*. Washington: Island Press, 2006. p. 15-6 e LEHMEN, Alessandra, *The Case for the Creation of an International Environmental Court: Non-State Actors and International Environmental Dispute Resolution* (2015) 26:2 *Colo. Nat. Resources, Energy & Env'tl. L. Rev.*, p. 179–217.

¹⁰⁹ Por exemplo, a questão do efeito estufa e da subsequente proibição da emissão de clorofluorcarbonetos, que engajou a opinião pública nos anos 80.

país de sempre exaltadas dimensões continentais e abundância de recursos naturais de toda ordem. Nesse contexto, o direito ambiental brasileiro, a despeito de alguns retrocessos e de certas deficiências em sua implementação, continua a ganhar corpo. A estabilidade conferida pelo texto constitucional é refletida no direito infraconstitucional através da publicação de importantes marcos regulatórios, tais como a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/09) e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/10).

Delineados os antecedentes da constitucionalização do direito ambiental brasileiro, este artigo dedicar-se-á a abordar em mais detalhes três aspectos fundamentais do avanço na proteção ambiental nas últimas três décadas, que também são identificados como especialmente instrumentais ao trabalho do advogado ambiental. Na primeira parte, discorre-se sobre a tríplice responsabilidade em matéria ambiental; a seguir, trata-se dos espaços especialmente protegidos, e, na terceira e última parte, da repartição constitucional de competências ambientais. Na conclusão, sublinha-se a importância do advogado para o desenvolvimento do direito ambiental brasileiro, nas últimas décadas e naquelas que virão.

1. Tríplice responsabilidade em matéria ambiental

A edificação do Estado de Direito Ambiental¹¹⁰ vem fazendo história especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, que inovou e elevou o meio ambiente a um direito e dever fundamental de todos.

A partir da constituição cidadã é possível assegurar que a República Federativa do Brasil cumpre as exigências necessárias para atuar como um autêntico Estado de Direito Socioambiental¹¹¹, tendo em vista sua consagração como Estado Democrático de Direito,

¹¹⁰ Consoante Morato Leite, a presença de um Estado de Direito Ambiental só se mostra plausível se houver os elementos indissolúveis e obrigatórios que representam o Estado de Direito, o Estado Democrático e o Estado Social. In: LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000. p. 14. O mesmo pode ser compreendido da leitura de Patrícia Bianchi, que sustenta que o modelo de Estado de Direito Ambiental, frequentemente proposto, é diferenciado porque efetiva as normas e os princípios do Estado Social sem descuidar das questões que devem envolver um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e garantir a qualidade de vida das presentes e futuras gerações. In: BIANCHI, Patrícia. *Eficiência das normas ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100. Ainda, para Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, o Estado de Direito e o Estado Democrático são dois componentes que não podem estar afastados um do outro. Para os constitucionalistas portugueses, o Estado de Direito só é chamado “de Direito” porque, antes, é Democrático, e o Estado Democrático só é chamado “Democrático” porque, antes, é de Direito. Ao passo que o Estado Social, enfatizam os doutrinadores, é um aprimoramento do “Estado Democrático de Direito”, tornando-se um elemento adquirido e uma conquista política que deve banir qualquer tipo de retrocesso, inclusive aquele de caráter ecológico. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 62 e 66.

¹¹¹ É imprescindível enfatizar que, para a proposição de um Estado Socioambiental, este, além de se constituir em um Estado Liberal, Estado de Direito, Estado Democrático e em um Estado Social, também deve modelar-se como um típico Estado Ambiental. LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000. p. 14.

assegurando, no art. 1º da Constituição, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e, acima de tudo, a sabedoria de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, a Constituição enquadrou a defesa do meio ambiente, a função socioambiental da propriedade e a redução das desigualdades regionais e socioambientais como alguns dos princípios a serem observados pela atividade econômica no Brasil (art. 170). Tais preceitos apenas reforçam a existência de um Estado de Direito Socioambiental brasileiro que favorece o diálogo entre o modelo liberal, democrático, social e ambiental.

Registra-se que, ao chamar a coletividade e o Poder Público ao dever de proteção e preservação do meio ambiente¹¹², a Constituição já estabelece que a sistemática vigente só pode ser a democracia ambiental, imbuída de uma boa dose de participação social¹¹³.

A partir disso, é indispensável prever meios que garantam um mínimo de qualidade ambiental às presentes e às futuras gerações, considerando, sobretudo, que esse mínimo existencial ecológico, segundo Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, deve ser colocado tanto na forma de deveres de proteção a ser dada pelo Estado de Direito

¹¹² *Caput* do art. 225.

¹¹³ Até porque o escopo do Estado de Direito Socioambiental deve ser a integração entre Estado, Sociedade e meio ambiente para que todos possam compartilhar o encargo de proteger e preservar o bem tutelado.

Socioambiental como na forma de deveres dos atores privados¹¹⁴. Para tanto, o texto constitucional garantiu a proteção e a preservação do meio ambiente por intermédio de todas as esferas do Direito, em especial a civil, a administrativa e a criminal.

A Constituição dispõe, no § 3º do art. 225, que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente das obrigações de reparar os danos causados*”. Previu-se assim a tríplice responsabilidade em matéria ambiental, preceito inserido dentro da noção de Direito Socioambiental, em que uma única ação ou omissão considerada lesiva ao meio ambiente pode gerar três processos, independentes, contra o mesmo infrator, seja ele pessoa física ou jurídica.

No que tange à responsabilidade *criminal*, que despertou grande polêmica, a Constituição de 1988 inovou e possibilitou a responsabilização da pessoa jurídica. Nesse aspecto, a Lei nº 9.605/98 regulamentou o texto constitucional dispondo, no art. 3º, que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”, o que não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

Apesar da previsão constitucional, a tutela penal do meio ambiente ainda enfrenta críticas de diversos criminalistas e doutrinadores. Na visão de André Callegari e Cristina Motta, diante das rápidas mudanças sociais, das transformações tecnológicas, da globalização e do surgimento da sociedade de risco, “*visualiza-se o Direito Penal como único instrumento eficaz de psicologia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, mas a consequência é a sua incontida expansão, submetendo-o a cargas que não pode suportar*”¹¹⁵.

No caso da responsabilidade penal, é importante registrar que grande parte dos tipos previstos na Lei nº 9.605/98 são crimes de menor potencial ofensivo, isto é, permitem a transação penal (cuja pena máxima não ultrapasse dois anos) ou a suspensão condicional do processo (cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano). Por isso, o entendimento de que o caráter pedagógico é muito mais efetivo¹¹⁶ quando imposto pelo Direito Administrativo - tendo em vista

¹¹⁵ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (organizador). *Política criminal, Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3.

¹¹⁶ Flávio Gomes e Silvio Maciel, quando sustentam a ineficácia do Direito Penal na proteção e preservação ambiental. Segundo os criminalistas, é uma utopia pensar que a pena teria efeito preventivo e ressocializador em relação aos crimes ambientais cometidos por uma pessoa jurídica, por exemplo. Argumentam que uma multa administrativa, com base no art. 9º do Decreto nº 6.514/08, poderia chegar até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e que essa importância ainda poderia ser duplicada ou triplicada, no caso de cometimento de nova infração ambiental, conforme art. 11 do Decreto nº 6.514/08. Já a pena pecuniária, com fundamento no art. 49, caput e § 1º, do Código Penal c/c art. 18 da Lei nº 9.605/98, só poderia chegar até R\$ 2.754.000,00. Para os autores, que defendem a atuação do Direito Penal em *ultima ratio*, “se as sanções pecuniárias previnem e ressocializam a pessoa moral, não há nenhuma dúvida de que o valor de R\$

que o Direito Penal tem, como escopo, a intervenção mínima - é compreensível. Todavia, é necessário dizer que são esses os mecanismos despenalizadores (a transação penal e a suspensão condicional do processo) que caracterizam a tendência do Direito Penal moderno, qual seja, a intervenção mínima, o Direito Penal como *ultima ratio*¹¹⁷. Isso sem falar na independência das esferas administrativa, civil e criminal, sendo que uma pena pecuniária aplicada pela Justiça Criminal não exclui a possibilidade de aplicação de uma multa administrativa pela Administração Pública, pois, como o próprio Constituinte sublinhou, de forma expressa e muito clara, no art. 225, § 3º, as esferas são independentes e, por conta disso, tais valores (pena e multa) podem ser somados.

Vale destacar que grande parte dos tipos previstos na Lei nº 9.605/98 são crimes de menor potencial ofensivo, isto é, permitem a transação penal¹¹⁸ ou a suspensão condicional do processo¹¹⁹. Ainda que se possa entender os mecanismos despenalizadores como uma tendência do Direito Penal moderno, não pode se confundir o seu uso

50.000.000,00 cumpre muito melhor tais funções”. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45-46. Frise-se que, nesse cálculo, os autores utilizaram o valor do salário-mínimo vigente em agosto de 2010 (R\$ 510,00).

¹¹⁷ “O Direito Penal, pela característica de suas sanções, tendo em seu elenco a mais grave delas, atingindo a liberdade da pessoa, pela consequência estigmatizante de uma condenação criminal, repercutindo na dignidade da pessoa, deve ser usado minimamente, por óbvio”. LECEY, Eladio. *Novos Direitos e os Juizados Especiais*. Revista da AJURIS, n. 77/2000, p. 153.

¹¹⁸ Art. 27 da Lei dos Crimes Ambientais.

¹¹⁹ “A suspensão condicional do processo é tratada nos art. 77 a 82 do CP e 156 e seguintes da LEP, aplicáveis aos crimes ambientais por força do disposto no art. 16 da Lei n. 9.605/98”. FIORILLO, C.; CONTE, C. *Crimes Ambientais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 60 e seguintes.

com a intervenção mínima do Direito Penal (*ultima ratio*). Estes institutos têm sido usados muitas vezes de forma equivocada, seja pela oferta de transação penal sem que se tenha analisado os fatos e as condições da ação ou oferecendo propostas com valores irrisórios, afastando seu caráter pedagógico, seja pela não aplicação dos valores recolhidos com as transações em prol do meio ambiente.

A visão da responsabilidade penal como *ultima ratio* não significa sua total ausência e, ainda que de forma mínima, o Direito Penal está presente e atento, por força constitucional, às políticas ambientais e criminais, apesar de suas peculiaridades e de sua independência. Nesta linha, o princípio da prevenção também exerce sua função, quando atua, de forma embutida, em tipos penais de perigo abstrato, chamando a atenção para a abstenção da conduta, ou seja, conforme aduz Fernandes Santiago, “em um Direito marcado pela prevenção, natural é que se acolham os crimes de perigo”.¹²⁰ Portanto, e a despeito de divergências doutrinárias, entende-se que o meio ambiente é um bem jurídico de fundamental importância, e que justifica-se sua proteção penal.

A responsabilidade *administrativa* está prevista, no âmbito federal, no art. 70 e seguintes da Lei nº 9.605/98 e no art. 1º e seguintes do Decreto nº 6.514/08. Estes preveem sanções de advertência, multa simples, multa diária, apreensão de animais, de produtos e subprodutos da fauna e flora, de instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos

¹²⁰ SANTIAGO, Alex Fernandes. *Compreendendo o papel do direito penal na defesa do meio ambiente*. In: Revista de Direito Ambiental, ano 16, nº 61, jan./mar., 2011. p. 103.

de qualquer natureza utilizados na infração, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividade e sanção restritiva de direitos.

As infrações administrativas ambientais deverão ser apuradas em processo administrativo próprio, observando-se o direito ao contraditório e ampla defesa e as disposições previstas na Lei 9.784/99, que, neste caso, regula o processo administrativo no âmbito federal. O advogado especializado na área ambiental, ainda que não seja legalmente obrigatória sua atuação no procedimento administrativo, desenvolve papel relevante na defesa dos autuados perante o órgão ambiental, enfrentando nulidades e zelando pela correta aplicação da lei, garantindo, assim, um contraditório efetivo.

Conforme as lições de José Afonso da Silva, a responsabilidade administrativa fundamenta-se na capacidade das pessoas jurídicas de Direito Público de impor condutas aos seus administrados. Trata-se de um poder administrativo - poder de polícia ambiental – inerente a todos os entes federados - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios -, nas suas respectivas esferas de competência. Desse modo, as legislações estadual, municipal e distrital também podem prever sanções administrativas às infrações cometidas às suas normas.¹²¹

Já a responsabilidade *civil* tem como finalidade a reparação do dano ambiental. Em termos conceituais, dano ambiental significa a lesão direta ou indireta sofrida pelo meio ambiente, incluindo qualquer

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 303-305.

diminuição na qualidade ambiental que afete o seu equilíbrio, mediante atos, omissões ou atividades praticadas ou consentidas por particulares, ou por organizações privadas, públicas e governamentais, que atinja os interesses difusos e coletivos, mesmo que não cause prejuízo direto para uma única pessoa.¹²²

Convém deixar claro que nem toda alteração sofrida pelo meio ambiente constitui um dano reparável. Se assim fosse, lembra Leme Machado, estaríamos negando a possibilidade de mudança e de inovação, entendendo que o único estado adequado do meio ambiente seria o imobilismo, o que não é verdade.¹²³

Na ótica do professor Leme Machado, quem cria o perigo, o risco, o dano, por ele deve ser responsável. Assim é o direito brasileiro, que adotou a responsabilidade civil objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, sendo o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81). O Código Civil de 2002 veio confirmar esta regra, ao ditar que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, § único).

Nem mesmo um fato da natureza garante a exclusão da responsabilidade civil, pois é necessário verificar se o mesmo poderia

¹²² KRIEGER, Maria da Graça et al. *Dicionário de direito ambiental: terminologia das leis do meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2008. p. 97.

¹²³ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p 404.

ou não ter sido evitado¹²⁴. Nesse sentido, Leme Machado afirma que “terremotos, raios e inundações constituem exemplos de fatos necessários que poderão gerar efeitos que, em tese, poderiam afastar a responsabilidade do devedor. Mas é preciso que sejam examinados os casos concretos para comprovar se os efeitos desses fatos podiam ser evitados e impedidos”.¹²⁵

Na lição de Alexandra Aragão, “o bom senso determina que, em vez de contabilizar os danos e tentar repará-los, se tente sobretudo antecipar e evitar a ocorrência de danos, por algumas razões bastante evidentes que vão desde a justiça ambiental à simples racionalidade econômica”. Segundo a jurista portuguesa, mais vale prevenir porque,

¹²⁴ RECURSOS INOMINADOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. TRANSBORDAMENTO DO ARROIO FEIJÓ COM INUNDAÇÃO DE ÁREAS PRÓXIMAS E ALAGAMENTO DE RESIDÊNCIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. 1. Trata-se de Ação em que pretende as Partes Autoras indenização por danos morais em razão do alagamento de sua residência decorrente do transbordamento do Arroio Feijó. 2. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, constitucionalmente consignada no art. 37, parágrafo 6º, da CRFB/88, independentemente da presença de culpa da Administração, sempre que demonstrada a existência denexo causal entre o dano sofrido e o fato, consistente em qualquer conduta estatal - comissiva ou omissiva. 4. Na hipótese, evidenciada a omissão quanto a realização de obras para a regularização do fluxo hídrico do córrego, o que ocasionou o transbordamento do Arroio Feijó em Alvorada e outros Municípios limieiros, inundações nas áreas próximas e alagamentos nas residências. 5. DANOS MORAIS. Resta evidenciado o abalo moral sofrido pelos demandantes ante os transtornos e a gravidade dos fatos, razão pela qual vai mantida a r. sentença recorrida que condenou solidariamente os entes públicos ao pagamento de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de danos morais, a cada autor. Quantum indenizatório que embora aquém do fixado em hipóteses símiles vai mantido sob pena de reformatio in pejus. RECURSOS INOMINADOS DESPROVIDOS. UNÂNIME. VENCIDO DR. MAURO NO TOCANTE ÀS CUSTAS. (TJRS, Recurso Cível N° 71007381619, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em 23/05/2018).

¹²⁵ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 423.

em muitos casos, depois que ocorreu o dano ambiental, é impossível a reconstituição do ambiente ao *status quo*; mais vale prevenir porque, ainda que possível a reconstituição, ela é tão onerosa que se torna inviável essa exigência; e mais vale prevenir porque, financeiramente, é muito mais barato e viável para todas as atividades econômicas.¹²⁶

Por isso, a *prevenção* e a *precaução* são os princípios mais caros do Direito Ambiental brasileiro, segundo os quais mais vale prevenir do que remediar. Enquanto o objetivo central do princípio da *prevenção* é evitar, já na origem, os danos que são conhecidos e previstos pela ciência, a *precaução* está, justamente, em ficar-se atento aos riscos incertos, complexos, desconhecidos e cientificamente imprevisíveis, seguindo-se, portanto, o preceito do *in dubio pro ambiente*.

2. Espaços Especialmente Protegidos

Um dos temas constitucionalizados pelo art. 225, que tem por objetivo a preservação do meio ambiente e que limita os usos e ocupações do solo, é o introduzindo pelo inciso III do § 1º do referido artigo. Com a finalidade de proteger os recursos naturais, garantir um meio ambiente equilibrado a todos e assegurar a efetividade do direito à integridade do meio ambiente, a Constituição determinou ao Poder Público a definição de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, nos quais quaisquer alterações ou supressões somente são

¹²⁶ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente na União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64-65.

permitidas por lei, sendo proibida utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Em 18 de julho de 2000 foi editada a Lei n.º 9.985, que regulamentou o dispositivo constitucional e instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, estabelecendo critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação, as quais foram definidas como espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. A lei limitou-se a regular as Unidades de Conservação, sendo estes espaços consideradas por parte da doutrina¹²⁷, que como espaço territorial especialmente protegido *em sentido estrito*.

Por outro lado, constituem espaços territoriais especialmente protegidos, *em sentido amplo*, as demais áreas protegidas - por exemplo as Áreas de Preservação Permanente, as Reservas Florestais Legais e as Áreas de Uso Restrito, disciplinadas pelo novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), e as Áreas de Proteção Especial, previstas na Lei 6.766/79.

A lei do SNUC, criada para garantir a “*proteção dos meios e recursos necessários a reprodução e processos ecológicos essenciais*”¹²⁸ dividiu as unidades em duas categorias, as *Unidades de*

¹²⁷ Neste sentido MILARÉ, Edis. Direito do Meio Ambiente. 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 651.

¹²⁸ LEITE, J. R. Morato. Manual de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 330.

Proteção Integral – das quais fazem parte as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre - e *Unidades de Uso Sustentável* – assim entendidas as Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

Nas Unidades de Proteção Integral só é permitido o uso indireto dos recursos naturais - ou seja, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição -, ao passo que nas Unidades de Uso Sustentável é permitido o uso sustentável dos recursos, desde que preservados a biodiversidade e os demais atributos ecológicos.

Há de se observar que apenas algumas unidades de uso sustentável admitem o domínio privado da área, sendo as demais apenas passíveis de domínio público, sujeitando o proprietário a restrição do uso da propriedade. As gradativas restrições ao direito de propriedade impostas pela lei do SNUC passam pela sistemática da desapropriação¹²⁹, porém distinta daquela prevista pelo Decreto-Lei 3.365/41, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. A realidade brasileira pós-2000 demonstra que a regularização fundiária

¹²⁹ “Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

§ 1º O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”

das áreas das unidades de conservação é lenta e gradual, tanto que o Novo Código Florestal de 2012 revelou esta realidade ao prever, no § 5º do inciso III do art. 66¹³⁰, a possibilidade de proprietário regularizar a ausência ou insuficiência de reserva legal mediante a doação de terras situadas em unidades de conservação.

Para além das Unidades de Conservação, quanto aos espaços territoriais especialmente protegidos *em sentido amplo*, questão bastante atual é a situação das áreas rurais consolidadas, que são aquelas com ocupação antrópica (resultante da ação humana) preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio (descanso dado a uma terra cultivada por um ou mais anos).

Prevê a Lei n.º 12.651/12, em seu art. 61-A, a possibilidade de regularização ambiental dos imóveis inseridos em tais áreas e que ocupam Área de Preservação Permanente, mediante a condução de regeneração natural de espécies nativas, o plantio de espécies nativas, a conjugação de ambos os métodos, ou ainda, por meio de plantio intercalado de espécies lenhosas, perenes ou de ciclo longo, exóticas com nativas de ocorrência regional, em até 50% (cinquenta por cento)

¹³⁰ “Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente: [...]

III - compensar a Reserva Legal. [...]

§ 5º A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante: [...]

III - doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;

da área total a ser recomposta, no caso de pequena propriedade ou posse rural familiar.

Note-se que a jurisprudência vem dando interpretação bastante firme na aplicação da lei florestal, buscando, sobretudo, a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação do ambiente natural¹³¹

Desta forma, conclui-se que a criação e preservação dos espaços territorialmente protegidos tem sido uma eficiente estratégia para salvaguardar o meio ambiente sadio e equilibrado, pois impõe restrições ao uso do solo e dos bens ambientais, permitindo, em algumas hipóteses taxativas, a exploração de recursos naturais renováveis de maneira a garantir sua perenidade e a estabilidade dos processos ecológicos.

¹³¹ “PENA E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES AGROSILVIPASTORIS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. ABOLITIO CRIMINIS DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 38 DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS. LEI 9.605/98. NÃO OCORRÊNCIA. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Com a entrada em vigor do novo Código Florestal, ficou autorizada a continuidade das atividades agrossilvipastoris em áreas rurais consolidadas até 22/7/2008, exercidas em área de preservação permanente que, para tal, deve ser firmado, perante o órgão ambiental competente, termo de compromisso de regularização, por meio dos Programas de Regularização Ambiental - PRAs - de posses e propriedades rurais (art. 59, caput), para a recomposição da flora.

2. Não há falar em *abolitio criminis* do delito previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, na medida em que a nova lei não alterou a natureza jurídica da área de preservação permanente, não deixando, portanto, de considerar criminosa a conduta de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção, tendo apenas tolerado as práticas já iniciadas, condicionando-a, contudo, à recomposição da área degradada.

3. Recurso especial improvido.” (REsp 1406833/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018).

3. Repartição constitucional de competências ambientais

Para compreender o tema da repartição de competência em matéria ambiental é importante, em primeiro lugar, distinguir *competência administrativa* e *competência legislativa*. A primeira incumbe ao Poder Executivo e corresponde à faculdade de atuar com base no poder de polícia, ao passo que a segunda cabe ao Poder Legislativo e atine à possibilidade de legislar sobre questões ambientais. Podem as competências, ainda, ser exclusivas, privativas, comuns, concorrentes ou suplementares, dependendo de a quem caiba o seu exercício.

A competência ambiental administrativa é *comum*, por força do artigo 23 da Constituição Federal. Este estabelece como sendo dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de forma cooperativa, proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora; e registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos híbridos e minerais em seus territórios. O artigo previu que as normas de cooperação entre os entes federativos seriam fixadas por lei complementar, o que foi feito através da edição da Lei Complementar 140/2011.

Conhecida por ser a primeira Lei Complementar em matéria ambiental, a LC 140/2011 agregou segurança jurídica ao definir atribuições para conduzir procedimentos de licenciamento no âmbito federal, estadual e municipal (reforçando o licenciamento único previsto no art. 7º da Resolução CONAMA 237/97) e eliminar a sobreposição de penalidades, determinando que somente o órgão licenciador pode impor sanções.

Anterior à Constituição Federal, e por esta recepcionada, a Lei Federal nº 6.938/1981, estabelece as diretrizes para a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA. Para atingir seus objetivos, a PNMA implantou uma rede de órgãos governamentais, conhecida como Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, que inclui órgãos em todos os níveis políticos e administrativos relevantes¹³². Outros atores do sistema ambiental brasileiro incluem agências reguladoras, a polícia ambiental, órgãos responsáveis por questões específicas como, por exemplo, silvicultura, biossegurança e mudança do clima, o Ministério Público Federal e Estadual, que têm o poder-dever de apurar

¹³² A saber, conforme previsto no art. 6º: o órgão superior (o Conselho Governamental, que auxilia principalmente a Presidência da República na formulação de políticas e diretrizes ambientais, o órgão consultivo e deliberativo (o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA –, órgão representativo composto por membros de todos os níveis governamentais e diversos setores da sociedade, o órgão central (o Ministério do Meio Ambiente – MMA –, que formula, planeja, coordena e supervisiona e controla a política e as diretrizes ambientais nacionais), o órgão executivo (o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA –, que executa e aplica políticas e diretrizes ambientais nacionais, os órgãos seccionais (entidades da administração federal, fundações ambientais públicas) e órgãos ou entidades ambientais estaduais), e os órgãos locais (entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização ambientais em âmbito local).

administrativamente fatos que envolvam ameaça ou dano ao meio ambiente e de processar judicialmente os responsáveis.

O controle ambiental no Brasil é, como se vê, múltiplo: abrange desde a emissão de licenças até a inspeção *in loco* e a verificação documental - realizada por órgãos governamentais - e o controle difuso por parte de Ministério Público, ONGs, comunidades locais e, de forma ampla, por todas as partes interessadas em questionar práticas potencial ou efetivamente danosas ao meio ambiente.

A competência ambiental legislativa, por sua vez, é *concorrente*, isto é, a Constituição Federal estabelece que a legislação ambiental pode ser editada nas esferas federal e estadual (artigo 24, VI, VII e VIII). As autoridades federais podem aprovar leis e regulamentos gerais sobre o assunto, ou regular situações cuja relevância ou impacto potencial transcenda os limites regionais. Os Estados e o Distrito Federal podem suplementar essas leis sem limitar seu escopo ou alterar suas disposições. Se não houver lei federal sobre uma determinada questão ambiental, os Estados podem aprovar sua própria legislação, embora devam cumprir qualquer lei federal posterior sobre o assunto. As autoridades municipais também estão envolvidas na proteção ambiental (artigo 23, VI) e podem aprovar leis sobre questões de interesse ou relevância local e suplementar a legislação federal ou estadual (artigo 30, I e II).

A atuação por parte de um ente federativo para editar legislação ambiental não representa conflito de competência com as outras esferas da federação, desde que a competência seja exercida de acordo com os preceitos constitucionais. Embora cumpra à União estabelecer planos

nacionais e regionais de proteção ambiental, na eventualidade de surgirem conflitos de competência, a resolução deve se dar pelos princípios da preponderância de interesses e da cooperação entre as unidades da federação.

Neste sentido, é importante frisar que o sistema constitucional de repartição de competências ambientais não veda a edição de normas mais restritivas no âmbito estadual ou municipal, desde que estas não contrariem a diretriz geral federal. Esse entendimento foi recentemente acolhido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei federal 9.055/1995, que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3406 e 3470, ambas propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) contra a Lei 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva dos produtos contendo a variedade asbesto (amianto branco) sob o argumento de que ofenderia os princípios da livre iniciativa e invadiria a competência privativa da União. A relatora, Ministra Rosa Weber, ao votar pela improcedência das ações, observou que a lei estadual não viola a competência da União para definir normas gerais sobre comércio, consumo e meio ambiente e que a edição de norma mais restritivas que a lei federal foi uma escolha legítima do legislador estadual, no âmbito de sua competência concorrente suplementar. Para a ministra, desde que não confronte a norma geral federal, não há impedimento à adoção de postura mais cautelosa pela norma estadual, asseverando que “[a]o impor nível de proteção mínima, a ser observada

em todos os estados da federação, a lei federal não pode ser apontada como um obstáculo à maximização dessa proteção”.

A decisão reafirma o entendimento do STF no julgamento da ADI 3937: a Lei federal 9.055/95 proíbe o amianto nas variações actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e tremolita, e a Lei estadual paulista 12.684/2007 ampliou essa definição para incluir a modalidade crisotila. O STF, também nessa ocasião, entendeu pela prevalência da lei estadual. O Ministro Joaquim Barbosa explicitou que em matéria de defesa da saúde, sobre a qual o Estado-membro tem competência, não seria razoável que a União exercesse uma opção permissiva no lugar do Estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro dos limites da razoabilidade, aos interesses da sua comunidade.

O Município também é competente para legislar sobre meio ambiente, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da CRFB). O STF também admitiu, no recente julgamento do RE 194.704 (iniciado em 2004 e concluído em 2017), que os Municípios podem adotar legislação ambiental mais restritiva em relação aos Estados-membros e à União, desde que as medidas de regulação normativa não transgridam nem conflitem com o âmbito de atuação que a Constituição atribuiu à União e aos Estados. De acordo com o relator, Ministro Celso de Mello, o direito a um meio ambiente saudável e preservado, descrito no artigo 225 da Constituição Federal, exige a cooperação de todos os entes federativos para a sua implantação, preservação e fiscalização. Segundo o decano da Corte,

“[o]s municípios formam um elo fundamental na cadeia de proteção ambiental. É a partir deles que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente e pensar globalmente”.

Uma palavra de cautela, à guisa de conclusão, é a trazida por Vladimir Passos de Freitas: “[...] qual o assunto ambiental de interesse federal ou estadual que não interessa à comunidade? Então, raciocinando em sentido contrário, tudo é do interesse local e, portanto, da competência municipal?”¹³³ É evidente que o objetivo da norma constitucional não é o de alargar indevidamente a competência local. Deve-se, ao contrário, pautar a competência pelo interesse predominante. Ainda que sua determinação concreta possa ser desafiadora, dela depende a efetiva coordenação, entre os entes federativos, de suas iniciativas de proteção ao meio ambiente.

Conclusão

A constitucionalização do direito ambiental fortaleceu a efetividade deste direito, trouxe segurança normativa e impulsionou a produção legislativa ambiental orientada pelo dever do Poder Público e da coletividade de preservar e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, e pelo direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Se até 1988 a advocacia ambiental era uma hipótese remota, aos poucos advogadas e advogados passaram a conhecer esta nova seara do direito, que vem recebendo destaque como uma área do futuro.

¹³³ FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. São Paulo: RT, 2005, p. 61-3.

Entretanto, “futuro” é um tempo verbal inapropriado para esse direito que precisa se concretizar no presente. Se a Constituição que celebra seus 30 anos se incumbiu de nela inserir a necessidade de se evitar o dano ambiental, também incorporou mecanismos de responsabilização para quando seus preceitos não forem cumpridos. Todavia, as multas, os ajustamentos de conduta, os embargos de obra, as suspensões de atividade e as penas aplicadas não foram capazes de coibir totalmente a degradação vivenciada pelas presentes gerações.

É na prevenção, portanto, que se dá a mais importante atuação do advogado: a de orientar seus clientes para que não pratiquem atos que infrinjam as normas ambientais, alinhem suas condutas e adotem práticas sustentáveis. Para a efetiva defesa perante o Judiciário e as instâncias administrativas dos interesses que lhe são confiados, é indispensável que o advogado conheça em profundidade os contornos legais da responsabilidade civil, administrativa e penal; as limitações incidentes sobre a propriedade privada e sobre a atividade do empreendedor; e as prerrogativas dos clientes quanto ao direito de defesa e ao contraditório.

A construção desse conhecimento inicia-se no ensino do direito ambiental nas universidades. Ainda incipiente, raramente é disciplina obrigatória, e frequentemente a reduzida carga horária desestimula estudantes a seguir carreira na área, por dela conhecerem pouco. Como gostar daquilo que se desconhece? Magistrados, promotores e advogados por vezes não tiveram contato com o direito ambiental nos bancos acadêmicos e nas provas de ingresso em suas carreiras. A urgência antes mencionada também passa pelo adequado enfrentamento desta questão,

que, diga-se, não se coaduna com a proposta de reforma do ensino jurídico que pretende deixar a critério de cada instituição de ensino a inclusão ou não do direito ambiental na grade curricular.

A celebração dos 30 anos do direito ambiental constitucional, se não se confunde com o nascimento do direito ambiental brasileiro, representa inequivocamente seu fortalecimento. Se é um jovem adulto, perto de outros ramos do direito ainda está engatinhando.

A Constituição Federal, ao prever que temos todos o direito de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o faz sem qualquer distinção, inclusive temporal. O meio ambiente não conhece fronteiras, e muitos impactos ambientais são sofridos indistintamente por todos: a poluição do ar, por exemplo, é inevitavelmente sentida tanto por aqueles que moram áreas centrais quanto pelos que habitam as periferias. A consciência ambiental está, felizmente, se fortalecendo em nosso país. Não há quem se declare contra o meio ambiente, mas é chegada a hora de olharmos para o direito ambiental como parte vital da solução para muitos dos problemas hoje enfrentados pela humanidade: desastres ambientais, secas, enchentes, poluição e vetores de enfermidades, dentre tantos outros decorrentes de abusos aos recursos naturais comuns. A advocacia ambiental desempenha um papel primordial nessa evolução, seja construindo a doutrina, seja exigindo o cumprimento do Direito, ou seja, ainda, através da atuação institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, fortalecendo os avanços exigidos pela urgência em proteger adequadamente o meio ambiente e evitando retrocessos nas conquistas orientadas pela Constituição Federal de 1988.

Referências

ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente na União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCHI, Patrícia. *Eficácia das normas ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (organizador). *Política criminal, Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KRIEGER, Maria da Graça et al. *Dicionário de direito ambiental: terminologia das leis do meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2008.

LECEY, Eladio. *Novos Direitos e os Juizados Especiais*. Revista da AJURIS, n. 77/2000.

LEHMEN, Alessandra. *The Case for the Creation of an International Environmental Court: Non-State Actors and International*

Environmental Dispute Resolution (2015) 26:2 Colo. Nat. Resources, Energy & Envtl. L. Rev., p. 179– 217.

LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: uma difícil tarefa. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

_____. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MILARÉ, Edis. *Direito do Meio Ambiente*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.

SANTIAGO, Alex Fernandes. *Compreendendo o papel do direito penal na defesa do meio ambiente*. In: Revista de Direito Ambiental, ano 16, nº 61, jan./mar., 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPETH, James Gustave e HAAS, Peter M. **Global Environmental Governance**. Washington: Island Press, 2006. p. 15-6.

WEBER, Cristiano. *Estado de direito socioambiental e segurança alimentar: o caso das lavouras geneticamente modificadas*. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2016.

_____. *A política ambiental e criminal no estado ambiental*. Revista Veredas do Direito, v. 11, p. 113-142, 2015.

_____. *A (in)dispensabilidade de EIA/RIMA para atividades que envolvam a liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente*. Revista Síntese Direito Ambiental, v. 14, p. 110-124, 2013.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS SOBRAL PINTO

**DIREITOS HUMANOS:
AVANÇOS, RETROCESSOS E RESISTÊNCIA**

Neusa Bastos¹³⁴, Rodrigo Puggina¹³⁵, Roque Reckziegel¹³⁶

Trinta anos se passaram desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil e setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. E, apesar do distanciamento entre as garantias expressas e sua efetividade, não resta dúvida sobre avanços e retrocessos no que concerne à promoção, proteção e defesa dos direitos humanos.

Se por um lado temos uma luta constante para a formação de uma cultura em prol dos direitos humanos e pela paz, temos, por outro lado, uma cultura do ódio e da intolerância. Apesar desta dicotomia, avançamos gradualmente na formatação e enraizamento de um sistema internacional de direitos humanos – o que, historicamente, pode ser considerado algo recente e em constante formatação. Diversos documentos, no decorrer de centenas de anos, foram importantes na construção da ideia de proteção dos direitos humanos – como, por exemplo, o Cilindro de Ciro, a Declaração de Direitos de Virgínia, nos Estados Unidos, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França.

¹³⁴ Conselheira Seccional e Coordenadora da Comissão de Direitos Humanos.

¹³⁵ Coordenador Adjunto da Comissão de Direitos Humanos.

¹³⁶ Coordenador Adjunto da Comissão de Direitos Humanos.

Posteriormente, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, em razão das práticas abjetas e atrocidades do regime nazista, foi fundada a Organização das Nações Unidas, sendo concebida e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, elaborada por grandes personalidades das mais diversas nacionalidades, como Eleanor Roosevelt, esposa do ex-presidente Norte Americano Franklin Roosevelt, trazendo preceitos de ideais comuns a serem atingidos por todas as nações e povos.

Já em seu primeiro artigo, a Declaração indica que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, o que veio a ser adotado como conceito fundamental em diversas constituições futuras – como a brasileira, sendo que o conjunto de direitos humanos previstos norteiam fundamentos básicos de justiça, liberdade, paz e fraternidade.

Muitas pessoas, intencionalmente ou não, desconhecem e/ou resistem à defesa intransigente dos direitos humanos, por mais incompreensível que isso possa parecer – muitas vezes, inclusive, sob a alegação de que “defensor de direitos humanos é defensor de bandido”. De fato, incompreensível. Como ser contrário, por exemplo, ao direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à educação, à saúde, à liberdade de opinião e expressão? Basta, para ser detentor de tais direitos, ser humano.

Não se desconhece que a luta pelos direitos humanos é permeada de questões ideológicas, já que existem, como em todas as questões humanas, os mais diversos interesses envolvidos, inclusive econômicos. Como pensar em acesso universal e garantia de direito à

saúde, educação, e outros direitos sociais, quando existente uma lógica capitalista de mercado que vislumbra tais direitos como produtos? Ou como avançar na garantia de direitos individuais como liberdade, quando existente uma lógica totalitária, que sequer permite a opinião ou expressão? Nada talvez demonstre tanto esta divisão como a existência de dois dos principais pactos internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados em 16 de dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, versando sobre direitos como à autodeterminação, às liberdades individuais, à participação política, às garantias de acesso à justiça, teve resistência para sua ratificação por parte de países como China, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, versando sobre o direito à saúde, ao trabalho, à educação, a um padrão adequado de vida, teve resistência para sua ratificação por parte de países como Estados Unidos.

De qualquer sorte, os avanços decorrentes dos tratados, pactos e convenções internacionais são incomensuráveis, incidindo diretamente nas legislações de diversos países (como no Brasil, na própria Constituição Federal de 1988), bem como servindo de norte para a evolução de uma sociedade mais humana e respeitadora da diversidade existente, buscando soterrar, definitivamente, práticas discriminatórias e violentas – cometidas, muitas vezes, pelos próprios Estados por meio de legislações e políticas públicas. Assim se constata, por exemplo, os avanços alcançados após algumas das principais convenções

internacionais, como as Convenções Internacionais de Combate à Tortura, Combate à Discriminação, à Violação dos Direitos das Crianças, à Discriminação contra as Mulheres, entre tantos outros acordos internacionais.

Não se desconhece, por óbvio, que os direitos humanos, assim como a ciência do Direito, estão em constante evolução e modificação. E, conforme aprendemos nos primeiros estudos jurídicos na academia, o fim do Direito é a paz social, e o meio de atingi-lo é a luta – conforme já ensinava o jurista alemão Rudolf Von Ihering. Destarte, de fato, a grande dificuldade não é somente a criação das normas – mas, também (e principalmente), a sua efetividade. E no campo dos direitos humanos, não é possível construir leis e efetivá-las também sem a luta.

Não basta, por si só, que a legislação garanta moradia para todas as pessoas, por exemplo, se na prática tal não ocorre. A luta do militante de direitos humanos perpassa, também, por uma mudança de comportamento, no intuito de criar uma cultura em prol dos direitos humanos, para que a sociedade passe a ver o outro com alteridade. Conforme ensina o filósofo Emmanuel Levinas, devemos ser pautados por uma responsabilidade ética em relação ao outro. Em sua obra intitulada *Ética e Infinito*¹³⁷, ao citar passagem do clássico literário *Os Irmãos Karamazov*, “*somos todos culpados de tudo e de todos perante todos, e eu mais do que os outros*”, o autor nos atribui a responsabilidade por absolutamente tudo, fazendo com que possamos nos colocar no lugar do outro.

¹³⁷ LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito*, Lisboa, Edições 70, 1988, p.91.

Porém, vivemos em um mundo pós-moderno que despreza as relações e a alteridade. Aceitamos que pessoas possam ficar estacionadas na rua, enquanto nossos carros dormem em prédios. Este é o ser humano que estamos nos tornando – ou que sempre fomos; pertencentes a uma sociedade doente, que trata melhor um animal doméstico de estimação do que seu próprio semelhante e na qual um morador de rua leva um cachorro consigo, mendigando nas sinaleiras, tentando, assim, sensibilizar um pouco mais os insensíveis.

Não resta alternativa, então, que não seja o estabelecimento de valores éticos – o que poderá ser alcançado por meio da universalização dos direitos humanos. Por natural que se trata de um processo lento, apesar de já possuímos um sistema normativo internacional de proteção de direitos humanos, tanto em âmbito regional como global. Porém, ainda temos de vencer mecanismos significativamente complexos para reivindicar direitos às cortes internacionais, o que causa morosidade, além da dificuldade de imposição das decisões aos Estados membros. Em suma, necessário fortalecer os mecanismos internacionais na sua agilidade e força sancionatória, no intuito de permitir maior efetividade das suas decisões junto aos Estados-Membros violadores.

Claro que, apesar da significativa distância que ainda existe entre teoria e prática dos direitos humanos, não é possível desconsiderar os significativos avanços ante a criação de todo um sistema internacional de garantia, promoção e proteção, com os principais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela imensa maioria dos países do globo terrestre. Possível verificar, por exemplo,

os avanços entre a primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, ocorrida em Teerã, no ano de 1968, na qual se iniciava um processo de implementação dos sistemas internacionais, junto à superação da etapa legislativa, para a segunda Conferência Internacional dos Direitos Humanos, ocorrida no ano de 1993, em Viena, ocasião em que já se analisavam os instrumentos e mecanismos existentes, no intuito de realizar uma avaliação para o futuro.

Possível verificar que este movimento internacional possibilita que cada vez mais se fale sobre direitos humanos e, paulatinamente, a sociedade compreenda o que significa a sua defesa, especialmente para aqueles que estão em situação de maior vulnerabilidade social. Nesse aspecto, alguns ainda não compreendem (propositalmente ou não) a escolha pela defesa da parcela da sociedade que mais necessita de apoio, proteção e garantias – já que o maior violador de direitos humanos é o próprio Estado. Não se desconhece, logicamente, que todos os humanos são detentores de direitos; porém, natural que diante da significativa e sistemática violação de direitos humanos que muitos passam em algum momento de sua vida, se priorize a atenção àqueles que estão totalmente excluídos de uma rede mínima de proteção social.

Por mais difícil ou incompreensível que possa parecer para alguns, é justificável que sejam eleitos, para uma proteção, pessoas mais invisíveis socialmente, marginalizadas e violadas pelo Estado, do que àqueles que possuem instituições que lhes dão sustentáculos garantidores. Ou seja, em situação hipotética, imaginemos que um apenado e um magistrado sofram uma agressão física. Por certo, um precisará de maior apoio do que o outro. Não se trata, aqui, de uma

“escolha de Sofia” – até porque qualquer ser humano não pode, em hipótese alguma, sofrer injusta agressão. Porém, enquanto um deles conhece seus direitos e possui toda uma rede especial de apoio, o outro está submetido e custodiado pelo Estado, o qual inclusive é responsável pela sua proteção. Assim, por mais difícil que seja essa mudança de cultura, natural que alguns recebam maior atenção do que outros.

E não se está aqui a querer desresponsabilizar as pessoas pelas suas atitudes. Imaginemos, por exemplo, outras duas situações: numa delas, um policial militar agride uma pessoa que comete um determinado crime; noutra, uma pessoa que cometeu um crime agride um policial ao ser detida. Nenhuma das atitudes pode ser aceita, sendo ambas reprováveis. A pessoa que comete um delito e que venha a agredir um policial no momento de sua prisão, necessariamente deverá responder um processo judicial e ser penalizada por tal ato. Ninguém será a favor do famoso chavão de “passar a mão na cabeça do bandido”, como se ele fosse “uma vítima da sociedade”. E, de qualquer forma, o policial possui treinamento inclusive para se precaver e se defender de eventuais agressões que possa vir a sofrer. E, caso tenha algum direito violado, mais facilmente terá (ou ao menos deveria ter) proteção da instituição à qual pertence e do próprio Estado. Diferentemente é aceitar uma pessoa que já está detida vir a ser agredida por um agente estatal, o qual possui exatamente a função de proteger aquela pessoa que está sob sua responsabilidade.

Nesse sentido, em observância também aos tratados internacionais de direitos humanos, nasce a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual, para instituir um Estado

Democrático, buscou prever que deve ser assegurado “*o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”, conforme consta no seu preâmbulo. Note-se, inclusive, que, diante da ausência desses valores éticos e universais, bem como diante da inobservância da garantia de direitos humanos, inexistia Estado Democrático.

Um Estado Totalitário, certamente, não garantirá tais direitos fundamentais. E, por mais que um Estado Democrático, por si só, não garanta tais direitos, a possibilidade de uma nação poder lutar pelos seus direitos coletivos e individuais, usufruindo de liberdade de expressão e manifestação, por exemplo, permite que se busque a efetividade das normas norteadoras constitucionais.

Claro que precisamos ter em mente que levará ainda muitos anos para alcançarmos uma sociedade melhor e efetivamente garantidora de direitos no Brasil. Se pensarmos que a Declaração Universal de Direitos Humanos completa 70 (setenta) anos e ainda possui um sistema de proteção em permanente aperfeiçoamento, natural que a nossa Constituição Federal, neste curto espaço de tempo de trinta anos da redemocratização, ainda esteja engatinhando na efetividade de direitos previstos na Carta Magna.

E, apesar de estarmos muito distantes de uma sociedade ideal e garantidora dos direitos humanos, não é possível desconsiderar que muitos direitos fundamentais foram preservados nesse curto período de

existência, diante da compreensão de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, protegendo o “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Importa considerar que tais direitos e garantias nos protegem não somente de eventuais excessos de indivíduos que vierem a desrespeitar direitos de outrem, mas, também, do próprio “Estado-Leviatã”.

Além disso, em que pese a indivisibilidade dos direitos humanos, é possível verificar que os países (inclusive o Brasil, por meio de sua Constituição Cidadã) conseguem mais facilmente efetivar os direitos civis e políticos da população do que os direitos econômicos, sociais e culturais – os quais são tratados de forma díspar. Muitas vezes, sequer se percebe que a desigualdade ou divisibilidade dos direitos humanos poderá causar retrocessos naqueles direitos humanos (civis e políticos), mais sedimentados nos Estados Democráticos.

Nessa linha, é possível constatar que, aumentando significativamente as desigualdades sociais, a pobreza, o desemprego e outras injustiças e mazelas, teremos um esfacelamento no próprio Estado Democrático de Direito. Não é por outro motivo que, diante de retrocessos em direitos historicamente garantidos no campo social, econômico e cultural e, com a negligência diante de garantias mínimas fundamentais do indivíduo, acaba-se por fazer surgir propostas que retrocedem também nos direitos civis e políticos. No Brasil, por exemplo, facilmente se verifica que, no retrocesso daqueles direitos, eclodem movimentos sugerindo intervenção militar ou regimes totalitários – como se o descumprimento e inobservância dos direitos

civis e políticos fosse o caminho para alcançar os direitos econômicos, sociais e culturais.

Por tal razão, repise-se, inexistente alternativa que não a garantia dos direitos humanos e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Conforme muito bem destaca o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Doutor Claudio Lamachia, “não existe solução para o Brasil à margem da Constituição”, sedimentando, taxativamente, “para os males da democracia, mais democracia”¹³⁸.

A sociedade brasileira, mesmo em tempos difíceis, precisa resistir. Precisamos, além de fortalecer a cultura de direitos humanos, reforçar os mecanismos de monitoramento e fiscalização dos direitos garantidos e previstos nas normas – aqui, especialmente às instituições criadas para tal fim e às casas legislativas, as quais possuem o papel indisponível de fiscais.

Não se trata de tarefa fácil – pelo contrário, muito árdua, de fato. Necessário educar nossa sociedade para a cidadania – pois, muitas vezes, sequer se garante à população o direito mais básico, que é o de conhecer os seus próprios direitos. Na abertura da I Conferência Estadual de Direitos Humanos, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Rio Grande do Sul, por meio de sua Comissão de Direitos Humanos Sobral Pinto, o Presidente da Seccional e da referida Comissão de Direitos Humanos, Doutor Ricardo Breier, afirmou que “*precisamos trabalhar em prol do acesso à informação, pois, muitas*

¹³⁸ <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nao-podemos-repetir-os-erros-do-passado-alerta-lamachia/>

vezes, a violação dos direitos humanos acontece por falta de informação”¹³⁹.

E, ao mesmo tempo em que precisamos nos informar sobre nossos próprios direitos e lutar para promovê-los e garanti-los, é necessário observar a sofisticação de novos mecanismos violadores que podem decorrer tanto de grupos terroristas, por exemplo, como de conglomerados financeiros e grupos de comunicações, diante do grande poder que possuem, mostrando-se necessária mínima regulamentação estatal – o que, atualmente, está longe de acontecer. Conforme se percebe, por exemplo, com as agências reguladoras no Brasil, as quais foram criadas, mas não conseguem proteger significativamente a população.

Além disso, é fundamental que a população efetivamente passe a reivindicar os seus direitos, bem como a exercer efetivamente o controle social. E precisamos, muito especialmente, mudar a realidade que atinge as periferias do nosso país, onde ainda encontramos muitas violações de alguns dos direitos mais básicos de uma sociedade. Inadmissível que possamos conviver com a barbárie de mães que têm filhos assassinados e, muitas vezes, mesmo sabendo quem é o autor do crime, não podem sequer falar, sob pena de serem mortas e terem outros filhos assassinados.

Não resta dúvida de que temos um longo caminho a percorrer. Mesmo diante das dificuldades, necessário resistir. São lutas de uma vida inteira, mesmo que, muitas vezes, tenhamos de “dar um passo atrás

¹³⁹ <http://oabrs.org.br/noticias/conferencia-estadual-direitos-humanos-trabalho-em-defesa-dos-e-ininterruptordquo-afirma-breier/27337>

para depois dar dois passos adiante”. Não há alternativa para a humanidade que não a promoção, proteção e defesa dos direitos humanos.

Trata-se não só de uma luta individual, mas também coletiva. Mesmo diante dos preconceitos que o próprio defensor de direitos humanos possa sofrer por simplesmente defender que os humanos tenham seus direitos, não devemos desistir de caminhar nessa direção. E para o advogado, a luta pela garantia dos direitos é intrínseca à profissão, já que o resultado não é o mais importante. Exatamente por tal motivo, o advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto, o qual nos dá o privilégio de nomear a Comissão de Direitos Humanos da OAB/RS, já dizia: “a advocacia não é profissão de covardes”.

Na profundidade e exatidão com que somente os gênios conseguem ressignificar a condição humana, o antropólogo e escritor Darcy Ribeiro descreve o que podemos considerar como a alma e essência do defensor de direitos e do vitorioso advogado:

“Fracassei em tudo o que tentei na vida.
Tentei alfabetizar as crianças brasileiras, não consegui.
Tentei salvar os índios, não consegui.
Tentei fazer uma universidade séria e fracassei.
Tentei fazer o Brasil desenvolver-se autonomamente e fracassei.
Mas os fracassos são minhas vitórias.
Eu detestaria estar no lugar de quem me venceu”.

Estamos somente a 30 anos da promulgação da nossa Constituição Federal. Muito se avançou, e ainda temos muito a avançar. Que venham mais 30 anos pela frente. Que se fortaleçam, cada vez

mais, os Direitos Humanos, e a Advocacia – pois, sem qualquer desses pilares, não teremos um Estado Democrático de Direito.

COMISSÃO DE ESTÁGIO E EXME DE ORDEM

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DA COMISSÃO DE ESTÁGIO E EXAME DE ORDEM: A CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL

Antônio Cesar Peres Da Silva, Marcos Roberto de Lima Aguirre, Cristiane Rosa da Silva, Giancarlo Michel de Almeida, Gládis Helena Jorgens Prado, Grasiela de Souza Thomsen Giorgi, Henrique Montagner Fernandes, Simone Vieira Araújo¹⁴⁰

Resumo: O presente artigo visa promover a contribuição da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da Ordem dos Advogados do Brasil, na construção Institucional da Sociedade Brasileira no espaço público, de forma conjunta com a construção democrática. Através de consulta bibliográfica sobre função e história da OAB, análise de dispositivos constitucionais e de jurisprudência no âmbito do STF, verifica-se o reconhecimento do caráter institucional da OAB e da importância da advocacia para a construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, bem como do reflexo no cuidado com o profissional através do Estágio e do Exame de Ordem.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – Institucional - Advocacia – OAB – CEEO

INTRODUÇÃO

As modernas democracias se organizam e se mantem não somente em função de normas, mas também pela força de suas instituições. A atuação da OAB através da história brasileira revela sua função institucional na construção e defesa do Estado Democrático de Direito, para além de suas atribuições técnicas em relação a regulamentação a profissão do advogado. Sendo a Justiça a fiadora da

¹⁴⁰ Autoria conjunta, *Membros da CEEO da OAB/RS.*

democracia e o advogado essencial a administração da Justiça, há especial atenção para essa relevante função social. Assim, a OAB atua na regulamentação do profissional, principalmente através da vigilância quanto a qualidade dos juristas que adentram a profissão, desde o Estágio até o Exame de Ordem. Essa atuação da OAB não é só técnica como possa parecer, tão pouco seus efeitos alcançam apenas a classe de advogados, mas a importância de sua atuação a revela como instituição participante na construção da própria sociedade brasileira.

1. A CONFORMAÇÃO INSTITUCIONAL DO ESPAÇO PÚBLICO

As ações humanas e os processos sociais, políticos e econômicos por elas desencadeados operam em contextos não só geográfica e temporalmente situados, mas também normativa e institucionalmente definidos¹⁴¹. Com efeito, a dimensão da vida humana marcada pelo vocabulário da justiça, que além do próprio termo compreende “direito”, “obrigação”, “promessa”, “confiança”, “segurança”, “razão”, “proporção”, “equilíbrio” etc., desenvolve-se num cenário normativa e institucionalmente condicionado¹⁴².

¹⁴¹ ACUÑA, Carlos H. Introducción: Qué hacemos en estos volúmenes y por qué lo hacemos. In: ACUÑA, Carlos H. (Org.). *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, estado y actores en la política argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 13-17.

¹⁴² Ao lado da norma e da instituição, a decisão também é elencada entre as três formas básicas de pensar o direito, cf. HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Publique*. Paris: Dalloz, 2010, p.168, 176; SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JUNIOR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. No entanto, do ponto de vista da ação da pessoa em particular, são as formas normativa e institucional que constroem sua tomada de ação em concreto. Em face da pessoa, a decisão

Quer-se enfatizar dois modos básicos de pensar a ordenação das relações sociais: aquela por meio de normas, aqui entendidas como previsões abstratas e gerais de aplicação coerciva de determinada consequência atribuída a um dado acontecimento, e, diversamente, aquela por meio de instituições. O primeiro, alçado a conceito do direito mesmo, corresponde ao estilo predominante de concepção do domínio jurídico pelos seus próprios artífices.

Contudo, em paralelo, há uma irredutível arte jurídica de cariz institucional, que não diz com a produção e interpretação de normas – ou textos normativos, como preferido por muitos teóricos, ou, ainda, atos normativos, na linguagem do constituinte – em abstrato, mas com a articulação de um arcabouço de posições, competências e funções em razão de determinadas finalidades ou bens que se busca proteger, realizar ou promover, cuja estrutura – entendida como articulação concretamente ordenada – constrange, limita e orienta certos comportamentos (ações humanas) em detrimento de – ou preferencialmente a – outros.

As instituições – unidade resultante da articulação das posições, competências, funções e finalidades mencionadas – integram o âmbito de ação do homem tanto quanto as normas. E, tanto quanto elas, influenciam as decisões de cada um sobre como agir. Assim como costuma-se tratar das instituições por meio de vocábulo substantivo, rotineiramente aponta-se o caráter institucional – na forma de adjetivo

tem origem nas instituições sempre posteriormente à sua ação; caso seja antecedente, aparecer-lhe-á como norma de conduta, seja abstrata e geral, seja individual e concreta.

– de agentes, cargos, atribuições, decisões, objetivos, valores e, inclusive, normas, os quais pertencem àquela certa instância da realidade criada pelo engenho humano.

Nesse específico ambiente construído por obra da inteligência e da vontade, o qual se distingue do espaço físico da realidade bruta¹⁴³ por vezes denominado “ambiente natural” ou simplesmente “natureza”, a ação humana é possível de sentidos não imediatamente derivados de suas emoções e impulsos momentâneos. Ao contrário, a articulação dos diversos elementos referidos nos parágrafos anteriores estabelece uma mediação entre a pessoa e o mundo à sua volta, orientando racionalmente sua conduta.

O mundo da justiça é um mundo criado pelo homem. As considerações sobre a natural sociabilidade do ser humano, sobre sua natureza política ou sobre sua relacionalidade constitutiva, para indicar apenas diferentes traduções de uma noção comum, não dizem respeito ao modo como o homem efetivamente se compreende e vive. Por isso, afirmações tais quais “não há justiça no mundo” ou “o homem não conhece a justiça” são perfeitamente plausíveis, a despeito do conhecimento mais íntimo e profundo que se tenha e se afirme sobre o ser humano.

Em nosso contexto, o mundo da justiça consiste num amplo espaço de interação entre instituições e agentes institucionais vinculados a fins parciais, concernentes ao papel de cada instituição no concerto geral, e a um fim comum ao qual se subordinam todos os fins

¹⁴³ SEARLE, John R. *Rationality in Action*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001, *passim*.

parciais, a realização – ou prestação – da justiça. Assim, é possível identificar uma ordem na atuação dos agentes institucionais – Juízes e Desembargadores, Promotores e Procuradores de Justiça, Procuradores de Estado e Defensores Públicos – naturalmente decorrente da institucionalidade de sua colocação no mundo da justiça – Fóruns e Tribunais, Procuradorias do Ministério Público, Procuradorias do Estado e Defensorias Públicas¹⁴⁴.

Também o Advogado, patrono da causa da pessoa “comum” que reclama seu direito ou consultor da solução mais de acordo ao direito, integra uma instituição e é por meio dela inserido no mundo da justiça. Melhor dizendo, tão somente em termos institucionais é possível falar em Advogado, pois se está precisamente diante de uma posição específica no interior de uma ordem concreta de competências e funções orientadas pelo fim último da justiça. Nesse sentido, se do ponto de vista pessoal da escolha por uma atividade socioeconômica considera-se o advogado um profissional liberal, em virtude da independência na gestão de seu trabalho, na perspectiva da dinâmica da vida social e política os advogados em verdade desempenham o papel institucionalmente constituído de Advogado.

¹⁴⁴ Não se tem o propósito de proceder a um detalhamento exaustivo. Ademais, poder-se-ia cogitar, ainda que em segunda ordem, porque integrantes de instituições primárias, dos Árbitros, Mediadores e Conciliadores, e das respectivas Câmaras de Arbitragem, Mediação e Conciliação, bem como dos Mediadores e Conciliadores Judiciais no âmbito dos Tribunais. Por fim, cabe registrar a participação das Faculdades de Direito tanto na dimensão cultural do mundo da justiça, por meio das atividades de ensino e pesquisa, quanto na da prática institucional, pelo oferecimento de serviços de assessoria judicial gratuita como atividade de extensão.

Na medida em que se consolida a concentração do poder político no Estado¹⁴⁵ e seu controle sobre virtualmente a totalidade do domínio social, sucede-se o monopólio estatal das fontes do direito¹⁴⁶, por meio do qual será possível a centralização no Estado da habilitação e legitimação dos sujeitos e instituições para participar do mundo da justiça. Os Estados contemporâneos, assentados no princípio fundante da constitucionalização do poder, guardam esses traços fundamentais. A Constituição instaura a esfera da justiça pelo reconhecimento, quando não instituição, dos sujeitos, instituições e meios de operação nesse campo.

São esses sujeitos – institucionais – e instituições que, em sua atuação prática, efetuam a mediação entre as fontes – estatais – do direito e a cultura jurídica da sociedade. A materialização do projeto constitucional, portanto, depende da ação efetiva das instituições. E, como nos Estados Democráticos de Direito busca-se afastar o arbítrio mediante a promulgação de regras gerais¹⁴⁷, tem-se que as instituições

¹⁴⁵ Para as características materiais de tal processo, cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jardim Editora, 2002, p. 29 *et seq.*

¹⁴⁶ Não se trata propriamente do monopólio estatal do direito, pretensão traduzida, “sinteticamente, [...] [n]a concepção de que toda experiência jurídica do homem hodierno deve adequar-se à realidade e domínio do Estado contemporâneo” (FLORES, Alfredo de J. O monopólio estatal do Direito: um mito da Modernidade. In: MONTIEL ALVAREZ, Alejandro; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira. (Org.). *Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre DM, 2015, p. 265).

¹⁴⁷ Para outras exigências relacionadas à forma do direito, especialmente na perspectiva da filosofia moral, cf. MARTINS, Angela Vidal da Silva. *A moralidade do Direito como condição de liberdade em Lon Fuller*. Porto Alegre: Magister, 2013, p. 67 *et seq.*

da justiça participam da – logo, são responsáveis pela – concretização do direito em todos os espaços da vida humana sob regulação jurídica.

Por outro lado, como nos Estados Democráticos de Direito reclama-se a legitimidade democrática das leis, procedimental e substancialmente, as instituições constitucionalmente instituídas para a defesa dos princípios do bem comum atuam na conformação do espaço público, palco da vida cívica, aos valores fundamentais da comunidade política – ou ordem juspolítica, ou, ainda, o Estado de que se trate¹⁴⁸.

2. A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA

Verificar a história da advocacia no Brasil é constatar a importância que a eficiência¹⁴⁹ da administração da Justiça tem para as democracias modernas. Por exemplo, no Brasil Colonial a metrópole portuguesa não permitia cursos de Direito para formação de juristas e advogados¹⁵⁰, pois a independência e emancipação democrática de uma nação, a partir da modernidade, depende de sua capacidade de organização política e social, condição que necessita de juristas e advogados que operem a burocracia de forma eficiente. Essa constatação por si já nos demonstra a importância da advocacia e da

¹⁴⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Regimes políticos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Tratado de direito constitucional*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 556.

¹⁴⁹ O princípio da efetividade do processo diz justamente sobre a eficiência do acesso a Justiça. Conforme: Dinamarco, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁵⁰ OLIVIO, Luis Carlos Cancellier. "Origens históricas do ensino jurídico brasileiro". In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p 54.

necessidade de melhor organização da profissão para sua importante missão social.

Desde o fim do Império já haviam projetos¹⁵¹ de criação de uma Ordem que regulamentasse o exercício da advocacia, que não é apenas uma carreira profissional, mas um serviço essencial para administração da Justiça nas sociedades modernas. Contudo, somente ao fim da primeira República o Brasil havia alcançado modernização econômica¹⁵² e social que pressionava por um Estado com maior racionalização das burocracias administrativas e da própria administração da Justiça. Assim, em 1930, as convulsões sociais e políticas que ansiavam por Brasil mais moderno marcaram o fim da primeira República, que era ineficiente e oligárquica¹⁵³. Nessa ansia de modernização logo surge o Decreto 19.408 de 18 de Novembro de 1930, que buscava modernizar a administração da Justiça, prevendo oportunamente em seu artigo 17 a criação da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁵¹ “Em 20 de agosto de 1880, apresenta-se ao Legislativo da Corte o Projeto de Lei n.º 95, que visava à criação da Ordem dos Advogados do Brasil, com base no trabalho de Saldanha Marinho, então Presidente do IAB, em que este modifica o Estatuto do IAB para retirar de seus objetivos a criação da OAB, transformando o próprio Instituto na Ordem dos Advogados pretendida. No entanto, a agitação política do período e a posterior queda do regime imperial não permitem a criação da Ordem dos Advogados”. ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. História da advocacia e da OAB no Brasil. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8326>>. Acesso em: 30 maio 2018.

¹⁵² Para entender a história econômica do Brasil de forma mais didática e completa ver: Gremaud, Amaury Patrick. *Economia brasileira contemporânea*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁵³ Ver: FAUSTO, Boris (org). *História Geral da Civilização Brasileira: O Brasil Republicano*. São Paulo: Bertrand Brasil, 1996. vol 8.

Após instalação das primeiras seccionais e ocorrência das primeiras reuniões, foi criado o primeiro Regulamento da OAB, efetivado pelo Decreto 20.784 de 14 de dezembro de 1931. Do regulamento, suas atualizações e modificações foi instituído o Conselho Federal. Desde o início de suas atividades, este Conselho teve representantes democraticamente eleitos por seus pares advogados, notando-se a consonância da OAB com as aspirações por um Brasil moderno e democrático¹⁵⁴.

Este Conselho Federal aprova em 1934 o primeiro Código de Ética Profissional da categoria, baseado em projeto do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo)¹⁵⁵. A preocupação por regular e zelar pelo bom exercício da profissão, coibindo os abusos que corrompam a profissão diante da comunidade, mostra a intenção e missão da Ordem zelar sem protecionismos por este serviço indispensável na administração da Justiça para toda a sociedade, fundamental para um Estado de Direito democrático.

Ainda em 1934, as pressões sociais por uma nova constituição se efetivam. A OAB participa ativamente do processo, encaminhando propostas para a nova constituição de pontos como o “quinto constitucional” e a organização da assistência judiciária. Ambas

¹⁵⁴ Ver: VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980)*. Brasília: OAB, 1982.

¹⁵⁵ O IASP tem sido uma instituição dedicada a ciência jurídica que, embora não tenha o caráter institucional do IAB, muito contribuiu para a OAB se tornar realidade. O Código de ética aprovado pelo Conselho Federal da OAB é baseado no projeto criado em 1921 no âmbito do IASP, por sua vez baseado no código de ética do advogado de Nova Iorque, EUA. Conforme divulgação do próprio IASP: <https://www.iasp.org.br/historico/>

medidas se tornam parte do texto constitucional, sendo o primeiro uma grande medida para maior democratização do Poder Judiciário e maior igualdade entre a classe de advogados e membros do Judiciário. A consideração do advogado em igualdade com juízes e promotores é uma das reivindicações da classe que é necessário para o bom funcionamento das ações processuais e o efetivo acesso a Justiça¹⁵⁶.

A assistência judiciária¹⁵⁷ requerida pela OAB perante o constituinte também se torna norma constitucional em 1934, como uma conquista das pressões sociais por mais acesso do cidadão a proteção do Estado, independentemente de ter poder econômico para custear este acesso. Deste primeiro momento, o ideal social da assistência judiciária gratuita só avançou, inclusive com a instauração de defensoria gratuita em décadas seguintes que, até hoje, é um dos motivos de o Poder Judiciário poder ser considerado uma instituição democrática, “o último bastião da democracia”.

A partir do Golpe do “Estado Novo” de Getúlio Vargas, a Constituição outorgada interrompe a proteção de direitos individuais conquistados anteriormente, incluindo retirar da Constituição o direito

¹⁵⁶ O princípio do amplo acesso a Justiça, como amplamente estudado e divulgado principalmente a partir da década de 1980 na obra de CAPPELLETTI, significa que o cidadão possa ter suas demandas atendidas pelo Poder Judiciário de forma efetiva, sendo a advocacia serviço essencial para esse acesso a Justiça. CAPPELLETTI e GARTH, Mauro e Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002, p. 9.

¹⁵⁷ Até então a assistência judiciária tinha no máximo caráter precário, tornando o Judiciário em mais uma face do Estado que não atendia os cidadãos sem posses, um órgão excludente como o resto do Estado sem verdadeira democracia e participação popular. SANTOS JÚNIOR, Filovalter Moreira dos. A história da assistência judiciária gratuita e da Defensoria Pública. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 19, n. 3858, 23 jan. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26486>>. Acesso em: 30 maio 2018.

de assistência judiciária. Mas mesmo deste período até o fim da 2ª Guerra Mundial, essa demanda continuou como ferramenta imprescindível do Judiciário através do Código de Processo Civil de 1939 e, mais tarde, num período mais democrático se efetiva na Lei de 10.060 de 1950.

Em 1942 uma importante questão que busca melhorar as condições de vida do profissional, principalmente do advogado em início de carreira, é a Caixa de Assistência dos Advogados (CAA). Conforme o Decreto-Lei n.º 4.563, de 11 de agosto de 1942, as CAAs poderiam ser criadas e administradas autonomamente em cada seccional. Registra-se o pioneirismo da seccional de São Paulo que havia criado sua CAA já em 1936¹⁵⁸. A assistência ao advogado fomentada pelas CAAs acaba auxiliando na efetivação do ideal de livre concorrência entre advogados (salutar para uma sociedade de mercado consumidora de justiça), uma vez que proporciona condições mínimas de acesso à saúde (visto que, no Brasil, saúde pública e planos de saúde acessíveis são uma realidade muito recente) e previdência a advogados com pouco capital econômico, minimizando problemas gerados pela desigualdade econômica entre advogados. Assim, esse é o tipo de atividade de organização de classe profissional que reflete em benefícios para toda a sociedade.

Ao longo do período ditatorial varguista, advogados membros da OAB lutaram em defesa dos direitos de presos políticos, sendo que

¹⁵⁸ Conforme veiculado pela própria OAB/SP em: <http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/criacao-da-caasp-2013-caixa-de-assistencia-dos-advogados-de-sao-paulo/>

membros da própria OAB foram presos neste período e só libertados com a anistia de 1945¹⁵⁹. Contudo, a ação da classe de advogados durante a ditadura varguista era tão difícil e limitada quanto a do próprio Judiciário, impedido constitucionalmente de fazer frente aos abusos do Executivo e seu Tribunal de Segurança Nacional.

Sendo então que, para o novo momento constitucional de 1946, com retorno a um período institucionalmente democrático, a OAB atua efetivamente pela restauração da democracia e respeito institucional aos direitos e liberdades individuais, bem como apoiando a nova realidade política pluritária. Ao longo do novo período constitucional democrático houve inclusive tentativas de se incorporar a OAB aos quadros públicos, tamanha a importância tanto da instituição quanto dos advogados para o Estado¹⁶⁰. Contudo, a autonomia da OAB foi defendida, pois é assim que tem sido mais útil a sociedade, organizando a defesa da profissão e da classe para uma advocacia militante.

Uma forte característica da OAB é ser uma instituição que expressa no campo político as inclinações da classe de advogados, principalmente na pessoa de seus membros representantes. Ou seja, não só possui atribuições técnicas e institucionais referentes a organização

¹⁵⁹ Ver: CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. *Repressão judicial no estado novo: esquerda e direita no banco dos réus*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.

¹⁶⁰ Através da construção histórica da OAB ficou cada vez mais claro que seu papel não é somente técnico profissional, como ocorre com outras associações de profissionais. Seu importante papel institucional, de representante das aspirações de advogados por um Estado democrático de Direito vai além da representação dos interesses profissionais da classe de advogados e toca interesses políticos da sociedade. Ver: MARTINS, Rennê. *A construção social da imagem da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na mídia e da consolidação do papel de dupla vocação: profissional e institucional*. Dissertação de Mestrado Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2005.

da profissão (o que garante que não cesse suas atividades mesmo em períodos de exceção), mas manifesta no campo político os posicionamentos majoritários e aspirações da classe de advogados. Assim, não é estranho da OAB manifestação de posicionamento em relação a questões políticas, inclusive sendo cobrada pela sociedade a manifestar-se e condenada pela opinião pública quando de seu silêncio ou omissão¹⁶¹, tamanho o reconhecimento geral da importância dessa instituição para a comunidade política, para a democracia.

É assim que deve ser entendido, por exemplo, a questão dos posicionamentos da OAB diante do golpe de 1964¹⁶². Ocorre que, desde sempre, a OAB manteve posicionamentos alinhados com a defesa do Estado Democrático de Direito. É historicamente reconhecido que os setores civis apoiadores do Golpe Militar o fizeram justamente na esperança de manutenção da democracia, evitando que as posições políticas divergentes na época fizessem eclodir luta armada e, portanto, colocando em risco o Estado de Direito. O modelo democrático da época sucumbiu tanto pelas pressões político-ideológicas internas e internacionais da Guerra Fria, quanto pelo modelo pluripartidário

¹⁶¹ É o caso da crítica, por exemplo, quanto ao “silêncio” da OAB durante a Ditadura Militar em: ROLLEMBERG, Denise. Memória, opinião e cultura política. A Ordem dos Advogados do Brasil sob a ditadura (1964-1974). In: REIS, Daniel Aarão & ROLLAND, Denis (orgs.). *Modernidades alternativas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. pp 57-96.

¹⁶² CURI, Isadora Volpato. *Juristas e o Regime Militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB*. Dissertação de Mestrado USP. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-21012009-104742/pt-br.php> Acesso em 30 de maio de 2018.

constitucional¹⁶³. Com a promessa de manter a ordem social para que a democracia pudesse retornar com governabilidade, o Golpe Militar contou com falta de resistência de importantes setores da sociedade civil, bem como apoio ativo de setores com ideologia anticomunista. Passado o momento prometido, os Militares não devolvem o poder político, fechando cada vez mais o cerco contra a democracia.

Assim que os abusos do regime começam, inicia a reação da OAB¹⁶⁴ em lutar institucionalmente pelos advogados que defendiam direitos de perseguidos políticos. Na década de 70, a OAB era uma das poucas instituições civis (que buscavam a restauração da democracia) que ainda tinha como se manifestar abertamente pelo fim do regime. Assim, principalmente com a com o AI-5 e consequências imediatas contra a classe de advogados, como a prisão de Sobral Pinto¹⁶⁵, a OAB tem cada vez mais atuação de seus membros representantes em função do restabelecimento da democracia e o fim do Estado de exceção. Sob a liderança emblemática de Raymundo Faoro, a OAB manteve importante e firme posicionamento em prol da abertura democrática dos anos seguintes. Até a abertura democrática, a OAB sofreu represálias

¹⁶³ Sobre os motivos que levam a sociedade civil a apoiar ou a não rejeitar o Golpe, bem como explicação política sobre a “paralisia decisória” que tomou conta do Legislativo, impossibilitando a governabilidade pelo Executivo, ver: SOARES, Gláucio. *A Democracia Interrompida*. Rio de Janeiro: FGV. 2001. e FICO, Carlos. *Além do Golpe: Versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar*. Rio de Janeiro: Record. 2004.

¹⁶⁴ Sobre detalhes das atividades da OAB, bem como nomes de membros representantes envolvidos na defesa de perseguidos, ver: BAETA, Hermann de Assis (coord). *História da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: Oab, 2003.

¹⁶⁵ Heráclito Fontoura Sobral Pinto, advogado famoso por atuar na defesa de presos políticos tanto na ditadura varguista quanto no Regime Militar de 64, bem como ferrenho defensor político da legalidade e da democracia.

do regime, bem como ataques terroristas, em função de sua atuação cada vez mais forte pela redemocratização, inclusive em seu apoio ao movimento das “Diretas Já”.

Com a redemocratização e a nova ordem constitucional, a OAB tem seguido firme em seus propósitos institucionais, bem como em seu apoio a movimentos políticos em prol da democracia (como o impeachment de Collor), na luta pela legalidade dos atos públicos (como a crítica ao uso abusivo de Medidas Provisórias no governo FHC), na defesa dos direitos humanos (como a condenação a massacres como de Carandiru, de Eldorado do Carajás), no fomento a políticas públicas necessárias (como a posição favorável a campanha de desarmamento), nas manifestações públicas de repúdio e indignação contra a corrupção política (como nos eventos recentes que ainda se desdobram) ao lado da opinião pública.

Institucionalmente, com o novo Estatuto da Advocacia e da OAB, pela Lei Federal 8.906 de 4 de julho de 1994, a OAB tem se dedicado não só a melhoria das condições da classe advocatícia, mas também por um acesso a Justiça mais efetivo a sociedade, com o apoio a reforma do Judiciário de 2004¹⁶⁶ e monitoramento constante sobre a qualidade do ensino jurídico no Brasil, com a obrigatoriedade do Exame

¹⁶⁶ Dentre as novidades da emenda Constitucional 45 de 2004 na reforma do Judiciário está antiga exigência da classe advocatícia em nome da paridade entre juiz, promotor e advogados: a exigência de prática jurídica prévia de 3 anos para poder assumir estes cargos. Outra exigência da OAB que se concretiza é uma forma de controle externo da administração do Judiciário, que atualmente é realizado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

da Ordem para admissão de novos advogados nos quadros¹⁶⁷. Mas um dos grandes triunfos da luta institucional da OAB em respeito a advocacia foi justamente o reconhecimento do advogado como essencial para a administração da Justiça desde a Constituição Federal de 1988, resultado direto de proposição da OAB para o Constituinte.

3. A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA ORDEM

A Ordem dos Advogados do Brasil, entidade representativa da classe dos advogados brasileiros, representa o que a Constituição Federal de 1988 elevou a princípio constitucional através do artigo 133: *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

Assim, a função essencial e necessária dos advogados frente aos processos, como garantidores das liberdades e garantias públicas é requisito basilar de um Estado Democrático de Direito. A Ordem dos Advogados do Brasil, entretanto, não seria apenas uma entidade de nítidos interesses corporativos, como muitos poderiam pensar, mas sim uma Instituição em defesa da Constituição, Direitos Humanos, Justiça Social e do próprio Estado Democrático de Direito, imperativos estes declarados em seu Estatuto no artigo 44, inciso I.

Canotilho¹⁶⁸ também contribui acerca da temática, reiterando a necessidade de cooperação institucional:

¹⁶⁷ Questão que foi inclusive apreciada pelo STF em decisão histórica pela constitucionalidade do Exame de Ordem no Recurso Extraordinário 603.583.

¹⁶⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra, 1991. p. 71.

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Vverfassungstreue, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos no poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (statsmanship).

Num julgamento histórico, o STF, pelo seu pleno, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026-4/DF de relatoria do Ministro Eros Grau, publicada no dia 29 de setembro de 2006, discutia acerca da autonomia e liberdade da OAB em relação a adoção das regras dos concursos públicos.

A posição do Ministro Carlos Britto¹⁶⁹ em favor da autonomia da Instituição:

O regime jurídico da OAB, na verdade, é tricotômico: começa com a Constituição, passa pela lei orgânica da OAB, Lei n 8.906, e desemboca nesses provimentos endoadministrativos, endógenos ou da própria instituição.

Para terminar, faço um outro paralelo entre a OAB e a imprensa: a OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil permaneça absolutamente desatrelada do Poder Público. Longe de

¹⁶⁹ STF. ADI 3026/DF. Rel. Min. Eros Grau. j. 08/06/2006. p 568.

ser fiscalizada pelo Poder Público, ela deve fiscalizar com toda autonomia, com toda independência, o Poder Público, tal como faz a imprensa.

No voto do Ministro Cesar Peluzo¹⁷⁰ podemos ver que a questão não se trata apenas de saber se é autarquia ou autarquia especial, mas sim se o regime de pessoal da OAB estar vinculado a criação de cargos por lei:

Sr. Presidente, há uma tendência óbvia na ciência do Direito e entre os seus aplicadores, também, de, diante de certas dificuldades conceituais, se recorrer às categorias existentes e já pensadas como se fossem escaninhos postos pela ciência, onde um fenômeno deva ser enquadrado forçosamente. Estou colocando a premissa da minha conclusão. Isso significa, para abreviar, que a instituição está sujeita a normas de direito público e, ao mesmo tempo, a normas de direito privado, independentemente de saber se é autarquia típica, se é autarquia especial. Isto não importa para se resolver o caso concreto, admitir que, perante o ordenamento jurídico, a OAB está sujeita, em alguns aspectos, a normas de direito público e, em outros, a normas de direito privado. A pergunta que fica é a seguinte: o regime de pessoal da Ordem está sujeito a regras de direito público? Os cargos são criados por lei?

Há necessidade de lei para regular qualquer circunstância do regime jurídico de pessoal? A melhor resposta, a meu ver, é obviamente negativa e, se o é, isto é, se não se aplicam ao regime jurídico do pessoal da Ordem normas de direito público, ainda que tenham outras explicações, a mim me parece que a resposta à pergunta é que não há interpretação conforme no sentido do pedido, porque não se exige concurso público, pois o pessoal da ordem dos Advogados não está sujeito a normas de direito público.

¹⁷⁰ STF. ADI 3026/DF. Rel. Min. Eros Grau. j. 08/06/2006. p 528.

O Ministro Eros Grau¹⁷¹ diferencia as entidades da administração pública das entidades dotadas de personalidade de direito público:

Sr. Presidente, a exigência de concurso público alcança todas as entidades da Administração, seja as dotadas de personalidade de direito público, seja as de personalidade jurídica de direito privado. Entidade que não participa da Administração não fica sujeita, a meu ver, a concurso público.

A Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, que também têm características semelhantes, não estão sujeitos ao concurso público. Por medida de coerência, se entendêssemos que uma entidade que não participa da administração deve ficar sujeita a concurso público, teríamos de impor essa exigência do concurso público, ao PT, ao PMDB, ao PSDB e assim por diante. Não cabe a exigência em relação à entidade que, embora dotada de personalidade de direito público, não participa da Administração, não está sujeita a tutela administrativa

Em parecer brilhante do jurista Ives Granda da Silva Martins¹⁷², poderemos sintetizar e pacificar grandes pontos da questão, como o papel da OAB como interlocutor e representante da sociedade durante o regime de exceção militar, mais precisamente de 69 a 71:

Estou convencido de que exatamente por força desta independência e desta autonomia, a Ordem dos Advogados não poderia jamais –como, com fantástico rigor científico a Suprema Corte reconheceu– estar submetida a qualquer poder, a fiscalização externa, a qualquer controle, visto que é instituição fiscalizadora das instituições e passaria a correr o risco de ser controlada e manietada, restringindo a sua função maior perante a sociedade. Como sempre disse, a defesa das

¹⁷¹ STF. ADI 3026/DF. Rel. Min. Eros Grau. j. 08/06/2006, p 520.

¹⁷² MARTINS, Ives Granda da Silva. *Liberdade e Autonomia: comentários ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026/STF*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2007. p. 22-24.

instituições ultrapassa a própria representação dos clientes de que os advogados são conselheiros ou patronos, como bem ficou demonstrado à época em que a imprensa era obrigada a calar-se, pela censura prévia e a OAB transformou-se no pulmão da sociedade, no regime de exceção de 69 a 71.

A Ordem tem esta função maior, portanto, como representante do povo, de preservar e defender as instituições, mais do que qualquer outra, visto que as demais, por mais relevantes que sejam as suas funções, estão subordinadas a rígidas normas da Administração, podendo sofrer as limitações próprias e necessárias, muitas vezes, determinadas pelos controles internos e externos das Cortes de Contas.

Não a OAB!

Sempre disse que o que caracteriza a essência do Estado Democrático de Direito é o direito de defesa. Onde este está assegurado, a democracia e a ordem jurídica asseguradas estão. Onde há cerceamento ao direito de defesa, o Estado pode ser de Direito, mas não será Democrático de Direito, visto que os detentores do poder terminam por definir as regras e impor as suas soluções, como aconteceu nos regimes de Hitler, Mussolini, Stalin, Fidel Castro e Pinochet.

O direito de defesa é um bem superior da democracia e este só estará assegurado com advogados livres, capazes, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, de lutar, à exaustão, pelo mais importante dos direitos outorgados ao ser humano, num estado organizado, depois da vida, que é a liberdade. Só há liberdade efetiva se estiver armada pelo direito de defesa e o direito de defesa só pode ser completamente exercido se houver advogados livres e a instituição que os representa independente e autônoma.

O nosso Presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Cláudio Pacheco Prates Lamachia e o insigne jurista Amadeu de

Almeida Weinman¹⁷³, ilustram o agir do advogado, de acordo com a natureza da nossa instituição:

O advogado tem de primar pela ética, deve ser probo, claro, preciso, objetivo, assíduo, pontual, ter a moral sempre elevada. Em assim se apresentando perante qualquer juízo ou tribunal, cumpre-lhe ainda preocupar-se com a complexidade de sua nobre função. No convívio com juízes, promotores de justiça, escrivães, funcionários e colegas, com as partes que representa e aquelas a quem profissionalmente se obriga a contrariar, o advogado precisa agir com discrição, competência e habilidade, colocando-se com nobreza e distinção sem jamais ultrapassar os limites da ética, do equilíbrio e do bom senso.

Assim, concluímos que a OAB exerce um papel maior do que uma mera entidade de fins corporativos, mas sim de uma entidade dotada de um interesse suprapartidário e nacional e até mesmo transnacional, como nos casos envolvendo os Direitos Humanos. Não podendo ser objeto de subordinação as regras específicas da Administração Pública que afetem a sua independência institucional.

4. O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº RE 603.583

A Constitucionalidade do Exame de Ordem foi apreciada em 26.10.2011 pela 1ª Turma do STF no RE 603.583, relatado pelo Min. Marco Aurélio, no qual, por unanimidade, foi reconhecida a constitucionalidade do exame de ordem.

¹⁷³ WEINMANN, Amadeu de Almeida e LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates. *A história e a vida das prerrogativas da advocacia*. Porto Alegre: Pradense, 2012, p. 159.

Estava *sub judice* a constitucionalidade dos arts. 8º, IV e §1º, e 44, II, do EOAB (Lei nº 8.906/94), que condicionam a inscrição dos advogados nos quadros da Ordem à aprovação em exame e delegam à OAB a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em todo o Brasil.

A *ratio decidendi* foi estruturada em três tópicos: 1) a proporcionalidade e compatibilidade entre o exame da ordem e o livre exercício profissional; 2) os distintos e complementares papéis exercidos pelas instituições de ensino superior e os Conselhos Profissionais e 3) a inexistência de delegação legislativa à OAB e a inoportunidade de usurpação de competência privativa do Presidente da República.

4.1 Da Proporcionalidade e da Compatibilidade entre o Exame Da Ordem e o Livre Exercício Profissional

A liberdade de exercício de profissão é um direito fundamental de elevada significância no texto constitucional, intimamente ligada à construção da personalidade, sendo o trabalho e a profissão, respectivamente, tarefas e base da vida. A liberdade de profissão e a dignidade da pessoa humana estão diretamente relacionadas.

Sendo assim, o Estado, para assegurar a liberdade de ofício e observar o art. 205 da CRFB, tem o dever de colocar à disposição dos indivíduos condições equitativas de acesso, proporcionando formação escolar, preparação técnica, modalidades de aprendizagem e práticas cujos conhecimentos mostrem-se necessários ao exercício profissional almejado.

A liberdade de exercício da profissão, contudo, não se esgota na perspectiva individual, pois a própria CRFB, no art. 1º, IV, erigiu como fundamento da República o valor social do trabalho. A relevância do trabalho do advogado transcende ao seu interesse individual, não se resumindo na esfera particular, podendo ocasionar danos à terceiros na hipótese de desqualificação e incapacidade técnica do advogado.

A tese defendida no recurso, da desproporcionalidade da exigência de exame prévio ao ingresso na Ordem, porque o advogado não poderia ser presumido inepto após cursar o ensino superior, somente podendo ser punido se cometesse uma falha, foi refutada pelo STF, pois o exame por si só não é considerado como uma qualificação profissional, mas sim como “avaliação da qualificação” previamente obtida¹⁷⁴, pois

Qualificar-se não é apenas se submeter as sessões de ensino e teorias e técnicas de determinado ramo do conhecimento, mas sujeitar-se ao teste relativamente à ciência adquirida. [...] O exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados¹⁷⁵.

O subprincípio da vedação do excesso, que impõe ao Poder Público a escolha dos meios menos gravosos aos direitos fundamentais, deve ser interpretado no sentido de que tais meios precisam ser razoavelmente equivalentes em eficácia. Se assim não for, pode-se inviabilizar a gestão pública ao força-la aderir à opção dos meios menos

¹⁷⁴ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 8.

¹⁷⁵ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 9.

gravosos, mas ineficazes. Fiscalizar advogados posteriormente aos danos reduziria a eficácia da proteção da sociedade, não impedindo lesões evitáveis ao patrimônio econômico e moral dos indivíduos.

O poder de polícia visa justamente impedir que tais danos ocorram e por isso pode ser exercido concomitante, previa ou posteriormente ao ato ou conduta.

A presunção de inocência pertine ao âmbito penal e a exigência do exame da Ordem não se configura como uma pretensão punitiva.

A proporcionalidade em sentido estrito trata do equilíbrio, de um lado, entre a exigência de exame prévio para o exercício da advocacia e o fim almejado - evitar que profissionais desqualificados causem danos a terceiros - e, de outro, a consequente restrição ao direito fundamental. Os benefícios concretos com o exame são evidentemente superiores à ofensa à garantia prevista em abstrato no art. 5º, XIII, da CRFB.

O STF, com base no art. 5º, XIII, declarou inconstitucionais os dispositivos que restringiam o acesso ou o exercício de determinadas profissões, tal como ocorreu em relação a exigência de diploma de nível superior para prática do jornalismo¹⁷⁶, a imposição no registro no órgão de classe para os músicos¹⁷⁷, e a restrição a profissão de corretor de imóveis¹⁷⁸. Nestes julgados, o vetor preponderante foi a análise do risco trazido à coletividade: “*A possibilidade de perigo gerada pela*

¹⁷⁶ STF. RE 511.961. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 16/07/2009.

¹⁷⁷ STF. RE 414.426, Relª. Minª. Ellen Gracie. j. 01/08/2011.

¹⁷⁸ STF. Representação nº 930. Rel. Min. Cordeiro Guerra, Red. acórdão Min. Rodrigues Alckmin. j. 05/05/76.

atividade profissional justificará, ou não, a atividade interventiva estatal limitando o acesso à profissão ou o respectivo exercício”¹⁷⁹.

No caso dos advogados, o exercício da profissão por profissional sem a capacidade técnica necessária evidentemente afeta a terceiros. Além de causar prejuízos ao próprio cliente, cuja pretensão fica desguarnecida, a sociedade perde como um todo, pois se denega a Justiça, que é pressuposto da paz social, afetando o direito fundamental à duração razoável do processo com pedidos equivocados, ineptos ou inúteis¹⁸⁰.

O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito, haja vista o princípio geral da inércia da jurisdição estampado no art. 2º do CPC/73 (art. 2º do CPC/15) cabendo-lhe deflagrar o controle de legalidade e da constitucionalidade efetuado pelos juízes e tribunais de todo país. Trata-se de relevância constitucional ao passo que o art. 133 da CRFB determina que o advogado é indispensável à administração da Justiça.

Por óbvio existe a necessidade da realização do exame da ordem como uma forma de controle objetivo e impessoal concernente à prática da advocacia. Já está superada a visão do Direito centrada no “ter”, pois esse também tutela questões existenciais, o “ser”, como o demonstra o papel fundamental da advocacia na ADPF nº 132, que reconheceu a união estável homoafetiva. Nas ações penais o advogado impetra *habeas corpus* e acompanha inquéritos policiais, colocando em risco a liberdade de seu cliente. Nas ações civis e nos processos administrativos

¹⁷⁹ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 12.

¹⁸⁰ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 13.

a honra também pode ficar em risco. Além da dimensão extrapatrimonial, sua atuação indevida também poderá causar prejuízos patrimoniais ao realizar seu ofício desconhecendo prazos, formulando pedidos absurdos, desconhecendo direitos.

O art. 5º, XXXV da CRFB, além de exigir o aparelhamento do Poder Judiciário, exige que seja disponibilizado para a coletividade um corpo de advogados capaz de exercer livre e plenamente a profissão.

[...] os advogados estão presentes em todos os Tribunais do país por expresse mandamento constitucional, conforme os artigos 94, 111-A, inciso I, 119 e 103, inciso II, além de integrarem os colegiados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a teor do inciso XIII do artigo 103-B e do inciso V do artigo 130 A, respectivamente. Destacam-se por participar da atividade censória aos membros da magistratura, excetuados os Mins. do Supremo, e do Ministério Público e de todos os ramos. Não é pouca coisa¹⁸¹.

A pretensa isonomia com os médicos, que lidam diretamente com a vida e não estão obrigados à realização de exame para exercer sua profissão também foi refutada porque não somente os conhecimentos e técnicas dos ofícios são distintos como caberia ao legislador impor a obrigatoriedade de exame para todas as carreiras que representam riscos à coletividade.

Tampouco há isonomia entre os advogados, de um lado, e os jornalistas, músicos e corretores de imóveis, de outro, pois nessas

¹⁸¹ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 12.

últimas profissões o STF entendeu que não haveria risco à coletividade¹⁸².

A tese de que os baixos índices de aprovação nos exames da Ordem estaria ensejando uma reserva de mercado, acolhida pela PGR, foi refutada pelo STF, que aferiu a impessoalidade e a objetividade do exame, cujas questões se circunscrevem aos conhecimentos adquiridos na faculdade e a organização e aplicação da prova é atribuída à FGV, cuja lisura e seriedade são inquestionáveis. O controle judicial de legalidade do exame pode ser realizado através de Mandado de Segurança¹⁸³.

Além disso, não é apenas no Brasil que o número de faculdades de direito sofreu forte incremento. Nos EUA isso já se fazia sentir no século XIX, tornando necessário o envolvimento da Ordem no credenciamento das faculdades de direito e na fiscalização dos advogados norte-americanos desde o início do século XX¹⁸⁴. A variação dos percentuais de aprovação nos exames nacionais também não é peculiaridade brasileira¹⁸⁵.

¹⁸² STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 15.

¹⁸³ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, pp. 16-17.

¹⁸⁴ CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald & MANNING, Kenneth L. **Judicial Process in America**. 9th ed. Thousand Oaks, CA, EUA, 2014, livro eletrônico, cap. 8.

¹⁸⁵ NATIONAL CONFERENCE OF BAR EXAMINERS. 2017 STATISTICS. THE BAR EXAMINER, Madison, WI, EUA, Spring, 2018, pp. 10-40 e 44-45. Disponível em: http://www.ncbex.org/pdfviewer/?file=%2Fassets%2Fmedia_files%2FBar-Examiner%2Farticles%2F2017%2F870118-Statistics.pdf. Acesso em 30 de maio de 2018.

O STF julgou o art. 8º, IV, do EOAB compatível com o princípio da proporcionalidade, fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade. O STF reconheceu não apenas a constitucionalidade do Exame, mas sua objetividade, impessoalidade, lisura e seriedade¹⁸⁶.

4.2. Da compreensão adequada dos distintos e complementares papéis exercidos pelas Instituições de Ensino Superior e pelos Conselhos Profissionais

O recorrente alegou que a inscrição regular de um curso superior junto ao MEC inviabilizaria o controle posterior por parte dos conselhos profissionais, confundindo os papéis das instituições de ensino superior (IES) e das organizações de classe (OC). Às IES cabe ministrar o conteúdo educacional necessário à profissionalização e a atribuição do grau respectivo, mas não há na CRFB vedação alguma de que outra exigência seja feita ao formando para dedicar-se à profissão. Ao contrário, o art. 5º, XIII da CRFB admite a restrição, desde que veiculada por lei em sentido formal e material. Às OC cabe implementar o poder de polícia das profissões respectivas, limitar e controlar, com fundamento na lei, o exercício de certo ofício.

Conforme o art. 44 do EOAB incumbe à OAB promover com exclusividade a representação, defesa, seleção e a disciplina dos advogados em todo país. Tal prerrogativa está fundamentada no poder de polícia administrativo que é dotado de vocação preventiva. Ainda

¹⁸⁶ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, pp. 16-17.

que a Ordem não esteja submetida a algum tipo de hierarquia ou vinculação quanto à Administração Direta, exerce uma função pública e, enquanto tal, vale-se dos poderes próprios do Estado, possuindo legitimidade para aplicação do exame em tela. Observa-se ainda que o STF, na MC na ADIn 1.717/DF, assentou a impossibilidade de transferir o poder de polícia para entidades de direito privado e declarou a inconstitucionalidade do § 2º, do art. 58, da Lei 9.649/98 em que se pretendeu transformar os conselhos de fiscalização profissional em associações privadas¹⁸⁷. A maioria das IES são entidades de direito privado e não instituições públicas. Se apenas os alunos das instituições públicas fossem dispensados de realizar o exame, em detrimento dos alunos das instituições privadas, teríamos uma violação à isonomia.

Na ADIn nº 3.026, da Relatoria do Min. Eros Roberto Grau, o STF reconheceu à Ordem o *status* de serviço público independente, porque além das funções corporativas executa funções institucionais, como a legitimação para propositura de ADIn (CRFB, art. 103, VIII).

A Ordem ocupa uma posição singular no cenário brasileiro, sendo expressamente reconhecida pelo STF a sua vocação histórica para a defesa do Estado Democrático de Direito¹⁸⁸.

¹⁸⁷ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 20.

¹⁸⁸ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 20.

4.3 Da inexistência de delegação legislativa à OAB e da inocorrência de usurpação de competência privativa do Presidente da República

A tese da inconstitucionalidade da disciplina do exame pela OAB por ofensa ao princípio da legalidade e da usurpação de competência privativa do Presidente da República foi refutada pelo STF. A interpretação deve considerar a sistematicidade própria do nosso ordenamento jurídico e de que o conteúdo do exame não poderá discrepar das matérias que se enquadram nas diretrizes curriculares do curso de graduação em Direito, podendo também constar as regras pertinentes ao exercício profissional da advocacia, o Código de Ética e os ditames do EOAB.

José Afonso da Silva e a generalidade dos autores entendem que a diferença entre a lei e o regulamento está em que a primeira inova a ordem jurídico-formal e que o segundo não contém, originariamente, novidade modificativa, tratando-se de norma jurídica subordinada¹⁸⁹.

Nada mais natural do que transferir à Ordem a prerrogativa de editar as regras necessárias à operacionalização do teste. O provimento da entidade não será capaz de criar obrigação nova, mas sim de dar concretude a norma já prevista em caráter abstrato. Observa-se que o disposto no § 1º do art. 8º do EOAB necessita de um regulamento executivo para tornar efetivo o mandamento legal.

A CRFB não impôs reserva absoluta de lei para restrição à liberdade de profissão, tal como fez quanto aos crimes, penas e tributos, conforme os arts. 5º, XXXIX e 150, I, devendo ser reconhecido a

¹⁸⁹ STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011, voto do Relator, p. 22.

outorga de espaço normativo para integração entre a obrigação legal e a realidade concreta.

CONCLUSÃO

Para a construção e manutenção do Estado Democrático de Direito é necessário a atuação de fortes instituições além de normas. A atuação da OAB é tanto como entidade de classe, na regulação da profissão de advogado, quanto como instituição na construção histórica da sociedade brasileira. O advogado é indispensável à administração da justiça (CRFB, art. 133), militando pela efetiva tutela dos direitos e garantias dos cidadãos. A permissão da atuação de profissional incapaz geraria sério risco ao próprio Estado de Direito, sendo evidente, portanto, a constitucionalidade da lei (EOAB), principalmente no tocante a exigência da aprovação prévia em exame da Ordem para o exercício da advocacia.

REFERÊNCIA

ACUÑA, Carlos H. Introducción: Qué hacemos en estos volúmenes y por qué lo hacemos. In: ACUÑA, Carlos H. (Org.). *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, estado y actores en la política argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. História da advocacia e da OAB no Brasil. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8326>>. Acesso em: 30 maio 2018.

BAETA, Hermann de Assis (coord). *História da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: Oab, 2003.

BRASIL. Lei n 8.906 DE 4 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília/DF, 1994.

CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. *Repressão judicial no estado novo: esquerda e direita no banco dos reus*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI e GARTH, Mauro e Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002.

CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald & MANNING, Kenneth L. *Judicial Process in America*. 9th ed. Thousand Oaks, CA, EUA, 2014.

CURI, Isadora Volpato. *Juristas e o Regime Militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB*. Dissertação de Mestrado USP. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-21012009-104742/pt-br.php> Acesso em 30 de maio de 2018.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAUSTO, Boris (org). *História Geral da Civilização Brasileira: O Brasil Republicano*. São Paulo: Bertrand Brasil, 1996. vol 8.

FICO, Carlos. *Além do Golpe: Versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar*. Rio de Janeiro: Record. 2004.

FLORES, Alfredo de J. O monopólio estatal do Direito: um mito da Modernidade. In: MONTIEL ALVAREZ, Alejandro; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira. (Org.). *Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre DM, 2015.

GREMAUD, Amaury Patrick. *Economia brasileira contemporânea*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Publique*. Paris: Dalloz, 2010

MARTINS, Angela Vidal da Silva. *A moralidade do Direito como condição de liberdade em Lon Fuller*. Porto Alegre: Magister, 2013.

MARTINS, Ives Granda da Silva. In LIBERDADE e Autonomia: comentários ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026/STF. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2007.

MARTINS, Rennê. *A construção social da imagem da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na mídia e da consolidação do papel de dupla vocação: profissional e institucional*. Dissertação de Mestrado Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2005.

NATIONAL CONFERENCE OF BAR EXAMINERS. 2017 STATISTICS. THE BAR EXAMINER, Madison, WI, EUA, Spring, 2018., Disponível em: http://www.ncbex.org/pdfviewer/?file=%2Fassets%2Fmedia_files%2FBar-Examiner%2Farticles%2F2017%2F870118-Statistics.pdf. Acesso em 30 de maio de 2018.

OLIVIO, Luis Carlos Cancellier. Origens históricas do ensino jurídico brasileiro. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

ROLLEMBERG, Denise. Memória, opinião e cultura política. A Ordem dos Advogados do Brasil sob a ditadura (1964-1974). In: REIS, Daniel Aarão & ROLLAND, Denis (orgs.). *Modernidades alternativas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Filovalter Moreira dos. A história da assistência judiciária gratuita e da Defensoria Pública. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 19, n. 3858, 23 jan. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26486>>. Acesso em: 30 maio 2018.

SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JUNIOR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEARLE, John R. *Rationality in Action*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001, *passim*.

SOARES, Gláucio. *A Democracia Interrompida*. Rio de Janeiro: FGV. 2001.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jardim Editora, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Regimes políticos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Tratado de direito constitucional*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

STF. ADI 3026/DF. Rel. Min. Eros Grau. j. 08/06/2006.

STF. RE 414.426, Relª. Minª. Ellen Gracie. j. 01/08/2011.

STF. RE 511.961. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 16/07/2009.

STF. RE 603.583. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 26/10/2011.

STF. Representação nº 930. Rel. Min. Cordeiro Guerra, Red. acórdão Min. Rodrigues Alckmin. j. 05/05/1976.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980)*. Brasília: OAB, 1982.

WEINMANN, Amadeu de Almeida e LAMACHIA, Cláudio Pacheco Prates. *A história e a vida das prerrogativas da advocacia*. Porto Alegre: Pradense, 2012.

COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E SUA OPERACIONALIZAÇÃO - O CASO DA SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL

*Adriano Marcos Lehnen, Alessandra Reolon Gisiela,
Fabíula Limberger, Roberta Schaun, Rodrigo Cassol Lima¹⁹⁰*

O dever de fiscalização da Ordem dos Advogados do Brasil

A Constituição brasileira garante ao advogado a função de indispensabilidade para a administração da justiça, conforme previsão no artigo 133 da Constituição Federal de 1988: “*o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*”. Assim, a presença desse profissional é imprescindível (com poucas exceções, por exemplo, *Habeas Corpus*) para a efetivação e realização da justiça.

Além de ser o intermediário obrigatório entre o cidadão e o Judiciário, a sua atuação visa garantir que a defesa das partes não sofra limitações, possibilitando, dessa forma, que o Direito seja aplicado de maneira eficaz. Para tanto, possui imunidade de seus atos a fim de garantir os direitos do cidadão, sempre obedecendo aos limites estabelecidos em lei, conforme preveem o Estatuto da Advocacia e da

¹⁹⁰ Autoria conjunta: Membros da CFEP da OAB/RS.

Ordem dos Advogados do Brasil¹⁹¹ e, também, o Código de Ética e Disciplina profissional.

As diretrizes que norteiam o papel e a finalidade da OAB na sociedade brasileira estão elencadas no artigo 44¹⁹² do EAOAB (Lei nº 8906/94). Nesse sentido, cabe destacar os comentários de Juliano Jose Breda¹⁹³ “*O Estatuto expressamente institui que a OAB é serviço público, sem liame funcional ou hierárquico com órgãos da Administração Pública, de forma que sua independência só encontra limite na subordinação à lei*”.

Assim, por ser o advogado indispensável à administração da justiça, é necessário que exista fiscalização de sua conduta ética no exercício profissional.

Essa fiscalização cabe somente à Ordem dos Advogados do Brasil, vez que qualquer forma de subordinação ao poder Judiciário poderia resultar na negação de suas próprias finalidades, conforme ensina Paulo Lobo¹⁹⁴.

¹⁹¹ LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 15ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, pag. 796.

¹⁹² Artigo 44 da lei 8906/94. Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. § 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

¹⁹³ ESTATUTO DA ADVOGACIA E DA OAB COMENTADO, Organizado por Giovanni Cassio Piovesan e Gustavo Tuller de Oliveira Freitas, Curitiba, OAB-PR, 2015, pag. 357.

¹⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 288

Cabe à OAB promover com exclusividade a polícia administrativa da advocacia brasileira, aí compreendidos:

– a seleção dos que pretendem exercê-la, inclusive mediante Exame de Ordem e verificação dos requisitos de inscrição;

– o controle e fiscalização da atividade profissional; III – o poder de punir as infrações disciplinares.

O poder de polícia administrativa da advocacia *per se* é exclusivo, indisponível e indelegável. Nenhuma outra autoridade pode exercê-lo, inclusive a judiciária.

A controvérsia sobre as finalidades e atribuições da OAB foi discutida no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade, proposta pelo, então, Procurador-Geral da República, com fundamento no inciso VI do art. 103 da Constituição Federal, que teve como objeto impugnação correspondente ao art. 79, *caput* e §1º, do EAOAB, que tratava, em suma, sobre a aplicação do regime trabalhista dos servidores da OAB.

Durante o julgamento da ADI 3.026/2006¹⁹⁵, tratou-se da caracterização jurídica da OAB. Para o Ministro Relator Eros Grau, a OAB submete-se a um regime jurídico ambivalente, em parte público e em parte privado, o que justifica sua atípica posição no espectro das instituições político-administrativas nacionais. A condição *sui generis* exibida pela OAB é consequência de sua natureza híbrida, dúplice quanto às suas finalidades uma vez que tem o exercício de poder de polícia administrativa sobre a profissão, quando realiza a função de representação, fiscalização e, de outro lado, a função político-

¹⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADIN-3026, RELATOR MINISTRO EROS GRAU, VOTO DO RELATOR Pag. 6-16

institucional, quando propõe ações no sentido de garantir o Estado Democrático de Direito, os Direitos humanos e uma Justiça Social.

Ainda, em seu voto, o Ministro Eros Grau ensina o seguinte:

Ora, a OAB não é, evidentemente, uma entidade da Administração Indireta. Não está sujeita a controle da administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na mediada em que são indispensáveis à administração da justiça, nos termos do que dispõe o art. 133 da Constituição do Brasil. Entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público. A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela que, destarte, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da Lei tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. Essa é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa. A Constituição do Brasil confere atribuições de extrema relevância à OAB, bastando para ratificar a assertiva ressaltar o disposto no inciso VIII do artigo 103 da Constituição, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim a definição do advogado como essencial à promoção da justiça, a qual é assegurada inviolabilidade no que tange aos seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Assim, o STF consolidou o entendimento de que a OAB se difere do regime das autarquias, vez que não tem as mesmas destinações

que estas, e, portanto, independente da administração pública direta e indireta.

Na esteira da atividade fiscalizatória, a OAB tem sua autonomia para efetuar o controle da atividade profissional, exercendo sanções (aplicando multas, advertências, suspensão, exclusão) sobre os indivíduos que praticam alguma irregularidade.

Uma das formas de desempenhar o papel de fiscalizador com maior eficácia é por meio da criação de Comissões.

Nesse ponto, fundamental destacar os ensinamentos de Juliano Jose Breda¹⁹⁶, *“Importante salientar, outrossim, que a responsabilidade extraclassista de que é imbuída a Ordem é o que justifica a criação e o fomento de comissões temáticas no âmbito da Seccional, bem como a existência de diversas cadeiras de representação da Instituição em órgãos públicos”*.

A Seccional gaúcha da OAB, com fundamento no artigo 3º, parágrafo único do Regimento Interno, disciplina a criação das comissões como uma importante ferramenta para desempenho das funções dos Conselhos Seccionais.

Em especial, a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional (CFEP), que vem ganhando importância nos últimos anos, especialmente, na atual gestão da OAB/RS, tem suas competências delimitadas nos termos do artigo 122 do Regimento Interno, como veremos a seguir.

¹⁹⁶ ESTATUTO DA ADVOGACIA E DA OAB COMENTADO, Organizado por Giovani Cassio Piovesan e Gustavo Tuller de Oliveira Freitas, Curitiba, OAB-PR, 2015, pag. 360.

O case da Comissão de Fiscalização da OAB do Rio Grande do Sul

A atividade fiscalizatória exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil, no âmbito da Seccional do Rio Grande do Sul, atualmente, é realizada pela Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional – CFEP.

A história das atividades da Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional da Seccional do Rio Grande do Sul remonta desde os tempos anteriores da edição da atual Constituição Federal. A Comissão foi criada durante a gestão de 1987/1989, já como comissão permanente, possuindo competência específica para fiscalizar e dar parecer sobre o exercício da profissão por pessoas inabilitadas.

A primeira presidente da CFEP foi a advogada Bernadete Lauí Kurtz, a qual possui um vasto histórico de contribuições relevantes para com a Ordem e para com toda a classe. Prestou compromisso em 18 de dezembro de 1973, ingressando nos quadros da Ordem sob o número 6.937 e possui em seu currículo, dentro da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros cargos, o de Conselheira da Seccional em diversas gestões, sendo a primeira gestão a 85/87. No dia 10 de agosto de 2017, foi jubilada em Sessão Magna na cidade de Porto Alegre – RS.

Ao longo dos vários anos de atividade, a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional tem sido extremamente atuante no combate ao exercício irregular da profissão. Entre as atribuições, conforme previsto no Regimento Interno, possuía a competência para fiscalizar o exercício da atividade de advocacia pelos não inscritos. Quando o caso exigisse, era encaminhado requerimento de

providências pelo exercício ilegal da profissão para as autoridades competentes. Por sua vez, dentre os advogados inscritos no seu quadro, fiscalizava a atuação por aqueles que se encontrassem suspensos ou violassem algum eventual impedimento.

Já em relação à fiscalização da publicidade irregular, no dia 25 de abril de 2014, em sessão ordinária do Conselho Pleno da OAB/RS, foi aprovada, por unanimidade, a criação da Comissão de Controle e Fiscalização da Publicidade e Propaganda, posteriormente denominada Comissão Especial de Controle e Fiscalização da Publicidade Profissional (CECFPP).

Essa Comissão Especial, criada na gestão 13/15, possuía, conforme artigo 2º do seu Regulamento, o objetivo de fiscalização e controle da publicidade por advogados. Convém explicar que, no entanto, o julgamento das matérias e da responsabilização de seus autores cabia, e ainda cabe, ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. No mesmo ano, foi disponibilizado, no site da OAB/RS, um formulário para que os advogados e as pessoas em geral possam apontar eventuais casos de publicidade irregular.

Dentre as atividades da CECFPP, destacavam-se as de informação acerca das formas de publicidade permitida e as vedadas, quando veiculadas por advogados, principalmente por meio de cursos e eventos, que foram realizados em todo o âmbito da Seccional do Rio Grande do Sul.

Já em relação as suas atividades internas, dentre essas, incluía a notificação aos advogados para fazer cessar eventual publicidade irregular. O tramite interno dava-se da seguinte forma: após constatado

o fato por algum dos membros da Comissão, era formalizada denúncia, de acordo com as normas específicas e, após, notificava-se o denunciado para adequação de sua publicidade profissional.

Durante a gestão 16/18, ocorreu uma modificação na estrutura das Comissões Especiais da OAB/RS, sucedendo a incorporação, durante o ano de 2017, da CECFPP pela CFEP, passando esta segunda a possuir, dentro das suas atribuições já previstas, também a de fiscalização e combate à publicidade irregular.

As atribuições da Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional estão previstas no Regimento Interno, com vigência a partir de 4 de julho de 2017, assim dispondo em seu artigo 122:

Art. 122. Compete à Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional (CFEP):

- I. zelar e tomar providências para impedir que não inscrito na OAB pratique qualquer ato privativo de advogado, nos termos do Estatuto da Advocacia e da OAB;
- II. tomar as providências necessárias para que advogados suspensos não exerçam a profissão;
- III. fiscalizar a atuação de advogados ou estagiários que exerçam cargos públicos incompatíveis com a advocacia.
- IV. encaminhar à Diretoria a relação de quem exerça ilegalmente a profissão para que sejam tomadas as providências cabíveis;
- V. fiscalizar a publicidade na advocacia, tomando as providências necessárias contra aquelas consideradas irregulares ou em desacordo com o Código de Ética Profissional e demais regulamentos e Provimentos do Conselho Federal;
- VI. pedir informações e fiscalizar as atividades das sociedades de advogados, verificando a compatibilização de seus instrumentos constitutivos e fins com as disposições do Estatuto, Regulamento Geral e Provimentos que regulam a matéria;

VII. adotar o procedimento de orientação e fiscalização, bem como a adoção de procedimentos específicos ou representações perante autoridades competentes.

A comissão é formada por Presidente, indicado pelo Conselho Seccional, e mais cinco membros, no mínimo, Conselheiros ou não, para fiscalizar e dar parecer sobre o exercício da profissão e da publicidade profissional e promover as diligências convenientes para a consecução de seus fins.

Atualmente, na gestão 16/18, a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional é presidida pelo Dr. Sergio Leal Martinez, tendo como Vice-Presidente o Dr. Gildo Milman.

Em 17 de fevereiro de 2017, o presidente da OAB/RS, Ricardo Breier, apresentava ao Conselho Pleno da Ordem gaúcha o Plano de Valorização da Advocacia. Esse plano consiste em um conjunto de vinte e uma ações efetivas, visando à valorização e reconhecimento da dignidade da profissão de advogado, única profissão a ter assento Constitucional e possuindo como objetivo específico “despertar a sociedade para a importância de proteger e exigir seus direitos, na defesa dos quais o advogado é indispensável”¹⁹⁷.

Dentre as ações previstas no referido plano, as que possuem correlação com a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional, destacam-se as “Blitz”, promovidas em escritórios que realizam publicidade irregular, com a devida advertência para o tema e a oposição a ações que contrariem o Código de Ética. Quanto ao combate

¹⁹⁷ Valorização da Advocacia Advogado valorizado cidadão respeitado. Disponível em <http://www.oabrs.org.br/valorizacao-advocacia-apresentacao/>, acesso em 28 de junho de 2018.

ao exercício ilegal da advocacia, também matéria dessa comissão, a OAB/RS compromete-se a ingressar com notícia-crime a fim de evitar tal prática. Também fizeram parte do plano de valorização uma intensa interiorização nas Subseções do Estado para fortalecer ações e esclarecer aos advogados quanto à publicidade profissional e ao exercício irregular da profissão.

Dentre as Subseções visitadas no ano de 2017, destacam-se os municípios de Lagoa Vermelha, Carazinho, Palmeira das Missões, Rio Grande, Santana do Livramento, Osório, Pelotas, Santa Cruz do Sul e Carlos Barbosa¹⁹⁸.

Com o lançamento do Plano de Valorização da Advocacia, após uma intensa campanha de conscientização acerca dos limites da publicidade, houve um crescimento substancial nas denúncias de publicidade irregular¹⁹⁹, representando uma maior efetividade no controle e fiscalização exercidos pela entidade.

Ainda pensando no fortalecimento e na capacitação do advogado, quanto aos limites da publicidade na advocacia, a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional da OAB/RS (CFEP), também no ano de 2017, realizou, em parceria com a Escola Superior de Advocacia da OAB/RS (ESA/RS), pela primeira vez, o curso

¹⁹⁸ Comissão de Controle e Fiscalização da Publicidade Profissional intensificará ações de combate propaganda irregular no interior do Estado. Disponível em <http://oabrs.org.br/noticias/comissao-controle-e-fiscalizacao-publicidade-profissional-intensificara-aco-es-combate-propaganda-irr/25131>, acesso em 29 de junho de 2018.

¹⁹⁹ Ações da OAB. Disponível em <http://www.prerrogativas.org.br/um-ano-de-plano-de-valorizacao-da-advocacia-conquistas-e-beneficios-para-advogados-gauchos>, acesso em 28 de junho de 2018.

“Publicidade Profissional - permissões, vedações e procedimentos”, de forma totalmente gratuita. Dentre os diversos temas abordados no curso, destacam-se assuntos como publicidade profissional e online, marketing jurídico e a fiscalização do Exercício Profissional realizada no âmbito da OAB/RS²⁰⁰.

Dentre os resultados dos trabalhos da Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional da OAB/RS e do Plano de Valorização da Advocacia, somente no ano de 2017, foram encaminhadas 826 denúncias, sendo que dessas, 45 advogados cumpriram determinações para cessarem a publicidade irregular ou assinaram o termo de ajustamento de conduta. Foram remetidos, ainda, ao Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional gaúcha (TED) e ao Ministério Público, 44 processos administrativos da Comissão, todos sobre publicidade irregular na advocacia e/ou exercício ilegal da profissão²⁰¹.

Profissional Sistemática Procedimental da Comissão de Fiscalização do Exercício

A Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional tem caráter coercitivo, educativo e preventivo.

²⁰⁰ OAB/RS capacita de forma inédita advogados quanto às limitações da publicidade. Disponível em <http://oabrs.org.br/noticias/oabrs-capacita-forma-inedita-advogados-quanto-as-limitacoes-publicidade/24902>, acesso em 29 de junho de 2018.

²⁰¹ Comissão de Fiscalização de Exercício Profissional da OAB/RS tem sido vigilante com o combate à publicidade na advocacia e ao exercício ilegal da profissão. Disponível em <http://oabrs.org.br/noticias/comissao-fiscalizacao-exercicio-profissional-oabrs-tem-sido-vigilante-combate-publicidade-na-advocac/26679>. Acesso em 29 de junho de 2018

Coercitivo, como forma de coibir a advocacia ilegal e irregular, bem como a publicidade em desacordo com o CED e com o Provimento 94/2000, buscando a célere cessação das irregularidades e, na seara competente, a punição dos envolvidos nos atos ilegais e irregulares.

Educativo, de forma a orientar os profissionais e a sociedade sobre a legislação que regulamenta o exercício profissional e a publicidade na advocacia, bem como os direitos da sociedade, no que tange às relações com os profissionais.

Preventivo, atuando de forma eficaz, célere e pública como forma de prevenir a ilegalidade e a irregularidade do exercício profissional e na publicidade na advocacia.

De uma forma ampla, toda a sociedade é um agente ativo de fiscalização do exercício, não só de advocacia, mas de qualquer profissão. De uma forma estrita, a fiscalização deve acontecer por meio dos próprios advogados, que têm o dever de coibir o exercício ilegal, antiético e irregular da profissão.

A atribuição de fiscalizar o exercício profissional e a publicidade na advocacia compete aos membros da Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional da Seccional da OAB/RS e das Subseções ou congêneres e, na sua falta, aos Presidentes das Subseções em que os fatos ocorreram.

A ação fiscalizadora, portanto, tem como objetivo inibir o exercício ilegal da advocacia, em todas as suas formas, educar e orientar os advogados, prevenir a ocorrência de atos que violem as disposições disciplinares e éticas da advocacia, coibir e alcançar punições de forma

eficaz quando da ocorrência de atos que violem as disposições disciplinares e éticas.

A fiscalização pode se dar de forma direta, que ocorre quando o agente fiscal dirige-se ao local e constata a existência da irregularidade, essa diligência é certificada no processo administrativo. A fiscalização também pode se dar de forma indireta, que ocorre sem a necessidade de deslocamento físico do agente fiscal, por exemplo, por meio de pesquisas em jornais, revistas, redes sociais ou internet em geral; por meio de gravações e inserções vedadas em rádio; por meio de ofícios remetidos pelo Poder Judiciário ou autoridades competentes; por meio de denúncias protocoladas na Seccional/Subseção.

Em geral, a fiscalização indireta é a mais comum, vez que o início da persecução administrativa dá-se em decorrência de denúncia, levada ao conhecimento da comissão, com as irregularidades acima mencionadas.

Recebida a denúncia pelo Presidente da CFEP, é designado relator a fim de instruir o processo administrativo com todas as irregularidades encontradas por meio de diversos tipos de pesquisa.

Conforme dispõe o artigo 72, § 2º do Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994²⁰² os processos éticos e disciplinares tramitam em sigilo e, considerando que o processo administrativo da Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional

²⁰² Art. 72. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.

§ 2º O processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente.

pode embasar uma futura representação perante o Tribunal de Ética e Disciplina (na Seccional) ou Comissão de Ética e Disciplina (nas Subseções), todos os atos praticados também tramitam em sigilo, só tendo acesso as suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente.

Na persecução administrativa, a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional comporta, portanto, fase pré-processual do Processo Ético-disciplinar, por analogia ao Inquérito Policial, já que a fase processual, como já explicado, é de competência do Tribunal de Ética e Disciplina ou Comissão de Ética e Disciplina.

As atribuições da CFEP estão descritas taxativamente no art. 122 do Regimento Interno da OAB/RS²⁰³, à qual não apenas está atrelada a publicidade irregular, mas, também, a fiscalização dos advogados e suas sociedades; de advogados suspensos e impedidos, dos

²⁰³ Art. 122. Compete à Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional (CFEP): I- zelar e tomar providências para impedir que não inscrito na OAB pratique qualquer ato privativo de advogado, nos termos do Estatuto da Advocacia e da OAB; II - tomar as providências necessárias para que advogados suspensos não exerçam a profissão; III - fiscalizar a atuação de advogados ou estagiários que exerçam cargos públicos incompatíveis com a advocacia. IV - encaminhar à Diretoria a relação de quem exerça ilegalmente a profissão para que sejam tomadas as providências cabíveis; V – fiscalizar a publicidade na advocacia, tomando as providências necessárias contra aquelas consideradas irregulares ou em desacordo com o Código de Ética Profissional e demais regulamentos e Provimentos do Conselho Federal; VI – pedir informações e fiscalizar as atividades das sociedades de advogados, verificando a compatibilização de seus instrumentos constitutivos e fins com as disposições do Estatuto, Regulamento Geral e Provimentos que regulam a matéria; VII – adotar o procedimento de orientação e fiscalização, bem como a adoção de procedimentos específicos ou representações perante autoridades competentes.

estagiários e do encaminhamento ao órgão competente em relação aos não inscritos que praticam atos privativos²⁰⁴ de advogados²⁰⁵.

Instaurada a denúncia, cabe à secretaria da comissão autuá-la e numerá-la. Após, a denúncia é encaminhada para análise do presidente da CFEP, que pode recebê-la ou não. Em caso de não recebimento, a denúncia é arquivada. Caso seja recebida, com designação de membro relator, retorna para a secretaria da comissão para prosseguimento do feito. A partir daí, o relator fará toda a análise de competência²⁰⁶, admissibilidade²⁰⁷ e instruirá o processo por meio de investigação junto a site de busca, CNA, jornais, rede sociais, entre outros, opinando por diligências junto às demais comissões da OAB, como CSI e CSA, se

²⁰⁴ EOAB - Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I I – a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

§ 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.

²⁰⁵ ReG - Art. 4º A prática de atos privativos de advocacia, por profissionais e sociedades não inscritos na OAB, constitui exercício ilegal da profissão. Parágrafo único. É defeso ao advogado prestar serviços de assessoria e consultoria jurídicas para terceiros, em sociedades que não possam ser registradas na OAB. Art. 5º Considera-se efetivo exercício da atividade de advocacia a participação anual mínima em cinco atos privativos previstos no artigo 1º do Estatuto, em causas ou questões distintas.

Parágrafo único. A comprovação do efetivo exercício faz-se mediante:

a) certidão expedida por cartórios ou secretarias judiciais;

b) cópia autenticada de atos privativos; certidão expedida pelo órgão público no qual o advogado exerça função privativa do seu ofício, indicando os atos praticados

²⁰⁶ RI- OAB/RS – art. 122. Lei 8.906/94.

²⁰⁷ CED OAB art. 55, 56 e 57 *op.cit.* 195, 196.

for o caso, exarando, assim, parecer opinativo que será submetido à apreciação do Presidente da comissão.

Os pareceres, de regra, são no sentido de notificar o denunciado para que cesse e/ou corrija a irregularidade denunciada e constatada. Também, pode ser oferecido

Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que nada mais é do que um compromisso assumido pelo denunciado para cessar a publicidade irregular e, em contrapartida, a comissão arquivará temporariamente o expediente, sem representar no TED, caso que só ocorrerá se o denunciado reincidir na prática da atividade irregular. É possível, ainda, remessa ao Tribunal de Ética e Disciplina (Seccional) ou Comissão de Ética e Disciplina (Subseção) ou remessa ao Ministério Público (quando o ato for praticado por não inscrito).

O primeiro parecer opinativo deverá ser para notificação do denunciado, para que cesse ou corrija imediatamente a irregularidade, no prazo de 15 dias, conforme artigo 139 do Regulamento Geral da OAB²⁰⁸, devendo comprovar a sua regularidade, sob pena de remessa ao Tribunal de Ética e Disciplina ou Comissão de Ética e Disciplina. Cumprida a notificação, o relator poderá opinar pelo arquivamento do processo.

Importante destacar que o descumprimento da ordem emitida pela instituição para cessar ou corrigir a irregularidade é infração

²⁰⁸ Art. 139. O prazo para qualquer recurso é de quinze dias, contados do primeiro dia útil seguinte, seja da publicação da decisão na imprensa oficial, seja da data do recebimento da notificação, anotada pela Secretaria do órgão da OAB ou pelo agente dos Correios.

diversa, matéria a ser instruída e processada diretamente no Tribunal de Ética e Disciplina²⁰⁹.

O parecer opinativo para Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é uma faculdade de uso da Comissão²¹⁰, exclusivamente, para cessar a publicidade irregular, a qual suspende a remessa do expediente para o Tribunal de Ética e Disciplina.

A assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) não acarretará nenhum registro no assento profissional do advogado ou da sociedade de advogados responsável pela publicidade irregular. O registro de assinatura do TAC ficará em cadastro único, a ser criado pela Comissão da Seccional, que poderá ser acessado por todas as subseções, pelo prazo de cinco anos, para efeito de verificação de eventual reincidência e/ou descumprimento²¹¹. Caso isso ocorra²¹², torna o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) sem efeito, e o advogado ou a sociedade de advogados responderá pela infração perante o Tribunal de Ética e Disciplina (TED), cumulada com a infração do artigo 34, XVI do EOAB²¹³.

Salienta-se que dentro da investigação na CFEP é possível a identificação de outras infrações além de sua competência (da

²⁰⁹ EOAB - Art. 34. Constitui infração disciplinar:

XVI – deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado;

²¹⁰ Resolução 04/2017 OAB/RS – art. 1º. Fica facultado à Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional CFEP) e às Subseções a realização de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para fazer cessar a publicidade irregular realizada por advogado e sociedades de advogados.

²¹¹ Resolução 04/2017 OAB/RS – art. 1, §3º

²¹² Resolução 04/2017 OAB/RS – art. 2.

²¹³ EOAB - Art. 34 *op.cit* 200

publicidade irregular, sociedade irregular, de advogado suspenso ou impedido) devendo, por ordem, ser encaminhadas ao TED para a sua apuração, independentemente da notificação e/ou TAC cumprido.

Destaca-se, pelo princípio da lealdade processual, que o denunciado deve ter ciência da investigação produzida, por meio da notificação, oportunizando cessar e/ou corrigir a irregularidade, bem como no caso de utilização do Termo de Ajustamento de Conduta, o mesmo esteja ciente de possível encaminhamento ao TED pelas demais infrações, por competência, quando for o caso.

Considerações finais e proposições

O artigo 133 da Constituição Federal de 1988 foi inovador, pois reconheceu que o exercício da advocacia é essencial para a prestação jurisdicional, originando a indispensabilidade do advogado para a concretização da Justiça.

Com a devida importância que a atual Constituição trouxe para a advocacia, coube à OAB e somente a ela, criar mecanismos de fiscalização dos advogados enquanto exercem sua atividade profissional.

Foi o que a Ordem fez em 1994, com o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, prevendo, com exclusividade, o poder de polícia da advocacia brasileira.

Com a autonomia para o controle da atividade profissional, a OAB delega para suas comissões o papel fiscalizador.

A Seccional do Rio Grande do Sul, com fundamento em seu Regimento Interno, tem a denominada Comissão de Fiscalização do

Exercício Profissional, responsável por fiscalizar a publicidade profissional e a atuação dos inscritos nos quadros da Ordem.

A CFEP foi aquilatada durante a atual gestão da OAB gaúcha. Em fevereiro de 2017, o Presidente Ricardo Breier apresentou o Plano de Valorização da Advocacia, visando à relevância e reconhecimento da profissão de advogado.

Nesse plano de valorização, a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional teve sua importância reconhecida: foram-lhe oportunizadas “blitz” em escritórios que realizavam publicidade irregular, houve o comprometimento da OAB/RS em ingressar com notícia-crime para evitar o exercício ilegal da profissão, palestrantes da Comissão deslocaram-se para o interior do Estado para fortalecer ações e esclarecer advogados acerca da publicidade e exercício profissional e, ainda, foi realizada parceria com a ESA para fazer e divulgar palestra gratuita sobre a matéria da publicidade.

Com a valorização e, conseqüente, maior divulgação acerca da matéria de publicidade, o número de denúncias aumentou consideravelmente.

Observa-se, tanto nas denúncias quanto na publicidade feita pelos colegas, que ainda existe grande desconhecimento em relação a essa matéria. Por vezes, são denunciadas publicidades regulares, ou seja, conforme o CED. Outras vezes, percebe-se, da manifestação encaminhada pelo advogado após a notificação, que a irregularidade publicitária só era feita em razão do colega desconhecer o tema, já que a simples notificação da Comissão foi o suficiente para o advogado

manter sua publicidade profissional, contudo, agora adequada às normas.

Da mesma forma, existem notícias de representados perante o Tribunal de Ética e Disciplina requererem, em suas defesas prévias, o oferecimento de TAC para cessar o processo ético-disciplinar. Ainda, teve-se notícia do oferecimento do TAC já em fase recursal do referido processo.

Tais situações demonstram que o dever de orientação da CFEP, prevista no Regulamento Interno da OAB/RS precisa ser, mais do que nunca, valorizado e difundido.

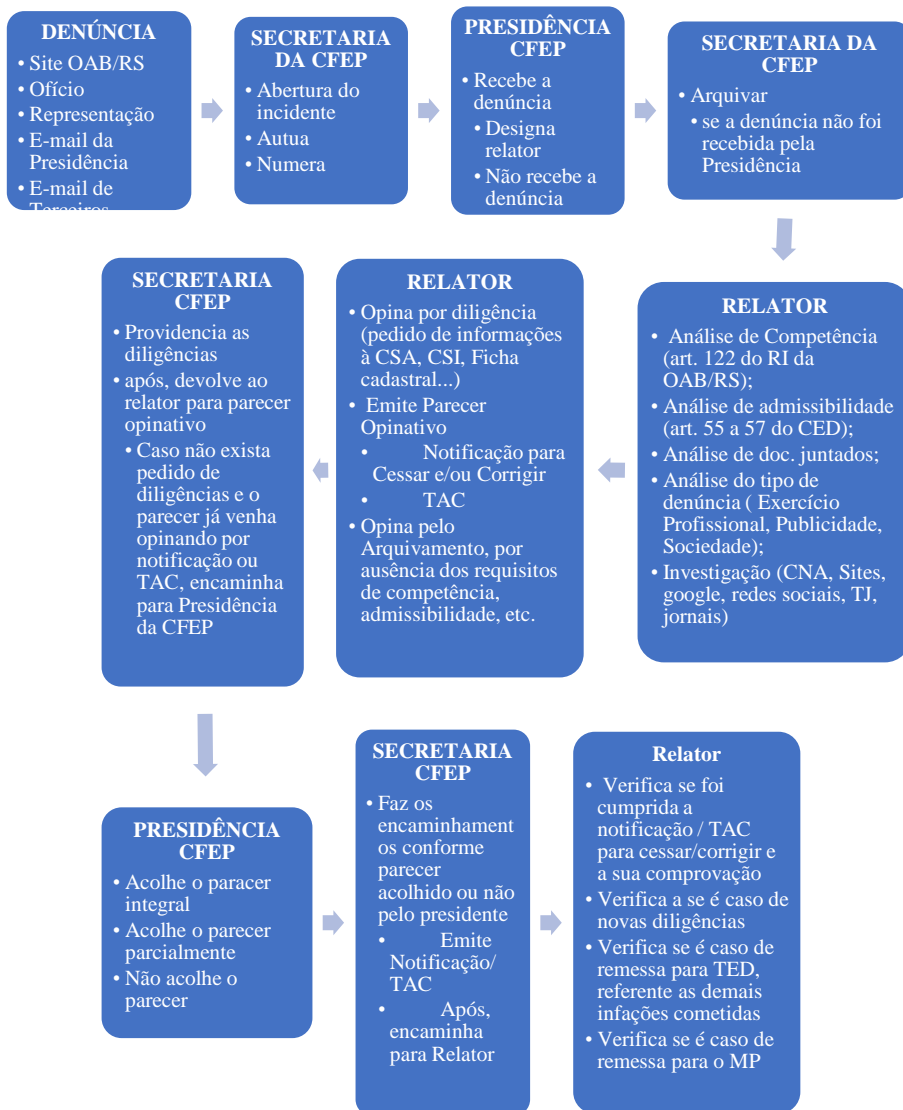
O sistema de videoconferência, cada vez mais utilizado nas reuniões da comissão poderia servir, também, para proporcionar aos colegas das subseções palestras sobre o tema, inclusive para estimular a formação de comissões de fiscalização no interior do Estado.

Ainda, em parceria com a ESA, que já se mostrou exitosa, seria possível proporcionar cursos de capacitação para novas comissões de fiscalização, orientando não apenas quanto à matéria da publicidade e da fiscalização do exercício profissional quanto também sobre os procedimentos internos de uma comissão de fiscalização.

Desde o Plano de Valorização, apresentado pela atual gestão da OAB/RS, com as ações já mencionadas e a devida organização de uma secretaria exclusiva para a Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional, comprovou-se que empregar esforços na orientação e fiscalização da publicidade e exercício profissional proporciona valor à dignidade da advocacia.

Pensando sobre a questão da orientação aos demais colegas e às subseções, os autores desse texto trazem, em anexo, organograma resumido do trâmite interno dos processos na CFEP da Seccional, modelo de denúncia, modelo de notificação inibitória e modelo de TAC, com a intenção de que sejam conhecidos e utilizados por aqueles que também desejam agregar valor a nossa classe.

Anexo I - Organograma resumido do trâmite interno dos processos na CFEP da Seccional do Rio Grande do Sul.



Anexo II - Modelo de denúncia de publicidade irregular
(Endereçamento)

À Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional

(Qualificação do denunciante) Maria Antonieta, nacionalidade, estado civil, profissão, portadora da cédula de identidade n°... e do CPF n°..., residente e domiciliada na Rua..., n°..., bairro..., na cidade de ..., vem trazer ao conhecimento dessa Comissão a publicidade profissional do advogado Luís Quince para averiguação.

(Breve narração dos fatos, indicando local, dia e hora que a publicidade irregular foi encontrada) O cartão profissional²¹⁴ anexado na presente denúncia²¹⁵ foi encontrado no dia..., do mês... do corrente ano, no horário do almoço, no balcão do restaurante Bom Gosto, situado na rua..., n°..., bairro..., na cidade de...²¹⁶

Encaminho o referido cartão à Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional para averiguação.

(Local e data) Cidade..., dia..., mês..., ano...

(Assinatura do denunciante) Maria Antonieta

²¹⁴ A publicidade irregular em sites de advogados pode ser demonstrada por meio de fotos ou print screen, que deverão ser anexados ao parecer. Em caso de propaganda em rádio, a gravação pode ser feita pelo celular e encaminhada para a Comissão por meio do site da OAB.

²¹⁵ Anexar a publicidade encontrada.

²¹⁶ É importante a indicação do dia e local onde ocorreu a publicidade irregular.

Anexo III- Modelo de notificação inibitória

REF.: Processo xxxxxx/xxxx

Porto Alegre, xx de xxxxxxx de 2018.

Ilustríssimo(a) Senhor(a) Dr.(a) XXXXXX Rua XXXXX, nº XXXX –
Bairro XXXX CEP: XXXXX Porto Alegre/RS

Assunto: PUBLICIDADE IRREGULAR

Prezado(a) Advogado(a):

Vimos informá-lo(a) que esta Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional da OAB/RS, tomou ciência da veiculação de publicidade irregular promovida por Vossa Senhoria, sob forma que viola normas estabelecidas no Código de Ética e Disciplina e no Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB.

Diante disto, inobstante a sanção que lhe poderá ser imposta pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RS, deverá Vossa Senhoria cessar imediatamente a publicidade realizada, de acordo com parecer do Relator e em conformidade com o exemplar anexado ao presente processo, bem como quaisquer outras publicidades em desacordo com a Lei 8.906/1994, o Código de Ética e Disciplina e o Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB, e no prazo de 15 (quinze) dias úteis, a contar do recebimento desta, comunique as medidas adotadas, cuja notícia deverá ser enviada para a Seccional da OAB/RS, com endereço na Washington Luiz, nº 1110, Centro, na cidade de Porto Alegre/RS, CEP: 90010-460.

O não atendimento será interpretado como recusa no cumprimento desta determinação, caracterizando-se, desse modo, infração ético-disciplinar, em conformidade com o disposto no art. 34, XVI, que dispõe:

Art. 34 - Constitui infração disciplinar: [...]

XVI – deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado.

Na expectativa de sermos prontamente atendidos, subscrevemo-nos.

Atenciosamente,

Presidente da Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional da
OAB/RS

Anexo IV - Modelo de Termo de Ajustamento de Conduta

Processo n° XXXX

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PROFISSIONAL

XXXX DENUNCIADO XXXX, neste ato notificado(a) por esta Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional da OAB/RS - Subseção de xxxxxxxxxxxx, para que cesse a veiculação de propaganda imoderada, por meio de **xxxx ATO xxxx**, sob pena de representação junto ao Tribunal de Ética e Disciplina, pelo presente instrumento, **assume compromisso** de, a partir desta data, não fazer qualquer veiculação de propaganda imoderada por meio do ato acima descrito, bem como por quaisquer outras publicidades em desacordo com a Lei 8.906/1994, Código de Ética e Disciplina e o Provimento n° 94/2000 do Conselho Federal da OAB.

Em contrapartida esta comissão, por seu Presidente, arquivará temporariamente o expediente, sem representar ao Tribunal de Ética e Disciplina, caso que somente ocorrerá se **XXXX DENUNCIADO XXXX** reincidir na prática da atividade irregular, a qual está tipificada no Código de Ética e Disciplina da nossa entidade, conforme segue:

(manter abaixo somente os artigos afetados no caso concreto)

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA

Arts. 39 a 47 do CED.

PROVIMENTO N. 94/2000

Na eventualidade de o acima acertado ser descumprido, o presente

Termo de Ajustamento de Conduta perderá seus efeitos, ensejando representação junto ao Tribunal de Ética e Disciplina pelas infrações cometidas, cumulada com a infração prevista no artigo 34, XVI, da Lei 8.906/1994: “deixar de cumprir, no prazo estabelecido,

determinação emanada do órgão ou autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado”.

A assinatura do presente Termo não acarretará nenhum registro no assento profissional do ajustante, ficando apenas registro em cadastro único a ser criado pela Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional (CFEP) da Seccional, que poderá ser acessado por todas as Subseções, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para efeito de verificação de eventual reincidência e/ou descumprimento

Assinam o presente, o () representado pessoa física () representante legal da Sociedade de Advogados e o Presidente da Comissão de Fiscalização do Exercício Profissional.

XXXXXXXXXXXXXXXX, xx de xxxxx de 2018

XXX NOME DO(A) PRESIDENTE XXX

Presidente da xxxx Nome da Comissão/Subseção xxxxxx

XXXX DENUNCIADO(A) XXXX

Nº OAB

COMISSÃO SELEÇÃO DE INSCRIÇÃO

O PAPEL E A IMPORTÂNCIA DA COMISSÃO DE SELEÇÃO DE INSCRIÇÃO PARA COM A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O ADVOGADO COMO AGENTE INDISPENSÁVEL À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

*Cesar Augusto Cavazzola Junior*²¹⁷

1. Considerações iniciais

Este trabalho, que se faz em comemoração aos 30 anos da Constituição Federal de 1988, destaca a atuação da *Comissão de Seleção e Inscrição da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Rio Grande do Sul*²¹⁸ no papel de estudar e dar parecer sobre pedidos

²¹⁷ Advogado (OAB/RS 83.859). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009), MBA em Business Law pela Fundação Getúlio Vargas (2011) e Pós-MBA em Negociação, também pela FGV. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos - 2015). Atualmente cursa especialização em Droit Comparé et Européen des Contrats et de la Consommation (UFRGS/Savoie Mont Blanc). Membro da Comissão de Seleção e Inscrição da OAB/RS. Colunista e Editor da Mídia Locus. Autor dos livros “Manual de Direito Desportivo” (EDIPRO, 2014), “Bacamarte” (Giotri, 2016) e coautor da obra “Ensino Jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios” (OABRS, 2017). Contato: cesar.cavazzola@gmail.com. Porto Alegre (RS), Brasil.

²¹⁸ Composição da Comissão de Seleção e Inscrição 2016/2018: **Presidente:** Darci Guimarães Ribeiro; **1º Vice-Presidente:** Artur Luis Pereira Torre; **2º Vice-Presidente:** Rodrigo Bueno Prestes; **Secretária:** Maria Alice Seidel; **Membros:** Alessandra Reolon, Analucia Artifon, Anderson Da Cruz, Carla Richetti Blanco, Carlos Leandro Maidana Da Silva, Cesar Augusto Cavazzola Junior, Corálio Clementino Pedroso Gonçalves, Cristiny Mroczkoski Rocha, Daniel Carlos Trentin, Demétrio Beck Da Silva Giannakos, Francisco Thomaz Telles, Gabriel Galves Crivella, Gilberto Berger Saldanha, Jeronimo Basil Almeida, Julio Alberto Witzler Diaz, Karla Motta Dos Santos, Libia Teresinha Brito Pires, Lidia Coelho Herzberg, Maicon Maia Arce Ruschel, Marcia Schwantes, Marcia Stein, Nelsa Angela Landvoigt, Orontes Pedro Antunes Mariani, Patricia Tarouco Quincozes Felitti,

de inscrição nos quadros de advogados e estagiários, momento no qual é examinado e verificado o preenchimento dos requisitos estabelecidos por fontes normativas para o exercício da advocacia. Isso porque a importância do advogado está acima da mera capacidade postulatória: é alguém que estuda, pensa, trabalha, luta, é leal, tolera, é paciente, tem fé no direito, não carrega o rancor das batalhas e, acima de tudo, ama a profissão²¹⁹. Torna-se imprescindível, para tanto, o papel da CSI na formação de uma advocacia de qualidade, para que se evite conceder inscrição para aqueles que não têm condições de defender a cidadania, ou mesmo suscitando a falta de idoneidade para que alguém permaneça nesta sagrada condição. Advocacia, assim, faz-se num compromisso permanente com a democracia e com a cidadania.

Rafael De Castro Volkmer, Rafael Paim Broglio Zuanazzi, Regis Missel, Ricardo Vogt De Oliveira, Roberto Felix Gabor, Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz, Samuel De Oliveira Fritz, Simone Vieira Araújo, Tatiana Silva Corrêa.

²¹⁹ Vide: COUTURE, Eduardo J. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1979.

2. O advogado como indispensável à administração da Justiça

O advogado é indispensável à administração da *Justiça*²²⁰, conforme redação da Constituição Federal de 1988²²¹²²². Para tanto, são

²²⁰ “Embora a atuação do advogado, para com seu cliente, diz respeito a um interesse privado, esta atuação tem por finalidade a realização da Justiça, que é um interesse social, daí que o parágrafo primeiro do art. 2º da Lei 8.906/94 estatui que ‘no ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social’.” OABSC. Subseção Joinville. *Manual dos Direitos e Prerrogativas do Advogado*. Gestão 2010/2012. Joinville. Abril de 2010. p. 5. Disponível em: <<http://www.prerrogativas.org.br/wp-content/uploads/download-manager-files/cartilha-sc-joinville.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Na lição de Paulo Lôbo: “Em várias Conferências Nacionais, a OAB consolidou seu compromisso com a promoção da justiça social, elevada a uma de suas finalidades explícitas. A justiça social difere das espécies aristotélicas da justiça comutativa e da justiça distributiva, porque é dotada da função de suprimir ou reduzir as desigualdades sociais ou regionais (pressupostas) e promover a sociedade justa e solidária. A Constituição de 1988 elevou-a a objetivo fundamental da República (art. 32) e a princípio reitor da atividade econômica (art. 170). Cabe à OAB e aos advogados brasileiros contribuir para essa grandiosa tarefa, na medida de suas possibilidades.” LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 265. “O advogado é essencial à função jurisdicional do Estado, prestando serviço público e exercendo função social em seu ministério privado, conferindo-se aos membros do Poder Judiciário e órgãos do Ministério Público a legitimidade para velar pelo exercício probo da advocacia. Alegação de violação ao princípio da presunção de inocência. Inexistência. Tal princípio não pode ser invocado para buscar assegurar impunidade pelas infrações nitidamente caracterizadas nos autos. Recurso conhecido e improvido”. (RECURSO 49.0000.2011.001471-7/SCA-STU, EMENTA 054/2012/SCA-STU, Rel. Walter Carlos Seyfferth, DOU. 16/05/2012)

²²¹ O texto constitucional mencionado neste trabalho, disponível no site do Governo Federal, a redação do art. 133 expressa o termo *justiça* com letra minúscula. Muito provavelmente tenha sido um equívoco, isso porque teve redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014, que “Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal”. O texto também é mantido em minúscula na Constituição publicada pelo Senado Federal: SENADO FEDERAL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. p.84. Disponível em:

invioláveis os seus atos e manifestações no exercício da profissão.²²³
 Isso não é só o que estabelece a CF no art. 133, como também é

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018. Apenas como exemplo, dois livros muito utilizados pelos alunos de graduação corrigem o termo, inserindo-o com letra maiúscula: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 389; MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 596. A ideia de *justiça*, no entanto, é como sinônimo de Poder Judiciário. Segundo o Manual de redação da Receita Federal, para *designações de altos conceitos religiosos, políticos ou nacionalistas* usa-se letra maiúscula: Igreja (a instituição), Nação, País, Estado, Pátria ou União (referindo-se ao Brasil), **Justiça (o Poder Judiciário)**, República (a organização política do país), Governo (o conjunto de órgãos da Administração). BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Manual de Redação e elaboração de atos administrativos Secretaria da Receita Federal do Brasil*. 3ª Ed. – Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2014. p. 51. No mesmo sentido: BECHARA, Evanildo. *Moderna Gramática Portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 103. No Manual da Secom: “**Justiça**: quando se referir apenas ao Poder Judiciário.” SENADO FEDERAL. *Manual de Comunicação da Secom*. Maiúscula. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/redacao-e-estilo/estilo/maiuscula>>. Acesso em: 16 jun. 2018. Por fim, é importante destacar que o termo foi inserido com maiúscula na redação do art. 2º da Resolução 02/2015 do CFOAB – Novo Código de Ética: “Art. 2º O advogado, indispensável à administração da **Justiça**, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes” (grifo nosso).

²²² Constituição Federal de 1988: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

²²³ “Os atos praticados pelo advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao magistrado, não podem ser qualificadas como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o *animus defendendi* importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. [...] O STF tem proclamado, em reiteradas decisões, que o advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias – legais e constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção

de sua liberdade e de seus direitos. O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua. O respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.” HC 98.237, rel. min. Celso de Mello, j. 15-12-2009, 2ª T, *DJE* de 6-8-2010. Vide: RHC 81.750, rel. min. Celso de Mello, j. 12-11-2002, 2ª T, *DJ* de 10-8-2007.

entendimento reforçado pela Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal²²⁴. Claro que, por não se tratar de um direito absoluto, é passível de limitações²²⁵.²²⁶

²²⁴ Súmula Vinculante 14. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” A Súmula foi aprovada na Sessão Plenária de 02/02/2009. Fonte de Publicação: DJe nº 26 de 09/02/2009, p. 1; DOU de 09/02/2009, p. 1. Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, e art. 5º, XXXIII, LIV e LV; Código de Processo Penal de 1941, art. 9º; e art. 10; Lei nº 8.906/1994, art. 6º, parágrafo único; e art. 7º, XIII e XIV. Precedentes: 1) HC 91684: Publicação: DJe nº 71 de 17/04/2009; 2) HC 92331: Publicação: DJe nº 142 de 01/08/2008; 3) HC 88520: Publicação: DJe nº 165 de 19/12/2007; 4) HC 90232: Publicação: DJ de 02/03/2007; 5) HC 88190: Publicação: DJ de 06/10/2006; 6) HC 87827: Publicação: DJ de 23/06/2006; 7) HC 82354: Publicação: DJ de 24/09/2004. Disponível em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Súmula Vinculante n. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

²²⁵ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a OAB. Dispositivos impugnados pela AMB. [...] O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público. A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma. A prisão do advogado em sala de estado-maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público. A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado. A sustentação oral pelo advogado, após o voto do relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. O múnus constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável. O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da administração forense. A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na

Para que o exercício seja possível, conforme RE de relatoria do ministro Marco Aurélio dispôs, a qualificação de bacharel é alcançada em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. Ainda, o Exame de Ordem²²⁷ mostra-se consentâneo com a CF, que remete às qualificações previstas em lei.²²⁸

Conforme consta no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, são atividades privativas da advocacia²²⁹ (art. 1º): I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Vale

Constituição. A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional pelos presidentes do Conselho da OAB e das subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo.” ADI 1.127, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-5-2006, P, *DJE* de 11-6-2010. Vide: Rcl 19.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 24-3-2015, 2ª T, *DJE* de 2-6-2015; Rcl 4.535, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 7-5-2007, P, *DJ* de 15-6-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201295>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

²²⁶ É também redação do art. 2º do Estatuto da Advocacia: “Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça. §1º - No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. [...] §2º - No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. §3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei.”

²²⁷ Art. 8º, §1º da Lei n. 8.906/94: “§1º - O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.”

²²⁸ “Repercussão geral reconhecida com mérito julgado: Alcança-se a qualificação de bacharel em direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. [...] O Exame de Ordem [...] mostra-se consentâneo com a CF, que remete às qualificações previstas em lei.” RE 603.583, rel. min. Marco Aurélio, j. 26-10-2011, P, *DJE* de 25-5-2012, Tema 241.

²²⁹ O Provimento no 66/1988 do Conselho Federal da OAB e o art. 5º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB complementam esta previsão.

destacar que a impetração de *habeas corpus*²³⁰ não está incluída nesse rol, uma das exceções ao *ius postulandi*²³¹ do advogado²³².

Hoje é muito difícil limitar a advocacia a uma atividade meramente postulatória²³³. As demandas deste tempo exigem, muitas vezes, rapidez e agilidade, o que infelizmente não pode ocorrer por vias

²³⁰ Trata-se de exceção contida no art. 1º, § 1º da Lei nº 8.906/94, estabelecendo que “não se inclui na atividade privativa da advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal”.

²³¹ Para um breve retrospecto histórico da privatividade do exercício do *ius postulandi* pelo advogado: SARAIVA, Paulo Lopo. *O advogado não pede. Advoga*. Manifesto de Independência do Advogado. Campinas, SP: Edicamp, 2002. p. 15-17.

²³² Por determinação do art. 9º da Lei nº 9.099/95, pode ser dispensada a presença de advogado nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos: “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.” Há ainda outras. Vide o art. 2, *caput*, da Lei 5.478/1968: “Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.” Vide também Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Por fim, há o art. 10, *caput*, da Lei 10.259/2001: “Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”.

²³³ “A ideia de judicialização dos conflitos, por exemplo, tende a ir perdendo prestígio como elemento definidor da atuação do jurista, para ceder espaço à emergência de um profissional que se entende, antes, como um operador voltado ao desenvolvimento de soluções jurídicas eficientes do ponto de vista negocial, social e político — o que, com frequência, implicará justamente o esforço de evitar o recurso às cortes.” GHIRARDI, José Garcez. *O mercado da advocacia em um mundo em transformação*. In: FORTES, Pedro Rubim. *Advocacia contemporânea em inovação e tecnologia* / Pedro Belchior Costa. *Advocacia contemporânea e perspectiva crítica* / Pedro Rubim Borges Fortes. *Advocacia contemporânea, política e opinião pública* / João Paulo da Silveira Ribeiro. *Carta a um jovem advogado* / Luiz Guilherme Migliora. — Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 73.

processuais²³⁴. Assim, é indispensável que os profissionais analisem impactos das recentes transformações sobre a profissão de advocacia privada, bem como as mudanças²³⁵ ocorridas na forma de organização do trabalho das grandes sociedades^{236 237}. Isso sem contar que o

²³⁴ Veja-se, como exemplo, a advocacia de *compliance*, cada vez mais demandada, pois a empresa sabe que sua reputação é de vital importância para sua continuidade: “A advocacia de *compliance*, ou advocacia gerencial, é um instrumento de consultoria legal no âmbito das pessoas jurídicas que possui o escopo de influenciar o cumprimento de todas as normas que devem ser observadas por tais entes. [...] É nesse sentido que é empregado tal vocábulo para definir a advocacia gerencial, vez que tal instrumento de controle interno nos âmbitos das instituições, notadamente as que atuam no mercado financeiro, tem o objetivo principal de adaptar as condutas protagonizadas por essas pessoas jurídicas a todo e qualquer regramento a que elas estão submetidas. [...] Assim, ressalta-se a importância da advocacia de *compliance* para a preservação da idoneidade da empresa, com vistas, outrossim, de obter os benefícios de valorização e ganho de poder de mercado que decorrem dessa preservação. A efetiva observância aos regulamentos confere à pessoa jurídica respaldo e confiança pública para o exercício de sua atividade no âmbito mercantil.” SOUSA, André Marinho Medeiros Soares de. *A advocacia de compliance como forma de prevenção à lavagem de dinheiro*. FIDES, Natal, v. 6, n. 2, jul./dez. 2015. p. 126-127. Disponível em: <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/240>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²³⁵ Sobre alguns dos efeitos da globalização sobre a advocacia: LUPION, Ricardo. *(Des)Globalização: Um Mundo com Fronteiras? Perspectivas e Desafios para o Direito, Advocacia e Poder Judiciário*. Revista Controle – Vol. IX – Nº 1 – Jan/Jun 2011.

²³⁶ Uma leitura interessante sobre o tema: CASTELO JR, Clóvis; TURETA, César. *A Nova Advocacia Pós-profissional e a Modernização das Grandes Sociedades de Advocacia Empresarial Brasileiras*. RAC, Rio de Janeiro, v. 18, n. 6, art. 4, pp. 813-831, Nov./Dez. 2014. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/rac>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²³⁷ Ainda: “[...] esse processo de internacionalização econômica tem sido também tipicamente apresentado como um fenômeno incontornável de homogeneização, a que países, mercados e pessoas precisam se adaptar ou perecer. De fato, um tema dominante no discurso político contemporâneo é o de que as economias nacionais não têm escolha senão a de se aparelharem para responder eficientemente aos desafios e oportunidades da globalização. [...] Esta intensa ação econômica se traduz, como se sabe, na necessidade de estruturar juridicamente os empreendimentos ao redor do mundo, adaptando planos negociais globais a realidades jurídicas nacionais.” GHIRARDI, José Garcez. *O mercado da*

considerável número de advogados inscritos na Ordem gerou não só um problema de mercado²³⁸, mas afetou a qualidade como um todo: petições simplificadas, sentenças miúdas, escritórios com problemas na publicidade para captação de clientes, estímulo à lide, número de cursos jurídicos (e preparatórios), advocacia pouco vocacionada.²³⁹

advocacia em um mundo em transformação. In: FORTES, Pedro Rubim. *Advocacia contemporânea em inovação e tecnologia* / Pedro Belchior Costa. Advocacia contemporânea e perspectiva crítica/ Pedro Rubim Borges Fortes. Advocacia contemporânea, política e opinião pública / João Paulo da Silveira Ribeiro. Carta a um jovem advogado / Luiz Guilherme Migliora. — Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 71-72.

²³⁸ Tullo Cavallazzi Filho, advogado, conselheiro federal e ex-presidente da OAB-SC, publicou recentemente artigo que sintetiza parte desses problemas de mercado, sobretudo do ponto de vista quantitativo. Segundo o autor, valendo-se de dados do Cadastro Nacional dos Advogados (CNA), o número de advogados inscritos superou a marca de um milhão. Isso sem contar o número de vagas disponíveis nos cursos de Direito: “Somente em 2018 já foram mais de 11 mil vagas abertas. Assim, o país atinge a incrível marca de 1.300 cursos de Direito, segundo informações oficiais do MEC. Esse número impressiona ainda mais quando comparado ao número de faculdades de Direito existentes no resto do mundo. Nos Estados Unidos e Europa, por exemplo, são cerca de 1.100 cursos de Direito ao todo, contra 1.300 somente no Brasil!”. CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *O estelionato educacional*. OAB. Notícias, 2018. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/56345/artigo-o-estelionato-educacional>>. Acesso em: 26 jun. 2018. Nesse mesmo sentido: LAMACHIA, Claudio. *Artigo do presidente nacional da OAB, Claudio Lamachia, no Correio do Povo: Qual é a política de ensino brasileira?* OAB Notícias, 2018. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/noticias/artigo-presidente-nacional-oab-claudio-lamachia-no-correio-povo-qual-e-politica-ensino-brasileira/27688>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

²³⁹ Sobre a situação de mercado: “O mercado profissional da advocacia sofreu inúmeras transformações ao longo das últimas décadas no Brasil e no mundo. As variadas mudanças afetaram o tamanho dos escritórios de advocacia, sua organização interna, as hierarquias profissionais, o relacionamento com clientes e suas estratégias de atuação. As transformações também se estenderam ao próprio perfil profissional da advocacia contemporânea, de maneira que um advogado atualmente deve estar preparado para lidar com o fenômeno da globalização, as possibilidades oriundas das inovações tecnológicas e os desafios da economia e da opinião pública. Na sociedade contemporânea, espera-se ainda que o advogado tenha espírito empreendedor e visão crítica, posicionando-se conforme o

Nos termos do art. 4º da Lei 8.906/1994²⁴⁰, são nulos todos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB;²⁴¹ portanto, são os atos que venham a ser praticados por aquele que não dispõe de capacidade postulatória²⁴².²⁴³ Em RHC, de relatoria

marketing profissional e aproveitando não apenas as oportunidades decorrentes da advocacia tradicional. Assim, o presente volume reúne uma coleção de textos relativos às transformações do mercado e da profissão a partir de diversas perspectivas”. FORTES, Pedro Rubim. Introdução. *In: FORTES, Pedro Rubim. Advocacia contemporânea em inovação e tecnologia / Pedro Belchior Costa. Advocacia contemporânea e perspectiva crítica/ Pedro Rubim Borges Fortes. Advocacia contemporânea, política e opinião pública / João Paulo da Silveira Ribeiro. Carta a um jovem advogado / Luiz Guilherme Migliora.* — Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 9.

²⁴⁰ Art. 4º. São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. Parágrafo único - São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

²⁴¹ RHC 119.900, rel. min. Teori Zavascki, j. 5-5-2015, 2ª T, *DJE* de 20-5-2015. Vide: HC 85.717, rel. min. Celso de Mello, j. 9-10-2007, 1ª T, *DJE* de 14-6-2013.

²⁴² Destaca-se o item 7 do Plano de Valorização da Advocacia: “7 - COMBATE AO EXERCÍCIO ILEGAL DA ADVOCACIA - A OAB/RS ingressará com notícia-crime contra a prática ilegal da advocacia”. Disponível em: < <http://www.oabrs.org.br/valorizacao-advocacia-apresentacao/>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁴³ “A Constituição da República estabeleceu que o acesso à justiça e o direito de petição são direitos fundamentais (art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV), porém estes não garantem a quem não tenha capacidade postulatória litigar em juízo, ou seja, é vedado o exercício do direito de ação sem a presença de um advogado, considerado ‘indispensável à administração da Justiça’ (art. 133 da Constituição da República e art. 1º da Lei 8.906/1994), com as ressalvas legais. [...] Incluem-se, ainda, no rol das exceções, as ações protocoladas nos juizados especiais cíveis, nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9º da Lei 9.099/1995) e as ações trabalhistas (art. 791 da CLT), não fazendo parte dessa situação privilegiada a ação popular.” AO 1.531 AgR, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 3-6-2009, P, *DJE* de 1º-7-2009.

do ministro Celso de Mello, considerou-se nulo também quando a inscrição do advogado se achar suspensa²⁴⁴.²⁴⁵

3. Da competência da Comissão de Seleção e Inscrição

As competências mencionadas no Regimento Interno da Ordem dos Advogados do Brasil²⁴⁶ do Rio Grande do Sul que fazem referência à Comissão de Seleção e Inscrição estão presentes nos artigos 118 e 119.

²⁴⁴ “São nulos de pleno direito os atos processuais, que, privativos de advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória, assim considerado aquele cuja inscrição na OAB se acha suspensa (Lei 8.906/1994, art. 4º, parágrafo único).” RHC 104.270 QO, rel. min. Celso de Mello, j. 6-9-2011, 2ª T, *DJE* de 7-12-2011.

²⁴⁵ De acordo com o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB: “Art. 5º. O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato. §1º - O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período. §2º - A procuração para o foro em geral habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer juízo ou instância, salvo os que exijam poderes especiais. §3º - O advogado que renunciar ao mandato continuará, durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo”. Vale destacar que, na ADIn n 1.127-8, o STF reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, mas excluiu sua aplicação aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. Neles, a parte pode postular diretamente.

²⁴⁶ Conforme Juliano Breda, em 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser a OAB uma entidade, *sui generis*, classificando a advocacia como serviço público de relevância social, a partir de relatoria do Ministro Eros Grau. “A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro [...] A OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. DISTRITO FEDERAL, STF ADI 3.026, Rel. Ministro Eros Grau, 2006”. Por isso, Na ótica do STF, a OAB é uma entidade independente, com funções institucionais de natureza constitucional. ANDRADE, Renato Cardoso de Almeida, PASCOAL, Lauro Fernando. *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Curitiba: OABPR, 2015. p. 9.

Conforme o art. 118 e seus incisos, a Comissão²⁴⁷ deve, primeiramente, “*analisar, instruir e exarar parecer sobre pedidos de inscrição nos quadros de advogados e estagiários*”. Para a inscrição no quadro de advogados da Ordem (art. 8º da Lei n. 8.906/94), é necessário: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer

²⁴⁷ Toda vez que no texto estiver inserido apenas o termo “Comissão”, está se fazendo referência à Comissão de Seleção e Inscrição (CSI).

atividade incompatível com a advocacia²⁴⁸; VI - idoneidade moral²⁴⁹; VII - prestar compromisso perante o Conselho. Na redação do art. 8º acima citado, há ainda outros apontamentos necessários para preencher

²⁴⁸ Conforme dispõe o Estatuto da Advocacia: “Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia. Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais; II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público; IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro; V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza; VI - militares de qualquer natureza, na ativa; VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas. § 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente. § 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico. Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura. Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora; II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.”

²⁴⁹ Conforme os parágrafos 3º e 4º do art. 8º da Lei n. 8.906/94: “§3º - A idoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar. §4º - Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.”

os requisitos. Do não graduado no Brasil, seja brasileiro ou estrangeiro, o título de graduação deverá ser revalidado (§2º). Conforme redação do art. 10, a inscrição (principal) deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, ou seja, na sede principal da atividade de advocacia.²⁵⁰ Para inscrição como estagiário (art. 9º), os requisitos I, III, V, VI e VII acima supracitados são necessários, além de ter sido admitido em estágio profissional de advocacia²⁵¹, com duração de dois anos, realizados nos últimos anos de formação acadêmica.

Também, à Comissão compete: “*verificar as hipóteses de incompatibilidades, impedimentos,²⁵² licenciamentos ou cancelamentos da inscrição*”; “*determinar diligências que se fizerem*

²⁵⁰ Conforme o art. 10 da Lei n. 8.906/94: “Art. 10. A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do Regulamento Geral.

§1º - Considera-se domicílio profissional a sede principal da atividade de advocacia, prevalecendo, na dúvida, o domicílio da pessoa física do advogado.

§2º - Além da principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão, considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano. §3º - No caso de mudança efetiva de domicílio profissional para outra unidade federativa, deve o advogado requerer a transferência de sua inscrição para o Conselho Seccional correspondente.”

²⁵¹ Conforme os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do art. 9º da Lei n. 8.906/94: “§1º - O estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, realizado nos últimos anos do curso jurídico, pode ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior, pelos Conselhos da OAB, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela OAB, sendo obrigatório o estudo deste Estatuto e do Código de Ética e Disciplina. §2º - A inscrição do estagiário é feita no Conselho Seccional em cujo território se localize seu curso jurídico. §3º - O aluno de curso jurídico que exerça atividade incompatível com a advocacia pode frequentar o estágio ministrado pela respectiva instituição de ensino superior, para fins de aprendizagem, vedada a inscrição na OAB. §4º - O estágio profissional poderá ser cumprido por bacharel em Direito que queira se inscrever na Ordem”.

²⁵² Vide nota 34.

necessárias para a instrução dos processos”; “*analisar, instruir e opinar nos pedidos de transferência e de inscrição suplementar*”; “*analisar os pedidos de expedição de segundas vias de identidade profissional*”.

Além disso, autoriza a alteração do nome profissional, desde que comprovada por documento hábil. A Resolução nº 05/2016 proporcionou alteração recente, dispondo sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Ordem. Conforme dispõe o art. 33, parágrafo único, da Lei n. 8.906, de 1994, “*nome social é a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida e será inserido na identificação do advogado mediante requerimento*”.²⁵³

Por fim, a Comissão examina pedidos de transferências e de inscrição suplementar. Isso poderá ser solicitado quando o advogado exercer habitualmente a profissão em outros Estados.²⁵⁴

²⁵³ Vide Resolução nº 05/2016, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil e altera o caput e o § 1º do art. 24, o § 1º do art. 24-A e o inciso III do art. 33, acrescenta o parágrafo único do art. 33 e altera o inciso II do art. 34, o art. 38, o § 3º do art. 128, o § 4º do art. 131, o inciso I do art. 132, o inciso II do art. 137 e os §§ 3º e 4º do art. 137-D do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/05-2016?dateinicial=01%2F05%2F2016&datefinal=12%2F07%2F2016&resolucoes=True>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

²⁵⁴ Lei nº 8.906/94: “Art. 10. A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do regulamento geral. § 1º Considera-se domicílio profissional a sede principal da atividade de advocacia, prevalecendo, na dúvida, o domicílio da pessoa física do advogado. § 2º Além da principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos

4. Disposições finais

Conforme dispõe o art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, o advogado é indispensável à defesa de direitos e garantias fundamentais²⁵⁵. Trata-se do agente capaz de mediar o encontro de

territórios passar a exercer habitualmente a profissão considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano. § 3º No caso de mudança efetiva de domicílio profissional para outra unidade federativa, deve o advogado requerer a transferência de sua inscrição para o Conselho Seccional correspondente. § 4º O Conselho Seccional deve suspender o pedido de transferência ou de inscrição suplementar, ao verificar a existência de vício ou ilegalidade na inscrição principal, contra ela representando ao Conselho Federal.”

²⁵⁵ Na Constituição Federal, dentre uma série de expectativas, quer garantir a cidadania (art. 1º, II) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e, sobretudo, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Não são (ou foram) poucos os juristas críticos à totalidade de direitos previstos; destaca-se, apenas para ilustrar, o ilustre Calmon de Passos, para o qual: “Fizemos da nossa Constituição um código do trabalho, um estatuto do servidor público, uma lei orgânica da previdência social, um código tributário, uma lei orgânica da magistratura e do ministério público, um mini-direito de família, nem esquecemos os silvícolas, os idosos, os deficientes físicos, as mulheres, os infantes. Só deixamos de fora os mortos, por não termos tido a suficiente fé de que nosso poder constituinte seria capaz de ressuscitá-los”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 193. Nessa perspectiva, deve-se efetivar (concretizar) os direitos que já existem, e não criar novos, cada vez mais aumentando o número de leis existentes. Talvez pudesse reproduzir o brocado latino que afirma “*Corruptissima republica plurimae leges*”. Em tradução: “*Estado corrupto, múltiplas leis*”. “Essa expressão, bem conhecida e sem dúvida ainda atual, significa que o número exorbitante de leis contraria os princípios básicos de um Estado civil que funcione bem, ou seja, a certeza do direito. Deriva de Tácito (*Anais*, 3,27,3). O fato de as leis inúteis enfraquecerem as leis necessárias é, finalmente, uma tese de Montesquieu em *O Espírito das Leis*.” TOSI, Renzo. *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 511. Para Zagrebelsky: “No se puede pensar en imponer autoritariamente los vínculos sociales bajo forma de ideologías o sistemas de valores establecidos desde arriba, porque así el Estado liberal se destruiría a sí mismo y la libertad de sus ciudadanos. Pero el Estado basado en la libertad, que no pueda confiar en las fuerzas vinculantes interiores de sus miembros, se ve estimulado a aumentar de manera utópica e ilusoria las promesas de bienestar para garantizar su propia base de

peçoas, sejam elas físicas ou jurídicas, com o Estado, para que obtenham uma resposta perante as suas demandas.²⁵⁶ O direito de ser

legitimidad, enredándose de este modo a sí mismo en una espiral de expectativas de todo género que más allá de un cierto límite no podrá mantener y lo estrangularán.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Tradução de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010. p.17.

²⁵⁶ Para o professor Darci Guimarães Ribeiro, a hierarquia dos interesses em sociedade que são realizados pelo direito objetivo apresenta uma dupla função: psicológica e judicial. A primeira acontece quando o Estado hierarquiza interesses das pessoas para que elas possam adequar sua conduta diante desses valores protegidos, podendo orientar o comportamento humano; a segunda tem a finalidade de dar uma diretriz ao trabalho do juiz na aplicação os valores então estabelecidos como essenciais, podendo assim, consequentemente, criar o direito no caso concreto. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-34.

ouvido pelo Estado²⁵⁷ é garantir a defesa do Estado Democrático de Direito.^{258 259}

²⁵⁷ Sem a condução da efetividade dos direitos pelo Poder Executivo, o Direito só existe após uma sentença. Não há, portanto, via alternativa senão por meio de um processo judicial. Aqui, justifica-se a ideia de que só há Direito através do devido processo legal. O que ocorre, infelizmente, é que há indiretamente um estímulo ao litígio, pois não há outra forma de ser. Para Calmon de Passos: “A relação entre o processo de produção do Direito e o direito produzido, seja como enunciado, seja como decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é de caráter instrumental, meio-fim, sim de natureza substancial, integrativa. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível, mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das consequências. O Direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, caracteriza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68.

²⁵⁸ Para o Digesto Romano, “*hominum causa omne jus constitutum est*”. “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.*” Em tradução: “Como, portanto, todo direito é constituído por causa dos homens, nós declaramos ter seguido a ordem do edito perpétuo, primeiramente com o status das pessoas e depois os outros, aplicando os títulos próximos e os conjugados a estes conforme comporte a matéria.” *Digesto de Justiniano*. Liber Primus. Introdução ao Direito Romano. Tradução Hécio Maciel França Madeira. Edição bilíngue Latim-Português. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

²⁵⁹ Em texto de Sérgio Sérvulo da Cunha, preparado para o Congresso da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e. V., realizado em Potsdam em novembro de 2005, destacou: “Dentro da OAB não há partidos políticos ou influência partidária; seus militantes não se agrupam segundo colorações ideológicas, não obstante na ditadura se tivesse vincado a distinção entre progressistas e conservadores. Quando pedem o voto dos colegas para as subseções ou conselhos, os advogados apresentam uma plataforma geralmente desdobrada em dois itens: os chamados itens corporativos, que tratam do exercício profissional e suas prerrogativas, e os itens que se ocupam da participação política da OAB, necessariamente não-partidária. Tendo conseguido estabelecer essa difícil distinção prática, a Ordem transformou-se em porta-voz de uma sociedade civil em geral decepcionada com os desacertos da democracia representativa. Nos congressos de advogados, e principalmente na Conferência Nacional realizada de três em três anos, busca-se organizar um temário que contemple esses itens, que seja multidisciplinar, e no qual ressoem as grandes preocupações da cidadania.” CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *História da advocacia no Brasil*. Disponível em: <www.servulo.com.br/pdf/advocacia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

O advogado não executa sua função social sem estar atento a uma série de deveres²⁶⁰, tais como: I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo caráter de essencialidade e indispensabilidade da advocacia; II – atuar com destemor²⁶¹, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;²⁶² III – velar por sua reputação pessoal e

²⁶⁰ “Se o individuo não tem a força de alcançar um direito, ao menos é preciso, quando o direito lhe provém d'um texto legislativo, que tenha a força de o exercer. A lei não se defende, com effeito, por si só, e os direitos que ella nos concede são no fundo virtualidades ou possibilidades que pertence a cada um fazer passar ao domínio da acção. Senão, por nossa inercia, deixamos prescrever a lei contra nós, e é terreno perdido a reconquistar por novo esforço. A luta judiciaria é a fórmula normal da luta pelo triumpho dos nossos direitos legais. E' uma luta penosa porque occasiona para um resultado aleatorio um gasto mais ou menos forte de tempo e de dinheiro. Mas é uma luta necessaria. A defesa do direito é a um tempo acto de conservação pessoal e acto de defesa social” (sic). CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-José Bastos & Cia., 1908. p. 207.

²⁶¹ Dentre muitos casos atuais, muitos advogados têm se articulado combativamente para atuar contra atitudes políticas inconsequentes no país. Isso não só com a advocacia privada, mas também com a pública: “A procuradoria do município exerce papel fundamental no combate preventivo à corrupção, pois tem a função de verificar a regularidade dos atos praticados pela administração pública, no âmbito de atuação, antes que produzam efeitos nocivos.” LIMA, Augusto Rodrigues da Cunha. *O enfrentamento da corrupção a partir do fortalecimento da advocacia pública municipal, dos órgãos de controle e da atuação preventiva do Ministério Público*. Revista do TCU. Ed. n. 126 (2013). p. 57. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/130>>. Acesso em: 18 jun. 2018. Vale também destacar o papel da advocacia da concorrência, muito atuante para evitar problemas de mercado na economia: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência*. UC Berkeley. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers, 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/6k0688wp>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²⁶² Para Jhering: “O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo-, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles a que eles se opunham; todo

profissional; IV – empenhar-se, permanentemente, no aperfeiçoamento pessoal²⁶³ e profissional²⁶⁴; V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;²⁶⁵ VI – estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação²⁶⁶ entre os litigantes²⁶⁷, prevenindo, sempre

e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disputa ininterrupta para a aluta. O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.” JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 27.

²⁶³ “[...] aqueles que negam algo poder ser apreendido arrebata estes próprios ou instrumentos ou ordenamentos da vida, ou antes, destroem a vida toda desde seus fundamentos, e privam do ânimo o próprio ser animado, de modo que seja difícil falar da temeridade deles tanto como a causa postula.” CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilíngue. Introdução, tradução e notas: José R. Seabra. Belo Horizonte: Edições Nova Acrópole, 2012. p. 211.

²⁶⁴ Importante publicação recente sobre o assunto: PETRY, MIGLIAVACCA, OSÓRIO, DANILEVICZ, FUHRMANN (orgs.) *Ensino Jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios/* Alexandre Torres Petry, Carolina Migliavacca, Fernanda Osório, Igor Danilevicz, Italo Roberto Fuhrmann (Organizadores); Adriana Bitencourt Bertollo...[et al.]. 1ª ed. Porto Alegre: OAB/RS, 2017.

²⁶⁵ Para Zagrebelsky: “Quien se reconoce en la democracia debería afirmar: para defender la, actuamos con espíritu de concordia, combatimos la prepotencia y la plutocracia, nos respetamos mutuamente, cultivamos la legalidad, promovemos la solidariedad, damos seguridad a los más débiles y moderamos la competición social. Es decir, no renunciamos a nosotros mismos, a lo que somos y aquello en lo creemos, intentamos corregir sus defectos y combatimos lo que la desfigura. En una palabra: cuidamos la democracia.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Tradução de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010. p.14.

²⁶⁶ Sobre o tema *mediação*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. In: RIBEIRO, D. G., JOBIM, M. F. (orgs.) *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 67-86.

²⁶⁷ Conforme redação do novo Código de Processo Civil: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” Não há redação correspondente no CPC de 1973: BUENO,

que possível, a instauração de litígios^{268 269}; VII – desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica²⁷⁰; dentre outras.

Cassio Scapinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43.

²⁶⁸ Para o professor Darci Guimarães Ribeiro: “A existência de conflitos dentro de uma sociedade é algo natural, pois existindo necessidades ilimitadas e bens limitados sua aparição é inevitável, salvo se pudermos limitar as necessidades dos homens ou ampliarmos os bens limitados, do contrário o conflito é um produto natural da evolução da sociedade. Pois, o que não é natural nem saudável é a permanência do conflito dentro da sociedade e não sua aparição. Todo conflito dentro de uma sociedade tem seu aspecto positivo e negativo. O positivo é que dinamiza a sociedade e a faz evoluir, enquanto negativo se concretiza no fato de provocar tensão e gerar insegurança entre seus membros, podendo gerar uma situação violenta no momento de sua composição.” RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27. “Pressuposto necessário do Direito é o conflito. Inexistissem conflitos na convivência social e o Direito seria descartável. [...] A escassez dos bens, a interdependência dos homens, a indeterminação dos desejos e sua insaciabilidade são fatores que se casam para determinar ocorram permanentemente conflitos na convivência social, cuja solução se faz necessária, em nome da própria sobrevivência coletiva.” PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, Poder, Processo e Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 38-39. A função social do direito pode estar relacionada ao aspecto da orientação social e na resolução de conflitos: JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-José Bastos & Cia., 1963. p. 290-293.

²⁶⁹ Em entrevista sobre ética e advocacia, Luiz Fernando Valladão Nogueira disse: “Seja qual for a área da advocacia, deve o advogado ‘atuar... com decoro, dignidade e boa-fé’ (art. 2º, I Código de Ética e Disciplina da OAB). Isto significa, por exemplo, que, na área da advocacia de família, não deve o advogado estimular as desuniões e os conflitos. Deve, isto sim, trabalhar pela rápida obtenção de paz no núcleo familiar sujeito à sua interferência profissional, ainda que este resultado seja obtido somente por meio de um processo judicial.” NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Advocacia e Ética*. Caderno Opinião. Jornal Estado de Minas, ed. de 5 de dezembro de 2010. Disponível em: < <http://www.valladao.com.br/publicacoes/artigo/advocacia-e-etica-artigo-publicado-no-caderno-opiniao-jornal-estado-de-minas-edicao-de-5-de-dezembro-de-2010/>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²⁷⁰ Considerando a forte presença da ética no exercício profissional, a relação de negócio entre o advogado e sua clientela visa a satisfação desta sem, contudo, transgredir a ordem jurídica. Deve-se, para tal, construir um modelo de gestão para o escritório, em que a atividade profissional não é de resultado, por se constituir numa ferramenta meio para a obtenção de um determinado bem ou interesse

Portanto, a atuação da Comissão de Seleção e Inscrição é imprescindível não só em auxiliar a Ordem dos Advogados do Brasil na defesa da profissão e da sociedade brasileira²⁷¹, como também em trabalhar preventivamente para que a advocacia mantenha-se atenta aos preceitos ético-profissionais. O advogado não é apenas um administrador do Poder Judiciário²⁷², mas da *justiça*²⁷³: alguém que fala, que defende o direito alheio e que busca a realização do Direito²⁷⁴.

jurídico. Vide: BRITO, Camilla Ferreira de; BEZERRA, Karina de Oliveira Costa. *Adoção de boas práticas de gestão para escritório de advocacia*. Revista UNIRN, Natal, v.12, n. 1/2, p. 166-196, jan./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/414>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²⁷¹ “A Ordem dos Advogados do Brasil é uma instância moral da sociedade brasileira e tem como finalidade a defesa da ordem democrática.” SARAIVA, Paulo Lopo. *O advogado não pede. Advoga*. Manifesto de Independência do Advogado. Campinas, SP: Edicamp, 2002. p. 31.

²⁷² Importante lembrar que é de Santo Ivo o célebre Decálogo do Advogado, considerado como um sintético tratado de Deontologia da profissão:: 1. O advogado deve pedir a ajuda de Deus nas suas demandas, pois Deus é o primeiro protetor da Justiça; 2. Nenhum advogado aceitará a defesa de casos injustos, porque são perniciosos à consciência e ao decoro; 3. O advogado não deve onerar o cliente com gastos excessivos; 4. Nenhum advogado deve utilizar, no patrocínio dos casos que lhe são confiados, meios ilícitos ou injustos; 5. Deve tratar o caso de cada cliente como se fosse seu próprio; 6. Não deve poupar trabalho nem tempo para obter a vitória do caso de que se tenha encarregado; 7. Nenhum advogado deve aceitar mais causas do que o tempo disponível lhe permite; 8. O advogado deve amar a Justiça e a honradez tanto como as meninas dos olhos; 9. A demora e a negligência de um advogado causam prejuízo ao cliente e quando isso acontece deve indenizá-lo; 10. Para fazer uma boa defesa, o advogado deve ser verídico, sincero e lógico. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28410/oab-lembra-dia-de-santo-ivo-padroeiro-dos-advogados>> . Acesso em: 16 jun. 2018.

²⁷³ Vide nota de rodapé nº 2.

²⁷⁴ SARAIVA, Paulo Lopo. *O advogado não pede. Advoga*. Manifesto de Independência do Advogado. Campinas, SP: Edicamp, 2002. p. 51.

Referências

ANDRADE, Renato Cardoso de Almeida, PASCOAL, Lauro Fernando. *Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado*. Curitiba: OABPR, 2015.

BECHARA, Evanildo. *Moderna Gramática Portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014*. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm#art1>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/15478.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Manual de Redação e elaboração de atos administrativos Secretaria da Receita Federal do Brasil*. 3ª Ed. – Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2014.

BRITO, Camilla Ferreira de; BEZERRA, Karina de Oliveira Costa. *Adoção de boas práticas de gestão para escritório de advocacia*. Revista UNI-RN, Natal, v.12, n. 1/2, p. 166-196, jan./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/414>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BUENO, Cassio Scapinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTELO JR, Clóvis; TURETA, César. *A Nova Advocacia Pós-profissional e a Modernização das Grandes Sociedades de Advocacia Empresarial Brasileiras*. RAC, Rio de Janeiro, v. 18, n. 6, art. 4, pp. 813-831, Nov./Dez. 2014. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/rac>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *O estelionato educacional*. OAB. Notícias, 2018. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/noticia/56345/artigo-o-estelionato-educacional>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilíngue. Introdução, tradução e notas: José R. Seabra. Belo Horizonte: Edições Nova Acrópole, 2012.

CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução nº 02/2017*. Dispõe sobre o Regimento Interno da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/Regimento_Interno_Vigencia_a_p_artir_de_4_de_julho.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução nº 02/2015* (DOU, S.1, 04.11.2015, p. 77). Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

COUTURE, Eduardo J. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1979.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-José Bastos & Cia., 1908.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *História da advocacia no Brasil*. Disponível em: <www.servulo.com.br/pdf/advocacia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

Digesto de Justiniano. Liber Primus. Introdução ao Direito Romano. Tradução Hélcio Maciel França Madeira. Edição bilíngue Latim-Português. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FIGUEIREDO, Candido de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Lisboa, 1913.

FORTES, Pedro Rubim. *Advocacia contemporânea em inovação e tecnologia*. Pedro Belchior Costa. *Advocacia contemporânea e perspectiva crítica/ Pedro Rubim Borges Fortes. Advocacia contemporânea, política e opinião pública*. João Paulo da Silveira Ribeiro. *Carta a um jovem advogado/ Luiz Guilherme Migliora*. — Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand-José Bastos & Cia., 1963.

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LAMACHIA, Claudio. *Artigo do presidente nacional da OAB, Claudio Lamachia, no Correio do Povo: Qual é a política de ensino brasileira?* OAB Notícias, 2018. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/noticias/artigo-presidente-nacional-oab-claudio-lamachia-no-correio-povo-qual-e-politica-ensino-brasileira/27688>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

LIMA, Augusto Rodrigues da Cunha. *O enfrentamento da corrupção a partir do fortalecimento da advocacia pública municipal, dos órgãos de controle e da atuação preventiva do Ministério Público*. Revista do TCU. Ed. n. 126 (2013). Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/130>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LUPION, Ricardo. *(Des)Globalização: Um Mundo com Fronteiras? Perspectivas e Desafios para o Direito, Advocacia e Poder Judiciário*. Revista Controle – Vol. IX – Nº 1 – Jan/Jun 2011.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, 1955.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Advocacia e Ética*. Caderno Opinião. Jornal Estado de Minas, ed. de 5 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.valladao.com.br/publicacoes/artigo/advocacia-e-etica-artigo-publicado-no-caderno-opinio-jornal-estado-de-minas-edicao-de-5-de-dezembro-de-2010/>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE SANTA CATARINA. Subseção Joinville. *Manual dos Direitos e Prerrogativas do Advogado*. Gestão 2010/2012. Joinville, Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.prerrogativas.org.br/wp-content/uploads/download-manager-files/cartilha-sc-joinville.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução nº 02/2017*. Dispõe sobre o Regimento Interno da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/Regimento_Interno_Vigencia_a_p_artir_de_4_de_julho.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Valorização da Advocacia*. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/valorizacao-advocacia-apresentacao/>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Estatuto da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar*. Organização, atualização e revisão por Aline Portela Bandeira, Francisca Miguel, Oswaldo P. Ribeiro Junior, Paulo Fernando Torres Guimarães e Tarcizo Roberto do Nascimento. 17. Ed. revista e atualizada até maio de 2017. Brasília, DF: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB lembra Dia de Santo Ivo, padroeiro dos advogados*. Notícias, 2015. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/noticia/28410/oab-lembra-dia-de-santo-ivo-padroeiro-dos-advogados>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Resolução Nº 05/2016*. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil e altera o caput e o § 1º do art. 24, o § 1º do art. 24-A e o inciso III do art. 33, acrescenta o parágrafo único do art. 33 e altera o inciso II do art. 34, o art. 38, o § 3º do art. 128, o § 4º do art. 131, o inciso I do art. 132, o inciso II do art. 137 e os §§ 3º e 4º do art. 137-D do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/05-2016?dateinitial=01%2F05%2F2016&datefinal=12%2F07%2F2016&resolucoes=True>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, Poder, Processo e Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: Juspodivm, 2012.

PETRY, MIGLIAVACCA, OSÓRIO, DANILEVICZ, FUHRMANN (orgs.) *Ensino Jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios*/ Alexandre Torres Petry, Carolina Migliavacca, Fernanda Osório, Igor Danilevicz, Italo Roberto Fuhrmann (Organizadores); Adriana Bitencourt Bertollo...[et al.]. 1ª ed. Porto Alegre: OAB/RS, 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Análise Econômica da Regulação: O Papel da Advocacia da Concorrência*. UC Berkeley. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers, 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/6k0688wp>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

RIBEIRO, D. G., JOBIM, M. F. (orgs.) *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARAIVA, Paulo Lopo. *O advogado não pede. Advoga*. Manifesto de Independência do Advogado. Campinas, SP: Edicamp, 2002.

SENADO FEDERAL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SENADO FEDERAL. *Manual de Comunicação da Secom*. Maiúscula. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/redacao-estilo/estilo/maiuscula>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SOUSA, André Marinho Medeiros Soares de. *A advocacia de compliance como forma de prevenção à lavagem de dinheiro*. FIDES, Natal, v.6, n. 2, jul./dez. 2015. p. 126-127. Disponível em: <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/240>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Legislação Anotada*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201295>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. *Súmula Vinculante n. 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. *Súmula Vinculante n. 14*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>.

Acesso em: 13 jun. 2018.

TOSI, Renzo. *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Tradução de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E INOVAÇÃO: RISCO DE INOVAÇÃO COMO OPORTUNIDADE DE NEGÓCIOS PELAS EMPRESAS

*Marcos Pedroso Neto*²⁷⁵

Resumo: Trata-se da abordagem quanto ao impacto nas novas tecnologias na sociedade, o seu relacionamento com o Estado através de seus processos regulatórios e o papel do Direito neste novo contexto. Busca-se a exploração do tema inovação sob a perspectiva da inovação tecnológica como fator de risco às organizações e como estas devem estar preparadas para identificar e avaliar cenários a médio e longo prazo para evitar a obsolescência. Redirecionamento das ferramentas e estudos atuais como instrumentos de sobrevivência das organizações às novas tecnologias. Análise crítica sobre casos concretos como os da superação da máquina de escrever, revelação de fotos e telecomunicações, áreas sensíveis à tecnologia e que sofrem em períodos cada vez mais curtos impactantes influências de inovações de toda ordem de grandeza, bem como de diversas origens após a democratização da informação pela globalização da internet.

Palavras-chave: Estado. Direitos fundamentais. Inovação. Risco. Impactos.

²⁷⁵ Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios – Unisinos. Pós MBA em Governança Corporativa e Risco – Unisinos. MBA em International Business Law Program - University of California Irvine. MBA em em Direito Empresarial – FGV.

1 INTRODUÇÃO

Segundo DAMODARAN (2009) o gerenciamento de riscos está presente em todas as organizações da mesma forma que o risco está presente na vida de toda humanidade desde que desperta até seu adormecimento. Paralelamente a esta realidade presente desde os períodos pré-históricos, o processo de inovações tecnológicas tem ensejado o encerramento de alguns e a criação de novos segmentos mercadológicos. A par disso, ainda é baixo o número de organizações que investem no gerenciamento desta espécie de risco.

A identificação do risco não deve ficar restrita somente à área de finanças como comumente identificado nas organizações, pois deve ser uma preocupação de todas as áreas. A relação multidisciplinar na apuração dos riscos e seu enfrentamento tem se revelado uma das formas mais promissoras de geração de valor e crescimento das empresas.

Um estudo recente da Ernst & Young Terco²⁷⁶ identificou que empresas que investiram no gerenciamento de risco tiveram incremento de 16,8% (dezesseis vírgula oito por cento) na receita, ao passo que as que não priorizam esta questão tiveram um crescimento de 10,6% (dez vírgula seis por cento) em comparativo. O foco tem sido a busca de geração de oportunidades sobre o risco, passando as organizações a agir de forma mais proativa, ou, “[..] sair da zona de conforto” conforme alude a reportagem.

²⁷⁶ <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2012/03/kodak-quebrou-porque-nao-gerenciou-riscos.html>

Este estudo analisou 2.750 (dois mil e setecentos e cinquenta) relatórios financeiros de companhias com receita mínima de US\$ 1 bilhão (um bilhão de dólares) e entrevistou 576 (quinhentos e setenta e seis) executivos de empresas localizadas em 18 (dezoito) países, sendo 5% (cinco por cento) brasileiras, a maior parte dos dados oriundos dos Estados Unidos da América.

Desta forma, verifica-se como extremamente relevante esta atenção das empresas de todos os segmentos para a percepção da inovação tecnológica como um risco empresarial a ser identificado e avaliado, bem como para que sirva de fundamento para ações que gerem valor e remodelação para uma atuação de mercado mais competitiva.

As questões trazem reflexões sobre a extensão e momento de atuação do Estado na busca de regulação das novas tecnologias, bem como aborda a flagrante disparidade de velocidades entre as novas tecnologias e o Estado em suas ações. O Direito permeia este relacionamento entre os agentes de inovação e o Estado, bem como se constitui em elemento social na forma de participação da sociedade das questões envolvendo o processo regulatório.

Neste sentido precisamos questionar sobre qual a forma de atuação do Estado frente às novas tecnologias? De que forma a sociedade pode participar das questões regulatórias envolvendo novas tecnologias? Como o Direito precisa se posicionar dentro deste cenário disruptivo das novas tecnologias para preservação de direitos e fomento do desenvolvimento sócio econômico concomitantemente?

2. ESTADO, DIREITO E AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

As inovações tecnológicas afetam nossas vidas atualmente e provocam o debate sobre os avanços da tecnologia e o papel do Estado, permeando com a problematização da atuação do Direito nestes contextos. Até onde o Direito pode ir e se existe algum limite na sua atuação. Há a identificação da internet como um fenômeno histórico de transformação equivalente à fabricação dos veículos a motor, invenção do telefone, revolução industrial com suas máquinas à vapor e ainda o surgimento da imprensa.

O que nos distingue destes eventos históricos é a intangibilidade da realidade que se busca pelo texto interpretar, bem como a rápida dinâmica que envolve sua transformação. Muitas das nossas rotinas atualmente já estão sendo gerenciadas por aplicativos e plataformas digitais, desde situações quotidianas até atividades financeiras mais complexas.

É neste contexto que a leitura nos traz à reflexão o papel do Direito e ainda questiona suas características reativas, limitadas e nada dinâmicas. O questionamento colocado pelo texto busca responder ou problematizar sobre até onde os Estados podem interferir para regulação das inovações tecnológicas em meio a um ambiente burocrático de poucos recursos humanos e financeiros.

Nos EUA foi criado o Comitê de Coordenação Interagências de Políticas para tecnologias emergentes (EPIC) que publicou em 2011 um memorando divulgando princípios para a regulação e monitoramento destas tecnologias. Citam-se como exemplos a nanotecnologia, a biologia sintética e a engenharia genética. O texto traz a expressão

inovação disruptiva para se referir às inovações tecnológicas, referindo-se ao desarranjo dos esquemas de produção e de regulação atuais.

Interessante a expressão "destruição criativa" trazida pela obra citada "Capitalismo, socialismo e democracia" do economista Joseph Schumpeter, de 1942, onde o autor trata do fenômeno de estrutura econômica revolucionada a partir delas mesmas pela destruição de uma lógica vigente para a criação de novas. As inovações tecnológicas desafiam as instituições atuais e o Direito, obrigando-os a reagir através de adaptação, não tem como não se pensar na teoria darwiniana que afirma que a sobrevivência é caracterizada pela capacidade de adaptação.

Quanto à forma de relação do Estado com as tecnologias há referência às relações de (i) equivalência, (ii) instrumentalidade, (iii) incentivo e (iv) normatização. E em um viés na relação de equivalência há uma direta intervenção do Estado tentando restringir a atividade econômica para que possa controlá-la e, nesta tentativa, precisa buscar acompanhar as inovações tecnológicas para poder legitimar o papel do Estado na sociedade.

Outro viés desta relação trata da regulação por arquitetura que se revela muito mais uma tentativa de justificar a ausência do Estado neste "território livre", muito mais para afirmar que existe uma "Lex Informática" que seria de conhecimento do Estado conforme leciona Reidenber (1998). Lessig (2006), no mesmo sentido, afirma que a Internet é um ambiente regulado em si mesmo através de códigos (codes is law) que viabilizam às pessoas que interajam neste ambiente observando as regras criadas pelos mesmos.

Na relação de instrumentalidade o Estado se utiliza das inovações tecnológicas para alcançar os cidadãos, seria uma forma de anuir com a legalidade das mesmas. Na regulação por incentivo há o estímulo do Estado pela utilização destas ferramentas do governo e até mesmo o desenvolvimento das mesmas, geralmente para universalizar a oferta de serviços e informações, reduzindo custos de estrutura e de burocracia envolvida.

Na regulação por normatização é que percebemos de forma mais clara a interferência do Direito buscando abordar e apresentar conceitos para buscar dirimir eventuais controvérsias. Estas controvérsias, ou descompassos como trata o texto, segundo Moses (2013) possuem três aspectos que desafiam a atuação do Direito:

- i. conexão regulatória que trata da harmonização com a normativa já existente;
- ii. problema de andamento refletido na tentativa de acompanhamento das inovações tecnológicas pelo Estado; e,
- iii. dilema de Collingridge que trata do momento mais oportuno para se promover a reconexão regulatória, ou seja, quando a inovação tecnológica já está em um estágio passível de normatização, vencidas as etapas de harmonização e velocidade anteriormente referidas.

O tratamento regulatório sofre influência direta das novas tecnologias e para isto precisa se posicionar quanto à atividades inovadoras de domínio de poucos que podem impactar de forma considerável na livre concorrência e gerar questionamentos quanto à violação ou não de direitos fundamentais, bem como a atividade estatal

deve promover a inovação tecnológica para fomento do desenvolvimento sócioeconômico do país.

Nesta seara que o Direito encontra seu principal desafio, pois, em alinhamento com o citado neste artigo, Tim Wu fala sobre as vantagens da eficiência dinâmica sobre a eficiência estática e de como é rara a implementação de políticas públicas que busquem proteger ou estimular a inovação.

No direito concorrencial há três problemáticas descritas pelo texto:

- (i) os comportamentos excludentes que tratam da dificuldade de novos entrantes;
- (ii) a regulação dos catalisadores da inovação que visam preservar a integridade dos mecanismos de fomento à inovação; e,
- (iii) os problemas de oportunidade que trata do momento adequado de ação.

Não se recomenda o imediatismo da regulação estatal para que haja um amadurecimento de entendimento e para uma ação de processo regulatório mais planejada a fim de se evitar a paralisação inoportuna pela análise (dilema de Collingridge).

Quanto ao momento, as formas recomendadas são a regulação setorial (ex ante) e a antitruste (ex post), representando os meios normativos prévios acerca das condutas a serem observadas e meios coercitivos sobre uma situação concorrencial já concretizada respectivamente.

As duas formas propostas de visão sobre a forma de atuação e a sua extensão sugeridas são a cautelosa e a ativa, sugerindo o senso de oportunidade no exercício e acionamento dos mecanismos estatais frente às inovações tecnológicas. A cautelosa claramente se refere aos impactos socioeconômicos que a economia do país pode sofrer, o que exige maiores análises e planejamentos. A questão em tela está relacionada à velocidade que o Estado deve imprimir sobre seus processos regulatórios para que não fique forma da curva da tecnologia.

3. “ROBOS JURÍDICOS” E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Abordando-se questões atuais envolvendo as inovações tecnológicas não podemos deixar de abordar o tema dos “robôs jurídicos” que tomam decisões com base em dados e informações diferentes e preestabelecidos “inputados” por seres humanos no sentido biológico da expressão, não sendo capazes de se regenerar em caso de lesão, visto que a sua capacidade da rede neural é de receber dados e não de se reestruturar. Todas estas redes neurais são treinadas, dados são apresentados a rede neural dá um retorno (aprendizado/calibragem).

Escritórios de advocacia estão sendo objeto da automatização, os robôs jurídicos referidos no presente artigo já são uma realidade, além de executarem tarefas de pesquisa, estudo e recomendação de teses têm sido fator decisivo na substituição da profissional do direito para esta mesma função intelectual.

Esta questão, inclusive, já foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo, conforme se afere no aresto abaixo colacionado:

ADVOCACIA – “ROBÔ” – FERRAMENTA COM A FINALIDADE DE AUXILIAR E AUMENTAR A EFICIÊNCIA DO ADVOGADO – INCAPACIDADE DE EXERCER ATIVIDADES PRIVATIVAS DA ADVOCACIA – POSSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA NO MUNDO JURÍDICO – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE ÉTICO. O “robô advogado” se presta, conforme divulgado, a auxiliar os advogados a serem mais eficientes em suas atividades profissionais, sem suprimir o poder decisório e as responsabilidades do profissional e, neste exclusivo sentido, ainda que mais sofisticada, a plataforma junta-se a tantas outras soluções ou ferramentas utilizadas para o mesmo fim, cuja falta nos dias de hoje seria impensável. Dentro dessa perspectiva, as inovações tecnológicas com vistas a auxiliar o advogado no exercício de suas funções não encontram óbices legais e éticos. Diferente, contudo, a situação de determinadas iniciativas tecnológicas que, a pretexto de darem suporte às atividades advocatícias, em realidade, prestam-se a acobertar mecanismos para mercantilização da profissão advocatícia, ou mesmo servem como veículo de facilitação à captação indevida de clientela, como este Tribunal Deontológico já teve a oportunidade de verificar em relação a determinadas consultas, mas que parece não ser, especificamente, o caso da presente. Logo, inovações tecnológicas direcionadas à advocacia que confirmam caráter mercantilista à profissão ou auxiliem e induzam à captação de clientela, que são minoria, estão vedadas, porque colocam em risco a segurança e as proteções conferidas pelo sistema aos destinatários do Direito, ficando sem sentido críticas que a regulamentação da profissão seria obstáculo à evolução da Primeira Turma de Ética Profissional tecnologia na área. Os "robôs-advogados", atualmente, não são capazes de postular perante o Poder Judiciário ou prestar assessoria ou consultoria jurídicas com os indispensáveis discernimento, compreensão e julgamento, tendo em conta as complexidades da vida humana e as inevitáveis interferências de aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, imprevisíveis e não matemáticos, que permeiam as interações em sociedade. Ainda que, em tese, as inovações tecnológicas venham a disromper a ordem dominante na área jurídica, será razoável supor que o impacto e abrangência disso irá para muito além da advocacia, abrindo espectro para se cogitar, não só da existência do "robô-advogado", mas também do “robô-

juiz”, do “robôcliente” etc., realidade essa que, quando chegar, certamente será ajustada por legislação compatível. Proc. E-4.880/2017 - v.u., em 19/10/2017, do parecer e ementa do Rel. Dr. SÉRGIO KEHDI FAGUNDES, Rev. Dr. FÁBIO TEIXEIRA OZI - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

Percebemos então que quando falamos de *Artificial Intelligence* (AI) estamos falando de todo algoritmo que usa dados do Big Data, como vemos no Machine learning que é uma das suas subespecificações, bem como sendo o *Deep Learning* umas das formas de arquitetura de rede neural. Neste escopo as redes neurais são possíveis de aplicar em todas as áreas da AI.

Toda esta linguagem que em primeiro plano nos causa estranheza e perplexidade cada vez mais passará a fazer parte do vocabulário da advocacia para que seja possível a adaptação às inovações tecnológicas. A OAB/SP já manifestou decisão no sentido de inexistência de “óbice ético”, mas é necessário se debater sobre os impactos da utilização destas ferramentas e das situações onde a sua utilização representar a prescindibilidade da participação “humana” para que haja rápida adaptação e interação pela classe da advocacia.

4. GOVERNANÇA E COMPLIANCE NAS EMPRESAS E NOS NEGÓCIOS

Hodiernamente é muito comum a referência a políticas de governança e compliance, mas quanto ao seu necessário teor quanto elemento chave como ferramenta de identificação, avaliação e tomada

de decisão sobre risco através de gerenciamento tem havido pouco aprofundamento de forma assertiva.

Gerenciamento de risco vai muito além da proteção da organização frente a regras e exigências da legislação, contexto este importante mas não suficientes para que este gerenciamento agregue valor ao negócio. O que se deve ter em mente é a busca de geração de oportunidades a partir do risco e, desta forma, maximizar o desempenho da organização no mercado.

A inovação tem sido um dos riscos mais perigosos por ser silencioso e pelo fato de ter o poder de encerrar um segmento ou modelo de negócio por inteiro diante da oferta de um novo produto ou tecnologia.

DAMODARAN (2009) leciona que uma das melhores formas de se buscar esta identificação é o acompanhamento dos atuais e de novos concorrentes, seu planejamento estratégico, posicionamento no mercado, tecnologias adotadas e organização interna. Avalia-se, desta forma, o risco dessa concorrência na forma como ela interage com novas tecnologias e, principalmente, sua perspectiva quanto ao mercado futuro.

Neste modelo de gestão de risco já podemos observar de forma mais consolidada nas organizações norte-americanas e europeias, hoje ainda muito superiores em gestão de risco. A fragilidade da organização aumenta quanto menos globalizada e quanto mais controlada por grupos familiares.

A gestão de risco é fundamental para uma boa saúde financeira da mesma forma que a necessidade de se acompanhar a tendência e

direcionamento da tecnologia. No caso da Kodak a grande falha foi não ter observado a caminhada do modelo de negócio da fotografia para o digital. Outro caso marcante é o da fabricante de máquinas de escrever Olivetti, superada pela tecnologia dos computadores e notebooks.

Apesar da obviedade é importante ratificar, toda organização deve começar do começo! Mesmo sendo um conceito óbvio, a maioria das empresas no nosso País, são societariamente limitadas e possuem estrutura simplificada, sendo significativa parte controlada por entes familiares, individualmente ou em grupos. Não é possível se exigir de empresas neste nível de governança que gerenciem riscos contra inovação quando observam preceitos elementares de processos gerenciais.

No tocante ao gerenciamento pode-se trabalhar com previsões máximas de um ou dois anos porque as incertezas são muito grandes, ainda mais no Brasil onde a cada mês são surpreendidos legislativamente com “pacotes” e medidas provisórias de caráter econômico, ora deferindo benefícios e ora revogando estes mesmos benefícios. Vive-se hoje em um cenário de insegurança jurídica extrema, onde os investidores têm triplicada cautela ante nossa instabilidade social, política e econômica.

O fato é que a globalização não é uma possibilidade, é uma realidade que não aguarda as empresas se organizarem. O crescente número de recuperações judiciais com lastro na Lei 11.101/2015 é reflexo direto da dificuldade extrema das organizações de gerenciarem seus riscos, sucumbindo frente a fornecedores, concorrência e inovações tecnológicas, estas com novidades quase que diárias.

Estamos tratando neste artigo da imprescindível necessidade de mudança de cultura onde precisa ficar cada vez mais claro que a gestão de risco não deve ser responsabilidade somente do gestor do negócio, devendo haver comprometimento e envolvimento dos mesmos na capacitação e conscientização de seus gestores quanto à importância de gerir risco e adotarem a mentalidade de obtenção de sucesso da organização.

Dentre as ferramentas que podem dar suporte às empresas brasileiras podemos citar o GRC (Government Risk and Compliance), sendo um sistema automatizado que executa uma série de atividades muitas vezes feitas de forma manual pelas áreas das empresas. A automatização já é um processo irreversível, agora é a vez dos processos gerenciais e softwares de gerenciamento operacional das rotinas das empresas.

Esta mudança organizacional vem em muitas formas. Mas seja induzida por regulamentos, mudanças tecnológicas ou uma reestruturação societária, o resultado é sempre agitação e imposição de mudanças nos quadros de risco operacional para lidar com novas fontes de risco.

O medo de não ser capaz de adaptar um modelo de negócio à mudança tecnológica assombra muitas empresas como a já citada Kodak, a Blockbuster e a Blackberry, empresas estas que já foram prósperas e hoje são marginalizadas por concorrentes mais experientes em tecnologia e focados no cliente, abandonando sua posição dominante de outrora.

Até mesmo as instituições financeiras, com seus grandes prédios e estruturas organizações extremamente complexas têm sofrido ameaça de sobrevivência de seu modelo de negócio, sendo confrontado hoje com os bancos 100% (cem por cento) digitais, onde as plataformas são inteiramente em nuvem e com adoção cada vez mais frequente das blockchain como plataforma de pagamentos através de criptomoedas.

5. ATAQUES CIBERNÉTICOS

Um número esmagador de gerentes de risco classificou a ameaça dos ataques cibernéticos como seu principal risco operacional para 2017, pelo segundo ano consecutivo, ele superou os rankings, este ano por uma margem ainda maior. E isso não é surpresa, pois a ameaça dos ataques cibernéticos não está apenas crescendo, mas também se transformando em novas e insidiosas formas.

Os criminosos cibernéticos não discriminam entre organizações com base em seu tamanho e localização; mas o setor financeiro goza do privilégio duvidoso de ser uma das indústrias mais direcionadas, ao lado da saúde.

As empresas podem optar por encontrar um equilíbrio entre a gestão ativa do risco, investindo em recursos adequados e infraestrutura, e aceitar ou transferir o risco através da compra de uma apólice de seguro adequada, por exemplo. Esse equilíbrio entre gerenciar e aceitar e transferir o risco variará de uma empresa para outra e deve ser uma parte fundamental para definir o apetite de risco da empresa.

6. CRIMES DE FRAUDE

A ameaça de fraude interna pode ser tão perigosa quanto a de atores externos. A falta de um programa de auditoria eficaz é tida como deficiência comum em muitos bancos; embora a confiança em controles internos fortes nunca tenha sido mais crítica. A não disponibilidade destas tecnologias conduz ao direcionamento do cliente para o modelo de negócio mais seguro, até mesmo de forma independente ao preço praticado.

Para os bancos esta tem sido a maior rubrica de investimentos no intuito de se evitarem fraudes e erros não intencionais. As tendências da indústria mostram que a fraqueza do controle interno pode levar a níveis aumentados de perdas relacionadas à fraude e tempos mais longos para a identificação da fraude.

7. NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO E AS LACUNAS LEGAIS

Com a globalização da internet já consolidada é cada vez maior o número de empreendimentos pioneiros que, pela dinâmica de suas ferramentas tecnológicas, não encontram enquadramento legal adequado, adotando princípio legal de que o que a lei não veda é permitido.

Na prática o que está ocorrendo é um relacionamento difícil com as leis e os modelos de negócios análogos como o Cabify, Uber e o Lyft que estão causando impacto direto à exploração tradicional de transporte público de usuários em veículos hoje realizado pelos taxis no

Brasil. Sem ter um único veículo, são plataformas digitais que gerenciam toda uma frota de motoristas sem regulação específica.

Não se entrará no mérito de sua legalidade ou não, mas sim do impacto que este negócio causou aos taxistas. Além deste mercado de transporte público há a ameaça aos fabricantes de automóveis, cujas vendas despencam em razão da preferência da “Geração Y” em adotar o modelo de compartilhamento de bens e serviços, bem como com a tendência de preocupação ambiental cada vez mais presente em suas decisões de consumo.

O mesmo se pode falar do Airbnb onde se pode alugar um imóvel diretamente com o proprietário através da intermediação do aplicativo, havendo impacto direto no mercado hoteleiro que faz pesados investimentos em pessoal e infraestrutura.

Os táxis, hotéis e bancos convencionais alegam, não sem alguma razão, que se eles têm de obedecer a um sem--fim de regulamentações, o mesmo deveria acontecer com seus novos e insubordinados concorrentes.

8. “INOVAÇÕ3S” “T3CNOLÓGICAS” E A “INT3RN3T”

Relativamente ao impacto no gerenciamento de riscos dos chamados “efeitos rede” (fenômeno que ocorre quando o valor de um bem ou serviço aumenta de maneira proporcional à quantidade de pessoas que o utilizam) o que se vê é o fomento pulverizado em todo País de incentivo pelos governos e iniciativa privada de startups e incubadoras tecnológicas.

A mensagem da internet através de seus mais diversificados meios de redes sociais e comunicações on line é de que esse modelo de negócios oferece serviços melhores do que os prestados por agentes tradicionais do mercado, tendo uma velocidade e alcance incomensuráveis de mobilização através destes canais virtuais. Empresas inovadoras que expõem a novos riscos como a falta de legislação específica e fatores geopolíticos.

9. MUDANÇA DE CULTURA NAS ESTRUTURAS ORGANIZACIONAIS PELA TECNOLOGIA

Conforme já referido, a competitividade faz com que as organizações busquem novidades tecnológicas e organizacionais para que as mesmas sobrevivam ou cresçam no mercado. As empresas precisam estar atentas às descobertas de novas tecnologias para sobreviverem no mercado e se adaptarem com velocidade com a maior antecedência possível sob pena de não aceitação mais de seus produtos. Portanto, utilizar tecnologias ultrapassadas pode comprometer a qualidade dos produtos desenvolvidos pela mesma.

A inovação tecnológica pode ser considerada como uma invenção efetivamente incorporada aos sistemas produtivos das empresas, sendo um fato técnico, econômico e organizacional simultaneamente que envolve pessoas, transforma ideias em produtos, serviços e processos e requer uma gestão das ideias a serem executadas em atividades por pessoas diferentes na busca de geração de valor à organização.

A inovação organizacional é a introdução de novidades que modificam os processos administrativos e elementos relacionados à gestão da organização. A essas mudanças incluem a introdução de mudanças significativas na estrutura de uma firma; implementação de técnicas de gestão avançadas; implementação de orientações estratégicas corporativas novas ou substancialmente modificadas.

Trata-se da introdução de novidades tecnológicas no mercado em forma de invenção, desenvolvimento e a introdução de novos produtos, processos e serviços. Portanto, a reorganização completa de uma empresa é uma inovação organizacional, enquanto a reorganização dos recursos de produção pode ser considerada uma inovação tecnológica de produtos e processos.

Desta forma a gestão dos riscos da inovação tecnológica é fundamental para que as organizações continuem competitivas no mercado que a cada dia se torna mais exigente. Neste contexto o programa de gerenciamento de riscos que as organizações precisam adotar consiste num conjunto de ferramentas utilizadas para auxiliar a identificação, avaliação e priorização no tratamento de situações com potencial de gerar perdas ao ser humano, patrimônio, produção, imagem e meio ambiente.

10. RISCO COMO VANTAGEM COMPETITIVA

O gerenciamento do risco pode ser transformar em vantagem competitiva e deve ser encarado, sempre que possível, como uma oportunidade, pois suas consequências podem ser positivas. Ao eliminar totalmente a probabilidade de o evento de risco ocorrer, a

empresa estará imune enquanto os concorrentes estarão sofrendo suas consequências negativas.

O fato de se possuir ciência da possibilidade do evento do risco e conseguir reduzi-lo ou evitá-lo, pode ser considerado como uma vantagem ou oportunidade em relação às outras empresas, que não possuem esse conhecimento.

PADOVEZE e BERTOLUCCI (2009) referem que a competitividade está diretamente relacionada à necessidade de capacitar e atualizar constantemente os colaboradores envolvidos. É importante haver uma capacitação constante para não deixar de observar as atualizações existentes.

A capacitação de agentes é um investimento de menor custo do que o custo total de um processo de mitigação de risco já consolidado e não prevenido. É preferível buscar soluções internas a soluções externas pois existem inúmeros riscos nos processos internos das empresas.

Desta forma e preferível e recomendado planejar com antecedência com os necessários ajustes internos para tornar a organização proativa, mantendo-se um grupo sempre capacitado e em busca de atualização quanto ao mercado concorrente e avanços tecnológicos para que a organização preserve sua presença e competitividade no mercado.

11. CONCLUSÃO

Pelo exposto, vimos que a gestão de riscos deverá ser um processo importante e contínuo, e deverá fazer parte da estratégia das organizações, já que como sabemos os riscos de impactos pelas

inovações tecnológicas são de responsabilidade toda a organização, principalmente dos tomadores de decisão que devem estar comprometidos nos processos de identificação e avaliação dos riscos.

A área da qualidade poderá ser uma referência para a área de riscos, oferecendo os processos, as ferramentas da qualidade que deverão ser usadas como linha mestra para uma completa excelência na gestão de riscos. Não poderão faltar as auditorias que vão poder medir os andamentos dos trabalhos da gestão de riscos.

Conclui-se, portanto, que a gestão de riscos na inovação tecnológica é um dos grandes pilares para a sustentabilidade os negócios e desta forma não pode ser tratada como uma mera causa específica, mas sim, como um processo ligado a todos os setores da organização, especialmente sendo planejado, executado e controlado, juntamente com os programas de qualidade da empresa.

O acompanhamento e constante atualização das organizações é imprescindível para a sobrevivência comercial das mesmas. Verificamos no presente artigo que, com a velocidade impressa pela internet, um modelo pode ser impactado e até mesmo substituído muito rapidamente através da rápida e eficaz divulgação em redes sociais virtuais.

Não raros casos, nos procedimentos de planejamento de prevenção e gerenciamento de riscos, a organização precisará se “reinventar” devido à superação do seu modelo de negócio, mesmo que tenha posição predominante. Desde a pré-história tecnologias, métodos e modelos de negócios têm sido substituídos e a tendência é que isto ocorra de forma cada vez mais rápida e repentina.

É intenso o relacionamento entre os agentes de inovação (Uber, Airbnb, etc) com os Estado na busca de uma coexistência e demonstrando haver um interesse maior de "existirem" institucionalmente de forma legítima e sem qualquer clandestinidade. Os mercados estão mudando suas características e os Estados precisam estar atentos a estas mudanças, neste cenário a sociedade precisa ser incluída no processo regulatório por a principal usuária e o Direito precisa se posicionar de forma não convencional ao propor soluções para as problemáticas de direito público e de direito privado que emergem desta transformação social.

Certamente não poucas abordagens e tentativas de respostas a estas questões, mas creio ser senso comum que qualquer que seja a conduta a ser adotada pelo Estado não poderá ser imutável ou estanque, precisa ser dinâmica e "orgânica", ou seja, deve evoluir junto com os agentes de inovação e em conjunto com a sociedade. Os meios de atuação do Direito cada vez mais precisarão ser proativos e casuísticos e esta constatação inevitavelmente nos conduz a repensar o sistema jurídico tradicional como cenário único de solução de controvérsias e o papel dos profissionais do direito na propositura de formas alternativas de solução destas controvérsias.

Hoje os operadores do Direito enfrentam uma realidade desafiadora e inevitável, como tudo que advém da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) e da Internet of Things (IoT). A "ditadura" dos algoritmos, das startups e seu respectivos "unicórnios" que vêm produzindo cada vez mais milionários de forma meteórica e o Direito precisa acompanhar estas evoluções sob pena de perecimento

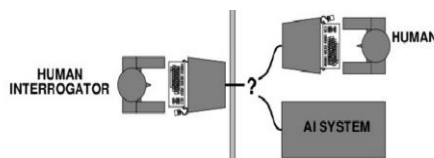
de sua essência é a atuação militante na defesa e garantia dos direitos e deveres do Estado de Direito.

Diferentemente dos algoritmos que são sempre específicos, não se modificam, e também não evoluem os profissionais da advocacia tem o poder e o dever de adaptação. Uma realidade que hoje se discute ser uma ameaça ou oportunidade é um tema polêmico e de necessário maior esclarecimento para que possamos saber onde alocar este evento em uma matriz SWOT, se como uma Opportunity ou uma *Streght*.

Pensando-se em projeção de mercado de trabalho e nos “robôs jurídicos” nos é possível identificar que umas das profissões que se estabelecerão com extrema relevância é a de Cientista de Dados. Estes serão responsáveis pela análise dos dados não estruturados representados na forma de processos e acórdãos e de resultados apurados por softwares que adotarão técnicas de jurimetria.

Estamos falando de uma nova forma de análise de dados pela advocacia através de uma “consciência coletiva” sobre estes dados que serão apurados por programas de computador e pela internet. Não é de hoje que a humanidade vem colocando em teste a inteligência humana em face da inteligência artificial, como mais comumente verificamos no desafio de "turing".

Figura 1 – Teste de Turing



Fonte: Alan Turing (1950)²⁷⁷.

René Descartes em 1637 já antecipava os impactos deste desafio quando afirmou que

Quantos autômatos e máquinas de movimento podem ser feitas pela indústria do homem [...] Para que possamos entender facilmente a constituição do ser de uma máquina de modo que possa proferir palavras, e até emitir algumas respostas para ações de natureza corpórea infligidas sobre ela, o que traz uma mudança em seus órgãos; por exemplo, se tocada em uma parte em particular, pergunte-nos o que queremos dizer a ela; se tocada em outra parte, a máquina pode afirmar que está sendo machucada; e assim por diante. Mas ela nunca organiza seu discurso de diversas maneiras, a fim de responder apropriadamente a tudo que possa ser dito em sua presença, como até o homem mais simples pode fazer.²⁷⁸

Uma das grandes revoluções que já está em fase de avançados estudos é a troca de computador binário para quântico, próxima revolução. Este caminho foi aberto pelos “*chatboots*” que adotam ferramentas com identificações de padrões, processamento de dados e entrega de resultados, inclusive legais como se percebe no IBM Ross

²⁷⁷ Alan Turing publicou em 1950 um artigo chamado “Computing Machinery and Intelligence” na revista filosófica *Mind*.

²⁷⁸ Descartes, René (1996). *Discourse on Method and Meditations on First Philosophy*. New Haven & London: Yale University Press. pp. 34–5. ISBN 0300067720.

que já é adotado e já é utilizado para fins de aconselhamento jurídico no Canadá.

A natureza das novas tecnologias, portanto, geram uma discussão interessante quanto a serem de natureza pública por dizer respeito a garantias e direitos fundamentais e de natureza privada por envolver relações contratuais e a autonomia da vontade dos agentes. Esta dicotomia de abordagens é que torna o tema complexo de uma abordagem única e exigindo uma análise multidisciplinar para sua evolução.

O Direito em muitas áreas é impactada pelas novas tecnologias ao criar situações e condutas não tipificados e incompatíveis com nosso sistema jurídico romano germânico, menos flexível à adaptação às novas tecnologias que o sistema jurídico do common law.

A participação da sociedade é de fundamental importância, pois são o principal público do Estado e dos agentes de inovação, de forma a legitimar o processo regulatório e auxiliar o Estado na forma de regulação, se será extensiva e exaustiva quanto à previsão de ocorrências ou com menor interferência. Trata-se da constante e dinâmica busca do equilíbrio estratégico.

A questão traz ainda mais questionamentos que respostas, e, pela sua relevância, traz o leitor a uma reflexão essencial e significativamente contemporânea. Faz refletir sobre o papel do Direito neste gap entre o Estado, sociedade e agentes da inovação, para que deixe sua postura tradicionalmente reativa para adotar uma conduta proativa e mais inovadora da mesma forma. Há muito se debate a análise econômica do direito e as novas habilidades que o profissional

do direito precisa adotar para acompanhar os "novos tempos" e estar preparado para o futuro que é cada vez mais próximo devido às novas tecnologias.

Portanto, a gestão dos riscos de forma proativa e preventiva pode ser a chave de sucesso e perenidade da organização no Estado e do Direito como ciência jurídica e social, acolhendo-se a máxima de Charles Darwin que sentenciou que “não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, mas o que melhor se adapta às mudanças”. Trata-se da hipótese deste artigo, onde as organizações precisam se adaptar e, mais do que isso, anteciparem-se às mudanças para que estejam preparadas quando ocorrerem ou para serem elas mesmas os agentes de mudança do mercado, marcando posição de mercado de forma competitiva e garantindo o sucesso de seu desempenho.

REFERÊNCIAS

CAMASMIE, Amanda. *As Companhias estão Transformando a Gestão de Riscos em Oportunidades*. Época, São Paulo, set. 2012. Disponível em:

<<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2012/03/kodak-quebrou-porque-nao-gerenciou-riscos.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

DAMODARAN, Aswath. *Gestão Estratégica do risco: Uma referência para a tomada de riscos empresariais*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookmann, 2009, p. 21 a 373.

DESCARTES, René (1996). *Discourse on Method and Meditations on First Philosophy*. New Haven & London: Yale University Press. pp. 34–5. ISBN 0300067720.

PADOVEZE, Clóvis Luís; BERTOLUCCI, Ricardo Galinari. *Gerenciamento do Risco Corporativo em Controladoria*. 2ª. Ed.. São Paulo: Atlas, 2013, p.213-266.

COMISSÃO ESPECIAL DE ACOMPANHAMENTO LEGISLATIVO

CONQUISTAS DA LEI ORDINÁRIA ESTADUAL 15.016/2017 E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO PRECONIZADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Luciano José Tonel de Medeiros²⁷⁹, João Darzone de Melo Rodrigues Junior²⁸⁰,
Matheus Augusto Meinertz²⁸¹*

Resumo: O estudo consiste em uma análise da efetivação da garantia de acesso à justiça em relação à regulamentação das taxas judiciais no Estado do Rio Grande do Sul após os 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988. A pesquisa parte da constatação de que a imposição de taxas judiciais, embora possível, possa representar verdadeiro obstáculo ao direito de ação, sendo importante a análise da legislação estadual e sua adequação à ordem constitucional. Dirigiu-se o trabalho pelo método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico e métodos de pesquisa bibliográfica e documental. Inicialmente, se estabeleceu um referencial teórico sobre a garantia de acesso à justiça e a natureza de espécie tributária das taxas, revelando-se os principais limites para a fixação de custas judiciais. Após, analisou-se a legislação estadual sobre a matéria com enfoque nas recentes alterações promovidas pela Lei n. 14.634/2014 e Lei n. 15.016/2017, pelo que se verificou substancial aumento no valor das custas e violação ao princípio da anterioridade tributária. Também fora objeto de análise a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil em contribuir para o aperfeiçoamento do regramento das custas judiciais por meio de sugestões ao PL 97/2016. Por fim, apontaram-se evoluções recentes na efetivação da garantia de acesso à justiça, bem como se evidenciaram aspectos da lei de custas que necessitam de aprimoramento.

²⁷⁹ Advogado OAB/RS 57.622. Membro da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo.

²⁸⁰ Advogado. OAB/RS 51.036. Membro da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo.

²⁸¹ Advogado - OAB/RS 109.643. Membro da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo

Palavras-Chave: Custas Judiciais. Garantia de Acesso ao Judiciário. Direitos Fundamentais. Lei Estadual n. 15.016/2017. Lei Estadual n. 15.016/2017.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu na história brasileira um “*start*”, que definiu que as normas constitucionais são um ponto de partida para concretização de direitos fundamentais, onde a *dignidade humana* é a força motriz que move o sistema jurídico irradiando seus efeitos em todos os ramos do direito. Ao longo destes 30 anos este fenômeno de *irradiação* vem redefinindo conceitos de institutos jurídicos e até mesmo criando novos, de modo a “*terraformar*” todo o ordenamento.

Essa necessidade de “*terraformação*” do sistema jurídico brasileiro foi um grande consenso da sociedade brasileira que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, onde se queria dar um basta na triste história recente (anos de chumbo), onde os *maremotos* e *terremotos* de opressão e violência a direitos eram simplesmente excluídos da apreciação do Poder Judiciário tanto por meio de Atos Institucionais, quanto pelo mero argumento (ou vontade) da autoridade constituída (ou autoproclamada). O grande consenso das forças políticas em outubro de 1988 resultou na consciência de que o *big bang* constitucional teria ter um dos seus pilares assentados na efetiva garantia de acesso à justiça, **onde acesso à justiça compreendeu-se que seria o fator de concretude da dignidade humana, garantindo socorro aos gritos de opressão e violência sempre que necessário.**

Insculpida ao texto do inciso XXXV do art. 5º, **o princípio do acesso à justiça redefine um novo início de relação de cidadania entre o Poder Judiciário e a sociedade, pois consolida** o direito de ação como garantia fundamental propiciando, assim, a irradiação da própria força normativa da Constituição tirando do plano da abstração a concretização de direitos fundamentais. Se por um lado a literalidade do dispositivo institua vedação ao legislador, quem não poderá excluir apreciação de lesão ou ameaça de direito do Judiciário, certo também que a norma em questão lhe veda impor qualquer óbice ou dificuldade ao exercício do direito de ação.

A esta temática, um aspecto que desponta reside na regulamentação das taxas judiciais e a adequação das respectivas legislações ao comando constitucional do acesso à justiça. Isso, pois as custas impostas aos litigantes em processo judicial não podem implicar em obstáculo ao exercício do direito de ação, *ou seja, não podem as taxas judiciais serem fator de negação do direito.*

No Estado do Rio Grande do Sul, desde o advento da Constituição Federal 1988 até tempos recentes as taxas judiciais encontraram sua regulamentação junto à Lei Ordinária Estadual n. 8.121/1985. Inobstante, sucedeu-se efetiva inovação na matéria quando da edição da Lei Ordinária Estadual n. 14.634/2014 e das subsequentes alterações, nesta última promovidas pela Lei n. 15.016/2017.

Propõe-se, diante deste panorama, uma breve análise da efetivação do direito de acesso à justiça em relação à regulamentação das taxas judiciárias após os 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Para tanto, o presente trabalho adota método de

abordagem dedutivo, aliado aos métodos de pesquisa bibliográfico e documental. Dividido o trabalho em três seções, tratar-se-á sobre: (1) a garantia fundamental do acesso à justiça e das taxas judiciais como possível obstáculo a sua efetivação; (2) a evolução da legislação estadual sobre a matéria e flexibilização sobre as custas pelo CPC de 2015; e, (3) das inovações trazidas pela Lei n. 15.016/2017, do papel institucional da Ordem dos Advogados do Brasil em sua criação e os novos desafios postos à efetivação da Constituição Federal em sua garantia de acesso ao judiciário.

1. PAPEL SOCIAL DA GARANTIA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO E O OBSTÁCULO DAS TAXAS JUDICIAIS

O período da história brasileira anterior à Constituição de 1988 fora notoriamente marcada pela supressão de direitos por meio de Atos Institucionais, sob os quais era vedada qualquer apreciação judicial, destacando-se, sobretudo, o Ato Institucional n. 5, o qual até mesmo suspendia a essencial garantia do *habeas corpus*²⁸².

Após décadas sob um Estado que não garantia direitos, a Carta Republica de 1988 finalmente trouxe efetiva garantia de acesso à

²⁸² BRASIL. Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 1968, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

justiça, insculpida no rol de direitos fundamentais de seu art. 5º, aos incisos XXXV e LV²⁸³, que assim dispõem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Diversas normas podem ser extraídas deste breve, porém imprescindível, texto constitucional. Não apenas veda-se ao legislador excluir a tutela jurisdicional sobre quaisquer lesões ou ameaças a direito, mas se garante o acesso à justiça a todos, junto dos meios e recursos inerentes à ampla defesa e o contraditório. Neste contexto, tem-se por consolidado o direito de ação como fundamental, sobre o qual complementa Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁴:

Outra faceta da visão tradicional do conceito de ação se encontra presente na proibição da definição legislativa de matérias não jurisdicionáveis. É que a garantia de tutela jurisdicional não seria tão ampla, ou mesmo teria efetividade, caso o legislador pudesse definir matérias

²⁸³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao Art. 5º, XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 359 e 360.

que não podem ser questionadas perante o Poder Judiciário.

[...] Mas o legislador também não pode impor óbices ao exercício do direito de ação, pois isto configura exclusão da apreciação jurisdicional, ainda que de forma indireta. Através da imposição de óbices não se objetiva, em regra, impedir a discussão de determinada e específica matéria, afetando-se apenas determinada posição que seria dependente do cumprimento de um encargo, sem que esta posição possa ser relacionada com uma espécie de situação de direito substancial em particular.

Após trinta anos garantindo o direito de ação e o acesso à justiça, entretanto, a efetividade de tais preceitos não deixou de encontrar percalços. Isso, pois ao revés da obrigação negativa ao legislador imposta, de não obstaculizar o direito de ação, vê-se que essa vem encontrando resistência nos anos mais recentes. Um destes obstáculos, senão o mais comum, exsurge na imposição de custas judiciais em valores excessivos e incompatíveis com as normas constitucionais, sobretudo nas legislações estaduais.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁸⁵, ao aprofundarem-se sobre o tema, registram que o direito à tutela jurisdicional, cujo âmbito de proteção é muito superior em relação as normas constitucionais anteriores, pressupõe minimamente três facetas: **o acesso à justiça, a adequação da tutela e a efetividade**. Prosseguem os autores, consignando que o acesso à justiça se refere, justamente, à prestação da tutela, momento em que pode ser proposta e, também, ao custo financeiro do processo.

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 778.

Pontuam²⁸⁶, ademais, que inexistente ofensa ao direito à tutela jurisdicional na singela fixação de taxas judiciárias, uma vez que o direito à gratuidade da justiça seria devido àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos, conforme preceitua o inciso LXXIV do art. 5º da CF/88. Noutra giro, os autores excetuam os casos em que a taxa judiciária é calculada sem limites sobre o valor da causa, obstando o ingresso em juízo e implicando em efetiva inconstitucionalidade.

A exceção em cotejo, inclusive, consubstancia entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, fulcro no enunciado 667, que dispõe: “*viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa*”²⁸⁷. Este aspecto, todavia, não é a única limitação à possibilidade de impor o pagamento de taxas judiciais aos litigantes.

Para assim se esclarecer, importante uma breve digressão sobre a natureza jurídica da taxa. Como espécie tributária as taxas encontram previsão ao art. 145, II, da Constituição Federal, podendo ser instituídas pelos entes federados “*em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição*”²⁸⁸.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. **In:** SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 780.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 667. In: Diário da Justiça, Brasília, DF, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=667.NUME.%20NAO%20FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

²⁸⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

No que concerne à atividade jurisdicional, não há grandes questionamentos sobre o fato de ser serviço público cuja utilização efetiva consiste no fato gerador de taxas tributárias. Assim, é clara e cristalina natureza de taxa tributária das custas judiciais, pelo que se submetem às mesmas restrições normativas das demais taxas.

Somando-se a isso, a hipótese de incidência tributária das taxas, nas palavras de Humberto Ávila, não está relacionada ao contribuinte, mas à própria atividade do Estado, a par do que se infere terem as taxas caráter necessariamente retributivo e independente da capacidade contributiva daquele que as paga²⁸⁹. Conclusão lógica, portanto, acaso seja estipulada taxa incompatível com o custo do serviço que exceda o montante necessário à prestação do serviço público, padecerá aquela de vício de inconstitucionalidade.

A única caracterização possível para tal excesso é de que se trata de efetivo confisco. Isso, porque ao não corresponder ao serviço prestado o valor, carece de qualquer causa jurídica a arrecadação, violando o princípio da legalidade inscrito ao inciso I do art. 150 da CF/88 e, também, violando a vedação ao confisco, prevista no inciso IV do mesmo artigo.

Logo, não basta a instituição de um limite máximo para as custas judiciais calculadas sobre o valor da causa, é necessário que o valor da taxa guarde correspondência ao custo do serviço. Heleno Torres²⁹⁰

²⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 463.

²⁹⁰ TORRES, Heleno. Comentário ao Art. 150, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 360.

assevera advir do próprio princípio da segurança jurídica a proibição ao excesso. Ao quebrarem-se os limites da razoabilidade na cobrança de taxas, empregando-as com intuito alheio à sua real finalidade, é que se verificaria o confisco. Referido abuso, é pelo autor comentado:

O princípio de proibição de excesso é corolário do princípio de segurança jurídica como forma de expressão de justiça quanto ao exercício dos direitos de propriedade e de liberdade. O confisco é sempre algo que supera os limites do suportável e do razoável. A utilização de tributos com finalidade confiscatória é apenas uma das suas manifestações.

Dentre os princípios que melhor evidenciam as novas funções da segurança jurídica, certamente o da proporcionalidade é o mais representativo. E, no âmbito deste, a proibição de excesso comparece como medida de vedação ao arbítrio ou aos excessos perpetrados nos atos de aplicação das normas jurídicas. Isso requer, no entanto, ponderação dos valores envolvidos, o que decorre da proporcionalidade que a Constituição ordena.

Tudo isso segue a mesma ótica da recente jurisprudência do STF. Exemplificativa é a decisão em sede de Medida Cautelar na ADI n. 5.470/CE²⁹¹, cujo objeto é a inconstitucionalidade da lei de custas do Estado do Ceará. Chama-se atenção a algumas importantes considerações do então saudoso Ministro Teori Zavascki:

[...] Realmente, as custas judiciais, cuja natureza jurídica é de taxa, encontram fundamento de validade no art. 145, II, da Constituição, sendo cobradas em virtude da prestação efetiva de serviços públicos específicos e divisíveis.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão de Medida Cautelar na ADI 5.470/CE, que questiona a lei de custas judiciais do estado do Ceará. Relator: Teori Zavascki. 30jun. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309857073&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

Assim como qualquer tributo da mesma espécie, o valor das custas judiciais deve necessariamente guardar correlação com o custo real do serviço sobre o qual incide. Tal entendimento foi sustentado, com percuciência, pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento da Representação 1077:

“Sendo a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da Justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela um limite, que é o custo da atividade do Estado dirigida àquele contribuinte.

Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o quantum da alíquota por esta fixado.”

[...] No caso, há limite estipulado, mas, pelo que se verifica do teor das próprias informações prestadas pelo Governador e pela Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, tal teto pode ser considerado meramente fictício, uma vez que apenas o alcançam percentual ínfimo de causas.”

Percebe-se que, ao julgar medida cautelar para sustar ato legislativo estadual que regulou custas judiciais do Estado do Ceará, não apenas se confirmou estarem as custas sujeitas às peculiaridades da demais taxas tributárias, como se indicou a possibilidade de um teto de custas judiciais ser considerado fictício por alcançar ínfimo números de causas, fazendo presumir a desconexão entre taxa e serviço prestado.

Prosseguindo, uma última limitação à fixação das taxas judiciais se refere ao princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, da CF²⁹². A indigitada garantia veda a possibilidade de eficácia de

²⁹² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

legislação que institua ou majore tributos no mesmo exercício financeiro em que publicada a respectiva lei, observando-se, ainda, um ínterim mínimo de 90 dias. Ainda que alguns tributos estejam excetuados destas normas ao parágrafo primeiro do art. 150, não é este o caso das taxas. Neste diapasão, o Estado permanece impedido de cobrar custas judiciais, ou a majorá-las, no mesmo exercício financeiro no qual publicada a respectiva lei, devendo observar também o prazo mínimo de 90 dias.

De mais a mais, à luz destas várias limitações às taxas judiciais parece claro que acaso sejam violadas, estará o legislador dificultando o exercício do direito de ação por meio de ato normativo inconstitucional. Sob tal viés, a própria existência da ADI n. 5.470/CE já traz importante exemplo de óbice à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, ainda que não se pretenda adentrar ao mérito daquela demanda neste trabalho.

Cumprido, por conseguinte, passar à análise da flexibilização das custas judiciais propiciada pelo atual Código de Processo Civil e a evolução sobre a matéria na legislação do Estado do Rio Grande do Sul.

2.EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CUSTAS JUDICIAIS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Quando do advento da atual Constituição as custas judiciais encontravam sua regulamentação na Lei Estadual n. 8.121/1985. O referido diploma, inobstante às alterações promovidas ao longo dos anos, vigeu durante a maior parte dos trinta anos de vida da

Constituição, sendo revogada pela Lei Estadual n. 14.634/2014, vigente até hoje.

A lei antiga consistia em complexo acervo de regras organizados em inúmeros artigos e diversas tabelas, sendo árdua a simples tarefa de compreender o intrincado sistema de custas processuais da época²⁹³. Tão mais dispendioso seria adentrar às minúcias da referida legislação, tal atividade ultrapassaria a intenção deste trabalho. Inobstante a tanto, com o surgimento de um novo regramento de custas é interessante analisar alguns aspectos de ambas a leis, de maneira propiciar a análise e a discussão sobre a efetivação do acesso à justiça na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul.

Em uma leitura inicial da Lei n. 14.634/2014 desponta a intenção de instituir-se uma taxa única para os serviços judiciais, bem como um texto reduzido e de maior clareza que o regimento anterior²⁹⁴. No entanto, uma atenta análise sobre as disposições Lei n. 14.634/2014 permite verificar a presença de diversos vícios em seu texto legal originário, alguns herdados da Lei n. 8.121/1985, outros, novidades na ordem legal estadual. Sinale-se, mais uma vez, que o

²⁹³ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 8.121, de 30 de Dezembro de 1985. Regimento de Custas. Diário Oficial do Rio Grande do Sul n. 249, Porto Alegre, RS, 30 dez. 1985. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%208121&idNorma=517&tipo=pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

²⁹⁴ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei n.14.634, de 15 de Dezembro de 2014. Institui a Taxa Única de Serviços Judiciais. Diário Oficial do Rio Grande do Sul n. 243, Porto Alegre, RS, 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%2014634&idNorma=1445&tipo=pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

presente artigo apenas adentrará em alguns destes vícios, sem pretensão de exaurir o tema.

Um primeiro ponto de debate reside na manutenção da Unidade de Referência de Custas entre as legislações; antes prevista no art. 2º da Lei 8.121/1985 e agora no art. 7º da Lei n. 14.634/2014. A sistemática da “URC” importa em fixar as taxas judiciais em múltiplos de uma unidade de referência, assim, em caso de reajuste destas sucederia a atualização de todas as taxas.

Ocorre que, embora ambas as leis tenham em tese observado o princípio da anterioridade ao dispor sobre as respectivas *vacatio legis*, estabeleceram o reajuste mensal e automático da URC²⁹⁵ por meio da aplicação de índices inflacionários. Na prática, portanto, embora os reajustes não decorram de legislação nova, há efetiva majoração de taxas mês a mês tão logo publicados os indicadores econômicos a que se refere a lei. Difícil conclusão diversa da inconstitucionalidade deste sistema de reajustes automáticos e mensais diante das limitações ao direito de tributar do Estado, sobretudo àquelas do art. 150, III, da CF/88.

Não o bastante, se considerado o caráter retributivo das taxas e a necessária relação destas com os custos do serviço público que remuneram, torna-se ainda mais forçosa a revisão de taxas com base apenas em índices inflacionários. Assim como a inflação não corresponde à variação no custo do serviço, nada impediria eventual redução destes custos mesmo em períodos de considerável inflação.

²⁹⁵ É importante registrar que as referências à Lei 8.121/1985 aqui realizadas se referem ao texto vigente quando de sua revogação.

Com isso, pode-se até vislumbrar uma possível violação ao art. 145, II, da CF/88.

Voltando-se às alterações promovidas pela Lei n. 14.634/2014, nota-se a ocorrência de um substancial aumento nos valores das custas judiciais, o qual até obscurece a presença de um reajuste automático mensal daquelas taxas. A lei anterior previa, em sua “Tabela I”, distintos valores para as taxas, cuja incidência dependia do valor da causa. Em causas de menor valor econômico os valores das custas eram fixos e em causas de elevado valor correspondiam a um percentual sobre o valor da causa.

Ocorre que, **enquanto o maior percentual de custas judiciais era de 1,08% sobre o valor da causa (lei anterior), a Lei n. 14.634/2014 estabeleceu o percentual de 2,5% sobre o valor da causa como valor das custas judiciais**, ocasionando um considerável aumento geral no custo do processo para os litigantes, como se infere de seu art. 10. Não suficiente, é de se assinalar que na alteração legislativa houve também um exorbitante aumento nos valores mínimos e máximos das custas judiciais.

A título exemplificativo, nas ações de conhecimento em geral o valor mínimo das custas era de 0,72 URC e o máximo de 150 URC, sendo estes alterados para 5 URC e 1000 URC, respectivamente. Cediço, como já esclarecido anteriormente, que para justificar um aumento no valor de taxas tributárias se pressuporia um correspondente aumento no custo do serviço. Se torna, à vista disso, difícil de justificar a imposição do percentual de 2,5% e, também, de um piso e teto de

custas 594,44% e 566,67% superiores aos que existiam anteriormente, respectivamente.

Em valores econômicos, ao considerar-se o valor da URC²⁹⁶ de R\$ 29,81, vigente no mês em que a Lei n. 14.634/2014 obteve eficácia, o teto para as custas judiciais passou de R\$ 4.471,50 para R\$ 29.810,00; considerando URC atual, junho de 2018, tais valores são de R\$ 5.388,00 a R\$ 35.920,00.

É de se notar, sem embargo, que esta situação muito se aparenta ao caso da ADI 5.470/CE, na qual deferida Medida Cautelar para suspender a legislação sobre as custas judiciais do Estado do Ceará, consignando-se que o teto fixado era fictício por abranger apenas diminuta parcela de demandas judiciais.

Sem adentrar em maiores detalhes é possível perceber que mesmo uma breve análise da evolução legislativa estadual sobre as custas judiciais aponta para a efetiva imposição de óbice em face da garantia do acesso à justiça. Tão mais prejudicada a efetividade deste direito fundamental, aliás, se vislumbra no fato de que mantida na nova legislação a necessidade de pagamento prévio das custas ao ajuizamento da ação.

Não o suficiente, ao texto original da Lei 14.634/2014 existia ainda a possibilidade de pagamento de custas no caso de impugnação à fase de cumprimento de sentença, correspondente a 1% do valor da causa. Os valores mínimos e máximo desta taxa são de 5 URC e 300

²⁹⁶ TABELA de valores da unidade de referência de custas – URC. Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/tabelas_de_custas/doc/conver.pdf>. Acesso em: 01.07.2018.

URC, sendo maiores que as custas do processo de conhecimento na lei anterior.

Diante destas básicas considerações, as quais de maneira alguma exaurem a análise da legislação estadual de custas judiciais do Estado do Rio Grande do Sul, merece destaque o advento do atual Código de Processo Civil, em que pese trouxera uma flexibilização em relação ao pagamento de custas judiciais.

Como exemplo disso²⁹⁷, pode-se indicar a dispensa de custas remanescentes no caso de transação antes da Sentença e a possibilidade de parcelamento dessas. Este novo paradigma processual, entretanto, passou a vigor durante o período de *vacatio legis* da Lei n. 14.634/2014, motivando a propositura pelo Judiciário de nova lei estadual para realizar esta adequação, o então Projeto de Lei n. 97/2016²⁹⁸.

Referido projeto dera origem à Lei n. 15.016/2017, trazendo importantes evoluções para o regramento das custas judiciais. A par disso, torna-se a atenção às recentes alterações promovidas pelo recente ato legislativo, bem como à atuação da Ordem dos Advogados do Brasil durante a criação do ato legislativo.

²⁹⁷ BRASIL. Lei n. 13.429, de Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

²⁹⁸ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Projeto de Lei Ordinária Estadual n. 97/2016. Dispõe sobre alterações na Lei nº 14.634, de 15 de dezembro de 2014, que instituiu a Taxa Única de Serviços Judiciais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/97/AnoProposicao/2016/Default.aspx>>. Acesso em: 05.06.2018.

3. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 15.016/2017 E NOVOS DESAFIOS À EFETIVIZAÇÃO DA GARANTIA DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

À propositura do Projeto de Lei n. 97/2016 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul seguiu-se relevante atuação da Ordem dos Advogados do Brasil, por sua seccional gaúcha. O acompanhamento do projeto de lei pelo Tribunal de Justiça correu sob o Expediente Administrativo n. 4973-14/000003-2²⁹⁹.

No decorrer do procedimento administrativo a Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo, CEAL, da OAB/RS apresentou ofício com 13 sugestões de alteração para o PL 97/2016, sendo este ofício analisado pelo Parecer n. 121/2016³⁰⁰. Referido parecer entendera pelo acolhimento integral de oito das sugestões propostas e pelo acolhimento parcial das demais, propondo, outrossim, a apresentação de emenda ao PL 97/2016. Importante a análise do parecer em questão, uma vez que dera azo a importantes evoluções no PL 97/2016 mediante a aprovação de sua Emenda n. 3³⁰¹.

²⁹⁹ PROCESSOS administrativos. Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Consulta das movimentações no Processo 4973-14/000003-2. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/processos/processos_administrativos/>. Acesso em: 05.06.2018.

³⁰⁰ FRAGA, Márcio André Keppler. Parecer n. 121/2016 no Expediente Administrativo n. 4973-14/000003-2 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 05 dez. 2016. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_5a045c144569a.pdf>. Acesso em: 05.06.2018.

³⁰¹ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Projeto de Lei Ordinária Estadual n. 97/2016. Dispõe sobre alterações na Lei nº 14.634, de 15 de dezembro de 2014, que instituiu a Taxa Única de Serviços Judiciais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/97/AnoProposicao/2016/Default.aspx>>. Acesso em: 05.06.2018.

3.1. Atuação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Sul e o Expediente Administrativo n. 4973-14/000003-2 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

As sugestões apresentadas pela Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo incluíram desde adequações da Lei n. 14.634/2014 ao atual CPC até o saneamento de vícios de inconstitucionalidades e inovações legislativas cuja intento era a efetivação da garantia do acesso à justiça. Como sintetizado pelo Parecer n. 121/2016, as sugestões diziam respeito a:

- 1) redução do percentual das custas judiciais;
- 2) pagamento fracionado das custas entre as inerentes à inicial da ação e aquelas devidas por ocasião da apelação;
- 3) diminuição do valor máximo referente ao limite das custas judiciais;
- 4) isenção de custas no Cumprimento de Sentença, por constituir mera fase do processo;
- 5) isenção de custas na emissão das certidões previstas em lei;
- 6) que as ações em face da Fazenda Pública, propostas por servidores, tenham pagamento de custas ao final do processo, se vencidos;
- 7) que as ações de execução de título judicial, oriundas de processos coletivos, tenham pagamento de custas ao final do processo, se vencido o exeqüente;
- 8) isenção de custas em todos os processos que se refiram a alimentos;
- 9) determinação de que somente serão devidas custas se houver a angularização do processo;
- 10) possibilidade de parcelamento de custas processuais;
- 11) possibilidade de pagamento de custas ao final do feito;
- 12) possibilidade de parcelamento ou pagamento das custas ao final do processo, quando o recurso versar somente sobre majoração de honorários; e
- 13) isenção de custas em execução que versar exclusivamente sobre honorários advocatícios.

Dentre as propostas, algumas de maior importância para a efetivação do acesso à justiça merecem destaque, tais quais: (a) redução do percentual das custas judiciais; (b) redução do valor máximo das custas; (c) isenção da fase de cumprimento de sentença; (d) isenção em todos os processos relativos a verbas alimentares; (e) possibilidade de pagamento das custas ao final do processo; (f) isenção de custas nas execuções de honorários advocatícios.

Sem se olvidar da importância das demais proposições, relevante registrar o entendimento empossado pelo Parecer 121/2016 sobre os temas supracitados. Em relação ao percentual e teto das custas judiciais não houve concordância do parecer, tendo este remetido ao impacto financeiro que a medida traria como justificativa. Neste ponto, o parecer sugeriu a possibilidade de parcelamento quando atingido metade do teto das custas, de forma a mitigar o impacto deste.

Quanto à isenção aos processos relativos a verbas alimentares e execuções de honorários advocatícios, por outro lado, houve plena concordância por parte do parecer, com acolhimento da sugestão para aprimorar a redação do texto original do projeto de lei, que já contava com a isenção sobre valores alimentares, como se vê:

3. PONTOS EM QUE NÃO HÁ NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO: 3.1 - Proposta da OAB - isenção de custas em execução que versar exclusivamente sobre honorários advocatícios. Nesse tópico, desnecessário qualquer retificação ou acréscimo ao projeto de lei; o Novo Código de Processo Civil expressamente dispõe sobre a natureza alimentar dessa verba [...]. Como a lei processual atribuiu caráter alimentar à verba honorária, aplica-se, pois, o disposto no art. 6º, parágrafo único, do Projeto de Lei 97/16... Grifos nossos.

Especificamente sobre os honorários, considerou que diante de sua natureza inequívoca de verba alimentar, nos termos do art. 85, § 14, do CPC, seria desnecessária a referência expressa em lei. Entendimento este que vem sendo reconhecido fartamente pela jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NATUREZA ALIMENTAR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS NAS EXECUÇÕES. Em processos de execução de honorários os advogados estão isentos do pagamento das custas judiciais e sucumbenciais, com base no que dispõe o artigo 6º, parágrafo único, da Lei n.º 14.634/14, com a redação dada pela Lei n.º 15.016/17. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO MONOCRATICAMENTE.³⁰²

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. PAGAMENTO DAS CUSTAS AO FINAL. POSSIBILIDADE. LEI ESTADUAL 15.016/2017. Preliminar contrarrecursal rejeitada diante o provimento do recurso, que permitiu o recolhimento das custas ao final. Os honorários advocatícios de sucumbência, a teor do art. 85, §14, do CPC/15, ostentam natureza alimentar. Assim, no caso dos autos, viável o recolhimento da taxa única de serviços judiciais ao final, a teor do disposto na Lei Estadual nº 15.016/2017. Precedentes desta Corte de Justiça. REJEITARAM A

³⁰² ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Decisão monocrática da 11ª Câmara Cível em agravo de instrumento provido para reconhecer a natureza alimentar da verba honorária e a isenção de custas. Agravo de Instrumento Nº 70078268059. Felipe De Souza Anana e Andre Siefert. Relator: Guinther Spode. 06 jul. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70078268059&ano=2018&codigo=1114675>. Acesso em: 10.07.2018.

PRELIMINAR CONTRARRECURSAL. DERAM
PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.303

Prosseguindo, houve integral concordância a previsão da possibilidade de parcelamento das custas ou de seu pagamento ao final do processo, desde que autorizado pelo juízo. Por fim, a isenção da taxa na fase de cumprimento de sentença não fora acolhida pelo parecer, sob a justificativa de que se trataria de fase distinta do processo sob as normas do atual CPC e que a isenção traria grande impacto financeiro.

Posteriormente, o PL 97/2016 sofrera alteração pela Emenda n. 3 a qual trazia consigo várias das alterações sugeridas no Parecer n. 121/2016, sendo esta versão do projeto aprovada e convertida em lei³⁰⁴. Do ato legislativo resultante, Lei n. 15.016/2017, quatro alterações promovidas na Lei 14.634/2014 merecem destaque.

A primeira delas, ao parágrafo único do art. 6º, ampliou a redação sobre a isenção incidente em processos que discutam verbas alimentares, especificando que sua aplicação se dá na *“fase de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de prestar alimentos, inclusive os alimentos provisórios ou provisionais fixados por tutela de evidência, tutela de urgência e/ou cautelar”*. Com a nova redação do dispositivo, aliada ao art. 85, § 14, do CPC, restou

³⁰³ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Decisão da 19ª Câmara Cível em agravo de instrumento provido para reconhecer a natureza alimentar da verba honorária e a isenção de custas. Agravo de Instrumento Nº 70076513217. Paulo Cesar Carpes Rubim e Transportes Pellenz LTDA. Relator: João Lima Costa. 26 jun. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70076513217&ano=2018&codigo=1011167>. Acesso em: 10.07.2018.

³⁰⁴ Idem.

concretizada a garantia de isenção de custas inclusive nas execuções de honorários advocatícios, consistindo a novidade legislativa em valioso avanço da garantia de acesso ao judiciário.

Uma segunda alteração de extrema importância residiu na inclusão do parágrafo primeiro no art. 11, cujo texto prevê a possibilidade tanto de parcelamento das custas judiciais, quanto de pagamento ao final do processo, a ser decidido pelo magistrado. Aliada a esta inovação, o novo parágrafo segundo do art. 13 possibilitou o pagamento das custas de preparo ao final quando a matéria recursal dizer respeito exclusivamente aos honorários sucumbenciais.

Inobstante as estas, e outras, evoluções no regramento das custas judiciais, também sucedeu um considerável retrocesso na legislação. Isso, pois enquanto texto original da Lei 14.634/2014 previa *“alíquota de 1% (um por cento) sobre o valor da ação em caso de embargos e impugnação à fase de cumprimento de sentença”* a Lei n. 15.016/2017 incluiu em tal rol a fase de cumprimento de sentença, bem como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o pedido de produção antecipada de prova.

Sobretudo quanto à fase de cumprimento de sentença, trata-se de grave retrocesso legislativo, a ponto de se indagar quão única é a Taxa Única de Serviços Judiciais. Acerca deste aspecto e outros pontos questionáveis do atual regramento de custas, inclusive já brevemente expostos no tópico anterior, é possível vislumbrar grande caminho a ser percorrido no aprimoramento desta legislação, pelo que se reporta ao tópico seguinte.

3.2. Necessidade de aprimoramento da legislação para efetivar a garantia do acesso à justiça à luz da Constituição Federal de 1988

Muito embora não se intentou neste trabalho o exaurimento da matéria e da análise sobre o regimento de custas do Estado do Rio Grande do Sul, permitiu-se a indicação de alguns aspectos da legislação que necessitam de aprimoramento para efetivar a garantia do acesso à justiça. Certo que não consiste em tarefa simples a individualização dos custos da atividade jurisdicional, entretanto, já plenamente demonstrado que existem limites constitucionais à fixação de taxas, mesmo nestes casos.

Duas situações que sobressaem residem no recente aumento das custas judiciais e no reajuste mensal automático destas. Sem embargo aos termos já expostos anteriormente, é pertinente uma análise sobre as taxas judiciais de outros órgãos do judiciário.

Na Justiça do Trabalho as custas equivalem a um percentual de 2% do valor da causa, sendo o valor mínimo de R\$ 10,64 e o máximo de quatro vezes o limite dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 789 da CLT³⁰⁵. Tanto o percentual quanto o piso e teto são substancialmente inferiores às custas estaduais aqui analisadas. É de se destacar que o percentual e valor mínimo acima

³⁰⁵ BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

indicados vigoram desde 2002³⁰⁶, dez anos antes do início da implantação do PJe na 4ª Região³⁰⁷.

Maior distinção, entretanto, é possível identificar no valor das custas da Justiça Federal. No âmbito da Justiça Federal as custas processuais estão previstas na Lei 9.289/96³⁰⁸ sendo, para as ações civis em geral, equivalente a 1% do valor da causa, sendo 0,5% devido no ajuizamento e 0,5% na apelação. Na 4ª Região da Justiça Federal a tabela custas mantém-se atualizada pela Portaria n. 619/2012³⁰⁹, qual traz os valores mínimo e máximo de R\$ 10,64 e R\$ 1.915,38 para as ações civis em geral. De fato, as custas na Justiça Federal são apenas uma pequena fração das estaduais, tendo as últimas piso e teto dezenas de vezes superior às primeiras.

É visível que os litigantes em ações da Justiça Estadual encontram efetivo óbice para acessar o judiciário se comparado aos

³⁰⁶ BRASIL. Lei Ordinária Federal 10.537, de 27 de Agosto de 2002. Altera os arts. 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, sobre custas e emolumentos da Justiça do Trabalho, e acrescenta os arts. 789-A, 789-B, 790-A e 790-B. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 ago. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10537.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

³⁰⁷ FORTES, Gabriel Borges. Justiça do Trabalho gaúcha completa implantação do processo eletrônico. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/100372>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

³⁰⁸ BRASIL. Lei Ordinária Federal 9.286, de 4deJulho de 1996. Dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19289.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Portaria n. 619, de 10 de julho de 2012. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, ano VII, n. 192, Porto Alegre, RS, 04 set. 2012. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/cle_619-2012Republicada.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

demais órgãos do Judiciário, tendo de arcar com valores extremamente elevados. Questionável também é o fato de que no Parecer 121/2016 por muitas vezes menciona-se e calcula-se o impacto de eventual redução de custas judiciais sob a arrecadação do Tribunal. Todavia, **em momento algum se propõe realizar a correspondência entre o aumento das custas e o efetivo aumento no custo do serviço prestado**, ainda mais considerando a atualização mensal a que submetidas às custas processuais.

As taxas judiciais, por sua própria natureza, não podem ser analisadas sob o impacto financeiro que trazem, mas em sua relação com o custo do serviço. O principal ponto qual merece aprimoramento é, neste diapasão, no estudo quanto a efetiva necessidade do vertiginoso aumento das custas estaduais pela Lei 14.634/2014 e a redução das custas a patamar condizente com o serviço prestado.

Outra alteração que propiciaria um acesso à justiça mais efetivo, por outro lado, seria a extinção das custas do cumprimento de sentença, mera fase do processo, sem a qual dificilmente se concretiza a tutela judicial. Havendo cumprimento de sentença se está diante de custas processuais de 3,5% do valor da causa, somando-se as fases de conhecimento e cumprimento e sem prejuízo das custas de preparo. Nesta hipótese, o teto das custas processuais alcança R\$ 46.696,00 (1.000 URC no ajuizamento e 300 URC no cumprimento de sentença), valor que lança ainda mais dúvida sobre a correspondência entre custo do serviço e taxa tributária.

Já ao fim, uma última proposta para aprimorar a legislação estadual das custas consistiria em determinar que o seu pagamento se

dê, necessariamente, ao final do processo. Evitar-se-ia, assim que o acesso à justiça, a resolução do litígio e a pacificação social permaneçam submetidos ao pagamento de taxas, mesmo após 30 anos de consagração do princípio do acesso à justiça e dos instrumentos a ela inerentes.

4. CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho consistiu em analisar a efetividade da garantia constitucional do acesso à justiça frente aos obstáculos que as taxas judiciais podem oferecer. De maneira específica, intentou-se abordar os aspectos mais importantes na evolução da legislação do Estado do Rio Grande do Sul sobre a matéria e sua adequação à ordem constitucional após seus trinta anos de vigência, bem como apontar possíveis medidas para aprimorar o acesso à justiça neste âmbito estadual.

Neste viés, fora possível estabelecer um referencial teórico sobre o acesso à justiça e os limites constitucionais para a imposição de taxas judiciais. Estas limitações, relacionados ao caráter retributivo das taxas e aos princípios da anterioridade tributária e vedação ao confisco, se revelaram como importantes parâmetros para a análise do tema, possibilitando a identificação de custas judiciais as quais resultam em óbice ao direito de ação.

Ato contínuo, sob a análise da legislação estadual perceberam-se vários aspectos que não se coadunam com as limitações estabelecidas na primeira seção da pesquisa. Bem verdade, **verificou-se não apenas**

um substancial aumento nas custas judiciais com o advento da Lei 14.634/2014, **como a estipulação de teto de custas mais de seis vezes superior ao anterior**. Somando-se a isso, a Lei 14.634/2014 manteve a sistemática de reajuste mensal automático das taxas judiciais, **violando a anterioridade tributária**.

Já ao fim, se analisou a recente atuação da Ordem dos Advogados do Brasil ao contribuir para o aperfeiçoamento do regramento das custas judiciais por meio de sugestões ao PL 97/2016, analisadas e apreciadas no Expediente Administrativo n. 4973-14/000003-2 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ainda que importantes sugestões não tenham alcançado o crivo do legislativo, restou evidente a importância desta atuação no reconhecimento de várias sugestões, muitas das quais vieram a integrar o texto legal com a aprovação da Emenda n. 3 e, após, do PL 97/2016.

Pela análise da Lei n. 15.016/2017 e as alterações promovidas na lei de custas do Estado, elencaram-se três importantes avanços relativos à isenção de custas e as possibilidades destas taxas serem parceladas ou pagas ao final do processo. Noutro giro, **também se destacou a ocorrência de grave retrocesso na efetivação do acesso à justiça**, na medida em que além da taxa de ajuizamento de 2,5% sobre o valor da causa, passou a se impor aos litigantes o pagamento de mais 1% para o cumprimento da sentença, mera fase do processo e, na maioria dos casos, único meio de efetivar-se a tutela judicial.

Ao fim, diante de todo o exposto, fora possível alcançar os objetivos do trabalho proposto. Conclui-se a pesquisa com a indicação da necessidade de aperfeiçoamento da Lei 14.634/2014 de maneira a

trazer maior efetividade à garantia fundamental do acesso à justiça, o qual ainda encontra inúmeros percalços em sua aplicação, mesmo já passados trinta anos de vigência da Constituição Cidadã. Os nortes para o aprimoramento da legislação, ao que se nota, devem considerar a discussão das seguintes premissas:

- I. As custas judiciais no Rio Grande do Sul constituem entrave a consolidação de direitos e garantias fundamentais?
- II. É compatível com o sistema constitucional o prévio recolhimento de custas para apreciação de lesão ou ameaça a direito?
- III. Qual impacto financeiro sofreria o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se adotada a universalização de custas ao final do processo?
- IV. Considerando a evolução dos sistemas digitais/eletrônicos e a significativa queda de custos do processo judicial pela universalização do processo eletrônico como se pode calcular o custo da jurisdição?
- V. A grande quantidade de recursos na qual se discute a concessão de AJG ou isenção de custas custa quanto ao Poder Judiciário?
- VI. É possível o aprimoramento para cobrança de custas ao final do processo, considerando que os Tribunais já podem protestar custas judiciais não pagas no prazo legal?
- VII. Porque razão as custas de processos no formato papel tem mesmo valor do que processos eletrônicos cujo custo é infinitamente menor?
- VIII. Porque razão não se avalia o custo das custas judiciais em bytes no processo eletrônico?

Sob tais singelos questionamentos, espera-se possível melhor aferir-se sobre futuras alterações na legislação estadual das custas judiciais, atentando-se à efetividade do direito fundamental do acesso à justiça. Não apenas, as indagações supracitadas também podem servir de parâmetro para novas pesquisas e estudos sobre o tema, propiciando um maior debate sobre a problemática.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 463.

BRASIL. Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 1968, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.429, de Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária Federal 10.537, de 27 de Agosto de 2002. Altera os arts. 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, sobre custas e emolumentos da Justiça do Trabalho, e acrescenta os arts. 789-A, 789-B, 790-A e 790-B. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 ago. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10537.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Lei Ordinária Federal 9.286, de 4 de Julho de 1996. Dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19289.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão de Medida Cautelar na ADI 5.470/CE, que questiona a lei de custas judiciais do estado do Ceará. Relator: Teori Zavascki. 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309857073&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 667. In: Diário da Justiça, Brasília, DF, 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=667.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Portaria n. 619, de 10 de julho de 2012. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, ano VII, n. 192, Porto Alegre, RS, 04 set. 2012. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/cle_619-2012Republicada.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 14.634, de 15 de Dezembro de 2014. Institui a Taxa Única de Serviços Judiciais. Diário Oficial do Rio Grande do Sul n. 243, Porto Alegre, RS, 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%2014634&idNorma=1445&tipo=pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 8.121, de 30 de Dezembro de 1985. Regimento de Custas. Diário Oficial do Rio Grande do Sul n. 249, Porto Alegre, RS, 30 dez. 1985. Disponível em:

<<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%208121&idNorma=517&tipo=pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Projeto de Lei Ordinária Estadual n. 97/2016. Dispõe sobre alterações na Lei nº 14.634, de 15 de dezembro de 2014, que instituiu a Taxa Única de Serviços Judiciais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/97/AnoProposicao/2016/Default.aspx>>. Acesso em: 05.06.2018.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Decisão da 19ª Câmara Cível em agravo de instrumento provido para reconhecer a natureza alimentar da verba honorária e a isenção de custas. Agravo de Instrumento Nº 70076513217. Paulo Cesar Carpes Rubim e Transportes Pellenz LTDA. Relator: João Lima Costa. 26 jun. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70076513217&ano=2018&codigo=1011167>. Acesso em: 10.07.2018.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Decisão monocrática da 11ª Câmara Cível em agravo de instrumento provido para reconhecer a natureza alimentar da verba honorária e a isenção de custas. Agravo de Instrumento Nº 70078268059. Felipe De Souza Anana e Andre Siefert. Relator: Guinther Spode. 06 jul. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70078268059&ano=2018&codigo=1114675>. Acesso em: 10.07.2018.

FORTES, Gabriel Borges. Justiça do Trabalho gaúcha completa implantação do processo eletrônico. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/100372>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

FRAGA, Márcio André Keppler. Parecer n. 121/2016 no Expediente Administrativo n. 4973-14/000003-2 do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul. 05 dez. 2016. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_5a045c144569a.pdf>. Acesso em: 05.06.2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao Art. 5º, XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 359 e 360.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 778.

PROCESSOS administrativos. Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Consulta das movimentações no Processo 4973-14/000003-2. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/processos/processos_administrativos/>. Acesso em: 05.06.2018.

TABELA de valores da unidade de referência de custas – URC. Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/tabelas_de_custas/doc/conver.pdf>. Acesso em: 05.06.2018.

TORRES, Heleno. Comentário ao Art. 150, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 360.

COMISSÃO ESPECIAL DA ADVOCACIA EM ESTATAIS

A IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRINCÍPIO INDISSOCIÁVEL AO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO

Duilio Landell de Moura Berni³¹⁰

Resumo: O presente artigo busca demonstrar que o princípio da impessoalidade, expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, é indissociável ao contrato de emprego público, impondo força normativa à Administração-Empregadora e aos empregados públicos. Para tanto, será feito um brevíssimo apanhado da noção de princípio, serão apresentados o conceito e os fundamentos constitucionais do princípio da impessoalidade, suas diferentes acepções e seus vícios mais comuns. Após isso, serão apresentadas manifestações do princípio em questão no contrato de emprego público, algumas decisões judiciais e a jurisprudência consolidada sobre o tema. Conclui-se, finalmente, pela indissociabilidade de tal princípio ao contrato de emprego público.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito do Trabalho. Princípio da Impessoalidade. Contrato de emprego público.

³¹⁰ Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 48.683. Mestre em Direito pela PUCRS. Telefones: (51) 99904-1010 e (51) 2129-1137. E-mail: duilioberni@hotmail.com. Membro da Comissão Especial de Advocacia em Estatais da OAB/RS

**THE ADMINISTRATIVE IMPERSONALITY PRINCIPLE AS A
NECESSARY CATEGORY OF THE PUBLIC EMPLOYMENT
CONTRACT**

ABSTRACT: *The present paper seeks to demonstrate that the administrative impersonality principle, expressed in the article 37 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, is inextricably linked to the contract of public employment by imposing normative force to the Administration-Employer and the public employees. To do so, there will be a brief exposition of the notion of principle, will be presented the concept and the constitutional foundations of the principle of impersonality, its different meanings and their most common misapplications. After that, the principle manifestations are displayed on the public employment contract and some precedents will be presented. It is concluded, finally, the inseparability of this principle to the public employment contract.*

Key Words: *Constitutional Law. Administrative Law. Labour Law. Impersonality principle. Public employment contract.*

Sumário: Introdução. 1 Princípio da impessoalidade: conceito, fundamentos, acepções e vícios em destaque. 2 O princípio da impessoalidade e o contrato de emprego público: apontamentos do direito positivo e da jurisprudência. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Em homenagem aos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o presente artigo parte da ideia de que a problematização do princípio da impessoalidade é pertinente também no âmbito da Administração Pública Indireta e, portanto, no âmbito de qualquer empresa pública ou de qualquer sociedade de economia mista. Assim, será analisada a densidade normativa de tal princípio e a

vinculação que ele impõe à Administração Pública, especificamente quando esta exerce o papel de empregadora.

O contrato de emprego público já traz em si uma aparente incompatibilidade intrínseca em seu nome, já que é um contrato que visa disciplinar uma relação de emprego público de regime privado. Como é possível a reunião do direito público e do direito privado num único contrato? Essa dicotomia clássica é conciliável num mesmo negócio jurídico? Entende-se que isso é possível e que a dicotomia deve ser conciliada, diante da própria força normativa da Constituição que prevê a existência desse instituto jurídico. Mas para avançar é necessário compreender que se parte de um regime jurídico híbrido e que haverá sempre um “mínimo denominador comum juspublicístico,” na expressão usada por Ana Cláudia Nascimento Gomes.³¹¹

1 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE: CONCEITO, FUNDAMENTOS, ACEPTÕES E VÍCIOS EM DESTAQUE

A densidade normativa dos princípios é assunto amplamente abordado pela doutrina, sendo tema praticamente pacificado a ocorrência deste atributo.³¹² Para Robert Alexy “princípios são normas

³¹¹ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Emprego público de regime privado: a laborização da função pública**. Pref. de José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 338. Embora a autora expressamente declare que sua tese, *stricto sensu*, não diga respeito aos empregados públicos da “Administração empresarial do Estado (empresas públicas e sociedades de economia mista)”, entende-se que aqui também existe um “mínimo denominador comum juspublicístico”, já que, conforme reconhece a própria autora citada, “as vinculações jurídico-públicas não são desamarradas sequer num regime jurídico-privado de trabalho com a Administração Pública empresarial do Estado”. p. 51.

³¹² Por todos, confirmando a densidade normativa dos princípios: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”³¹³ Segundo Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³¹⁴

O princípio da impessoalidade está expressamente previsto no rol de princípios aplicáveis à Administração Pública Direta e à Indireta, conforme o caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)³¹⁵, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Contudo, para além dessa previsão expressa, tal princípio é ainda reconduzível a existência de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, caput, da CRFB), ao princípio republicano (artigo 1º, caput,

³¹³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90

³¹⁴ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. p. 85. Ainda segundo ele, princípios são “deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. p. 41.

³¹⁵ Confirmando a submissão dos entes da Administração Indireta aos princípios constitucionais administrativos, veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 688-6 DF**. Min. Rel. Ilmar Galvão. Publ. DJ 07/05/1993.

da CRFB), ao princípio da não-discriminação (artigo 3º, inciso IV, da CRFB) e ao princípio da igualdade (artigo 5º, inciso II, da CRFB). Ademais, diante da literalidade do caput do referido artigo 37, é inegável que há alguma incidência do princípio da impessoalidade nas relações jurídicas que envolvam a Administração-Empregadora – mesmo quando esta for a Administração-Empresária. Destarte, exatamente por ser reconduzível também ao princípio da igualdade, é que parte da doutrina identifica uma das faces da impessoalidade como a necessidade de um tratamento igualitário, sem diferenciações personalistas.³¹⁶ Merece destaque a noção apresentada por Juarez Freitas, que enxerga a impessoalidade “não como indiferença, nem como neutralidade impossível, mas como exercício não tendencioso de atribuições”.³¹⁷

Note-se ainda claramente, por exemplo, derivações do princípio da impessoalidade e dos fundamentos anteriormente descritos nas regras que determinam que a investidura em cargos ou empregos públicos depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, inciso II, da CRFB) e na vedação de utilização de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal no exercício das funções administrativas (art. 37, parágrafo 1º, da CRFB). Especificamente quanto à promoção pessoal realizada pelos agentes estatais, via propaganda governamental, vale destacar a monografia de Julio César

³¹⁶ Nesse sentido, por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 821.

³¹⁷ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

Finger, com comentários a diversas decisões judiciais que tratam do tema.³¹⁸

Por outro lado, há quem veja a impessoalidade como a necessidade de uma imputação subjetiva ao ente público pelas condutas (comissivas ou omissivas) dos agentes públicos. Isto é, a impessoalidade é vista como a atribuição dos atos ao ente administrativo e não às pessoas que os praticam.³¹⁹ Esse aspecto, contudo, não será explorado no presente artigo.

Há ainda a percepção do princípio da impessoalidade como imparcialidade, ligada certamente à noção anteriormente apresentada de “exercício não tendencioso de atribuições”. Para Ana Paula Oliveira Ávila, ademais, esse seria o aspecto mais importante da impessoalidade, trazendo outros deveres conexos, como o dever de neutralidade (visível nas disposições que trazem vedações aos agentes públicos) e o dever de transparência (que aparece com mais vigor no princípio da publicidade, mas é fundamental também para a exteriorização da impessoalidade).³²⁰ Tal autora ainda aponta como vícios de impessoalidade as seguintes

³¹⁸ FINGER, Julio César. **Os princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade da administração pública e a propaganda governamental**. 2003. 140 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Para ele: “Há que se registrar, a partir de uma tal constatação, a comum inclusão entre os estudiosos brasileiros no conceito de impessoalidade, de um **telos** público, qual seja de que o administrador, para atender o mencionado princípio não basta apenas não se inspire em algum interesse próprio ou de terceiro, mas que persiga um **fim** que atenda o interesse coletivo.”. p. 30.

³¹⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 667.

³²⁰ Cf. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**: para uma Administração Imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 201.

condutas: 1) parcialidade (conduta tendente a beneficiar ou prejudicar determinada parte); 2) nepotismo (favorecimento de parentes ou amigos próximos); 3) partidarismo (favorecimento ou desfavorecimento de determinado grupo político-partidário); 4) promoção pessoal e 5) pessoalidade na elaboração legislativa.³²¹

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado “O princípio da impessoalidade traduz a ideia de que os atos e condutas da administração pública devem se pautar por critérios objetivos, técnicos, isentos e imparciais, sem traços de favorecimento em função dos indivíduos envolvidos.”. Eles ainda afirmam que tal princípio guarda nítida correspondência com o princípio da não-discriminação.³²² Este mesmo autor, noutra obra, refere que a discriminação é a “conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada.”³²³

O tema ainda guarda estreita relação especialmente com um dos pressupostos dos atos administrativos: a finalidade. Desvios na finalidade do ato poderão gerar a sua invalidade, configurando-se em

³²¹ Cf. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**. p. 35 e segs.

³²² Cf. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (org.). **Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho**. v. III. São Paulo: RT, 2013. p. 81.

³²³ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 42. Sobre a aplicação do princípio da não-discriminação nas relações laborais, veja-se, por exemplo: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 0101100-94.2001.5.04.0561**. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Publ. DJ 26/08/2005 e BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ED-RR 7633000-19.2003.5.14.0900**. Rel. Min. Ives Gandra Martins. Publ. DJe 13/04/2012.

desvio de poder. Tal desvio de poder se manifesta: a) quando o agente público busca finalidade alheia ao interesse público (quando se usa dos poderes para prejudicar um desafeto ou para benefício próprio ou de um amigo) ou b) quando o agente busca uma finalidade alheia a “categoria” do ato que utilizou (isto é, quando o ato destoa de sua finalidade legal). Mas o que vicia o ato não é o defeito da sua intenção, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.³²⁴

Em síntese, conforme a visão de Odete Medauar, “Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia.”.³²⁵ Tais aspectos também aparecem com frequência no curso do cumprimento dos contratos de emprego público, por isso a necessidade de obstaculizar tais condutas via tutela jurídica específica.

2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E O CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO: APONTAMENTOS DO DIREITO POSITIVO E DA JURISPRUDÊNCIA

Conforme estabelece a CRFB, quando da exploração de atividade econômica pelo Estado, este se utilizará das empresas públicas e das

³²⁴ Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 .ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 410-412. Como exemplo da primeira hipótese, o autor menciona o caso do superior que remove um servidor para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeira tal ato, mas apenas para prejudicá-lo. Como exemplo da segunda hipótese, o autor menciona o caso do servidor que é removido com fins de punição administrativa, já que qualquer remoção não deveria ter conotação punitiva.

³²⁵ Cf. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010. p. 130.

sociedades de economia mista, devendo essas se sujeitarem ao mesmo regime das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, nos termos do artigo 173, § 1º, inciso II, da CRFB, cujo enunciado segue:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Note-se que tal disposição não tem o condão e nem visa afastar completamente o regime jurídico de direito público da relação pública de emprego. Isso porque, por exemplo, antes mesmo da vigência desse futuro contrato de emprego público, o princípio da impessoalidade já se faz presente nesta futura relação jurídica, impondo deveres pré-contratuais à Administração-Empregadora e ao futuro empregado público. O mais significativo desses deveres está presente na regra do artigo 37, inciso II, da CRFB, que vincula à investidura em cargo ou emprego público a prévia aprovação em concurso público, ressalvados os cargos em comissão. Nessa regra notadamente subjaz o princípio da impessoalidade.

Ademais, há forte imposição de regras constitucionais aos empregados públicos no curso de seus contratos de trabalho e até

mesmo após a sua extinção, regras estas decorrentes do regime de direito público³²⁶, tais como: 1) imposição de limite para sua remuneração (art. 37, inciso XI, da CRFB); 2) proibição de acumulação remunerada de outro emprego, função ou cargo público (art. 37, inciso XVII, da CRFB); 3) possibilidade de sofrer sanções por improbidade administrativa (art. 37, § 4º e Lei nº 8.429/1992, artigo 1º).³²⁷

Sobre o nepotismo, vício de impessoalidade, conforme referido anteriormente, merece destaque a interpretação manifesta na Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconhece como violadora da CRFB a nomeação de parentes, inclusive para a Administração Indireta, com aplicabilidade aos contratos de emprego público, nos seguintes termos:

Súmula Vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.³²⁸

Em decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), de relatoria da Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, foi considerado

³²⁶ Na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, este é o regime jurídico-administrativo, no qual há a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pelo Administrador. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 57.

³²⁷ Nesse sentido, MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. p. 282.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. DJe 214/2008, publ. 12/11/2008.

como inválido ato de dispensa de empregado público que teve como fundamento cláusula do edital do concurso que impedia a inscrição de candidatos que já tivessem sido despedidos por justa causa pelo ente da Administração Pública que estava realizando o certame. Assim, confirmando a aplicação do princípio da impessoalidade ao contrato de emprego público, segue parte da fundamentação dessa decisão:

[...]

Como cediço, a Caixa Econômica Federal é empresa pública e está submetida a regime jurídico misto ou híbrido: ela deve observar determinados preceitos de direito público, ao mesmo tempo em que também é regida por disposições de direito privado. Essa tensão entre público e privado é refletida na necessária interpretação conjunta dos artigos 37 – princípios e normas da Administração Pública – e 173 da Constituição – sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas.

Se, de uma parte, a CEF, como empresa pública, submete-se, nas relações trabalhistas, ao regime de direito privado, ela deve, de outra parte, como integrante da Administração Pública indireta, observar as normas e princípios de direito público. Por conseguinte, deve ela obediência, entre outros, aos *princípios da impessoalidade e da moralidade*, que encontram ressonância justamente na previsão constitucional de contratação mediante concurso público (art. 37, II). Tal previsão harmoniza-se, ainda, ao próprio princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Carta de 1988).

Evidencia-se, portanto, que, a despeito da sujeição ao regime jurídico de direito privado, o ingresso de trabalhadores na CEF deve ser pautada pelos princípios constitucionais de direito público, que tem amparo no princípio da igualdade. Daí a necessidade de contratação mediante concurso público, cuja exigência e respectivos requisitos fundam-se nos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

A aplicação desses princípios tem uma conseqüência fundamental precisamente no momento em que a empresa pública atua na condição de empregadora. O art.

2º da CLT define o empregador como aquele que, “assumindo os riscos da atividade econômica, *admite*, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços” (grifei). Ou seja, em regra, pelo regime de direito privado que rege as relações trabalhistas, o empregador, no exercício do próprio poder diretivo que lhe é conferido pelo ordenamento jurídico, é responsável pela admissão dos trabalhadores que lhe prestarão serviços; em outras palavras, é o empregador que define quem será ou não contratado – embora, é certo, não se trate de uma liberdade absoluta, porquanto não são admitidos critérios discriminatórios de admissão (art. 7º, XXX e XXXI, da Constituição).

É exatamente na prerrogativa de *admitir* trabalhadores, no exercício do poder diretivo, que são mais evidentes as exigências constitucionais dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade, no caso das empresas públicas (e das sociedades de economia mista). Atuando na condição de empregadora, a empresa pública não detém a mesma liberdade para definir os trabalhadores que serão contratados. Isso porque, por força dos referidos princípios, ela deve observar, como já mencionado, a regra do ingresso na Administração Pública mediante prévia aprovação em concurso público. E os critérios a serem adotados devem ser objetivos, impessoais, não se aceitando opções baseadas em mera conveniência. Aqui, portanto, fazem-se presentes, com toda sua importância, os princípios típicos do direito público.

A consequência que se extrai desse raciocínio é a de que, na admissão de seus empregados, a empresa pública não pode adotar critérios *personalísticos* de contratação, pois tal conduta violaria os princípios constitucionais mencionados, em particular os da isonomia e da impessoalidade.

In casu, repita-se, o edital do concurso público em que o Autor logrou aprovação impedia a participação de candidatos que houvessem sido demitidos pela Ré por justa causa.

A justa causa, no âmbito das relações trabalhistas, e preenchidos os requisitos respectivos, corresponde à falta grave que rompe a fidúcia entre as partes, tornando inviável a manutenção do contrato de trabalho. Contratar, novamente, um trabalhador que já foi demitido por justa causa pelo mesmo empregador insere-se no âmbito da pura conveniência desse último. Isso é plenamente válido

no âmbito das relações trabalhistas submetidas às regras tipicamente de direito privado. Não é o caso da Reclamada, contudo.

Eventual conveniência ou mesmo interesse da Ré – em não contratar trabalhador que já foi por ela demitido por justa causa – não pode suplantare o regime de direito público a que está sujeita. Além disso, a vedação contida no edital encerra critério meramente personalístico que, nessa medida, contraria os princípios da isonomia e impessoalidade, que devem pautar a forma de admissão de pessoal pela Reclamada.

Conclui-se pela nulidade da cláusula do edital do concurso público, como assentado pelo Tribunal *a quo*.³²⁹

O voto em questão destaca, pois, a existência de um regime jurídico híbrido, que deve observar tanto o direito público, como o direito privado, com a necessária interpretação sistemática dos já referidos artigo 37 e artigo 173 da CRFB – promovendo, na justificação proposta por Humberto Ávila,³³⁰ uma correlação entre efeitos de uma conduta (discriminação de certos candidatos em razão de prévia rescisão contratual por justa causa) e um estado ideal de coisas (observação da impessoalidade administrativa no exercício da prerrogativa de admitir trabalhadores).

Ainda sobre a dispensa de empregados públicos, a jurisprudência consolidada do TST assim se posiciona (OJ nº 247 da SDI 1):

247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007

³²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 0070300-68.2002.5.15.0003**. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publ. DJe 25/09/2009.

³³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. p. 85.

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Tal orientação jurisprudencial – apesar de vigente – não é imune a críticas, já que diferencia a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em relação a todas as outras empresas públicas e sociedades de economia mista com base em critérios tributários e processuais. Esses, contudo, não parecem ser os motivos mais relevantes para aproximá-las ou afastá-las da Fazenda Pública. Os fundamentos mais significativos que congregam todas as empresas públicas e as sociedades de economia mista e com a Administração Pública Direta, convergindo-as ainda que parcialmente ao regime jurídico público, residem na incidência equânime dos princípios constitucionais administrativos anteriormente referidos. Parece claro que aferir a presença de capital público nas suas composições, por vezes capital integralmente público, ou se há a prestação de serviço público ou a exploração de atividade econômica pelo ente, seriam critérios muito mais relevante na busca de sua natureza do que simplesmente verificar se determinado ente computa seus prazos judiciais em dobro ou em quádruplo, v. g., ou se goza ou não de imunidade fiscal.

Sobre a motivação dos atos administrativos, assim leciona Juarez Freitas: “[...] a boa fundamentação há de embasar todos os atos

administrativos, excetuados apenas os de mero expediente, os autodecifráveis pela singeleza de seus pressupostos e aqueles que contam com a expressa dispensa constitucional (por exemplo, exoneração do ocupante de cargo em comissão).”³³¹ A motivação dos atos administrativos é, para tal autor, a exigência de “um lastro de razoabilidade explícita”.³³²

Questão intrincada é saber se o ato de despedida reveste-se ao menos de algum dos atributos dos atos administrativos, por tratar-se de ato realizado por agente público, em sentido amplo, em relação a um servidor público, também em sentido amplo, no caso, um empregado público. Nesse sentido, confirmando a necessidade de motivação da despedida dos empregados públicos, por entender tal ato como verdadeiro ato administrativo, é o entendimento de Ney José de Freitas. Para tal autor:

O administrador público, na condição de gestor da *res publica*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade, que, aliás, é irrelevante no atinente a empregados públicos. Não há que se falar, portanto, em poder potestativo do empregador, já que tal figura somente existe (e dentro de limites razoáveis) no âmbito de aplicação da norma trabalhista em sua pureza de conteúdo, o que significa dizer que, no sítio de um regime híbrido, tal hipótese jamais ocorre.³³³

³³¹ Cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4 ed. ref. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 419.

³³² Cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. p. 419.

³³³ FREITAS, Ney José de. **Dispensa de Empregado Público & o Princípio da Motivação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 161. Também assim é o voto divergente do Des. Alexandre Corrêa da Cruz, do TRT da 4ª Região, embasado em farta doutrina administrativista, ao tratar da despedida de empregado de sociedade de economia

Há ainda a Súmula nº 390, também do TST, que prevê a exclusão da estabilidade prevista no artigo 41 da CRFB aos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme a seguinte redação:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Note-se que o corte dado pelo TST é diverso do manifesto na já referida OJ nº 247 da SDI 1. Aqui a estabilidade é reconhecida para os servidores públicos celetistas da Administração Direta, autárquica ou fundacional. Já para os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista (todas elas, sem exceção manifesta em relação à ECT), não haveria garantia de estabilidade. Isso decorreria do regime híbrido dessas entidades, nessa parte, pendendo para o regime jurídico privado, no qual marcadamente não há estabilidade.

Tal entendimento, contudo, não entra em conflito com o que fora afirmado em relação à motivação das despedidas, já que são institutos jurídicos diversos. Aqui não haveria qualquer diferenciação perniciosa,

mista. Cf. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO 0001342-89.2010.5.04.0024**. Rel. Des. Raul Zoratto Sanvicente. Publ. DJe 03/08/2012.

já que é a própria CRFB que diferencia os servidores públicos em sentido amplo e em sentido estrito. A estabilidade referida encontra-se em seção específica destinada aos servidores públicos em sentido estrito. Nesse sentido é o entendimento de Ana Cláudia Nascimento Gomes, quando reconhece que a estabilidade “não fora prevista no ordenamento trabalhista nacional para os empregados do setor privado e da AP empresarial”.³³⁴ Ela ainda muito bem lembra que tal garantia estabilidade da relação laboral é vista por alguns como conduzível pela Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT),³³⁵ embora não haja um reconhecimento consolidado da jurisprudência trabalhista nesse sentido, havendo somente algumas decisões esparsas.

CONCLUSÕES

Do presente artigo, chegou-se as seguintes conclusões:

1. Diante da densidade normativa dos princípios jurídicos, tanto a Administração-Empregadora como o empregado público deverão observar o princípio da impessoalidade e demais princípios constitucionais administrativos em momentos anteriores ao contrato de emprego público, no curso desse contrato e após a sua extinção.

2. O princípio da impessoalidade impõe às partes do contrato de emprego público os deveres de isonomia, de imparcialidade, de

³³⁴ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Emprego público de regime privado: a laborização da função pública**. Pref. de José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 332.

³³⁵ A Convenção nº 158 da OIT prevê o seguinte: Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

objetividade, de neutralidade, de transparência, de não-discriminação, de adequação à finalidade dos atos administrativos e de um exercício não tendencioso das atribuições.

3. Os empregados públicos necessariamente deverão se submeter à prévia aprovação em concurso público para a investidura nos empregos, estando submetidos aos limites de remuneração impostos à Administração Pública, bem como são proibidos de acumular cargos, nos termos da CRFB e da legislação, submetendo-se às sanções por improbidade administrativa.

4. O aparente conflito entre o dispositivo constitucional que determina a submissão ao regime celetista das empresas públicas exploradoras de atividades econômica e entre os dispositivos que impõe à Administração-Empregadora a realização prévia de concurso público e que limitam direitos do empregado público só é assimilável ao se reconhecer a incidência dessa relação laboral pública num regime jurídico híbrido, isto é, em parte de direito público e em parte de direito privado, numa interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro.

5. Embora exista orientação jurisprudencial do TST reconhecendo a possibilidade de despedida imotivada de empregados públicos, com exceção aos empregos da ECT, entende-se como mais adequada a interpretação que considera indispensável tal motivação para todo e qualquer empregado público, forte nos princípios constitucionais administrativos, já que a despedida de um empregado público é um ato administrativo que exige um lastro, ainda que mínimo, de razoabilidade explícita. Por outro lado, seria interpretação muito

ampla estender a estabilidade do artigo 41 da CRFB também aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, diante do disposto no artigo 173, § 1º, inciso II, também da CRFB.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**: para uma Administração Imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 688-6 DF**. Min. Rel. Ilmar Galvão. Publ. DJ 07/05/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. DJe 214/2008, publ. 12/11/2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO 0001342-89.2010.5.04.0024**. Rel. Des. Raul Zoratto Sanvicente. Publ. DJe 03/08/2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 0101100-94.2001.5.04.0561**. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Publ. DJ 26/08/2005.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 0070300-68.2002.5.15.0003**. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publ. DJe 25/09/2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **ED-RR 7633000-19.2003.5.14.0900**. Rel. Min. Ives Gandra Martins. Publ. DJe 13/04/2012.

_____. 28ª Vara do Trabalho de Porto Alegre-RS. **Proc. 0000888-92.2013.5.04.0028**. Publ. DJe 24/03/2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (org.). **Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho**. v. III. São Paulo: RT, 2013.

FINGER, Julio César. **Os princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade da administração pública e a propaganda governamental**. 2003. 140 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4 ed. ref. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Ney José de. **Dispensa de Empregado Público & o Princípio da Motivação**. Curitiba: Juruá, 2006.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Emprego público de regime privado: a laborização da função pública**. Pref. de José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 .ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMISSÃO ESPECIAL DE ARBITRAGEM

ARBITRAGEM: ENFRENTAMENTO E SUPERAÇÃO DE SEUS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS

*Lucas Gerhardt Gavronski, Nikolai Sosa Rebelo,
Ricardo Borges Ranzolin³³⁶*

Sumário: 1. Introdução - 2. A Constitucionalidade da Arbitragem: o julgamento da SEC nº 5206-7 pelo plenário do STF - 2.1. A inovação da Lei de Arbitragem - 2.2. O debate sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem - 2.3. O julgamento da SEC nº 5206-7 pelo plenário do STF - 3. Os Novos Desafios Constitucionais da Arbitragem: os atuais fronts de batalha - 3.1. Arbitragem na Administração Pública - 3.2. Arbitragem nas Sociedades Anônimas - 3.3. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Individuais - 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Em 1988, nascia uma nova Constituição Federal que acabou conhecida como “a Constituição Cidadã”. Isso porque ela era resultado de uma constituinte criada para a redemocratização nacional, havendo grandes preocupações com garantias individuais dos cidadãos, para proteger do recente passado de limitações da liberdade ocorridas na fase da ditadura militar brasileira. Um dos princípios constitucionais mais importantes desta CF é, sem dúvida nenhuma, a garantia de acesso à justiça. A ideia, justamente, é evitar que os outros poderes criassem

³³⁶ Membros da Comissão de Arbitragem da OAB/RS.

obstáculos aos cidadãos que tivessem seus direitos violados de acessar ao Poder Judiciário.

Oito anos depois, veio a Lei de Arbitragem atualmente em vigor, a Lei 9.307/96, modernizando a legislação sobre o tema que estava claramente ultrapassada. Em razão de ser uma forma alternativa de resolver conflitos de forma privada em caráter final e sem passar pelo Poder Judiciário, ela teve de ser analisada sob o prisma constitucional. Assim, primeiramente, este artigo abordará a constitucionalidade da arbitragem, confirmada no julgamento do STF da SEC nº 5206-7 em sessão do órgão plenário do Excelso Pretório. Esse julgamento enfrentou a questão em caráter geral. Na segunda parte, serão abordados os novos desafios constitucionais, ocorridos principalmente em decorrência de recentes reformas legislativas. São três pontos: a) Arbitragem na Administração Pública; b) Arbitragem nas Sociedades Anônimas; e c) Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Individuais.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM: O JULGAMENTO DA SEC Nº 5206-7 PELO PLENÁRIO DO STF

2.1 A inovação da Lei de Arbitragem

O estudo do Direito comparado desvela que no caso da arbitragem comercial³³⁷, em especial, há uma singular uniformidade nas legislações internas dos países. Tal se dá, sobretudo, em face da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

³³⁷ Este artigo trata da arbitragem de direito privado, tipicamente destinada à solução de causas cíveis, a qual, exceto pela polissemia, distingue-se totalmente da arbitragem das hostes do Direito Internacional Público – esta dedicada ao processamento de conflitos entre países envolvendo aspectos de suas soberanias.

(UNCITRAL), através da Resolução nº 31/98 da Assembleia Geral, ter aprovado um Regulamento Internacional para a Arbitragem, o que culminou, em 1985, através da Resolução nº 40/72 da mesma Assembleia, na aprovação de um texto de Lei-Modelo para arbitragem, a ser utilizada internamente pelos países. Esta Lei-Modelo foi revisada, em 2010.

A iniciativa da UNCITRAL foi de grande sucesso. A partir da Lei-Modelo, quase todos os países passaram a nela espelhar sua legislação interna, sendo esta a origem da similaridade nos direitos nacionais acerca do instituto, seja para efeitos do reconhecimento dos procedimentos e das sentenças arbitrais estrangeiras, seja na regulação das arbitragens domésticas³³⁸.

Há que se destacar também o papel relevante da Convenção de Nova Iorque, de 1958, nesta uniformização dos Direitos nacionais, mais precisamente no que tange ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras.

O efeito prático desta similaridade dos direitos nacionais em relação à arbitragem foi medido em estudos que apontam que mais de 80% dos contratos comerciais internacionais adotam cláusula de arbitragem. Ou seja, a uniformidade jurídica em torno da arbitragem

³³⁸ Um estudo levado a efeito pelo Professor Pieter Sanders registra que o impacto da Lei-Modelo é tão elevado que praticamente nenhum Estado que tenha modernizado seu sistema legislativo sobre arbitragem, após a sua edição, teria, inter alia, deixado de levá-la em consideração. Apud DELGADO, José Augusto. A Arbitragem: direito processual da cidadania. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001, p. 6.

conferiu-lhe segurança jurídica que permitiu que passasse a ser a forma precípua de solução dos conflitos no comércio internacional³³⁹.

Em nosso país, as normas ultrapassadas e inibidoras do desenvolvimento do instituto da arbitragem comercial, constantes dos antigos Código de Processo Civil de 1973 e Código Civil de 1916, deram lugar a uma nova lei especial para a arbitragem – Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 –, que foi devidamente baseada na referida Lei Modelo da UNCITRAL e nas regulações da Convenção de Nova Iorque, tornando a legislação nacional inteiramente atualizada em comparação às legislações dos países desenvolvidos.

Aspecto central do aludido avanço legislativo, foi a introdução de previsão expressa acerca da *cláusula compromissória*, conforme estabelecido no artigo 4º daquele diploma legal: “a cláusula

³³⁹ Segundo o estudo de Bruce L. Benson (“Arbitration”, Enciclopedia of Law and Economics, copyright 1998, Departament of Economics, Florida State University): “Lew’s (1978, p. 589) detailed examination of the evidence on international commercial contracts concludes that around eighty percent of these contracts had arbitration clauses at the time of his study, for example, and that over time, ‘more and more [international trades] ... turn to arbitration.’ More recent studies confirm this trend: Casella (1992, p. 1), Berger (1994, p. 12) and others report that about 90 percent of all international trade contracts contain arbitration clauses.”

À conclusão quase idêntica chega o autor português Dário Moura Vicente, utilizando estimativas de Fouchard, Sanders, e Schütze, referindo que em mais de 80% dos contratos internacionais é prevista a cláusula compromissória, e, em algumas espécies de contrato tal percentual atinge 100% (“Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa”, Coimbra Editora, 1990, pág. 17 e 18).

O mesmo estudo de Bruce L. Benson, supra aludido, informa a realidade da utilização da arbitragem nas causas comerciais nos EUA: “Similarly, within the United States, arbitration under the auspices of various commercial organizations, or by independent arbitros, perhaps from the American Arbitration Association (AAA), resolve at least three times as many commercial disputes as the common law courts do (Auerbach, 1983, p. 113).”

compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Em outras palavras, é a promessa, prévia ao advento da controvérsia, de que, se eventualmente a controvérsia se desencadear, a arbitragem será a forma pela qual ela terá solução. Trata-se de contratação sobre lides ainda inexistentes e apenas determináveis³⁴⁰.

O efeito de tal disposição consiste em renúncia focada na pretensão processual, ou, dito mais precisamente, focada em alguns exercícios da pretensão processual. Renúncia esta que previne que a lide guindada pelo acordo de vontade das partes ao juízo arbitral seja decidida através da jurisdição estatal. Não se trata, claro, de uma renúncia pura e simples, e sim de uma renúncia condicionada à efetiva abertura da outra via para solução da controvérsia: o juízo arbitral.

Evidentemente, o *enforcement* da cláusula compromissória é elemento determinante para as possibilidades da propagação da utilização prática da arbitragem, uma vez que é muitíssimo mais difícil que as partes, após o surgimento da lide – quando os interesses já estão antagonizados –, cheguem a um acordo para firmar compromisso, que elege árbitro e define as regras para disputa. De fato, a arbitragem só se

³⁴⁰ Mesmo antes da nova Lei, Pontes de Miranda defendia com clareza a possibilidade de o contrato arbitral se referir a lides determináveis: “Exigem-se as especificações do objeto do litígio, sem que isso afaste que apenas se diga qual a espécie de litígio (*e.g.* ‘todas as ações relativas a compras entre os figurantes do compromisso’, ‘as ações de redibição e de rescisão de contratos entre os figurantes por sócios das coisas vendidas’). A cláusula ‘todas as causas ligadas ao contrato que assinamos acerca de móveis’ é satisfatória, porque determina a espécie.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973. T. 1, 2, 15, p. 279.

efetiva se esta promessa antecedente – estabelecida na cláusula compromissória – tiver força vinculante³⁴¹.

2.2 O debate sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem

A questão que então passou a dominar o debate doutrinário com o advento da Lei de Arbitragem é se tal direito estabelecido por ela não seria inconstitucional: por supostamente ferir o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário³⁴² enunciado no inciso XXXV do artigo 5º da CF – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito³⁴³.

³⁴¹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma Introdução à Arbitragem Comercial Internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5.

³⁴² O princípio é também denominado princípio da unidade da jurisdição. Nélon Nery Júnior o denomina princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou direito de ação. Cf. NÉRY JÚNIOR, 2004, op. cit., p. 87 et seq. Rui Portanova o designa por princípio do controle jurisdicional ou princípio da utilidade da jurisdição. Cf. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 82 et seq.

³⁴³ O princípio tem alcance mais amplo do que o enunciado parcialmente sugere, incluindo possibilidade de acesso ao Judiciário mesmo quando não houver lesão ou ameaça a direito; pois o exame acerca da existência ou não de lesão já exigirá uma apreciação judicial através do exercício do direito de ação (processual). Nas palavras de Álvaro Erix Ferreira: “A impressão que se tem é que, na verdade, quer aquele dispositivo legal garantir, sempre, um direito ao processo, ou seja, ao instrumento legal pelo qual o Estado exerce seu poder de jurisdição, atribuído com exclusividade, ao Judiciário”. FERREIRA, Álvaro Érix. Garantia Constitucional de Acesso à Tutela Jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, n. 659, p. 40-48, set. 1990. P. 40. Dito de outro modo, o direito de ação é o direito a que os pleitos acerca do direito material sejam julgados pelos tribunais. O fato de o feito ser julgado improcedente (quando o autor não tem o direito material) não quer dizer que ao autor não assiste o direito processual. Isto porque a sentença de improcedência é proferida sempre diante de uma ação judicial (exercício do direito processual). Daí a consagração da autonomia do direito processual em relação ao direito material, a qual deve presidir a leitura da norma constitucional.

Mais especificamente, a questão então posta, era se o aludido princípio constitucional, ao referir que a lei não excluirá a apreciação do Judiciário, teria o alcance de impedir o próprio titular do direito ao processo de dispor acerca da pretensão processual em face de determinadas lides. Isto porque, quando se alude à renúncia à pretensão processual – em face às ações delimitadas na convenção arbitral –, se está pressupondo, necessariamente, haver algum grau, ao menos, de disponibilidade do próprio direito – sem o que a renúncia a determinados exercícios da pretensão que lhe é pertinente seria impossível.

A questão suscitava também, como desde antes lembravam Carlos Maximiliano³⁴⁴ e Cretella Júnior³⁴⁵, a condição de original explicitação do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário pelas Constituições nacionais – fato não comum nas constituições de outros países – e que foi resposta pontual à forma como vigorou a ditadura de Vargas, de 1937 a 1945, que criou diversos órgãos com função jurisdicional, limitando legalmente a cognição do Judiciário sobre várias matérias. A necessidade de antídoto à tal experiência particular de viés reconhecidamente fascista – a regressão jurídica maior de nossa história, segundo Pontes de Miranda³⁴⁶ – é que teria ensejado a peculiar tendência de explicitação do princípio no constitucionalismo pátrio, o

³⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1954. V. 2, p. 61

³⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. V. 1, p. 434 et seq.

³⁴⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1960, p. 7.

que se deu, pela primeira vez, já na Constituição de 1946, editada imediatamente após a queda do Estado Novo³⁴⁷.

Esta visão histórica, exigiria uma hermenêutica especial da acomodação do referido princípio com o princípio da demanda, que se concretiza também no princípio da autonomia privada, que reconhece o indivíduo como senhor de seus direitos?

Para que o princípio da inafastabilidade do Judiciário não sufocasse o princípio da demanda, seria cabível a hermenêutica de que as partes podem eleger, por sua prévia livre escolha, a arbitragem como forma de solução de controvérsias claramente delimitadas, abrindo mão da obtenção da decisão de mérito sobre tais controvérsias provinda da jurisdição estatal³⁴⁸.

Se, de um lado, o direito processual é um direito público cuja pretensão não pode ser renunciada genericamente, pois tal lançaria por terra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, de outro lado, o princípio da demanda o tencionaria e o flexibilizaria de forma suficiente, a ponto de não se poder negar tenham os cidadãos o direito de renunciar ao exercício da pretensão processual diante de situações especificadas?

³⁴⁷ A Constituição atual é também superveniente a período ditatorial – no caso o do movimento de 1964, cujo artigo 11 do Ato Institucional nº 5 determinava que excluam-se de qualquer apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

³⁴⁸ CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17-19.

No fundo, estava em discussão se a Constituição Federal de 1988 garantia ou, ao contrário, cerceava a prerrogativa e liberdade dos cidadãos de contratarem a arbitragem, tendo esta contratação eficácia para impedir que os contratantes fossem formular suas pretensões abrangidas pela cláusula compromissória perante o Poder Judiciário, remanescendo a arbitragem como efetiva via obrigatória para solução daqueles conflitos.

Questão, aliás, que já havia sido superada em todos os países desenvolvidos.

2.3 O julgamento da SEC nº 5206-7 pelo plenário do STF

Tal polêmica acendida em torno da cláusula compromissória, entretantes, ao menos no plano jurisprudencial, restou sobejamente. O marco jurisprudencial mais importante em relação à Lei de Arbitragem, o julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na ação de homologação de Sentença (arbitral) Estrangeira nº 5206-7³⁴⁹, se cifrou exatamente em examinar e pontificar a plena constitucionalidade da renúncia à via judicial estatal que é consubstanciada através da previsão da cláusula compromissória.

Naquele caso, o Plenário do STF, sob a forma de controle incidental de constitucionalidade, veio inclusive a julgar a

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Reg. em Sentença Estrangeira nº 5206-8 – Reino da Espanha*. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Fernanda Hesketh e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 dez. 2001.

constitucionalidade de **todos** os dispositivos da nova Lei de Arbitragem³⁵⁰.

A minoria divergente se limitou a invocar a inconstitucionalidade dos enunciados dos parágrafos únicos do artigo 6º e dos artigos 7º, 41 e 42, caput, da nova Lei – que são os que conferem à cláusula compromissória a pretensão à instauração da arbitragem e a exceção de julgamento de mérito pelo Poder Judiciário. A tese vencida foi a de que a cláusula compromissória implicaria renúncia em abstrato ao exercício do direito à pretensão processual. A renúncia cabível a partir da contratação da arbitragem, segundo esta posição minoritária, só seria compatível com o art. 5º, XXXV da CF, diante de lides já concretizadas – e não diante de lides futuras, supostamente ainda desconhecidas, embora decorrentes de uma relação jurídica contratual determinada, como se dá diante da cláusula compromissória.

A posição vencedora seguiu o voto de lavra do Ministro Nelson Jobim:

Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios

³⁵⁰ Por intervenção excepcional do Ministro Moreira Alves, foi aventada a possível inconstitucionalidade de determinadas inovações da nova Lei. Invocado o precedente do Mandado de Segurança nº 20505 – no sentido de que suscitada incidentalmente a questão da inconstitucionalidade *a Corte não se poderá furtar de decidi-la, ainda que não seja ela essencial à solução do caso concreto* – o Ministro Relator Sepúlveda Pertence trouxe a Plenário o exame da constitucionalidade de toda a nova Lei de Arbitragem: *Estou, assim, em que devemos enfrentar integralmente os problemas constitucionais sugeridos pela nova Lei da Arbitragem*. E assim iniciou o julgamento.

determináveis, decorrentes de contrato específico. Lá não se encontra essa proibição.³⁵¹

A Ministra Ellen Gracie, no mesmo sentido, assim se manifestou:

[...] a inserção da cláusula assecuratória de acesso ao judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma.³⁵²

Os demais Ministros que acompanharam o Ministro Jobim acentuaram também que a garantia constitucional de acesso ao Judiciário não se confunde com sua imposição. A Constituição não veda que as partes contratem previamente que lides futuras perfeitamente determináveis, pois envolvendo apenas aquelas tratando de direito disponíveis decorrentes de um dado contrato, fiquem excluídas do julgamento do Judiciário.

³⁵¹ BRASIL, 2001, op. cit. E segue o voto: “A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometem a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura. A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial. É necessário o contrato e a relação jurídica dele decorrente. Pontes de Miranda já isso afirmava na vigência do CPC de 1939: O compromisso tem de referir-se à arbitragem sobre determinado litígio já pendente, ou a determinada controvérsia que surgiu, ou pode surgir de negócio jurídico. São essas as chamadas controvérsias compromissíveis. Se o conteúdo é indeterminado, como se os contratantes submetem todas as controvérsias que surjam entre eles, não vale o compromisso, porque falta a determinação, ou, pelo menos, a determinabilidade do objeto do litígio”. Ibid, loc. cit.

³⁵² Ibid, loc. cit.

A demarcação da constitucionalidade da aludida previsão da Lei de Arbitragem foi encontrada em ponderação entre o princípio da demanda e o da inafastabilidade do Judiciário. De um lado, deve ser preservado o direito subjetivo dos cidadãos – no sentido de que são eles os titulares da pretensão (atributo do direito) de exercício da ação judicial diante de lides delimitadas e, assim, podem dela dispor. De outro, há que se resguardar a efetividade da garantia de acesso à via judicial, remanescendo íntegro seu *status* de direito constitucional fundamental irrenunciável, ao menos como prerrogativa geral. Esta é a interpretação que preserva e confere a máxima efetividade a ambos os princípios, respeitando suas especificidades, com harmonização (concordância prática).

Assim, remanesce na esfera do direito subjetivo dos cidadãos a condição de formular renúncia ao exercício da pretensão de direito processual – desde que seja uma renúncia específica e delimitada (a lides delimitadas), como exatamente se passa na contratação da arbitragem.

Como já mencionado, tal decisão do STF segue o destino dado à tal questão pelas Cortes de todos os países desenvolvidos em relação à cláusula compromissória. Registra-se que o encaminhamento do parecer do Procurador-Geral da República e o voto do Ministro Ilmar Galvão aludiram que certo caráter arredo do Direito nacional à arbitragem vinha determinando que nacionais tivessem de optar por outras jurisdições em contratos internacionais, quando não preteridos em contratações.

A decisão inseriu a escolha pela utilização da arbitragem dentro de uma política pública, que, se não adotada, lançaria o Brasil em certo ostracismo e isolamento internacional, não só no plano jurídico, mas também econômico e social³⁵³, levando em conta que, conforme ensinou Bonavides, a moderna interpretação da Constituição deve estar atenta aos “deferimentos” das exigências da realidade social³⁵⁴.

Quando do proferimento do seu voto, o Ministro Marco Aurélio destacou: “...creio que estamos aqui em um dos julgamentos mais importantes do Tribunal. Peço vênia ao nobre Relator para concluir que a Lei de Arbitragem, ao contrário do vislumbrado e asseverado por Sua Excelência, consagra a liberdade. E esta – a liberdade – é o valor maior a ser preservado.”

O referido do julgamento, por certo, teve importância enorme, em primeiro lugar para estabelecer o devido alcance da garantia constitucional do art. 5º, XXXV, o que é paradigmático para o entendimento de todo o Direito Processual, em nosso sistema jurídico. Restou claro que tal regra constitucional se dirige ao legislador, mas não veda que os cidadãos tenham a liberdade de contratar de forma

³⁵³ Sobre política pública favorável à arbitragem, vide o seguinte comentário do Ministro José Augusto Delgado: “A arbitragem, na forma instituída no Brasil, atende, conseqüentemente, aos propósitos fundamentais veiculados na Carta Magna e se aproxima dos anseios do povo de conviver com uma justiça rápida, segura, desburocratizada e de fácil acesso.” DELGADO, 2003, op. cit., p. 19.

³⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21. ed.. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.p. 459. Também o Ministro José Augusto Delgado ressalta a *atualidade* como elemento para adoção da arbitragem: “Vivencia-se, na atualidade, uma transformação do modelo até então adotado para o Estado, buscando-se novas estruturas para o seu funcionamento”. DELGADO, José Augusto. A Arbitragem: direito processual da cidadania. Revista Jurídica, São Paulo, v. 49, n. 282, p. 5-18, abr. 200, p. 20.

válida e vinculante outra forma de solução de seus conflitos, delimitando-se, mais claramente, os limites da própria jurisdição estatal e do estabelecimento de jurisdição privada para o julgamento pontual de determinadas controvérsias.

3. OS NOVOS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS DA ARBITRAGEM: OS ATUAIS FRONTS DE BATALHA

3.1. Arbitragem na Administração Pública

Embora a possibilidade de arbitragem tendo a participação da administração pública já tivesse posições favoráveis na doutrina e na jurisprudência há bastante tempo, a minirreforma da Lei 9.307/96 efetuada no ano de 2015 positivou expressamente esta possibilidade. A mudança legislativa veio logo no artigo 1º da Lei de Arbitragem, com a inclusão dos parágrafos primeiro e segundo ao referido artigo.

Além dessas inclusões, houve acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 2º da mesma lei, prevendo algumas normas importantes a esse respeito. Tal alteração determina que a arbitragem com a administração pública seja sempre de direito, ou seja, veda o julgamento por critério exclusivamente de equidade, bem como impõe a aplicabilidade do princípio da publicidade.

Faz-se necessário esclarecer que a confidencialidade não é um princípio geral da arbitragem, embora sempre seja apontada como uma das suas vantagens, especialmente em conflitos de natureza empresarial. Não existe nenhum texto legal determinando a confidencialidade, mas a prática amplamente consagrada no mercado é a previsão contratual de sigilosidade do procedimento e da matéria de

mérito em debate, inclusive sendo previsto em todos os regulamentos de arbitragem das principais instituições brasileiras. Assim, a regra da publicidade e o direito brasileiro são sempre aplicáveis às arbitragens envolvendo a participação da administração pública por força de princípios constitucionais e das normas legais. Nem a cláusula compromissória nem o regulamento de uma câmara administradora do conflito poderão prevalecer sobre tais normas e princípios.

Entretanto, não são raros os questionamentos judiciais sobre cláusulas arbitrais em contratos administrativos, apesar da previsão legal acerca da possibilidade de arbitragem no âmbito do direito público. Em razão de o Brasil ser um país de proporções continentais com diversos representantes do Estado em sentido lato, além de seus outros tantos legitimados a defender os interesses públicos, conforme a legislação processual pátria, acaba-se verificando alguns debates jurídico repetidos que já deveriam ter sido superados. No caso em tela, o debate que se repete ao longo da história diz respeito à equivocada percepção de que o uso de arbitragem para dirimir conflitos nos contratos com a administração pública fere a Constituição Federal.

A possibilidade de a administração pública optar pela via arbitral como forma de solucionar seus conflitos, embora tratada como grande novidade no direito pátrio, existe antes mesmo de o Brasil ser república. Na fase do Brasil Império, quando se iniciaram as primeiras contratações de concessões, já se previu o uso da arbitragem como forma de solução de conflitos. Cite-se como exemplo histórico as concessões de 1850 e o Decreto n. 7.959 de 1880, conforme destaca a

Professora Selma Lemes³⁵⁵. O caso “Lage” é o precedente mais famoso e citado como marco acerca do reconhecimento da Constitucionalidade da arbitragem envolvendo a administração pública, ainda sob o regime da C.F. de 1937.

Logo, os desafios constitucionais da arbitragem se repetem ao longo da história, uma vez que nesse clássico precedente do Supremo Tribunal Federal, a União tentava anulação de laudo arbitral o qual fixava o valor de indenização em favor de pessoas privadas por “incorporação” de patrimônio privado pela Administração Pública. O Procurador da Fazenda adotava o fundamento da suposta inconstitucionalidade de arbitragem prevista no Decreto-Lei nº. 9.521/1946. Alegava a União que, na CF de 1937, restavam vedados Tribunais de Exceção ou foros privilegiados, não podendo se realizar julgamentos por órgãos estranhos à Justiça Ordinária. Em todas as instâncias, o entendimento era favorável à legalidade e constitucionalidade da arbitragem naquele caso. Na decisão do AI. 52.181, encontra-se a gênese do atual entendimento em favor da arbitragem com participação da administração pública, com base na ideia de que a União Federal pode optar por arbitragem, por ter capacidade de contratar, sendo que determinadas questões estão dentro de um âmbito de interesses contratuais e transacionáveis. Tais interesses contratuais são passíveis de ser objeto de arbitragem.

Ocorreu que a arbitragem deixou de ser utilizada no Brasil e se tornou, durante muitos anos, um instituto fantasma que, apesar de

³⁵⁵ LEMES, Selma. Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica, São Paulo:Quartier Latin, 2007, p. 63.

previsto, era raramente utilizado. Assim, há um lapso de decisões sobre esta matéria, até o momento de sua retomada com o surgimento da Lei 9.307/96, já na vigência da Constituição Federal de 1988. Com a Lei de 1996, a questão de Constitucionalidade da arbitragem foi levantada novamente tanto em caráter geral (como já analisado na parte inicial deste artigo), como no âmbito da administração pública.

A questão diz respeito à arbitrabilidade. Sob o enfoque subjetivo, gerou-se uma discussão sobre a possibilidade de a administração pública firmar convenção de arbitragem pela falta de capacidade jurídica para tal ato em razão de falta de previsão legal, configurando, na visão de alguns, uma violação ao princípio da legalidade. Na visão da citada doutrina de Selma Lemes, o entendimento doutrinário histórico sempre foi pela desnecessidade de previsão legal específica para os entes públicos firmarem a convenção de arbitragem, pois é reconhecida a sua capacidade de contratar, sendo esta a mesma capacidade para firmar a cláusula de arbitragem³⁵⁶.

Pela ótica da arbitrabilidade objetiva, discute-se se os direitos envolvidos são disponíveis pelo administrador público. Havia uma dificuldade inicial em reconhecer a disponibilidade de alguns direitos da administração pública, pois, em geral, reconhece-se como princípio de direito administrativo a indisponibilidade do interesse público e a sua supremacia sobre os interesses puramente privados. Com base na doutrina administrativista, o administrador público é dotado de “poder-dever”, ou, como prefere Celso Antonio Bandeira de Mello, “deveres-

³⁵⁶ LEMES, Selma. *Op. Cit.* p. 82 e 122.

poderes”³⁵⁷. Isso faz com que o administrador público se torne mero curador dos interesses dos quais ele não pode livremente dispor, justamente por ser interesses da coletividade que se sobrepõem aos interesses privados³⁵⁸. Além disso, leciona Di Pietro que há clara previsão legal de que o interesse público é irrenunciável no artigo 2º da Lei 9.784/99³⁵⁹.

Essa visão, entretanto, desconsidera completamente outra parte importante do direito administrativo brasileiro, qual seja: a clássica distinção entre interesse público primário e secundário. Com esta distinção, verifica-se que o Estado age de duas formas: primeiro como ente soberano, impondo a supremacia do interesse público; segundo, age como se fosse um ente privado, contratando e negociando, devendo observar certas normas de mercado, onde os seus interesses não equivalem ao interesse público propriamente dito³⁶⁰. Pode-se adotar, ainda, a distinção dos atos de império e os atos de gestão³⁶¹. Esta diferenciação não foi criada pelos arbitralistas, sendo adotada amplamente pelos doutrinadores do direito administrativo, como, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶².

³⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2008, P. 72.

³⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* P. 73 e 74. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001 p. 95 e 96.

³⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2009 p. 67

³⁶⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96, 3ª Edição, São Paulo: 2009, p. 45.

³⁶¹ LEMES, Selma. *Op. Cit.* p. 132.

³⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* P. 72 e 73.

O interesse público primário é o verdadeiro interesse público, ou seja, de toda a coletividade o qual não é disponível pelo administrador público. Trata-se do mérito administrativo propriamente dito. Exemplos tipicamente citados são aqueles direitos decorrentes dos atos de império da administração pública, como o exercício do Poder de Polícia, ou o poder que a administração pública tem decidir pela medida adequada a atender o interesse da coletividade. De outro lado, o interesse secundário é aquele entendido como exclusivamente da administração e não da coletividade propriamente dito. Por exemplo, na desapropriação, embora o direito de desapropriar seja ato de império não arbitrável, o valor da indenização sim o é. Outra situação mais comum atualmente, diz respeito às questões econômicas dos contratos administrativos, que também são matérias arbitráveis.

A fim de não deixar margem para dúvidas, diferentes normas legais que tratam de relações contratuais entre pessoas privadas e entes públicos passaram a ter regras sobre soluções alternativas de conflitos, inclusive arbitragem.

A Lei n. 9.472/97, que regula os serviços de telecomunicações e cria a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, possibilita que os contratos de concessão estabeleçam “[...] o modo para solução extrajudicial de divergências contratuais.” (art. 93, XV).

No âmbito da dos contratos da Agência Nacional de Petróleo – ANP, a Lei 9.478/97 prevê, no artigo 43, inciso X, que o contrato tem entre suas cláusulas essenciais “as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

No setor de transportes, a Lei 10.233/2001, também prevê o uso da arbitragem nos contratos de concessões deste setor (art. 35, XVI).

A Lei dos Portos n. 12.815/2013, artigo 62, §1º, e seu decreto regulamentador n. 8.465/2015 também trataram da questão.

Entre as normas gerais, a Lei de Parcerias Público-Privadas (11.079/2004) prevê arbitragem em seu artigo 11, inciso III. A Lei Geral de Concessões (8.987/95) estabelece como cláusula essencial dos contratos de concessão, no artigo 23, inciso XV, “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. Para ficar mais explícito, esta lei teve acrescido o artigo 23-A, agora, citando de forma expressa a possibilidade de arbitragem. Por fim, conforme já citado, a Lei de Arbitragem 9.307/96, desde 2015, também contém norma expressa acerca do tema.

Destarte, supera-se com isto qualquer suposta violação do princípio constitucional da legalidade, pois diferentes legislações estabeleceram a arbitragem como via possível de solução de conflitos nos contratos com a administração pública.

Apesar disso, a arbitragem seguiu sendo desafiada em ações promovidas recentemente. O posicionamento do Tribunal de Contas da União, inicialmente, foi contrário ao uso da cláusula compromissória em contratos administrativos, gerando insegurança jurídica.

Porém, a jurisprudência brasileira foi firme, fortalecendo o instituto, restabelecendo a segurança jurídica aos diversos players interessados nessa temática. O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela legalidade e possibilidade de cláusula compromissória em contratos firmados com empresas públicas em decisões nos anos de 2006 e 2008

(AgRg in MS Nº 11.308 e REsp 606345/RS). Novamente, em 2011, o STJ julgou válida a cláusula compromissória, inclusive compatibilizando-a com a cláusula de eleição de foro no mesmo contrato, pois a abrangência dos possíveis conflitos a serem dirimidos por uma forma e outra serem diferentes, *infra*:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF.

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da

arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

(REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012)

Entre os anos de 2012 e 2013, a União Federal tentou licitar um contrato para a construção e concessão da linha de transporte por meio de Trem de Alta Velocidade, popularmente chamado de “trem-bala”, que ligaria as cidades de Rio de Janeiro, São Paulo e Campinas. Novamente, havia cláusula compromissória na minuta de contrato apresentada no edital de licitação lançado pela ANTT. Tal cláusula foi questionada em ação judicial do Ministério Público Federal, mas novamente, o Judiciário aplicou a legislação e reforçou a juridicidade e constitucionalidade da cláusula compromissória nos contratos administrativos³⁶³.

Assim, não há mais dúvidas sobre a constitucionalidade da arbitragem em disputas com envolvimento da administração pública,

³⁶³ BRASIL. Poder Judiciário – Justiça Federal de Brasília - Sentença - Processo n. 14512-22.2011.4.01.3400 – JFDF.

embora possam surgir novas impugnações às cláusulas compromissórias neste tipo de contrato. De outro lado, por estar-se no âmbito de direito público, existem algumas questões a serem observadas e que não seriam levantadas no âmbito de contratações puramente privadas.

Sob uma outra perspectiva, a arbitragem na administração pública em contratos mais complexos e de valores maiores pode servir para atender ao princípio constitucional da eficiência administrativa³⁶⁴. Eros Roberto Grau foi enfático ao afirmar que o uso da arbitragem, além de não ser vedado, é recomendável, sob esta perspectiva³⁶⁵. Não é nenhuma novidade no âmbito das contratações de grandes obras de infraestrutura que a arbitragem é usada como forma de atrair investidores privados, portanto, serve para que o Estado possa promover de forma mais efetiva a competição de propostas, a fim de poder escolher a melhor opção para o interesse público. Trata-se de princípio geral das licitações, estabelecida no artigo 3º da Lei Geral de Licitações n. 8.666/93.

O mesmo artigo acima citado estabelece outros princípios constitucionais orientadores do processo licitatório:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com

³⁶⁴ LEMES, Selma. *Op. Cit.* P. 149-154; 180; 269-272.

³⁶⁵ GRAU, Eros. Da Arbitralidade De Litígios Envolvendo Sociedades De Economia Mista E Da Interpretação De Cláusula Compromissória. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 18/399. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2002.

os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Assim, surgem algumas questões constitucionais específicas quando a opção do contratante público for pela arbitragem. Com base no artigo supra transcrito, pode-se sustentar que a cláusula compromissória deve ser estabelecida desde a fase da concorrência, pois ela tem impacto direto nos custos de transação do referido contrato, sendo levada em consideração na hora do concorrente apresentar sua proposta financeira, por exemplo. Além disso, esta previsão desde a fase da licitação serve para respeitar os princípios da igualdade e da impessoalidade, pois permitir a solução arbitral em momento posterior e sem previsão no edital de licitação poderá ser visto como tratamento desigual entre os licitantes. Ainda, o tipo de arbitragem, se *ad hoc* ou institucional, bem como a forma de determinar a Câmara Arbitral a administrar o procedimento, deveriam já estar regulados no edital, pois também podem impactar os custos do contrato, e conseqüentemente, influenciar a elaboração das propostas dos licitantes. Isso se daria com base no princípio da vinculação ao edital de licitação regente das contratações públicas, conforme posicionamento de alguns Tribunais de Contas do país³⁶⁶.

³⁶⁶ SLVA, João Paulo Hecker da. Arbitragem, Tribunal de Contas e o Direito Marítimo Portuário – IV. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254066,101048-Arbitragem+Tribunal+de+Contas+e+o+Direito+Maritimo+Portuario+IV>

De outro lado, pode-se defender que a lei de arbitragem possibilita duas opções de se comprometer a arbitrar uma disputa, tanto pela via da “Cláusula Compromissória”, como pela via do “Compromisso Arbitral”, que é o documento firmado, depois de surgido um conflito, sem a prévia contratação da arbitragem. Assim, a opção pela arbitragem não necessitaria estar prevista no edital de licitação, uma vez que a Lei de Arbitragem possibilita também o compromisso arbitral. O STJ entendeu pela validade de compromisso arbitral mesmo sem previsão editalícia, no julgamento do REsp 904.813/PR. Esse julgamento foi utilizado em nova decisão do STJ para negar seguimento ao REsp 1.436.312. Comentando esta jurisprudência, Arnoldo Wald também se posiciona a favor da possibilidade de compromisso arbitral, mesmo sem previsão anterior no edital:

O segundo aspecto relevantíssimo se refere ao reconhecimento que o fato de não constar do edital a cláusula compromissória não impedia que as partes, posteriormente, no momento em que surgiu o litígio, recorressem à arbitragem. A vinculação dos contratantes ao edital abrange a essência do negócio e os pontos que são economicamente relevantes. Neste sentido, salienta o voto da relatora que a substituição do foro do contrato pela arbitragem por decisão consensual das partes “não vulnera o conteúdo, ou as regras do certame” pois “não se pode dizer que a licitação teria outro resultado, ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para a solução de controvérsias”. Essa afirmação nos parece importante, pois implica em reconhecer que a submissão do litígio à arbitragem não precisa de autorização específica, decorrendo do andamento normal dos negócios e do interesse das partes, do mesmo modo que, por exemplo, a mudança do local do pagamento. É uma verdadeira “banalização” da cláusula compromissória e da arbitragem no sentido de retirar-lhe o aspecto extraordinário, ou extravagante que se lhes atribuía no

passado. É, pois, matéria a ser decidida consensualmente pelas partes, independentemente da previsão ou ausência de previsão no edital.³⁶⁷

Em suma, hoje, já não se pode mais discutir a constitucionalidade da arbitragem em conflitos com a administração pública. De outro lado, novas questões constitucionais emergem deste entendimento. Isso ocorre em razão da intersecção entre princípios de direito público e de direito privado, quando se está diante de solucionar conflitos por um mecanismo tipicamente privado e extrajudicial em contratos administrativos.

Tais questões, apenas, geram necessidade de alguns cuidados com a observância dos princípios orientadores dos contratos administrativos, sem inviabilizar o uso da via arbitral, conforme destacado. Assim, em se tratando de arbitragem e administração pública, passados 30 anos da C.F., o desenvolvimento da matéria ocorreu no sentido de consolidação deste meio de solução de conflitos, mas sempre enfrentando novos desafios que a dinâmica das relações sociais exige no desenvolvimento de qualquer instituto jurídico.

3.2. Arbitragem nas Sociedades Anônimas

A partir do processo histórico que lançou as bases da moderna arbitragem brasileira (promulgação da Lei 9.307/96 e a posterior declaração de sua constitucionalidade pelo STF – vide tópico 2 acima), percebeu-se um incrível avanço no número de procedimentos arbitrais

³⁶⁷ WALD, Arnaldo. Licitude de compromisso arbitral em contrato administrativo mesmo quando o edital não previu a arbitragem - comentários ao resp 904.813/PR.Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 33/2012 | p. 361 - 376 | Abr - Jun / 2012 | DTR\2012\44758

em território nacional. E boa parte desse crescimento exponencial verificado até hoje se deve às arbitragens envolvendo litígios entre sócios. Tanto é assim, que arbitragens sobre Direito Societário ocupam um percentual destacado no rol de procedimentos em curso nas principais câmaras arbitrais brasileiras, conforme pesquisa publicada por Selma Lemes em 2017 – no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), por exemplo, cerca de 50% das arbitragens em trâmite tratam de disputas societárias³⁶⁸.

Apesar dessa larga utilização da arbitragem no Direito Societário, bem como da inclusão ainda em 2001 do §3º no art. 109 da Lei 6.404/76 (Lei das S/As)³⁶⁹, a utilização da arbitragem em sociedades anônimas não foi de todo resolvida. Insiste-se com o debate sobre a vinculação da cláusula compromissória constante no estatuto de sociedade anônima aos acionistas minoritários que não consentiram com sua inclusão. Em outras palavras, questiona-se a constitucionalidade de se vedar ao acionista minoritário a apreciação do mérito de sua eventual causa pelo Poder Judiciário, quando o acionista não teria concordado com a convenção arbitral inserta no estatuto da sociedade, inclusive, em alguns casos, tendo expressamente

³⁶⁸ LEMES, Selma. Arbitragem em Números e Valores. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf.

³⁶⁹ O dispositivo inseriu na Lei das S/As a possibilidade expressa de inclusão de cláusula compromissória no estatuto das sociedades anônimas: “§3º. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.”

manifestado sua contrariedade quando da assembleia de sócios que votou a inserção da referida cláusula. Modesto Carvalhosa, um dos principais expoentes dessa visão crítica, assim se posiciona sobre a vedação da via judicial normal:

[...] depende de expressa declaração de vontade das partes envolvidas, seja na cláusula compromissória, seja no compromisso propriamente dito. Há, com efeito, um requisito necessariamente de forma para a validade e eficácia da cláusula compromissória estatutária, que depende de sua específica e formal adoção por parte de todos os compromissados. Sem essa aprovação a cláusula compromissória é nula, por ferir o direito essencial do acionista de socorrer-se do Poder Judiciário. E essa aprovação vincula os fundadores na constituição e os acionistas que nas alterações estatutárias posteriores tiverem expressamente renunciado ao direito essencial prescrito no §2º do art. 109 da Lei 6.404/1976, para inclusão desse pacto parassocial no estatuto. [...] Assim, a cláusula compromissória não vincula nem os acionistas atuais que não subscreveram o pacto e nem os acionistas que posteriormente adentram a sociedade sem expressamente aderi-lo.³⁷⁰

Com o objetivo de por fim à discussão, a reforma da Lei de Arbitragem em 2015 (Lei 13.129/15) tratou de inserir o art. 136-A na Lei das S/As. Criou-se um mecanismo que garante a aplicação da cláusula compromissória estatutária a todos os acionistas ao mesmo passo que propicia uma alternativa ao acionista inconformado – *vide* o *caput* do aludido dispositivo:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista

³⁷⁰ CARVALHOSA, Modesto. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral. In: Reforma da Lei das Sociedades Anônimas. Coord. Jorge Lobo. São Paulo: Ed.Forense, 2002, p. 329.

dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

A Lei das S/As, portanto, deixa cristalino o tratamento de norma organizativa conferido à cláusula compromissória estatutária. Quer dizer, entende-se que o acionista ao ingressar em sociedade anônima que já contenha convenção arbitral em seu estatuto, adere por completo a todas as suas cláusulas “inclusive a relativa ao modo de solução do conflito [...] há a anuência tácita do adquirente com a previsão de arbitragem”³⁷¹. E, para elidir a hipótese do acionista que ingressara na sociedade quando não havia cláusula compromissória em seu estatuto e que não deseja se ver vinculada à convenção arbitral posteriormente aprovada pela assembleia de sócios, foi-lhe garantido o direito de retirada. Em não exercendo tal direito, entende-se, é claro, sua final resignação/aceitação da convenção arbitral, a ela vinculando-se³⁷².

Não obstante o novo mecanismo, uma corrente minoritária da doutrina persiste com a crítica. Para Jorge Lobo e Modesto Carvalhosa, em apertada síntese, o art. 136-A da Lei das S/As viola o art. 5º, inciso XXXV, da CF (cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, inciso IV, da

³⁷¹ CAHALI, Francisco José, Curso de Arbitragem, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 427.

³⁷² Anota-se que o §2º do art. 136-A da Lei das S/As limita o referido direito de retirada. Em síntese, não haverá direito de retirada nos casos em que a convenção arbitral for incluída no estatuto da sociedade em razão de condição para que esta seja listada em bolsa de valores, ou quando a companhia já for de capital aberto. Entende-se, nessas hipóteses, que o acionista informado com cláusula compromissória estatutária tem facilidade para rapidamente vender sua posição acionária no mercado, desvinculando-se de todo da sociedade. Em não o fazendo, assume-se sua final aceitação de todas as normas sociais, inclusive a convenção arbitral.

CF), pois haveria a negativa de apreciação pelo Poder Judiciário de eventuais lesões sofridas por acionistas minoritários sem que estes tenham acordado com a suspensão da via judicial estatal³⁷³. E, infelizmente, tal visão já teve repercussão jurisprudencial. O Tribunal de Justiça de SP, por ocasião de julgamento de Agravo de Instrumento publicado em 14/12/2016, confirmou liminar para a suspensão dos efeitos de assembleia de sócios que aprovou convenção arbitral estatutária³⁷⁴. O acórdão trouxe como fundamento central suposta violação ao art. 5º, inciso XXXV, da CF, na medida em que o exercício do direito de retirada pelo acionista divergente ou o tratamento de seu litígio na via arbitral representariam demasiado ônus às contas da sociedade.

Com a devida vênia, a alegação de inconstitucionalidade do art.136-A da Lei das S/As não tem maior sustentação. Nelson Eizirik, outrora identificado como um dos críticos, hoje pondera que no mesmo artigo da Constituição no qual consta o inciso XXXV também há o inciso XVII, que garante a liberdade de associação para fins lícitos: “significa que todos podem organizar-se em associação privada instituindo suas regras” e “sendo a regra a constitucionalidade, devemos ter prudência. Em caso de dúvida, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade”³⁷⁵. Nessa linha, Rodrigo Tellechea esclarece que o direito fundamental de acesso à justiça, em verdade, não possui

³⁷³ Seminário promovido pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) em 25/04/2018.

³⁷⁴ Agravo de Instrumento nº 2031444-61.2016.8.26.0000, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, publicado em 14/12/2016.

³⁷⁵ Seminário. *Op. cit.*

natureza irrenunciável ou inafastável, sendo o direito de ação a faculdade de escolha entre a jurisdição estatal e o juízo arbitral – preservada tal prerrogativa, mantem-se resguardado o direito insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CF³⁷⁶.

Ademais, para além de relembrar os fundamentos lançados pelo STF no seminal julgamento da SEC nº 5206-7 (*vide* tópico 2 acima), no qual se reconheceu de modo definitivo a via arbitral como uma das formas de concretização da prestação jurisdicional (e não seu afastamento), cumpre destacar a lição de Pedro B. Martins:

[...] a deliberação que aprova a cláusula compromissória estatutária não se configura em uma conduta ilícita do controlador, passível de anulação por abuso de direito ou de poder, ou desvio de poder. Impensável tal conjectura. Trata-se de deliberação que atende aos propósitos e objetivos da sociedade (ato *intra vires*) e alinhada ao interesse social. Nada há de antijurídica dita deliberação, pois não ofende o interesse da coletividade que, ao final, encerra o interesse da sociedade. E, para esta, a *eficiência jurídica* é de grande relevância.³⁷⁷

Por isso, bem mais acertada e em linha com a doutrina majoritária, é a posição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em sede de julgamento de Apelação em 15/12/2016, o referido tribunal manteve sentença que encerrou sem resolução de mérito ação movida contra a Petrobrás por acionista, que alegava preliminarmente a inconstitucionalidade da cláusula compromissória estatutária da

³⁷⁶ TELLECHEA, Rodrigo. Arbitragem nas Sociedades Anônimas: Direitos Individuais e Princípio Majoritário. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 392.

³⁷⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.109.

companhia³⁷⁸. O acórdão afasta de modo contundente qualquer violação ao art. 5º, inciso XXXV, da CF – segue breve excerto:

[...] disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404/76 devem ser resolvidas por meio de arbitragem, nos termos do artigo 58 do Estatuto da PETROBRÁS.

Se no estatuto da empresa há previsão da solução de conflitos pela arbitragem, ou seja, se há cláusula compromissória, não poderá o sócio abster-se de aderir, uma vez que, o acesso às regras expostas no estatuto, é público, sob pena de inviabilizar a condução das relações internas da sociedade anônima.

O investidor não é obrigado a fazer parte da companhia. Se optar pelo ingresso, presume-se que avaliou e acatou voluntariamente as disposições estatutárias. Até porque, o registro do estatuto social na junta comercial, ou sua inscrição na bolsa de valores ou no mercado de balcão, ratifica a presunção de pleno conhecimento pelos acionistas. A exigência de aceitação expressa não encontra respaldo nem na Lei das Sociedades Anônimas, nem na Lei da Arbitragem.

Não há falar em ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. O princípio contido no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente nestes casos deve ser acionado.

Em síntese, a arbitragem no Dir. Societário brasileiro tem notável evolução e o art. 136-A da Lei das S/As inseriu mecanismo que contribuiu de modo relevante para a mitigação de suas críticas, ainda que não as tenha de todo eliminado³⁷⁹. Mesmo estando bastante

³⁷⁸ Apelação Cível Nº 5009846-10.2015.4.04.7201, TRF4, 4ª Turma, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, em 15/12/2016.

³⁷⁹ Registra-se que parte relevante da doutrina arbitral não reagiu de modo tão positivo à inserção do art. 136-A na Lei das S/As, pois para esses arbitralistas seria um exagero a previsão do direito de retirada de acionista divergente, bem como a exigência de quórum qualificado para a aprovação da inserção de cláusula

encaminhada, é preciso reconhecer que a superação definitiva de todos os questionamentos acerca da constitucionalidade do art. 136-A da Lei das S/As demandará novos pronunciamentos judiciais na linha do referido julgado do TRF4, em especial de nossas cortes superiores. Sem embargo, confia-se que o Judiciário brasileiro seguirá prestigiando e promovendo o desenvolvimento da arbitragem, como o tem feito nas últimas décadas.

3.3. Arbitragem nos Dissídios Trabalhistas Individuais

O instituto da arbitragem se faz presente na legislação trabalhista há muito tempo. À título de exemplo, pode-se fazer essa breve lista de dispositivos que fazem referência à arbitragem: Decreto nº 1.307 de 1907; arts. 3º e 7º da Lei de Greve (Lei 7.783/89); art. 23 da Lei dos Portuários (Lei 8.630/93); art. 83 da Lei Complementar 75/93; art. 4º da Lei 10.101/00; para além da Resolução do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho nº 44, de 1999. Mas até pouco era no §2º do art. 114 da CF que a arbitragem tinha seu maior destaque no campo do Direito do Trabalho:

Art. 114. [...]

§2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o

compromissória estatutárias. Para detalhes dessa discussão, veja MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas. Disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2372; e FRANZONI, Diego. Arbitragem Societária. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. p. 148-152.

conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A partir do referido dispositivo constitucional, portanto, mesmo a mais conservadora doutrina trabalhista reconhece a possibilidade de arbitragem dos dissídios coletivos – ainda que pouquíssimo utilizada. A grande cizânia, em verdade, reside na possibilidade de arbitragem dos dissídios trabalhistas individuais. André Vasconcelos Roque traçou um panorama bastante ilustrativo desse dissenso histórico e seu reflexo na jurisprudência:

No TST, por exemplo, nada menos que seis das oito Turmas possuem precedentes considerando os dissídios individuais inarbitráveis de uma forma geral. Uma turma possui julgados nos dois sentidos, evidenciando que a matéria ainda não se pacificou naquele órgão fracionário. E apenas a 4.^a Turma do TST tem orientação mais favorável à arbitragem trabalhista nos litígios individuais.

A validade das sentenças arbitrais, entretanto, tem sido reconhecida pela Justiça Federal e até mesmo pelo STJ em demandas ajuizadas por ex-empregados para fins de liberação do FGTS após o encerramento da arbitragem que reconhecer o fim da relação de trabalho.³⁸⁰

Entre outras questões, um dos argumentos recorrentes utilizados para negar a possibilidade de arbitragem de dissídios individuais era a suposta ausência de autorização legal expressa, depreendida de uma interpretação restritiva do já mencionado art. 114 da CF e da própria

³⁸⁰ ROQUE, André Vasconcelos, A Evolução da Arbitrabilidade Objetiva no Brasil: Tendências e Perspectivas, Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 33/2012, Abr - Jun / 2012, p. 309.

Lei de Arbitragem³⁸¹. De outro lado, alguns expoentes da doutrina arbitralista iam em sentido contrário, como exemplifica Carlos Alberto Carmona:

As causas trabalhistas também são, em princípio, arbitráveis, não havendo necessidade de procurar na nova Lei qualquer menção específica ao Direito do Trabalho para que o mecanismo de solução de controvérsias seja aplicável também às questões laborais.³⁸²

Não obstante, com intuito de ultrapassar o argumento da ausência de previsão legal expressa e viabilizar a via arbitral ao menos à alguns empregados com mais condições de igualdade em relação aos seus empregadores, inseriu-se na reforma da Lei de Arbitragem (Lei 13.129/15) dispositivo que autorizava cláusula compromissória nos contratos de administradores ou de diretores estatutários. A cláusula compromissória, contudo, só teria eficácia caso o empregado instaurasse o procedimento arbitral ou consentisse com sua instauração³⁸³. Ainda que aprovado pelo Congresso Nacional, tal dispositivo foi vetado pela Presidência da República.

Por ocasião da reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467/17), 02 anos mais tarde, retoma-se o debate. E é aprovado no bojo da reforma

³⁸¹ Informativo TST nº 104, SBDI-1. Período: 14 a 27 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/1204330/Informativo%20TST%20n%C2%BA%20104>

³⁸² CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 39.

³⁸³ Eis o texto proposto na reforma da Lei de Arbitragem: “§ 4o Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.”

laboral a inserção do art. 507-A na Consolidação das Leis Trabalhistas – *in verbis*:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Criou-se, portanto, dispositivo que foi além do texto vetado na reforma da Lei de Arbitragem em 2015, pois não impõe nenhuma condição futura à eficácia da cláusula compromissória regularmente ajustada entre as partes quando da contratação, em especial a superveniente confirmação da vontade do empregado. Sob outra perspectiva, entretanto, o art. 507-A da CLT tem abrangência ainda mais restrita que o texto vetado em 2015 – estima-se que apenas 2% dos trabalhadores de carteira assinada atendam ao requisito econômico de remuneração superior a duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social (aprox. R\$ 11.000,00)³⁸⁴. Ainda que debatível, a intenção do legislador foi estabelecer critério rigorosamente objetivo para a identificação dos profissionais de mais alta condição econômica e social, que, em razão disso, tem mais discernimento e igualdade no momento da negociação de seu contrato de trabalho com o empregador.

³⁸⁴ Relatório do Deputado Rogério Marinho elaborado durante a aprovação do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=TramitacaoPL+6787/2016>

Muito embora o art. 507-A da CLT tenha esse alcance limitadíssimo, a constitucionalidade da arbitragem trabalhista segue questionada. Por ocasião da II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) outubro de 2017, aprovou-se o Enunciado 56:

ENUNCIADO 56 – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. Cláusula Compromissória de Arbitragem. Art. 507-A da CLT. Impossibilidade de ser instituída em se tratando de créditos de correntes da relação de trabalho, à luz do artigo 1º da Lei 9.307/96, art. 100 da CF/88, art. 1707 do CC e art. 844, § 4º, II da CLT. Caráter alimentar do crédito trabalhista. Indisponibilidade e inderrogabilidade dos direitos trabalhistas.

Com o máximo respeito aos defensores desse posicionamento, trata-se de uma interpretação equivocada da indisponibilidade dos direitos trabalhistas individuais. É verdade que a CLT estabelece a irrenunciabilidade dos direitos dos empregados, todavia isso não os torna absolutamente indisponíveis. Os efeitos e consequências patrimoniais de tais direitos são suscetíveis de apreciação econômica e, portanto, plenamente disponíveis.

Em uma reclamatória trabalhista na qual se busca determinada verba ou indenização por violação às normas da CLT “não se está decidindo o direito trabalhista em si mesmo, mas sua repercussão patrimonial e a quantificação do valor efetivamente devido ao trabalhador, sendo este interesse francamente disponível”³⁸⁵. Com

³⁸⁵ ROQUE, André Vasconcelos. Op. cit. 309

efeito, “diversas regras constitucionais e legais, referentes ao contrato individual de trabalho, admitem renúncia e transação, o que conduz ao convencimento da disponibilidade de direitos que a princípio são considerados indisponíveis”³⁸⁶. Do contrário, “não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e à consequente transação), de tal sorte que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição do juízo arbitral”³⁸⁷.

Ademais, cumpre ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou em julgados anteriores à reforma laboral de 2017 no sentido de que a possibilidade de arbitragem dos dissídios trabalhistas individuais é discussão de matéria infraconstitucional. Assim consignou o Min. Luiz Fux em um desses julgados:

A aplicabilidade da arbitragem como medida extrajudicial de solução de conflitos na esfera do direito trabalhista está adstrita à análise da matéria infraconstitucional de regência, especialmente a do texto normativo da Lei nº 9.307/96, o que inviabiliza a abertura da instância extraordinária.³⁸⁸

Ao fim, é certo que a pacificação da questão – ao menos no que diz com a constitucionalidade do art. 507-A da CLT – ainda demandará um pronunciamento decisivo de nossas cortes superiores, em especial

³⁸⁶ SOUZA, Zoraide Amaral de. Arbitragem - Conciliação - Mediação nos Conflitos Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004, p. 191- 192.

³⁸⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 40.

³⁸⁸ Recurso extraordinário 681.357/BA, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 27/06/2012. No mesmo sentido: ARE 857799, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 02/02/2015; ARE 730.630/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes; e AI 807239, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 03/08/2010.

do STF. Mas todo o exposto acima permite se ter confiança de que a arbitragem dos dissídios trabalhistas individuais veio para ficar e quiçá abrir as portas para num futuro ser utilizada por uma parcela bem maior dos trabalhadores. Como destaca Joaquim de Paiva Muniz, “enfrentaremos o desafio de superar as desconfianças e comprovar que o instituto pode ser benéfico não só ao empregador, como também ao empregado”³⁸⁹.

4. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que existem limites à utilização da arbitragem, sendo que eles estão definidos na própria Lei 9.307/96. Já há algum tempo também restou amplamente superada a questão da constitucionalidade do instituto, conforme decisão do STF acima explicada.

Uma vez bem-sucedida a arbitragem em determinados âmbitos, ela passou a ser vista como possível forma adequada de resolver outros tipos de conflitos, com a edição de novas alterações no ordenamento pátrio para agasalha-los. Isso gerou novos questionamentos sobre os seus limites em relação à Constituição. Mas aos poucos, vão se superando os obstáculos, e a arbitragem que, antes era usada em situações limitadas, passa a ser viabilizada em esferas antes não antecipadas. Como visto neste artigo, no âmbito da administração pública e das relações trabalhistas, ela passa a ser considerada como

³⁸⁹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem na Reforma Trabalhista, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258392,61044-Arbitragem+na+Reforma+Trabalhista>

mais uma forma de resolução de conflitos. Já quanto ao âmbito societário, observou-se a ampla utilização do instituto, embora algumas críticas doutrinárias e decisões judiciais levantaram novamente a tese da inconstitucionalidade.

Aos trinta anos da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade segue sendo dos mais importantes. A arbitragem não veio a desafiá-lo, conforme amplamente analisado, sendo uma alternativa à jurisdição estatal, sempre que for livremente escolhida pelas partes. Espera-se que, cada vez mais, a arbitragem seja utilizada no Brasil, agora, passando a outros âmbitos, mas sem significar perda de importância do Judiciário.

COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO AGRÁRIO E DO AGRONEGÓCIO

A AGRICULTURA BRASILEIRA E A SOBERANIA ALIMENTAR NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ricardo Barbosa Alfonsin³⁹⁰

INTRODUÇÃO

O Brasil tem um patrimônio ambiental incomparável - florestas, reservas de água doce, diversidade de fauna, flora e clima, além de terra abundante -, apresentando, em decorrência disto, alta capacidade de produção de alimentos de origem vegetal e animal.

Nesta posição, o país tem o desafio inafastável de proporcionar soberania e segurança alimentar a si e, em significativo percentual, ao mundo, com a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, de onde surge a necessidade de estruturar políticas que permitam cumprir este papel respeitando os pilares de sustentabilidade ambiental, econômica e social.

1. LEGISLAÇÃO

1.1 Direito Ambiental

O regramento ambiental brasileiro em relação à atividade agropecuária é um dos mais severos no comparativo mundial, tendo

³⁹⁰ Presidente da Comissão de Direito Agrário e do Agronegócio da OAB/RS

princípios definidos constitucionalmente, além de vasta legislação ordinária protetiva nas esferas federal, estadual e municipal.

Dentre as leis federais mais importantes temos:

- Antigo Código Florestal - Decreto nº 23.793/34 - criado para preservar as florestas, estabelecendo as regras de exploração florestal e as penas aplicadas àqueles que as transgredissem.
- Em 1965, outro Código Florestal foi instituído (lei 4.771/65), levando-se em conta a modernização da agricultura.
- Lei da Amazônia Legal, (1.806/53), tem uma área de cerca de 5.217.423 km², 61% do território brasileiro.
- Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81), dispendo sobre seus fins e mecanismos de formulação e aplicação;
- CF/88, artigos 225 e 170 , IV (incentivo à produção sustentável)

Após a Constituição Federal:

- Lei das Águas (Lei 9.433/97), instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos, dentre outras providências;
- Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), expondo as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e seu regulamento,
- Decreto 6.514/08, tratando do processo administrativo federal para apuração das infrações nele estabelecidas;
- Lei do Bioma Mata Atlântica (Lei nº 11.428/06), com regras específicas de utilização e proteção desta vegetação nativa;
- Lei Complementar 140/11, fixando normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio

ambiente, ao combate à poluição em qualquer e suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora;

- Código Florestal (Lei 12.651/12), dispondo sobre a proteção da vegetação nativa.
- Lei dos Agrotóxicos (Lei 7.802/89), que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.

Ainda que seja contestada por alguns, é certo que em sendo obedecida esta legislação, haverá condições de atendimento da demanda de produção, respeitando o meio ambiente.

1.2 Direito Agrário

A legislação agrária, ao contrário da ambiental, está completamente defasada.

Os contratos agrários e a ocupação do solo, são regulados pelo Estatuto da Terra e legislação complementar, que tem mais de meio século, vindo do tempo em que o Brasil era um grande de importador de alimentos e tinha uma atividade insipiente no campo.

Para a questão tributária e societária o regramento não permite um planejamento adequado diante dos desafios que o mundo cobra hoje de qualquer empresa. A atividade é induzida, diante da legislação vigente, a atuar na pessoa física, misturando o patrimônio pessoal com o da atividade empresarial.

Faltam também políticas creditícias, de seguro e de comercialização, que dêem a atividade uma segurança mínima para

quem vive sob permanentes e imponderáveis riscos climáticos e de mercado.

Destacam-se, na legislação de direito agrário:

- Estatuto da terra – Lei 4.504/64
- Decreto 59.566/66 - Regulamento do Estatuto da Terra
- Lei 4.829/65 – Crédito Rural
- Decreto Lei 167/67 – Títulos de Crédito Rural
- CF/88 - Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária: artigos 184 a 187

Após a Constituição Federal:

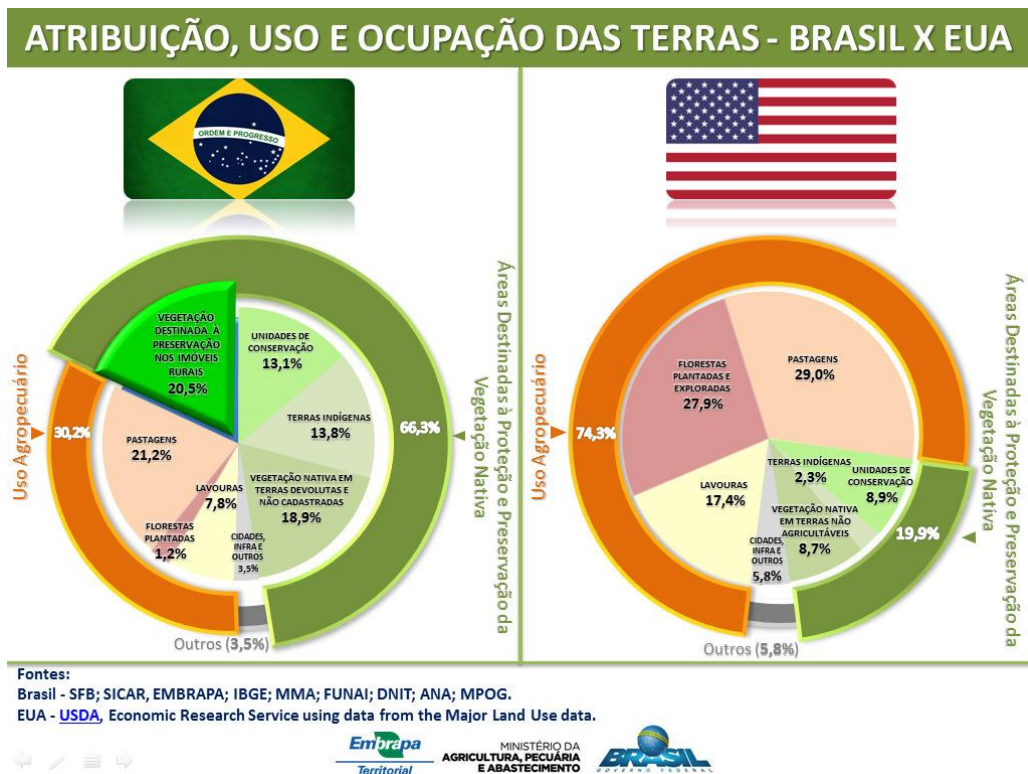
- Lei 8.171/91 / Lei 8.174/91 – Regulamentam a CF
- Lei 8.929/94 – CPR
- Lei 13.465/2017 – Regularização fundiária

2. EVOLUÇÃO DA ÁREA PLANTADA E PRODUÇÃO DE GRÃOS NO BRASIL NOS ÚLTIMOS 30 ANOS

	1988/89	2016/17	
ÁREA PLANTADA	42.243,3 (milhões de hectares)	60.889,3 (milhões de hectares)	Mais de 44% de Aumento
PRODUÇÃO	71.487,6 (milhões de toneladas)	237,671,4 (milhões de toneladas)	3 vezes de aumento Mais de 230%

Fonte: MAPA/CONAB

3. OCUPAÇÃO TERRITORIAL BRASILEIRA



Demarcação de terras indígenas: 117 Milhões de hectares (13,8%)

Assentados reforma agrária: 88,5 Milhões de hectares (10,41%)

Agricultura: 60 Milhões de hectares (7,15%)

As demarcações indígenas ocupam um território semelhante aos estados do RS, SC, PR, SP e parte Goiás juntos (será que isto é razoável?), e ainda querem demarcar o dobro desta área.

Quanto aos assentados da reforma agrária, não se tem registro de produção e produtividade, já que tanto estes como os índios não possuem políticas que lhes dêem sustentabilidade.

Demarcação indígena e processo de reforma agrária no modelo atual só tem servido para geração de conflitos, e aproveitamento político, pois além de extremamente onerosos, jogam as comunidades indígenas e dos assentados em uma situação de penúria sem qualquer assistência que lhes permita desenvolvimento humano ou econômico.

4. POSIÇÃO DO BRASIL NO RANKING MUNDIAL

LIDERANÇA NO BRASIL NO RANKING MUNDIAL 2016/17

PRINCIPAIS PRODUTOS	PRODUÇÃO	EXPORTAÇÃO	No. DESTINOS DO BRASIL
Açúcar ¹	1º	1º	78
Café ²	1º	1º	85
Suco de laranja	1º	1º	67
Soja em grão	2º	1º	39
Carne bovina ³	2º	2º	92
Carne de frango ³	2º	1º	133
Milho	3º	2º	63
Farelo de soja	4º	2º	63
Óleo de soja ⁴	4º	2º	23
Carne suína ³	4º	4º	70
Algodão ⁵	5º	4º	33

Fontes: MAPA, com dados do USDA, 2016/17; Agrostat, 2016

1. Açúcar em bruto; 2. Café verde; 3. Carnes in natura; 4. Óleo de soja em bruto; 5. Não cardado nem penteado

5. AÇÃO DO HOMEM

A maior parte das tragédias ambientais é reflexo da ação degradadora do homem em suas diversas atividades, e embora alguns países tomem medidas mitigadoras, estas são insuficientes nem para interromper o processo de deterioração da natureza, quanto mais recuperá-la.

Por outro lado, o mundo exige mais alimentos, a população cresce em níveis alarmantes, principalmente nos países onde a deficiência alimentar é maior.

6. POPULAÇÃO MUNDIAL

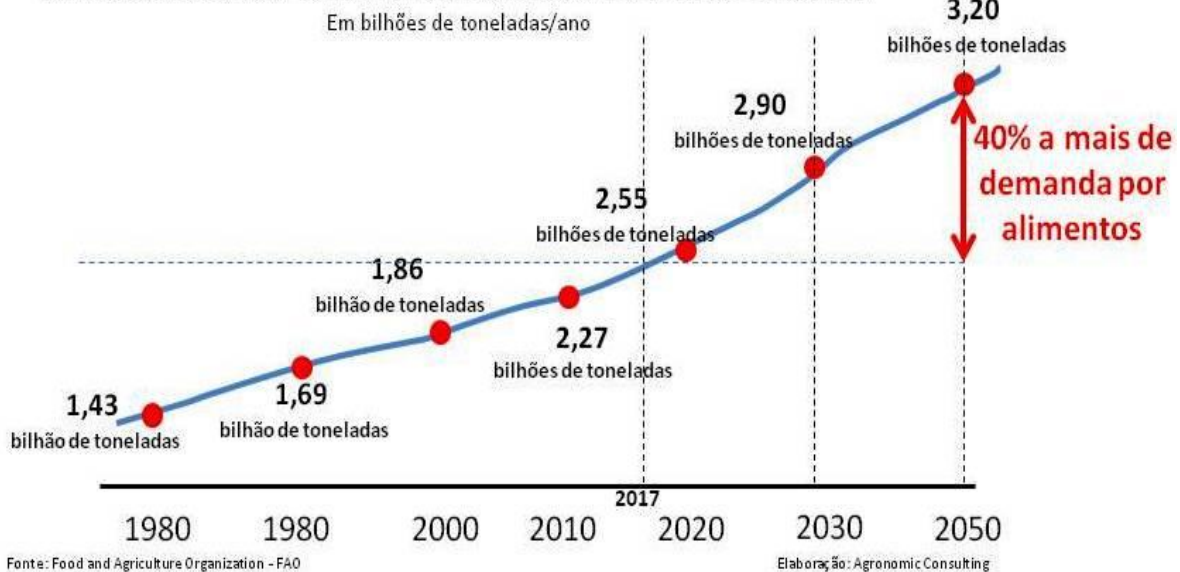
CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO MUNDIAL



A população mundial, segundo OCDE, atingiu 7 bilhões de habitantes em 2012, e em 2050 a previsão é de 9 a 10 bilhões de pessoas, o que representará um significativo incremento da demanda de alimentos (40% a mais, conforme gráfico), contribuindo também para isto para isto, os esforços mundiais para redução da pobreza e da fome, especialmente em países mais populosos como China, Índia e Indonésia.

Neste crescimento da demanda de 2.55 bilhões de toneladas para 3.20 bilhões de toneladas, para o Brasil contribuir com 40% deste aumento consumo, terá a necessidade de mais que dobrar a atual produção.

CRESCIMENTO DA DEMANDA POR ALIMENTOS NO MUNDO



7. NOVO MODELO DE AGRICULTURA

Como propulsor de investimento e circulação de riquezas, o Brasil deve buscar agregar valor à produção agropecuária, não somente exportando grãos e carne in natura, mas diversificando os produtos de exportação, dando também mais espaço à agricultura familiar, inclusive na produção de alimentos orgânicos, como forma de viabilizá-la, além de incentivar o sistema cooperativo.

Neste caminho de busca do crescimento sustentável do setor primário, para atingir a meta de soberania alimentar, precisaremos também de políticas agrícolas adequadas; seguro compatível, dando ao agricultor efetiva condição de recompor-se diante dos eventos adversos;

proteção de mercado contra ataques internacionais e segurança jurídica, como instrumento diante da burocracia e dos movimentos sociais, muitos atuando por interesses políticos.

Para não se adotar um sistema absoluto de comando e controle que se esgote em si mesmo, há de se estabelecer políticas de incentivo a programas sustentáveis como o de produção mais limpa, onde se reduzem os resíduos, o consumo de energia e água, e se dá melhor aproveitamento à matéria prima.

8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A preservação do meio ambiente é dever de todos, da coletividade e do poder público, não somente do proprietário ou possuidor rural.

Art. 225, CF/88. 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.

Art. 170, CF/88. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Não se deve ignorar que o produtor rural muitas vezes sofre o ônus da indisponibilidade ou redução do seu patrimônio, sem receber indenização por isto, devendo ainda preservar a área ambiental que está

sob sua responsabilidade, pena de sanções penais e administrativas, incluindo pesadas multas, conforme previsto da Lei 9.605/98 regulada pelo Decreto 6.514/2008 e agora o novo chamado Código Florestal Lei 12.651/2012.

O Brasil é o único país onde foram reservados no mínimo 20% das propriedades rurais para preservação ambiental, sem indenização. E o proprietário ainda tem o ônus de sua manutenção, embora o art. 5º estabeleça o Direito à propriedade entre os direitos fundamentais.

Na interpretação do Supremo Tribunal Federal “Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.” (RE 134297/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma do STF)..

Imagine se as cidades fossem obrigadas a preservar sem ocupação 20% de sua área, sem indenização, o que aconteceria?

9. POLUIÇÃO URBANA

Atacam-se diariamente as questões ambientais do campo, chegando-se ao cúmulo de afirmar que um dos maiores causadores da emissão de CO₂ seja a flatulência bovina, mas pouco se fala na tragédia urbana, que se expande sem contenção, com falta de saneamento básico, água potável, aglomerados humanos irregulares, indústrias

clandestinas, dentre outros fatores que levam à contaminação do ar, solo, e das águas.

CONCLUSÃO

Há um imenso desafio aos especialistas das áreas pública e privada, ambientalistas, pessoas ligadas à produção primária, e a toda cadeia do agronegócio, no sentido de harmonizar o direito ambiental e a atividade agropecuária, as políticas e as condutas, para que tenhamos equilíbrio entre os interesses social e econômico, evitando a agressão à natureza, mas também permitindo que avancemos na relevante missão de garantir alimentos à população - essencial papel do setor primário -, como também à soberania e viabilidade do Brasil - pois gera milhões de empregos, é o propulsor do progresso do País.

Diante do exposto, reafirmamos que o Brasil tem, através da produção alimentar e de seu patrimônio ambiental, condição de assumir papel inigualável no contexto mundial, desde que haja consciência desta missão e deste compromisso.

Meio ambiente saudável e população nutrida são condições conjuntas básicas à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento das demais política básicas para o desenvolvimento da nação.

COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO BANCÁRIO

**DIREITO BANCÁRIO. AVANÇOS E RETROCESSOS
PROPOSIÇÕES**

*Luiz Augusto Beck da Silva*³⁹¹

Após seis lustros aproximadamente de sua vigência, a tão propalada Constituição cidadã, do saudoso Deputado Ulisses Guimarães, está a merecer sua apreciação no âmbito de área que nos diz mais de perto – o Sistema Financeiro, particularmente o Direito Bancário. Seus avanços, ajustes, impropriedades e retrocessos, apontando-se objetivos alcançados ou perseguidos, tecendo-se críticas e oferecendo-se sugestões.

Em realidade, algumas de suas disposições, já ao seu alvorecer, eram perfeitamente identificadas, ao menos para o jurista, como não próprias nem compatíveis com um texto constitucional. Todavia, vivenciava-se um período de euforia com a abertura política e a sonhada democratização com o fim do regime de exceção, revolucionário, em que os generais governaram este País.

Não se pretende aqui, a toda evidência, tecer comentários com conotações políticas nem formular críticas a ninguém pessoalmente. Tão pouco nos posicionarmos a favor, ou contra, os militares que dirigiram a Nação. Num e noutro regime, seja o democrático, seja o

³⁹¹ Presidente da Comissão Especial de Direito Bancário – CEDB da OAB/RS.
www.luizaugustobeck-jurista.adv.br

ditatorial, sempre iremos encontrar aspectos positivos e negativos, bem como os adeptos a uma ou outra corrente.

O que se pretende fazer ver, “ad initio”, antes de adentrarmos no exame técnico e científico relacionado a nossa área de atuação, é de que os apelos, os reclamos, as reivindicações, de toda ordem e natureza, oriundo das mais amplas e diversas classes sociais, grassavam em nosso meio. Absolutamente compreensível, após emergirmos de um longo período de força, por cerca de vinte anos, em que as manifestações e reuniões eram sufocadas culminando em prisões e desaparecimentos sempre que contrariassem os interesses dominantes ou representassem uma ameaça ao regime. As vozes eram caladas e a censura até mesmo a composições artísticas, musicais e a textos jornalísticos eram uma realidade. A imprensa não era livre, pois. É fato.

Presentemente, todavia, bem o sabemos que se um órgão jornalístico, rede de rádio ou televisão, assumir uma postura política, editorial, sistematicamente contrária aos interesses de um governo, de qualquer esfera, seja do âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, mesmo eleito democraticamente pelo povo, por certo não serão aquinhoados com a preferência na inserção e divulgação da propaganda oficial.

No contexto dos novos ares, buscou o legislador constituinte, assim, agradar a todos quantos pudesse, independentemente da previsibilidade da fonte e recursos. Nossa Constituição federal, em decorrência, veio a se constituir num manancial de direitos e poucos deveres. Merecem referência, à guisa de exemplo, simplesmente, as disposições inerentes à Administração Pública – art. 37, seguintes e o

40, § 7º, que assegura a totalidade dos proventos do servidor falecido ao (à) pensionista, bem como a autonomia financeira garantida aos poderes constituídos (Judiciário e Legislativo) - art. 99 e seguintes, independentemente da arrecadação.

Houve categorias que, realmente, deram uma bela demonstração de articulação político-administrativa, souberam mobilizar-se e promover gestões junto aos parlamentares incumbidos da elaboração da Nova Carta, alcançando conquistas, metas, ideais e objetivos pretendidos. Cite-se, neste particular, o valoroso Ministério Público, fiscal da lei e guardião da sociedade (vide art. 127 e seguintes, da CF). Apenas a cadeira que ocupa em audiências e sessões, em foros e tribunais, não tem o seu espaldar na mesma altura ou diapasão do magistrado. Tudo quanto mais buscaram, cremos, foi atingido.

Não importa, nesta hora, se a associação não possui envergadura, tradição ou maior representatividade. Lembremo-nos da retirada dos crucifixos e demais símbolos religiosos expostos nos espaços do Poder Judiciário destinados ao público, ainda em 2012, pleito deduzido por diversas entidades da sociedade civil gaúcha, como a Rede Feminista de Saúde, a Liga Brasileira de Lésbicas, a Marcha Mundial de Mulheres, além da Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero entre outras. Traz-se tal exemplo ao lume justamente para demonstrar e comprovar de que a união, a articulação e a mobilização fazem a força.

Por conseguinte, malgrado nossa Carta Magna haja sido promulgada “sob a proteção de Deus” e o Brasil seja um país católico com número expressivo de cristãos, o Pedido de Providências sob a

relatoria do Des. Cláudio Baldino Maciel foi acolhido, sob o fundamento de que o País é laico e o contido no preâmbulo da Constituição não vincula nem torna obrigatório seguir. Em outras palavras, não possui força normativa.

Nesse contexto, os senhores deputados e legisladores constituintes buscaram, também, a simpatia e a aprovação da população, invadindo searas e descendo, de forma imprópria e inadequada, a especificidades inerentes a um decreto regulamentador.

Descabe a uma Lei Maior abrigar números, datas e disposições transitórias em seu texto. A consequência é a sua revogação e extirpação antes mesmo de entrarem em vigor, a par da proliferação de emendas Constitucionais, já em torno de uma centena após cerca de 30 anos de existência, promulgadas com base no art. 60, § 3º, da Constituição Federal.

Uma constituição que se pretende seja duradoura, perene, alcance maturidade e respeito, haverá de se perpetuar incólume, até para que seja do conhecimento geral da população e da sociedade em geral, ao menos em relação às suas cláusulas e disposições pétreas.

A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, por exemplo, com apenas sete artigos, é a mais antiga em vigor, criada em 17 de setembro de 1.787 e ratificada em 21 de junho de 1.788, entrando em vigor em 1.789, tendo sido emendada, tão somente, 27 vezes em mais de dois séculos, definindo, predominantemente, os conceitos de federalismo, que descrevem os direitos e responsabilidades dos governos estaduais e dos Estados em relação ao governo central. Quanto ao mais, a “common law”, direito comum que se desenvolveu

em certos países por meio das decisões dos tribunais e não mediante atos legislativos ou executivos, dita as regras e o comportamento a ser observado nas situações submetidas ao seu crivo. É diferente, pois, do sistema ou família romano-germânica.

Atente-se para o que se passou com o § 3º, do art. 192, da nossa CF, que estabelecia a limitação da cobrança dos juros reais a 12% ao ano. Este dispositivo nunca chegou a ser regulado. Em decorrência, a Lei nº 4.595, de 31/12/1964, passou a assumir foros e contornos de Lei Complementar, porquanto promoveu a Reforma Bancária, dispondo sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e criando o Conselho Monetário Nacional – CMN.

A Emenda Constitucional nº 40/2003 culminou por revogar o mencionado dispositivo, sem que tivesse sequer entrado em vigor por falta de regulamentação.

A corrente que defendia sua auto aplicação não vingou, porquanto, efetivamente, havia necessidade de disciplinar diversos pontos. Afinal, os tais juros reais de 12% seriam capitalizados, ou não? Incidiriam sobre o capital corrigido ou sobre o valor nominal? Em sendo a importância atualizada, qual seria o índice a ser aplicado? Por tais lacunas e omissões por parte do legislador, acabou tendo vida efêmera, descabendo ao Judiciário a missão legislativa.

O pecado que o legislador constituinte cometeu foi ignorar regra básica e elementar de que juros é o mercado que os baliza e regula; é a vetusta lei da oferta e da procura. Há abundância de crédito, naturalmente que o dinheiro sairá mais barato. Há escassez, tornar-se-á mais caro. Pode-se estabelecer teto para a remuneração do capital,

gessá-lo, todavia, não é boa medida nem se coaduna com a realidade mercadológica. Fatores conjunturais, econômicos, financeiros, inclusive de origem alienígena, com a economia globalizada, têm, não raro, repercussão interna. O mesmo se passa com a variação das taxas de câmbio, particularmente com o dólar e o euro. Típico e genuíno retrocesso em nossa história constitucional.

Nem só de críticas e censuras está a merecer nossa Lei Maior, como acima demonstrado. Há aspectos positivos a destacar. Senão, vejamos: -

Malgrado a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro – Lei nº 7.492, de 16/6/1986, tivesse-lhe antecedido, o certo é que houve um aprimoramento após sua promulgação, sobretudo na área Penal, com o advento das Leis nº 8.137, de 27/12/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, e da 8.176, de 08/2/1991, que regula os crimes contra a ordem econômica. Por fim, sobreveio a Lei ° 8.884, de 11/6/1994, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A Lei nº 9.613, de 03/3/1998, que dispôs sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a par da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos neste diploma legal, criando, ainda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, cujo Estatuto aprovado pelo Decreto nº 2.799, de 08/10/1998, foi outro marco significativo superveniente à novel Constituição Federal.

Dentre os Princípios Gerais da Atividade Econômica previstos em nossa Carta Magna devemos apontar a livre concorrência, a defesa do consumidor e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno

porte (vide Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990 e Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) como iniciativas que devam ser saudadas.

Lamentavelmente, apesar da vigência da nova CF, não podemos afirmar o mesmo em relação a erradicação da pobreza e marginalização, além da redução das desigualdades sociais regionais e o alcance do pleno emprego. A Nova Carta, não obstante os princípios que consagrou, não foi suficiente, face heranças e políticas governamentais, para diminuir as diferenças e gerar a contratação com carteira assinada ou vínculo empregatício, circunstância que se agravará com a novel Reforma Trabalhista, mais preocupada em gerar trabalho do que propiciar estabilidade. Tampouco o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza criado pela Emenda Constitucional nº 31/2000 e a Lei Complementar nº 111/2001 fizeram-se notar, sendo necessário que seus prazos de vigência até 2010 passassem a ser indeterminados (art. 79, da ADCT e Emenda Constitucional nº 67/2010).

Ao contrário, o abismo entre o que mais ganha e o que menos afez aumentou assustadoramente, provocando crises, revolta, indignação, insegurança, violência. Enquanto para uma minoria privilegiada a mesa é farta, indigentes e nossa população de rua buscam sobrevivência alimentando-se de comida deteriorada vasculhada em lixeiras e containers. A persistir tal quadro, jamais alcançaremos aquilo que se constitui em objetivo fundamental no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária (vide art. 3º, I, da CF).

Lastimavelmente, outrossim, o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, abrangendo, também, as cooperativas de crédito, não alcançou os objetivos pretendidos desde o surgimento da Emenda Constitucional nº 40, de 29/5/2003. O desequilíbrio regional e social é alarmante, cuja responsabilidade, de forma mais eloquente, é governamental, com as políticas introduzidas, desvios e corrupção em todas as esferas.

A realidade é que precisamos de um estatuto ou de um código exclusivo para o cliente bancário. A decisão, por maioria, da Suprema Corte, entendendo que o Código de Defesa do Consumidor seria aplicável, também, às operações ativas, passivas e serviços prestados pelos bancos foi equivocada tecnicamente analisando-a – vide instigante artigo de nossa autoria intitulado O CDC aplica-se às instituições financeiras? – Correio Braziliense, Caderno Direito & Justiça, Brasília (DF), 1º /6/1998 e CDs – Contratos Bancários e Doutrina Jurídica Brasileira, Coordenação Des. Elaine Harzheim Macedo – TJ/RS – Editora Plenum.

De fato, com a melhor razão estavam os votos vencidos, dos eminentes Min. Carlos Veloso e Nelson Jobim. Não se pode examinar uma questão com os olhos voltados para determinado dispositivo isoladamente; é preciso que a abordagem envolva o contexto ou o todo maior. Princípios de hermenêutica e exegese jurisprudencial devem estar presentes.

Não se desconhece o contido no art. 52, do CDC; todavia, a definição de consumidor prevista no art. 2º, do mesmo diploma legal,

não deixa dúvida. Consumidor é o “destinatário final na aquisição ou utilização de produto ou serviço”. Ora, na relação que se estabelece com uma instituição financeira, quando se vai em busca de um empréstimo ou mútuo (operação ativa), o produto é o DINHEIRO. E este, como o sabemos, é bem fungível, isto é, que pode ser trocado por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade. Quando obtemos um financiamento, NÃO temos que devolver ao banco as MESMAS cédulas que recebemos. Basta o equivalente.

O que pretendemos destacar é que na relação creditícia o mutuário JAMAIS poderá ser considerado destinatário final. Dinheiro é simplesmente meio ou recurso para a obtenção de determinado produto ou mercadoria. O mutuário dele fará uso para a aquisição de determinado automóvel, caminhão, trator, colheitadeira etc. ou mesmo aqueles relativos à indústria branca (refrigeradores, fogões, micro ondas etc.). É neste momento que ele é um destinatário final e não lá atrás quando contraiu a obrigação com a instituição financeira.

Quando se trata da prestação de um SERVIÇO, tem toda a razão a Suprema Corte, pois o cliente bancário se apresenta como beneficiário e destinatário final. Não se trata de uma relação intermediária ou que dependa de uma segunda fase ou etapa.

Ademais, o CDC, como se observa, predominantemente, trata das aquisições de produtos ou mercadorias, das garantias e das consequências em caso de defeito, abusos, multas etc., na proteção dos direitos individuais, coletivos ou difusos. Muito pouco ou quase nada envolve a relação bancária, especificamente, com todas as suas peculiaridades, especificidades e detalhamentos. Por tais razões,

entendemos que a previsibilidade de forma ampla das situações que envolvem o cliente bancário seria de bom alvitre e poderia ajudar a pacificar o setor, reduzindo, significativamente, as demandas envolvidas, as desigualdades de tratamento e disciplinando o que coubesse.

Em tal diploma se cuidaria, também, da dicotomia e das diferenças abismais entre o que o banco remunera e o que cobra. Segundo levantamento divulgado pela FIESP/CIESP, louvada em dados fornecidos pelo Banco Central do Brasil – BACEN, num período de dez anos, se tivéssemos investido R\$ 100,00, em *caderneta de poupança*, ao final do período projetado, teríamos R\$ 198,03, ao passo que se formos em busca da utilização do *cheque especial*, pelo mesmo valor, estaríamos devendo, ao final, R\$ 4.394.136,97.

Ora, isso é absolutamente incompreensível e condenável, verdadeiro absurdo, jamais se alcançando a tal de justiça social, máxime se levarmos em linha de conta os lucros vultosos e milionários que contabilizam os estabelecimentos de crédito à luz de seus balanços periódicos divulgados. Esta diferença não pode ser tão astronômica, urgindo a correção de tal desequilíbrio.

As operações eletrônicas via computadores, laptop, tablete e celulares estão a merecer, por outro lado, regulamentação própria. Ao tempo em que o CDC no início dos anos 90 entrou em vigor, o surgimento dos recursos virtuais era apenas embrionário.

De “bitcoin”, moeda virtual ou “criptomoedas”, então, nem se falava e hoje são uma realidade revestida, todavia, de insegurança jurídica. Vide artigo de nossa autoria, denominado *Fundos de*

Investimento, publicado na *Revista AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* nº 86, tomo I, junho/2002, págs. 342/356.

Outra proposição está intimamente ligada à necessidade da promulgação de uma Nova Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio, Notas Promissórias e Cheques. O desconto e a cobrança de títulos de crédito representados por tais títulos, além das duplicatas mercantis, de prestação de serviços, triplicatas, cédulas e notas de crédito de diversos matizes, conhecimentos de depósito e “warrant” já de algum tempo são realizados em massa através dos meios eletrônicos ou virtuais. Mencionados títulos, presentemente, circulam em baixa escala através de endosso físico, nominal ou “em branco”, ao portador, em que se opera a transferência ou a titularidade (vide Lei nº 9.311, de 24/10/1996). O endosso mandato ou endosso cobrança e o endosso caução, em garantia, são outras formas de consubstanciar-se. Já o protesto cambial mereceu regulação através da Lei nº 9.492, de 10/9/1997.

A Lei Uniforme de Genebra, em decorrência, deverá ser denunciada, com vistas a receber atualização e contribuir para maior integração sobretudo dos países do Mercosul, tratando-se de diploma envelhecido (vide Decretos nº 57.663, DOU de 31/01/1966 e 2.044, de 31/12/1908) com diversas reservas apresentadas pelo Brasil. Ao início deste século, conforme o site da AJURIS, em 2001, já propúnhamos *Uma Nova Convenção sobre Letras de Câmbio, Notas Promissórias, podendo abarcar, também, as Duplicatas e os Cheques* com extensão e regulação dos meios eletrônicos. Naturalmente que o BACEN poderá disciplinar matérias, na esfera de sua competência, por meio da emissão

de circulares e resoluções. Estas, todavia, não são do conhecimento do público em geral como o seriam, em maior escala, com a elaboração de um Código de Defesa do Cliente Bancário – CDCB.

Os títulos com emissão através de notas ou cédulas de crédito (rural, industrial, comercial, à exportação, bancária etc.) permaneceriam disciplinados na legislação vigente, sem prejuízo de aperfeiçoamento.

A Nova Convenção a ser firmada pelos países plenipotenciários, sem prejuízo do oferecimento de reservas, abrigaria os países interessados, esclarecendo que em 07/6/1930 Alemanha, Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, Polônia, Equador, Espanha, Finlândia, França, República Helênica, Hungria, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Suécia, Suíça, Tchecoslováquia atual República Tcheca, Turquia, Iugoslávia, além d representante da Cidade Livre de Dantzig, na Polônia, firmaram o antigo documento, a ser aprimorado e adaptado aos tempos de maior integração, intercâmbio, fomento, modernidade virtualidade e eletrônicos.

COMISSÃO ESPECIAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A EFEITIVDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

*Bruno Miragem*³⁹²
*Teresa Cristina Fernandes Moesch*³⁹³

1. Introdução. 2. A Constituição de 1988 e o direito do consumidor. 3. Elemento para um exame da efetividade do direito do consumidor como direito fundamental 4. A defesa do consumidor como princípio da ordem constitucional econômica nos 30 anos da Constituição. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Os 30 anos da Constituição da República são um marco a ser comemorado pela cidadania brasileira. Como toda a obra humana, não se trata de um texto perfeito, tampouco infenso a aperfeiçoamentos que decorram do amadurecimento da sociedade brasileira. É, contudo, o marco fundador da democracia brasileira contemporânea e do reconhecimento dos direitos fundamentais que a caracteriza. Neste cenário de valorização dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, igualmente, deu causa ao reconhecimento, no direito brasileiro, de novos direitos, a exemplo da experiência constitucional ibérica – também representativas da transição democrática. Dentre eles, tem especial relevo o reconhecimento a defesa do consumidor, prevista pelo

³⁹² Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Advogado.

³⁹³ Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rio Grande do Sul. Advogada.

art. 5º, XXXII, da Constituição, ao estabelecer que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Não é desconhecido que a partir desta decisão fundante do constituinte de 1988, estrutura-se no Brasil não apenas o reconhecimento de um direito subjetivo, como de um sistema normativo próprio, de caráter transversal, dispondo sobre matérias de direito privado (contratos e responsabilidade civil), direito penal, direito administrativo e direito processual. Assim como relações relevantes com áreas específicas como o direito da concorrência (quando infrações aos direitos dos consumidores resultam também em concorrência desleal) e o direito ambiental (consumo sustentável).

Resultado direto de determinação constitucional (art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), foi a promulgação de um Código de Defesa do Consumidor, cuja relevância para o direito brasileiro, seja em termos de renovação dogmática de diversas disciplinas tradicionais, ou mesmo por seu desenvolvimento jurisprudencial, merece destaque. Nestes termos, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, realizando sua missão constitucional, assegurou a realização concreta dos direitos do consumidor nas relações de mercado.

Daí porque, no marco dos 30 anos da Constituição da República, é de relevo examinar, a partir, igualmente, das sensíveis transformações econômicas e sociais das últimas décadas, sua importância para afirmação do direito do consumidor no Brasil. Para tanto, examina-se tanto o direito do consumidor como direito subjetivo reconhecido a

partir do texto constitucional, como também na qualidade de princípio da ordem constitucional econômica e seus reflexos nos dias atuais.

2. A Constituição de 1988 e o direito do consumidor.

É conhecida, e já mencionamos em outro lugar³⁹⁴ a exata constatação de Robert Alexy, para quem "os direitos humanos só podem desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo, isto é, transformados em direito positivo"³⁹⁵. Nestes termos, a Constituição de 1988, ao dispor sobre a garantia e realização dos direitos humanos fundamentais, não se bastou na declaração de quais são estes direitos, senão dotou o ordenamento jurídico de instrumentos próprios para promover sua efetividade. Nestes termos, referiu que a defesa do consumidor seria promovida pelo Estado, "na forma da lei". E determinou qual lei, um Código de Defesa do Consumidor.

Neste particular, é de notar-se as razões do constituinte. O desenvolvimento econômico e social brasileiro, embora sempre dependente do Estado, jamais teve deste atenção no tocante à qualidade das relações entre os vários agentes econômicos, em especial com o surgimento da sociedade de consumo.

Os princípios constitucionais orientam a atuação do Estado e da sociedade, são valores fundantes e dirigentes. No caso da proteção do consumidor, o constituinte de 1988 não satisfeito de estabelecer esta

³⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 7ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. xx.

³⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 93.

proteção como princípio, direito e garantia individual (fundamental) e como princípio da ordem econômica e social, ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em 120 dias, no art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988. A Constituição elevou esta, que poderia ser uma política ou uma regra, assegurando a concretização destes direitos, exigindo sua regulamentação em corpo sistemático de leis diferentes dos Códigos entre iguais já existentes, como o Código Comercial de 1850 ou o Código Civil, o revogado Código de 1916 e o atual de 2002.

O Código, como é sabido, surge de expressa determinação constitucional (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). E tanto na consagração do direito do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII), no seu estabelecimento como princípio da ordem econômica (art. 170, V), quanto na previsão expressa da responsabilidade por dano (art. 24, VIII), resta identificado como sujeito específico, titular de um direito subjetivo constitucional, a figura do consumidor. Assim, a referência à relação de consumo, como realiza o Código de Defesa do Consumidor, constitui na verdade uma estratégia legislativa para identificar a partir desta um dos seus sujeitos e determinar-lhe a proteção. Não há, portanto, uma determinação constitucional de proteção do consumo, mas do consumidor, um novo sujeito de direitos.³⁹⁶

Observa Eros Roberto Grau, que o *direito do consumidor*, expresso como *direito fundamental*, não configuram mera expressão de

³⁹⁶ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 8ª ed. São Paulo: RT, 2016, cit.

ordem pública, senão que sua promoção deve ser lograda pela implementação de normatividade específica e medidas de caráter interventivo³⁹⁷. Neste sentido, o art. 5º, XXXII, ao estabelecer pela locução "*na forma da lei*" um comando específico ao legislador para que realizasse o detalhamento da proteção constitucional, reconheceu a este a possibilidade de construção das normas próprias de proteção, de forma a otimizar a finalidade específica da disposição constitucional. De outra parte, note-se que a extensão do comando da norma constitucional ao legislador não se restringiu apenas na determinação da feitura da lei, senão, em face à dicção do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou a realização de um *Código de Defesa do Consumidor*.

Deste modo, atuou diretamente sobre o direito privado brasileiro, distinguindo as relações entre iguais – relações puramente civis e as relações empresariais – e reservou para as relações especiais, entre dois diferentes, um civil ou leigo, o consumidor e um expert ou profissional, o fornecedor, um status diferente, este sim diretamente oriundo do mandamento de proteção deste sujeito especial, identificado pela Constituição Federal de 1988,³⁹⁸ o princípio da proteção do consumidor.

³⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 260.

³⁹⁸ E, ainda, as obras específicas sobre o tema: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1 e seg e VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto, *O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor*, Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002, p. 19 e seg. Assim também MAIA, Daniela, Princípios constitucionais do Direito do Consumidor, in MESSIAS PEIXINHO, Manoel et alii, *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 409 e ss.

Assim, mais do que uma política pública, mais do que simples normas infra-constitucionais (regras), reunidas em um Código para a Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, aqui denominado CDC), a proteção do consumidor no Brasil é um *princípio de origem constitucional*.

3. Elementos para um exame da efetividade do direito do consumidor como direito fundamental

No modelo proposto por Robert Alexy, na reconhecida teoria que propõe acerca dos direitos fundamentais, os princípios surgem como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser realizados em diferentes graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas determinadas³⁹⁹. No mesmo sentido, propõe o mestre alemão, "os direitos humanos só podem desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo, isto é, transformados em direito positivo"⁴⁰⁰. O constituinte brasileiro, afeito a esta constatação, não apenas garantiu os direitos do consumidor como direito e princípio fundamental, como determinou ao legislador a realização de um sistema com caráter normativo, que garantisse a proteção estabelecida pela Constituição. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor, consagrando um novo microsistema de

³⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002, p. 86.

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 93.

direitos e deveres inerentes às relações de consumo, aproxima de modo mais efetivo suas proposições normativas dos fatos da vida que regula⁴⁰¹. Distingue-se neste ponto, da tradição histórica dos códigos de direito privado, de resto construídos sob os auspícios da racionalidade liberal-individualista dos séculos XVIII e XIX⁴⁰². A razão desta característica do direito do consumidor se encontra basicamente em dois fatos. Primeiro, o de que o significado do sujeito designado como consumidor nasce na *teoria econômica*, sobretudo a partir da identificação de uma *realidade econômica*⁴⁰³. Segundo, a característica própria do Código que, ao determinar o âmbito de incidência da norma, recorre à definição da relação jurídica de consumo e dos sujeitos que a compõe. Esta opção legislativa, ainda que polêmica, neste caso teve sua razão de ser⁴⁰⁴, visando proteger aos mais fracos na relação jurídica de consumo.

⁴⁰¹ MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental. Conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de direito do consumidor*, n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111 et seq.

⁴⁰² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fund. Calouste Gubenkian, 1993, p. 305 et seq.

⁴⁰³ COMPARATTO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 1976, p. 81 et seq.; ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 1995, p. 3 e ss.

⁴⁰⁴ Neste sentido: FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 17. Indica o professor paulista que ao tempo em que se procurou definir o consumidor de acordo com o significado estritamente econômico do termo, a definição de fornecedor prestou-se à máxima amplitude. Tal opção prende-se a finalidade de excluir do significado de consumidor qualquer sentido de ordem sociológica, psicológica, filosófica ou mesmo literária, permitindo apenas a tomada do conceitos em termos individuais, coletivos, ou por equiparação. (Filomeno, p. 27 et seq). A definição legal, todavia, traz a locução "como destinatário final", o que fundamenta o entendimento dos chamados finalistas que advogam a extensão da proteção do Código apenas quando a

A consagração de direitos fundamentais para sujeitos de relações privadas, como o consumidor na relação de consumo, choca-se com o conceito liberal clássico de Constituição, e sua definição como documento de organização e limitação do poder político. Todavia, é animado por uma nova concepção sobre o sentido e a função da Constituição, construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz - como preconizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

E, em face deste novo significado de Constituição, cujas raízes históricas fogem do objeto do presente estudo - mas que guardam sua origem nas transformações sociais profundas desde o início do século XX - um novo fenômeno de aproximação entre as esferas pública e privada passa a se realizar. A separação entre o público e o privado, que no Direito manifestava-se, até então, por rígida dicotomia visando a preservação do homem burguês em relação ao Estado é superada, sobretudo, pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias tradicionalmente reguladas por normas ordinárias. A partir deste fenômeno, então, cada uma das categorias fundantes do direito privado (pessoa, família, propriedade e contrato), passam a estar presentes - em maior ou menor grau - na Constituição⁴⁰⁵. E em relação à pessoa, sujeito de direitos, em relação a quem as Constituições passarão a afirmar expressamente sua dignidade e a disciplinar, em detalhes, seus

situação de fato se der em razão da aquisição de bens de consumo, numa relação fática em que, entre o fornecedor e o consumidor, haja um desequilíbrio que favoreça o primeiro.

⁴⁰⁵ HESSE, Konrad. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 70.

respectivos direitos, esta transformação será de tal relevância que provocará mesmo entendimentos identificando o próprio direito civil como espécie de direito constitucional da pessoa, tal a importância da sua tutela pelo direito.

Relativamente ao direito do consumidor, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, podemos identificá-los como o que este denomina de espécies de direitos de proteção, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros⁴⁰⁶. Neste sentido, o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e excepcionalmente, ao próprio Estado (p. ex.: art. 22, CDC).

Este direito de proteção conferido ao consumidor corresponde ao mesmo tempo, num dever do Estado de *promover* este direito⁴⁰⁷. E

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 435. Entre nós, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n° 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1999, p. 97 e ss. As formas de proteção se estabelecem tanto do ponto de vista legislativo, consagrando direitos e garantias objetivas, quanto meios reais de tutela destes direitos, a partir de institutos processuais próprios. Veja-se a respeito: BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, em especial: p. 123 e ss.

⁴⁰⁷ Assim o art. 60 da Constituição Portuguesa que consagra o direito dos consumidores à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e a informação e à proteção de sua saúde, segurança e seus direitos econômicos, assim com a reparação dos danos sofridos. O artigo que estabelece a defesa do consumidor, diga-se, deve ser observado em razão do art. 9º da mesma Constituição que em sua redação determinada pela Reforma de 1982, estabelece como missão fundamental do Estado "*acrescer o bem estar e a qualidade de vida*

a forma determinada na Constituição para o realização do dever é através da atividade do legislador ordinário (a locução "*na forma da lei*", do preceito constitucional). A Constituição, deste modo, assinala o *dever do Estado* de promover a proteção, indicando a decisão de como realizá-la, ao legislador ordinário.

A forma como se passa a compreender os direitos fundamentais faz com que o Estado evolua da posição de adversário - típica da conformação dos chamados direitos-liberdades - para uma posição de garantidor destes direitos⁴⁰⁸, o que vai determinar do Poder Público, não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão.

O estabelecimento de proteções e distinções com base em determinadas qualidades individuais do sujeito a quem estas aproveitam, sempre faz emergir a questão relativa ao respeito a igualdade. Concretamente, até que ponto aquele a que se vai determinar como destinatário de proteção jurídica não irá, em razão desta proteção, estar desrespeitando um direito de mesmo *status*, o direito à igualdade. E no caso dos direitos do consumidor, até que ponto este não estará rompendo com uma relação necessária de igualdade em relação aos

do povo e a igualdade real entre os portugueses, assim como a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais...". A Constituição espanhola em seu art. 51, primeira parte, dispõe: "*Os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos.*" Observe-se a força normativa dos comandos expressos "*defesa*", "*protegendo*", "*procedimentos eficazes*", "*legítimos interesses*", que vão ser estabelecidos pela Lei 26, de 19 de julho de 1984.

⁴⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 209.

demais sujeitos, e notadamente em relação ao fornecedor, co-partícipe da relação jurídica de consumo.

Na verdade, o que se convencionou indicar como relação de igualdade, fundou-se na *liberdade para contratar entre iguais*, do que, conseqüentemente, surgiu a força obrigatória dos pactos contraídos entre homens livres (*pacta sunt servanda*), o único modo de excluir-se à vinculatividade da obrigação, por muito tempo, fora a alegação dos chamados vícios de consentimento. Concentrou-se, pois, na construção de um significado de igualdade jurídica abstrata, manifestada sobretudo através do instituto do contrato⁴⁰⁹, mas que não guardava relação com a situação fática específica.

A noção de igualdade jurídica consagrada pela Constituição de 1988 distingue entre a chamada igualdade *de iure* e a igualdade de fato, e fundamenta a existência dos chamados *direitos de proteção* que propõe Robert Alexy, a partir da célebre fórmula aristotélica de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade. Em se tratando da relação de consumo, desigualdade fática entre consumidor e fornecedor vai legitimar o tratamento jurídico desigual na medida desta desigualdade real, a partir da seguinte fórmula, ainda na teoria de Robert Alexy: (a) *Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual*; (b) *Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento*

⁴⁰⁹ ALPA, Guido. *Tutella del consumatorre e controlle sull'impresa*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 79-80.

*desigual*⁴¹⁰. A desigualdade, nesse caso, reside na posição favorecida do fornecedor em relação ao consumidor, sobretudo em razão de um pressuposto poder econômico mais significativo, que corresponderá necessariamente a uma posição de fragilidade e exposição do consumidor, qualificada, então, como *vulnerabilidade* deste em relação àquele.

4. A defesa do consumidor como princípio da ordem constitucional econômica nos 30 anos da Constituição.

Situa-se na Constituição, como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio. Assume, pois, um caráter *conformador* da ordem econômica⁴¹¹.

E esta característica conformadora dos princípios consagrados no art. 170 da Constituição, antes de tudo, determina que não se estabeleçam, *a priori*, distinções de qualidade entre os mesmos. Não há sentido - pois o texto da Constituição não autoriza - na determinação de importância ou hierarquia maior ou menor em relação à quaisquer dos princípios ali estabelecidos: *I) soberania nacional; II) propriedade privada; III) função social da propriedade; IV) livre concorrência; V) defesa do consumidor; VI) defesa do meio ambiente; VII) redução das desigualdades regionais e sociais; VIII) busca do pleno emprego; e IX)*

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 416.

⁴¹¹ Grau, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica...*, p. 260

tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Por outro lado, ao tempo em que tais princípios assumem o caráter de conformadores da ordem econômica, sujeitam-se em maior ou menor grau a situações práticas de colisão. Neste particular, então, embora não se vá estar tratando de hierarquia ou status diferenciados entre princípios, formas de solucionar a eventual choque devem estar dispostos pelo ordenamento. Neste aspecto que o recurso à proporcionalidade é a fórmula usual, sendo esta - em vista panorâmica - a que enseja a verificação a) da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e o fim visado (bem com a legitimidade dos fins); b) da necessidade ou exigibilidade da medida; e c) que a ponderação do ônus imposto seja menor do que o benefício alcançado⁴¹².

A aferição da legitimidade dos fins da ordem econômica, mediatamente deve respeitar ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, conformador do próprio conceito de Estado de Direito.⁴¹³ E a forma como se há de reconhecer maior relevo tópico a um princípio ao invés de outro será estabelecida em cada caso, conforme as questões de precedência lógica evidenciadas na hipótese. Assim que a tutela dos

⁴¹² Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação...*, p. 219-20.

⁴¹³ Para José Afonso da Silva, "é claro que a formação capitalista da Constituição de 1988 tem que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito, em que [...] se envolvem direitos fundamentais do homem que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes pelo contrário, reclamam uma situação que a convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social". Silva, José Afonso. *Curso de direito constitucional...*, p. 771.

direitos do consumidor devem ter preferência em relação à outras como a livre iniciativa - sob o critério do amplo espaço de autonomia negocial - ou liberdade de expressão - quando esta for exercida de modo a atingir, de qualquer modo, o discernimento, ou mesmo a integridade do consumidor. Não pode entretanto, preferir o próprio direito à vida, à saúde ou à segurança, que são a razão de ser da satisfação da necessidade humana de consumo e conteúdo de direito básico expresso da pessoa enquanto consumidora (art. 6º, I, CDC).

Na experiência constitucional brasileira destes 30 anos, há excelentes exemplos de aplicação do princípio constitucional de defesa do consumidor e outros em que restou afastado. Talvez o mais célebre deles seja a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2591, conhecida como “ADIn dos Bancos”, afirmando a constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, tal como previsto em seu art. 3º, §2º. Naquela oportunidade, tendo sido julgada improcedente a ação em que postulava a declaração de inconstitucionalidade da referência legal a tais atividades, restou assim redigida a ementa da ADIn 2.591/DF: *“Artigo 3º, § 2º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Artigo 5º, XXXII, da CB/88. Artigo 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3.*

Ação direta julgada improcedente”.⁴¹⁴ Esta decisão é, até hoje, comemorada como signo do reconhecimento do caráter jusfundamental da defesa do consumidor.

Por outro lado, ao examinar, recentemente, o conflito entre as normas do CDC e a de tratados internacionais, incorporados no direito brasileiro, a garantia de defesa do consumidor restou afastada pelo Supremo Tribunal Federal. Durante largo tempo, estes tratados foram considerados hierarquicamente equiparados à lei ordinária., admitindo-se, por isso, a prevalência do CDC. Nestes termos, o caráter de ordem pública e o fundamento constitucional da proteção do consumidor,

⁴¹⁴ Embargos de declaração. Legitimidade recursal limitada às partes. Não cabimento de recurso interposto por *amicus curiae*. Embargos de declaração opostos pelo Procurador-Geral da República conhecidos. Alegação de contradição. Alteração da ementa do julgado. Restrição. Embargos providos. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador-Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae*. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador-Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: *Artigo 3º, § 2º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. artigo 5º, XXXII, da CF/88. Artigo 170, V, da CF/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente*. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente” (STF, ADIn-ED 2591/DF, j. 14.12.2006, rel. Eros Roberto Grau, DJU 13.04.2007).

afastaria a aplicação da norma de direito internacional quando esta conflitasse com o direito interno. O exemplo sempre citado foi o da disciplina da responsabilidade civil do transportador aéreo, em contratos de transporte internacional. Trata-se de matéria objeto de disciplina prevista na Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929), que dentre suas disposições estabelece a limitação do valor da indenização por extravio de bagagens, lesão e morte de passageiros. A Convenção de Varsóvia (e suas alterações posteriores, como a Convenção de Montreal de 2003, vigente no Brasil a partir de 2006), quando em conflito com as disposições do CDC, em especial em relação à limitação dos valores da indenização, tiveram, segundo este entendimento, sua incidência afastada pelas Cortes brasileiras, inclusive na jurisprudência do STF.⁴¹⁵ Recentemente, contudo, a Corte

⁴¹⁵ STF, RE 172.720/RJ, 2.^a T., j. 06.02.1996, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 21.02.1997; STF, AgRg no AgIn 196.379/RJ, 2.^a T., j. 23.03.1998, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 24.04.1998; STJ, REsp 740.968/RS, 4.^a T., j. 11.09.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJU* 12.11.2007.

70. Neste sentido, deve-se mencionar o entendimento dominante do STF, com exceção de uma decisão divergente da Ministra Ellen Gracie, de 2006: “Prazo prescricional. Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor. 1. O artigo 5.^o, § 2.^o, da CF se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 11.06.1999). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no artigo 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido” (STF, RE 297.901/RN, 2.^a T., j. 07.03.2006, rel. Min. Ellen Gracie; *DJU* 31.03.2006, p. 38). Mais recentemente, contudo, observou-se a uniformidade das decisões no sentido da aplicação preferencial do CDC: “Recurso Extraordinário. Danos morais

Constitucional brasileira reformou seu entendimento, em evidente desprestígio do direito fundamental de defesa do consumidor, passando a entender pela prevalência das regras da Convenção de Varsóvia em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, para o que fundou-se no disposto no art. 178 da Constituição da República, que dispõe: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.⁴¹⁶

decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido” (STF, RE 351.750, 1.^a T., j. 17.03.2009, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, *DJe* 25.09.2009).

⁴¹⁶ “Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscreitos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento. (STF, RE 636331, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25/05/2017, DJ 13/11/2017).

Estes exemplos fazem perceber que a efetividade do direito do consumidor no direito brasileiro não prescinde de atenta a presente atuação dos juristas e da cidadania na defesa da melhor interpretação das normas constitucionais e de seu desenvolvimento pelas Cortes brasileiras.

5. Considerações finais: o direito do consumidor entre a ordenação do mercado e a proteção dos vulneráveis.

Em síntese, é correto compreender a situação definida ao direito do consumidor no sistema jurídico brasileiro, pela posição que lhe assegurou a Constituição da República, a partir de duas funções prioritárias. De um lado, trata-se de princípio de ordenação do mercado de consumo, definindo padrões e qualidade e relacionamento entre consumidores, fornecedores e demais relações dos agentes econômicos – mesmo aquelas em que vai ser tomado apenas em caráter indireto – no mercado de consumo. Por outro lado, sendo o direito do consumidor exemplo de princípio constitucional dirigido à proteção dos vulneráveis, no reconhecimento desta vulnerabilidade e sua equalização jurídica por intermédio da legislação, situa-se outra importante função a ser considerada.

Ademais que, enquanto direito fundamental e princípio da ordem econômica, o direito do consumidor, a partir da característica *tutelar* do direito subjetivo que encerra, ou *conformadora* da atividade econômica, assume no direito brasileiro uma nítida função de *ordenação do mercado* a partir do interesse do consumidor. Mais do que exceção imponível à dinâmica da livre iniciativa econômica,

articula-se com esta na formação de um conceito novo de mercado. Neste, a defesa do consumidor, em caráter imediato, e a própria livre concorrência, de forma mediata, constituem fatores integrativos, a partir de instrumentos jurídicos de efetivação da ordem econômica conformada pela Constituição Federal de 1988.

Cumpra, assim, à cidadania brasileira e, de igual modo, à advocacia, assegurar o futuro da Constituição de 1988 e sua efetividade, honrando sua história de 30 anos e projetando novas conquistas para sua realização.

COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO ELEITORAL

**AS ELEIÇÕES NO BRASIL – 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

*Paulo Roberto Cardoso Moreira*⁴¹⁷

Na comemoração de trinta anos do Texto constitucional de 1988, motivos há para acreditar na evolução social derivada das amplas liberdades e garantias advindas da nova ordem jurídica.

A implantação da democracia é definitiva em nosso ordenamento, sem resquícios significativos de tentativas de subvertê-la – a não ser por episódicas manifestações reacionárias, pouco esclarecidas, sobre e contra os Direitos Sociais.

Vivenciamos, em período, dois claros embates acerca da efetividade da Carta, restando motivos para o povo se rejubilar da capacidade de assimilar conflitos sem riscos para o Estado em sua concepção fundamental e da de se abrir às transformações e ao novo.

A essência democrática está implantada, sem cogitação para o retrocesso de implantarem-se regimes autoritários capazes de imposição de vontades por meio da força.

Nessa tocada, influencia sobremaneira o aspecto evolutivo das vontades, liberdades e obrigações, a consistente previsão acerca dos elementos necessários ao pleno exercício da democracia, ampliado em relação a todas as previsões anteriores ao “novo” Texto, em seu aspecto

⁴¹⁷ Presidente da Comissão Especial de Direito Eleitoral.

mais relevante de organização democrática – a representatividade eleitoral.

A Carta dispõe dos elementos essenciais que tratam do Direito Eleitoral, estando nela contidos originariamente os institutos dos quais depende, bem como ostentando ser a principal fonte de preceitos eleitorais.

Constituição - Interpretação Temporária e Historicamente Condicionada

A força e possibilidade da participação popular nos mais diversos temas de interesse individual e social é uma constante na ordem legal decorrente da adoção das normas, princípios e regras, fundantes do Estado brasileiro. Essencialmente, porque, tal como consta na lição de Peter Häberle, a Constituição escrita é como “ordem-quadro da República” que adquirirá seu mais amplo significado do processo de interpretação, de maneira temporária e historicamente condicionada, à luz da publicidade⁴¹⁸.

Ou seja, significado que se reafirma a partir da necessidade contínua de um Estado Constitucional, baseado na confiança de seu povo como força a legitimar a própria ordem estabelecida, de maneira a se caracterizar com uma “aquisição evolutiva”⁴¹⁹.

O mesmo destaque quanto aos aspectos de interpretação e de historicidade é dado por Konrad Hesse in Elemento de Direito

⁴¹⁸ Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, p. 51, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010.

⁴¹⁹ Sarlet, Ingo Wolfgang, Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel, Curso de Direito Constitucional, p. 46 e 70, 7ª edição, São Paulo, Saraiva Educação 2018.

Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 37 e 40, Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998, ao dizer:

“A Constituição é a *ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo ela é ‘o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade’.

[...]

Em cruzamento com tais razões especiais e mais além delas, deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida, que ela quer ordenar, é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pela Constituição. Por isso, Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais frequentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘*aberto para dentro do tempo*’.⁴²⁰”

Da lição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, retira-se, também, a importância das referências doutrinárias advindas do estudo do constitucionalismo alemão para afirmar sua influência na evolução constitucional contemporânea, assim, também, no caso de estudos do nosso Direito Constitucional⁴²¹.

⁴²⁰ Hesse, Konrad, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 37 e 40, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

⁴²¹ Sarlet, Ingo Wolfgang, Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel, Curso de Direito Constitucional, p. 71, 7ª edição, São Paulo, Saraiva Educação 2018.

Diante desse quadro evolutivo, revelador de uma adaptação cada vez mais conformada à unidade e à evolução do pensamento do povo, no caso do Brasil, em termos de democracia já não mais cabe discussão acerca de estar estabilizada e rumo ao objetivo comum, senão, apenas, do ponto em que nos encontramos e até onde podemos ir.

Na organização social e política brasileira, para chegarmos a esse nível de evolução, não há espaço de questionamento acerca da formação da vontade política do povo que não tenha a eleição como parte integrante e essencial da democracia.

Evolução Histórica do Direito Eleitoral

No que concerne ao conceito atual de democracia, há que se entender ocorrente pela evolução histórica e pela própria e natural evolução legislativa decorrente da evolução social. Nunca se há de descuidar, todavia, para o fato de que no Brasil sempre foi exercida alguma forma democrática de exercício de poder e não somente porque a atual Constituição da República assim garante de forma expressa no “caput” do art. 1º, ou porque afirma que todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido, conforme fez constar no parágrafo único do art. 1º.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição.

Os primeiros registros de voto no País confirmam uma tradição democrática. Em 1532, na Vila de São Vicente, logo a seguir da chegada dos portugueses ao novo solo já surgiam necessidades de seguimento de uma tradição democrática, para a época, exercida nos locais em que eram cabíveis e que não se chocavam com os interesses da nobreza.

Naquele momento, vigoravam as Ordenações do Reino (as Ordenações Afonsinas – de Dom Afonso V de Portugal entre 1448-1481 – e das Ordenações Manuelinas – de Dom Manoel I de Portugal entre 1495-1521) e pela tradição advinda da Metrópole, os “homens bons” tinham o direito de escolher os administradores da Vila, dentre eles vereadores, juiz ordinário, procurador e outros oficiais.

Homens bons funcionavam como eleitores das autoridades que poderiam governar uma vila – e um decreto de Martim Afonso de Sousa transformou São Vicente em vila. Na realidade portuguesa, o governo de uma vila por pessoas eleitas era o mais adequado para locais nos quais não existiam nobres, clérigos ou fidalgos com direitos sobre terras e pessoas – apenas pessoas do terceiro estado, povo e aspirantes a fidalguia, como os novos homens bons, o que era o caso do Brasil. Portanto, os homens bons procederam segundo a lei, elegendo aqueles que teriam o poder de governar em nome do rei, fazendo cumprir as Ordenações do Reino. E, reunidos em uma câmara, os homens bons escolheram aqueles que seriam vereadores (e fariam as leis); administradores (e fariam cumprir as leis, inclusive com o poder de prender os recalcitrantes) e juizes (e julgavam aqueles que transgrediam as leis). Tudo foi decidido em ata, inclusive as decisões dos três primeiros eleitos para governar. Juntos se revezariam nas funções administrativas e

judiciais. Assim, numa sequência de rituais, textos padronizados nos formatos usuais, atos preparatórios e sagrações, instalou-se a vila de São Vicente – a primeira oficina do governo português no território brasileiro.

[...]

Com tais projetos assentados, Martim Afonso de Souza partiu. **Por mais duas décadas, a vila de São Vicente manteve-se isolada e sem contatos com qualquer representante da autoridade real.** Tempo suficiente para que os rituais e as formalidades fossem esquecidos. Tempo para que o Porto dos Escravos voltasse a ser o que eram todos os assentamentos europeus no território: ponto de negócios comandados por genros de chefes. Mas não foi assim. **Aquela gente preservou um ritual. As autoridades eleitas governaram, distribuíram títulos mal escritos pelos raríssimos alfabetizados, prenderam, multaram e julgaram. Passados os três anos dos mandatos regulares os vereadores convocaram eleições, os eleitos tomaram posse, aqueles que deixaram o governo voltaram para a condição de simples governados, os novos governantes passaram a exercer autoridade.**⁴²²

É notável, diante de todos os conceitos de democracia de que hoje se falam, diante dos debates acerca da maturidade do povo brasileiro para o exercício democrática do poder, já houvesse, em 1532, o reconhecimento de que o poder derivava da escolha do eleitor!

E mesmo diante da fixação da Colônia pelo Reino de Portugal, vislumbrava-se a necessidade de resoluções próprias das vilas para a expansão dos interesses baseados na possibilidade de participação popular. É o que se depreende da lição de Manoel Rodrigues Ferreira, ao expor o aspecto histórico da democracia no Brasil:

Estava estabelecida aquela nascente sociedade, regulada pelo livro máximo do Reino de Portugal, a “Ordenação

⁴²²Caldeira, Jorge, História da Riqueza no Brasil – Cinco Séculos de Pessoas, Costumes e Governos, p. 48/49, 2017, Rio de Janeiro, Estação Brasil.

do Reino”, que estabelecia os fundamentos jurídicos da Monarquia, no âmbito nacional, e das repúblicas das vilas e cidades, no âmbito local. E assim se desenvolveram as duas primeiras vilas do Brasil: São Vicente, no litoral, e Piratininga, no interior (hoje, a cidade de São Paulo).⁴²³

É claro, e está de acordo com as lições dos constitucionalistas alemães, que os conceitos constitucionais são temporários e historicamente condicionados, como é o caso da jovem Colônia e os seus aspectos democráticos iniciais revelados por eleições localizadas em vilas, mas releva ressaltar que esses resquícios da história são imanescentes da tradição democrática do povo brasileiro.

Não por outro motivo, após a declaração de independência são convocadas duas Assembleias Constituintes, dissolvidas pelo Imperador que aporta em 1824 com a Constituição outorgada – imperial. Preservam-se eleições, inclusive de forma mais abrangente com previsão de Poder Legislativo com Deputados e Senadores, bem como dos Conselhos-Gerais das Províncias, todos eleitos em sistema de 1º e 2º graus.

Ao lado do Poder Monárquico, Constitucional e Representativo, garantido pelo seu art. 3º, portanto, percebem-se os afluxos para a consolidação de um Estado Constitucional de Direito, derivada da doutrina racionalista do constitucionalismo francês.

Com a Proclamação da República, sobreveio a Constituição de 1891, estabelecendo a ruptura com o sistema da Monarquia e, desde

⁴²³ Ferreira, Manoel Rodrigues, A Evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro, p. 26, – 2. ed., rev. e alt. – Brasília: TSE/SDI, 2005. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/4_evolucao_sistema_eleitoral.pdf>

logo, proclamando como forma de governo a República Federativa com Estados Federados. Em que pese essa drástica ruptura não tenha sido capaz de alterar sensivelmente os rumos adotados pelo Império no que diz com a realidade social, em termos eleitorais, foi possível acabar-se com o voto censitário – de grupos – legitimando-se a cidadania na mão dos alfabetizados que preenchessem requisito de idade.

Somente com a 2ª República, a partir da Revolução de 1930, a Legislação Eleitoral recebeu o *status* de codificação, passando, então, a situar-se num patamar mais próximo do que hoje se constitui o Direito Eleitoral. Imperaram de acordo com as próximas Cartas Constitucionais de 34, 37, 46, 67 e Emenda nº 1, as previsões eleitorais a tratar de fases que iam dos alistamento à diplomação, tratando de inelegibilidades e dos Partidos Políticos.

Momentos houve em que se restringiram direitos eleitorais, mas basicamente, a estrutura do sistema democrático de escolha veio se fortalecendo até os dias de hoje, na medida em que se mantiveram garantias instituídas pelas diversas leis eleitorais, em conformidade com os textos constitucionais vigorantes até 1988. Dentre os temas que ganharam relevo a partir da a Revolução de 1930, destacam-se questões relativas ao voto feminino, representação proporcional, voto secreto, domicílio eleitoral e inelegibilidades.

Adoção de um sistema próprio decorrente dos textos constitucionais para a legislação eleitoral tem permitido um inequívoco aperfeiçoamento da democracia no Brasil, sendo importante o andamento do processo para garantia do Estado Constitucional, tal como refere Manoel Rodrigues Ferreira:

Passado, presente e futuro

Durante os 300 anos em que o Brasil foi província de Portugal, a legislação eleitoral foi sempre uma só: o Código Eleitoral da Ordenação do Reino. Nesses três séculos, a vida política do Brasil foi autêntica, relativamente ao sistema eleitoral. Essa autenticidade foi quebrada pela influência francesa e norte-americana, respectivamente, no Império e na República.

Os dias que estamos vivendo parecem indicar uma volta à autenticidade: o desejo de um povo de possuir uma legislação eleitoral própria, adaptada às suas necessidades. Isto explica a razão por que a nossa democracia vem resistindo aos temporais que a vêm açoitando há 12 anos.

Mas, nem tudo está, ainda, feito. Há necessidade de maior aperfeiçoamento. Devemos cuidar de aprimorar nosso sistema eleitoral e fazê-lo com humildade. Em 1830, o célebre constitucionalista francês Cormenin escreveu: “A Constituição é a sociedade em repouso; a lei eleitoral é a sociedade em marcha”.

Mais recentemente, em nossos dias, o grande sociólogo espanhol Ortega y Gasset escreveu: “A saúde das democracias, quaisquer que sejam seu tipo e grau, depende de um mínimo detalhe técnico: o processo eleitoral. Tudo o mais é secundário. Se o regime de eleições é acertado, se se ajusta à realidade, tudo vai bem: se não, ainda que o resto marche otimamente, tudo vai mal”. (*La rebelión de las massas*, 14. ed. p. 134.)⁴²⁴

Se a lei eleitoral é a sociedade em marcha, desde a Constituição de 1988 experimentamos um período democrático sem precedentes, o qual decorre, evidentemente, da justificação, fundamentação e exercício do Poder que, em termos de preceitos eleitorais que o legitima, adquire uma concepção jurídico-constitucional.

⁴²⁴ Ferreira, Manoel Rodrigues, *A Evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro*, p. 26, – 2. ed., rev. e alt. – Brasília: TSE/SDI, 2005. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/4_evolucao_sistema_eleitoral.pdf>

Os Preceitos Eleitorais da Constituição de 1988

A cidadania refere-se ao exercício dos direitos e deveres fundamentais, pressupondo a condição de nacional, ou naturalizado, sendo imprescindível, contudo, garantias eleitorais para a participação ativa na formação das vontades públicas. – processo democrático e decisório.

Afinal, é mediante a fruição de direitos de participação política (ativos e passivos) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e a da comunidade que integra. Assim, os direitos políticos, ainda quando assumem a condição de direitos fundamentais (vinculando os órgãos estatais, incluindo o Poder Legislativo), exercem nesse contexto, dúplice função, pois se, por um lado, são elementos essenciais (e garantes) da democracia no Estado Constitucional – aqui se destaca a função democrática dos direitos fundamentais –, por outro representam limites à própria maioria parlamentar, já que esta, no campo de suas opções políticas, há de respeitar os direitos fundamentais e os parâmetros estabelecidos pelos direitos políticos.⁴²⁵

Na essência, a vontade manifestada pelo exercício democrático da participação política formará seu fluxo contínuo a partir do respeito a **princípios** constitucionais de garantia eleitoral. Tendo-se essas *“normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”*⁴²⁶ no nível da Constituição Federal, para tratar do Direito Eleitoral, resultará

⁴²⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang, Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel, Curso de Direito Constitucional, p. 733, 7ª edição, São Paulo, Saraiva Educação 2018.

⁴²⁶ Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 90-91, São Paulo, Malheiros 2008.

certo o equilíbrio do processo pelo qual são garantidas, fundamentalmente, a soberania popular e a representatividade (art. 1º, parágrafo único, da CF), assim como a isonomia (art. 5º da CF) ativa e passiva eleitoral.

Decorre desses três princípios fundamentais em matéria eleitoral a estruturação de normas jurídicas que garantam refletir o processo de escolha dos representantes políticos na exata vontade majoritária obtida das urnas.

Foi certamente com esse espírito que o Constituinte de 88 fez evoluir a matéria eleitoral, recepcionando antigos ordenamentos, mas concretizando no Texto a essência da democracia participativa fundada numa base isonômica inédita dentro da sociedade reconhecidamente pluralista⁴²⁷ inserida na República Federativa do Brasil. Se nos textos anteriores já estavam contidos elementos tendentes à obtenção de uma igualdade capaz de garantir vivência política do cidadão, não há dúvida de que com a nova Carta passaram a ser contempladas hipóteses inéditas para garantir a efetividade da opção política do povo brasileiro.

A organização dos temas eleitorais em matéria constitucional outorga a legitimidade do cidadão em ampla possibilidade de participação no processo.

Para isso, a Carta estruturou-se ampliando os conceitos anteriores e modificando substancialmente os institutos políticos de democracia representativa.

⁴²⁷ Da Silva, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, p.143, 33ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

Partidos Políticos

A primeira nota a que se deve fazer referência diz com a condição adquirida pelos Partidos Políticos a partir da Carta de 88.

Sua compreensão no nível eleitoral brasileiro é elementar, ante a exigência de as candidaturas somente se viabilizarem por meio desses entes de participação política.

Em qualquer nível eleitoral, para o exercício da cidadania passiva, é exigida a filiação partidária, sendo reflexo de sua estrutura interna a escolha levada a cabo pela convenção partidária – obrigatória – para o encaminhamento à Justiça Eleitoral dos nomes que comporão o quadro partidário a ser sufragado nas eleições.

A configuração das eleições com a obrigatória utilização de Partidos Políticos para viabilizar candidaturas é requisito presente e exigível tanto em eleições proporcionais como em eleições majoritárias. Não há hipótese no nosso sistema de candidaturas autônomas ou avulsas.

Dentro da opção, já longínqua, de impositiva vinculação dos candidatos a Partidos Políticos, mantida no Texto constitucional democrático, há, por outro lado, substancial alteração de viés político.

Quanto à relação das greis partidárias com o Estado, houve abertura para suas configurações e autonomias, pois não mais haverá a possibilidade de fiscalização e influência do Estado nos rumos que passaram a ser exclusivamente opções associativas decorrentes de seus estatutos.

Ultrapassou-se a fase de estruturas disciplinadas, iguais, reguladas por Lei Orgânica dos Partidos Políticos que atribuía natureza de pessoa jurídica de direito público interno, cuja personalidade era adquirida somente após registro no TSE⁴²⁸.

A orientação da Carta Constitucional de 1988 andou em sentido distinto com forte convicção liberal-democrática, baseada na representatividade e participação; tomou rumo mais representativo da sociedade pluralista e concebeu disciplina partidária mais aberta e independente com regulação autônoma, a partir do conceito de pessoa jurídica de direito privado, cuja personalidade jurídica é adquirida na forma da lei civil para, somente, após, ser registrada junto ao TSE⁴²⁹.

De um âmbito erigido sob a égide da fiscalização e influência do Estado, o conceito que hoje se depreende da Lei 9.096/95 (LPP), derivada diretamente da CF⁴³⁰, prevê que os Partidos Políticos realizem por suas próprias regras as convenções, determinem prazos, que podem ser distintos da Lei para exigir filiação a pretendentes a candidatos, além de permitir claramente estruturas organizacionais próprias,

⁴²⁸ Lei nº 6.767/79. Art. 2º. Os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito público interno, destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos humanos fundamentais, definidos na Constituição. E Art. 4º. Partidos adquirem personalidade jurídica com o registro do seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

⁴²⁹ Lei 9.096/95. Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. Parágrafo único. O partido político não se equipara às entidades paraestatais. Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

⁴³⁰ Constituição Federal. Art. 17 [...] § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

distintas entre os vários Partidos criados. Também a eles atribui a competência para o trato da questão relativa à fidelidade partidária, sem a necessidade de serem estabelecidas regras legais e gerais que disciplinem esse tema (a propósito disso, o TSE, estabeleceu normas sobre a fidelidade⁴³¹, passando a ser disciplinada, posteriormente, pela regra do art. 22-A da LPP, por força da Lei 13.165/15⁴³²).

De qualquer forma, há uma notável evolução a partir da Constituição de 88. A disciplina dos Partidos Políticos está contida na Carta, no art. 17, incisos e parágrafos, posta dentro do Título II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o que, por si, mostra a importância do instituto para o pleno exercício da Democracia.

Condições de Elegibilidade

Para além do avanço concernente às agremiações, submetendo-se a ordem eleitoral aos princípios da soberania popular, da representatividade e da isonomia, a Constituição estabeleceu **pressupostos** e **requisitos** mínimos para se estabelecerem as condições de elegibilidade do cidadão. Na verdade, até mesmo, ampliaram-se, se comparado com o texto constitucional anterior, de maneira que o

⁴³¹Resolução-TSE nº 22.610, de 25.10.2007, alterada pela Resolução-TSE nº 22.733, de 11.3.2008.

⁴³²Lei 9.096/95. Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; II - grave discriminação política pessoal; e III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente. ([Incluídos pela Lei nº 13.165, de 2015](#))

“mínimo denominador comum para que o cidadão possa participar do partido político” nas regras constitucionais em vigor desde 1988 configuram-se com a presença de alguns elementos a serem preenchidos para o exercício da cidadania ativa ou passiva.

A capacidade eleitoral ativa nasce com o alistamento eleitoral e no novo Texto percebe-se a ampliação daqueles que podem exercer o direito de voto pelo estabelecimento de uma voluntariedade inexistente nas regras anteriores. Nesse sentido, observe-se a capacidade facultativa de eleitor que adquiriram os menores, entre 16 e 18 anos – momento a partir do qual o voto passa a ser obrigatório. No mesmo sentido, o analfabeto e o maior de 70 anos, para os quais prepondera a não obrigatoriedade de voto.

O dever de votar, é imperioso que se relembre, é um elemento marcante de nossa Democracia representativa, pois todo o cidadão, com exceção do que não esteja, ainda, apto ao voto ou dentro das categorias de facultatividade, é obrigado a votar – dentro, evidentemente, da possibilidade material de exercício do voto. A propósito disso, a Resolução TSE nº 21.920/04 atribui ao Juiz Eleitoral a competência para o exame individual dos casos de descumprimento da obrigação cívica, trata do tema relativo à obrigatoriedade do voto, reiterando-a, e à dispensa desse dever cívico para cidadãos portadores de deficiência.

No que concerne, contudo, à cidadania passiva, os requisitos são outros e mais pormenorizados na Carta. Note-se, contudo, haver mudanças de tratamento na Constituição trintenária em comparação ao Texto anterior – o mais restritivo da história da Nação.

Mas, mesmo sob esse epíteto, é importante lembrar ter existido naquele período, considerado o menos democrático de nosso País, a instituição das eleições, não amplas como se constituiu desde há trinta anos – cujo processo veio se aprimorando –, mas que já impunham alguns elementos garantidos hoje sob a especial característica de **condição** para ser candidato.

As ditas condições de elegibilidade, previstas apenas na atual Constituição Federal, são cláusulas intrinsecamente vinculadas ao princípio da isonomia ao estabelecê-las como elementos de preenchimento mínimo e de equiparação a todos os cidadãos, para adquirir o estado de candidato.

Assim, se na Emenda nº 1/67 sequer havia cogitação das condições, relegando à figura dos Partidos Políticos – cerceado de liberdade e autonomia – para definir os candidatos a partir da capacidade eleitoral e do alistamento, na Carta de 88, pelo amplo espectro da participação política nos destinos das coisas e dos interesses nacionais, houve a necessidade do preenchimento de pressupostos e requisitos capazes de estabelecer o máximo possível de igualdade entre os pretendentes à disputa eleitoral.

Condições de elegibilidade são pressupostos e requisitos (pressupostos são fatos que fazem a translação do mundo fático para o mundo jurídico, enquanto os requisitos já são fatos jurídicos) dotados de supremacia e suprallegalidade, que expõem um mínimo denominador comum para que o cidadão possa participar do partido político. As condições de elegibilidade se configuram como a primeira fase para a aquisição da elegibilidade, necessitando posteriormente da ausência de aquisição da elegibilidade, necessitando posteriormente da ausência

de na ilegitimidade e do preenchimento dos requisitos de registrabilidade.⁴³³

De acordo com a regra do art. 14, § 3º, da CF, as condições de elegibilidade, iguais para todos e na forma da lei, são estabelecidas a partir da exigência da nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e idade mínima⁴³⁴. Além desses pontos contidos na Carta, a norma referida prevê causas de inelegibilidade, definindo, também e ainda, que outras causas de inelegibilidade estarão presentes em Lei Complementar (LC64/90).

A primeira exigência de preenchimento de condição trata da nacionalidade brasileira. É elementar a exigência do mais fundamental vínculo que possa unir o cidadão ao País. No nosso caso, esse vínculo se dá meramente pelo nascimento no território nacional, viabilizando-se, também, a condição de cidadão (com limitação) aos naturalizados.

De acordo com o art. 12, § 3º, da CF, os naturalizados, não natos, estarão excluídos da possibilidade de exercício de determinados cargos públicos e para fins eleitorais estão nominados expressamente na CF os de Presidente e Vice-Presidente da República como de disputa apenas por cidadão nato.

⁴³³ Agra, Walber Moura, Manual Prático de Direito Eleitoral, 2ª edição, Fórum, Belo Horizonte, 2018.

⁴³⁴ CF88. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de:

Trata-se de uma exceção que não fere o princípio da igualdade, pois, de acordo com a disciplina do art. 12, § 2º, da CF há possibilidade de a própria Carta dispor de forma diferente – o que consta, como se vê, na norma acima referida.

Outra essencial condição de elegibilidade é de o cidadão estar no pleno gozo dos direitos políticos. Aqui, também não se vislumbra qualquer ofensa ao princípio da isonomia, ampliando-se, ao contrário, as regras que pretendem dar tratamento igualitário aos cidadãos pretendentes ao exercício da capacidade eleitoral passiva da democracia representativa.

A possibilidade de “participação no governo”, com o estabelecimento da referida condição, encontra limitação para aqueles que perdem ou têm suspensos os direitos políticos. Trata-se, contudo, de pressuposto fático ao requerimento da candidatura perante a Justiça Eleitoral. Em que pese a difícil e discutível constatação de perda (definitiva) dos direitos políticos, a Carta a estabelece, assim como, também, a da suspensão dos direitos como elementos já existentes ou já constatáveis como condições a serem superadas por todos os cidadãos para o pleno exercício democrático.

É causa de perda da condição de elegibilidade o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado – a perda da nacionalidade brasileira exercida por opção decorrente do processo de naturalização. Essa é uma condição de elegibilidade entendida pela doutrina como definitiva.

Também a incapacidade para fins eleitorais estabelece confronto com a disciplina da Lei nº 13.146/2015. Por esta, a

incapacidade plena é elemento que se reconhece apenas aos menores de 16 anos. Como a Constituição Federal pelo texto do art. 15, inc. II, ao tratar do pleno exercício dos direitos políticos (condição de elegibilidade) elenca a incapacidade civil absoluta como determinante à condição de cidadão, por não mais existir a classificação de “absoluta”, a não ser a dos menores de 16 anos, os casos de curatela não impedem possa o curatelado ostentar a condição de candidato.

A referência da CF 88 ao caso específico de incapacidade civil absoluta como falta da condição de elegibilidade, pela alteração legal havida em 2015, modificou o patamar mínimo daqueles em relação aos quais se estabelece a restrição eleitoral.

Outro elemento mínimo de referência à condição de elegibilidade está contido, também, na perda dos direitos políticos – no caso trata-se de suspensão – decorrente da condenação criminal transitada em julgado.

O preenchimento da condição se dá pela demonstração por certidão negativa de sentenças condenatórias criminais, com trânsito em julgado. O efeito do trânsito em julgado como causa de suspensão dos direitos políticos persiste em nosso ordenamento, em que pese possa-se destacar que é causa de inelegibilidade a condenação criminal por órgão colegiado – sem o trânsito em julgado – em determinados crimes previstos expressamente na Lei Complementar nº 64/90⁴³⁵.

⁴³⁵ LC 64/90. Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a

Nesse caso, há inequívoco confronto entre a causa mais garantidora do exercício político, contida no Texto, com a causa eleita pelo legislador infra constitucional, ao estabelecer, inclusive, de forma mais gravosa, o rol de crimes pelos quais não será necessária a demonstração de trânsito em julgado.

Outra condição estabelecida e decorrente da perda dos direitos políticos está contida na hipótese de trânsito em julgado de sentença condenatória em ação de improbidade administrativa que contenha na condenação a suspensão dos direitos políticos. De outro lado, é causa de inelegibilidade a condenação por órgão ou tribunal colegiado em ação de improbidade administrativa que tenha aplicado a suspensão dos direitos políticos por ato doloso que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

Tanto na questão que trata das condenações criminais como na que toca às condenações por improbidade administrativa, fica claro que o legislador constitucional estabeleceu causas mínimas que interferissem no direito de cidadania passiva. O estabelecimento de questões mais restritivas no nível da Legislação Complementar, permite demonstrar, mais ainda, o caráter não restritivo das condições de

falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

elegibilidade, mas de parâmetro mínimo a, exatamente, garantir a isonomia constitucional.

Conclusão

No que concerne ao sistema eleitoral contido na Constituição Federal de 1988, é inequívoco afirmar ter havido evolução no sentido de se estabelecerem os princípios básicos que permitem afirmar haver densidade democrática no País.

Desde os tempos do Brasil Colônia e, depois, com o texto da Constituição do Império, com previsão do sufrágio censitário que perdurou até a Constituição de 1891, derivada da proclamação da República, e do voto capacitário, com sua extinção pela EC nº 25 de 1985, com proibição de vedação do voto ao analfabeto, não se houve um texto tão abrangente das questões democráticas como o da atual Constituição Federal.

Do ponto de vista da democracia, cuja definição não se esgota em aspectos legais a estabelecerem ritos e garantias de direitos de cunho eleitoral aos cidadãos, sendo exigível o pleno exercício dos princípios e direitos fundamentais, exige-se aptidão do cidadão para que possa, em igualdade de condições com os demais, influir na vida estatal.

A Carta teve a preocupação de ampliar o acesso ao voto, sob o ponto de vista do alistamento eleitoral facultativo e obrigatório, assim como tornou bastante clara a condição de elegibilidade dos cidadãos, afastada da mera vontade e restrição estatal.

Os Partidos Políticos ganharam autonomia e organização própria cujo limite de atuação não mais é a vontade do Estado, mas do

próprio corpo de filiados que a ele se integram, podendo exercer em profundidade sua atuação no desenvolvimento das bases ideais previstas no estatuto.

A Constituição organiza a estrutura democrática derivada dos direitos políticos e partidários, permitindo, sob o viés do exercício da democracia representativa o mais amplo exercício dos direitos do cidadão, até aqui sem precedentes.

No ano em que o Texto completa 30 anos, nota-se o aperfeiçoamento, próprio das constituições modernas e democráticas, que tem possibilidade de regular a multiplicidade de situações problemáticas em constante transformação histórica, de maneira que seu texto permaneça sempre “aberto dentro do tempo” para que seja um elemento que fortalece o Estado Constitucional de Direito.

COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO SINDICAL

CONSTITUIÇÃO DE 1988: O TRABALHO COMO CENTRO IRRADIADOR DE DIREITOS

*Luciane Toss*⁴³⁶

Sumário: 1. Introdução; 2. Constituição e Direito Coletivo; 3. Direitos Fundamentais e Trabalho na Constituição Federal; 4. Conclusão. Referências.

Resumo: Um dos aspectos de maior relevância no texto Constitucional de 1988 é ter deslocado o direito ao trabalho, o direito do trabalho e o direito à representação sindical do capítulo da ordem econômica (onde estava na Constituição de 1967) para a qualidade de direitos fundamentais criando um subsistema constitucional trabalhista dotado de eficácia e com capacidade de irradiar direitos.

Palavras-Chave: Constituição Federal; Direito Coletivo do Trabalho, Direitos Fundamentais do Trabalho

Abstract: One of the most important aspects of the Constitutional text of 1988 is to have displaced the right to work, labor law and the right to trade union representation of the chapter of the economic order (where it was in the 1967 Constitution) for the quality of fundamental rights creating a labor constitutional subsystem that is efficient and capable of radiating rights.

⁴³⁶ Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela UNISINOS, Especialista em Novos Rumos do Direito pela Universidad de Burgos (ESP) e em Impactos das Reformas Trabalhistas pela Universidad Castilla La Mancha (ESP), Especialista em Direito Privado e Constitucional pela UNISINOS, Advogada Trabalhista, Especialista em Direito Sindical e Coletivo e do Trabalho, Professora da Fundação Escola da Magistratura Trabalhista do RS – FEMARGS. Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4755560H3>

1. Introdução

O presente artigo tem a pretensão de contribuir, nesta obra, com apontamentos acerca da inserção no texto constitucional de 1988 da categoria do trabalho como direito fundamental dotado de eficácia e como centro irradiador de direitos.

O texto aborda aspectos coletivos do direito do trabalho e a importância da representação sindical no processo de inserção de direitos aos trabalhadores. Aqui a abordagem recai sobre a autonomia negocial dos entes coletivos.

A Constituição Federal de 1988 tem o que alguns autores (citados aqui) chamam de Subsistema Trabalhista Constitucional que vai do art. 6º ao 11 contemplando tanto os direitos do sujeito coletivo (sociedade, at. 6º), quanto os direitos subjetivos do trabalhador (art. 7, 10 e 11), quanto aqueles delegados e de representação (art. 8º e 9º).

A Constituição vai inserir o trabalho como mecanismo de valor e de dignidade, o trabalhador como sujeito ativo no processo de produção (seja esta intelectual, manual ou tecnológica) e sua inclusão naquela gama de consequências que o trabalho produz: ser um profissional, ter um ambiente específico para o exercício desta profissão, se relacionar com os outros trabalhadores, em um grupo societário que lhe imprime não só um significado no mundo, mas também a liberdade para o agir político. Ou seja, a Constituição Federal estimula a democracia social e aqui, neste artigo, ela está relacionada a manutenção, garantia e proteção destes direitos trabalhistas constitucionais.

O diferencial apontado pela Constituição Federal está em, ao mesmo tempo que estabelece os direitos de livre iniciativa, propriedade privada, regime de mercado, etc., estabelecer uma interferência do Estado nas relações mercantis.

Existe uma vinculação entre os direitos da liberdade individual e os da dignidade da pessoa. É um acordo que pressupõe o livre mercado mas, apegado à construção de uma sociedade justa e solidária.

2. Constituição e Direito coletivo – A Contribuição dos sindicatos

Antes da Constituição Federal havia uma centralidade da legislação infraconstitucional. A legislação civil era o grande pilar do sistema jurídico. O papel do direito constitucional era apenas de organização e ordenação do Estado. O sistema trabalhava com uma ótica de completude positivista legalista (regras e normas como sinônimos e princípios eram apenas fundamentos direcionados às normas)⁴³⁷.

A recepção de novos conteúdos materiais (função social da propriedade, família como um conteúdo único e não hierarquizado) e a inclusão de novas figuras jurídicas (como o consumidor – alterando as relações contratuais) pela Constituição Federal de 1988 estabelece um novo conceito de liberdade e igualdade nas relações, que deixam de ser interpessoais e passam a ser transindividuais.

⁴³⁷ MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira, Palestra proferida no **III FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO Nacional de Processo do Trabalho, 16.06.2017.**

Num Estado Capitalista obvio é que a manutenção da propriedade privada e da livre iniciativa sejam formalizadas através do sistema legal. O sistema não pode prescindir da liberdade individual como requisito da elaboração dos negócios jurídicos e da vinculação interpessoal. O capitalismo sobrevive da circulação de riqueza proveniente dos modos de produção. Assim, a liberdade negocial entre capital e trabalho e entre vendedores e compradores ganha seu espaço no ordenamento jurídico constitucional⁴³⁸.

Valoriza-se o trabalho e os mecanismos de proteção do trabalhador (art. 7º e 8º, e seus incisos – principalmente reconhecendo a obrigatoriedade de participação dos sindicatos na proteção de direitos dos trabalhadores- autonomia privada coletiva) e a possibilidade de intervenção do Estado na economia e em suas relação interpessoais (defesa do consumidor, art. 5º, XXXII, função social da propriedade, art. 5º, XXIII e art. 170, III, fiscalização e planejamento econômico – art. 174 e parágrafos, limites aos juros contratuais, art. 192, § 3º, entre outros).

A vinculação dos efeitos da liberdade negocial aos direitos que garantem a dignidade da pessoa cria uma dicotomia entre a liberdade individual – garantida pela manutenção da livre iniciativa e a autoridade estatal – imposição/interferência do Estado nas relações ditas privadas.

Os sindicatos foram importantes atores sociais no processo de construção deste texto constitucional fruto do processo político,

⁴³⁸ TOSS, Luciane Lourdes Webber. O Limite Constitucional da Autonomia Privada. O princípio da solidariedade social como limite à liberdade contratual. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 19, p. 209-224, 2001.

econômico e social que reivindicava, dentre outros direitos, democracia social⁴³⁹. A inserção de um sistema trabalhista específico que privilegia o direito do trabalho e, em especial, o direito coletivo do trabalho são resultados disto⁴⁴⁰.

Gracias a la introducción de estos derechos, la fábrica, en cuanto lugar de trabajo, deja de ser un lugar privado – una simple propiedad inmobiliaria del patrono – y se convierte en un lugar público. También adquiere una dimensión pública la relación de trabajo, dentro de la cual el trabajador deja de ser una mercancía y se convierte en sujeto de derechos fundamentales: o sea, de derechos inviolables y no negociables, que tienen el valor de leyes del más débil como alternativa a otros límites y vínculos a la ‘libertad salvaje y desenfrenada’[...].” (FERRAJOLI, 2008, p. 287).

O at. 8º da **Constituição Federal**⁴⁴¹ contempla parte das reivindicações deste novo sindicalismo que surge com a criação das Centrais.

⁴³⁹ Para KALIN os sindicatos foram atores sociais de destaque na contestação e resistência contra a ditadura militar a partir da década de 70. O movimento sindical liderou importantes movimentos paredistas (com elevo às greves do ABCD paulista). KALIL, Renan Bernardi. Avanços e perspectivas do direito constitucional do trabalho: uma análise sob a ótica do direito coletivo do trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 183-213, out./dez. 2013. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/55994>>.

⁴⁴⁰ Em 1981 foi realizada a Conclat (Conferência Nacional da Classe Trabalhadora), em 1983 foi fundada a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e em 1986, a Central Geral dos Trabalhadores (CGT).

⁴⁴¹ **Art. 8º** É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: **I** - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; **II** - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; **III** - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos

Se por um lado a Constituição Federal manteve um sistema sindical baseado na unicidade rejeitando a liberdade sindical mantendo a possibilidade de uma série de controles por parte dos poderes que compõem parte do Estado⁴⁴², o texto legal inseriu a autonomia privada

ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; **IV** - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; **V** - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; **IV** - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; **VII** - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; **VIII** - e vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. **Parágrafo único**. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer. **Art. 9º** É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. **§ 1º** A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. **§ 2º** Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. **Art. 10.** É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. **Art. 11.** Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. In:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Consultada em 25.08.2017.

⁴⁴² A Constituição de 1988 entrou no circuito de direitos e deveres da sociedade brasileira num contexto de política ultraliberais (na América se chamou de neoliberalismo), ou seja, de um processo de desmantelamento do *Welfare State* e de uma concepção de regulação espontânea do mercado. Nesta perspectiva, há uma negativa da idéia de justiça social, onde a existência de um elo entre liberdade de pensamento e segurança material é substituído pela visão de que o trabalho deve submeter-se a ordem natural do Mercado e que o Estado não deve interferir nesta relação. O resultado é que se firmam os principais dogmas, do que SUPLOT chamou de *fundamentalismo econômico*, quais sejam, *a infalibilidade do Mercado, as benfeitorias da concorrência generalizada, a privatização dos serviços públicos, a desregulamentação do trabalho, a livre circulação de capitais*

e mercadorias. SUPIOT, Alain. O Espírito da Filadélfia – A justiça social diante do mercado total. Porto Alegre : Sulina, 2014, p. 33. O processo legislativo da década de noventa no Brasil foi especialmente fértil para flexibilizar e desregular muitos dos direitos que a Constituição previa. Na época é revogada a lei que previa aumentos salariais indexados⁷, em 1998 cria-se o banco de horas⁷ e o trabalho voluntário⁷ e, em 1999 o trabalho a tempo parcial com possibilidade de pagamento do salário mínimo proporcional⁷. Vide Lei 8.542/1992, **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8542.htm, consultado em 04.09.2017.; lei 9.601/1998, **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9601.htm, consultado em 04.09.2017.; Lei 9.608/1998, **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9608.htm, consultado em 04.09.2017.; Lei 103/1999. **SENADO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL**. In: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1332>. Consultado em 04.09.2017.

O judiciário trabalhista não furtou-se de consolidar a flexibilização. Várias são as decisões que podem ser usadas como exemplos de transigência em relação aos direitos protetivos dos trabalhadores: Súmula 331, Súmula 85, Súmula 364 todas do Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011** I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**. In: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.h

coletiva como mecanismo fundamental de avanço para os direitos dos trabalhadores.

A vinculação dos efeitos da liberdade coletiva negocial aos direitos que garantem a dignidade do trabalhador criam uma dicotomia

tml#S UM-331 **Súmula nº 85 do TST - COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.20. 16**

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000) III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva. VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. In: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. **Súmula nº 364 do TST - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.201****

I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003) II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT). **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. In: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331.**

entre a liberdade negocial individual – garantida pela manutenção da livre iniciativa - e interesse coletivo – que impõem a presença de um órgão de classe (que não mais necessita de autorização para existir, mas cuja burocracia ainda lhe impõem um registro).

O princípio da autonomia coletiva está consagrado tanto no art.7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, quanto no art. 8º, VI . Para Santos⁴⁴³, ela é definida como um poder de autorregulamentação das relações de trabalho, ou de matérias correlatas, pelos grupos profissionais e econômicos, por meio de suas organizações representativas. Para Godinho Delgado⁴⁴⁴ a autonomia privada esta na gênese do Direito do Trabalho Coletivo, sendo sua própria justificativa. A negociação coletiva é o seu instrumento e as normas coletivas de trabalho o seu produto.

Confome Kalil⁴⁴⁵, há avanços significativos no texto constitucional:

- (i) a proibição da interferência e da intervenção do Poder Público nas entidades sindicais;
- (ii) o reconhecimento da legitimidade dos sindicatos em defender os interesses da categoria de forma abrangente;
- (iii) a relevância dada à negociação coletiva.

A negociação coletiva é não só a prerrogativa mais importante de um sindicato (pois é a partir dela que temos a autocomposição de conflitos) como também estabelece os limites e as formas de como a

⁴⁴³ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Teoria das normas coletivas. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 133.

⁴⁴⁴ GODINHO DELGADO, Mauricio Curso de Direito do Trabalho. – 3ª Ed. – São Paulo : Ltr, 2004, pgs. 1043,1044.

⁴⁴⁵ KALIL, op. Cit.

relação de trabalho se dará no âmbito da prestação de serviço. Ela é, nos dizeres de Baylos, um limitador ao poder do empregador:

Trasladada a la rama de producción, la negociación colectiva es un instrumento de gobierno del sistema de relaciones laborales, contemplado en la empresa un articulado sistema de límites y un conjunto de procedimientos, con frecuencia no formalizados, que procuran la producción de consenso en la administración de las relaciones laborales y la racionalización del ejercicio de la autoridad en la **empresa**⁴⁴⁶.

A Constituição não só garante a negociação coletiva, como a estimula, e estabelece o princípio de avanços no *caput* do art. 7º (*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*). A função precípua da negociação coletiva é ampliar direitos pré-estabelecidos.

No entanto, não devemos esquecer que sendo a negociação coletiva um direito fundamental dos trabalhadores, ela se estende a toda e qualquer situação em que um trabalhador se veja desorientado ou sem assessoramento em seus interesses relacionados à relação de trabalho ou de emprego. No texto constitucional todo conflito de natureza coletiva se vinculam à negociação. A leitura do art. 8º, III, da Constituição revela que os sindicatos existem para a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, sendo obrigatória sua participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. Decisão emblemática neste sentido é a exarada no processo do

⁴⁴⁶ BAYLOS, Antonio. Sindicalismo y derecho sindical. 6ª edición. Albacete: Editorial Bomarzo, 2016. P. 102.

despedimento massivo da EMBRAER (PROCESSO Nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4)⁴⁴⁷:

DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial

As entidades sindicais portanto, tem a garantia constitucional de participa, ativamente, dos processos que envolvem o interesse de seus

⁴⁴⁷ Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão do processo n. TST-RODC- 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 04/09/2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso em: 13 mai. de 2017.

representados, estando a negociação coletiva no rol de direitos fundamentais dos trabalhadores.

3. Direitos Fundamentais e Trabalho na Constituição Federal

Com a Constituição Federal de 1988 há uma tentativa (de sucesso no entender desta autora) de passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito. Se introduz, conceitualmente, a supremacia da Constituição e critérios de efetividade normativa vinculados aos princípios e aos fundamentos (aqui o trabalho como fonte e valor social da constituição provoca uma transformação nas fontes, na interpretação e na técnica legislativa).

O artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição, dispõe que “*as normas* definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁴⁴⁸. O sistema jurídico permite, portanto, uma interpretação que busque na máxima efetividade dos direitos fundamentais os recursos para a dotação de caráter irradiante e vinculativo do conteúdo previsto no texto da Constituição Federal .

Esta funcionalidade protetiva dos direitos fundamentais abrange o sujeito em relação ao Estado (eficácia vertical) e os sujeitos entre si (eficácia horizontal). Na primeira, nas prestações positivas ou quando o Estado deve fazer e nas prestações negativas, quando o Estado não deve fazer. Na segunda vincula os particulares - eficácia horizontal⁴⁴⁹. Esta

⁴⁴⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Consultada em 25.08.2017.

⁴⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.464-467.

última nos interessa especificamente porque envolve sujeitos da relação de trabalho.

Na Constituição Federal a dignidade vem expressa como fundamento da República e o primado do trabalho como objetivo e função da ordem social, nos dizeres de Camino *a Constituição adotou a progressividade dos direitos dos trabalhadores, ficando claro o conteúdo mínimo – portanto, insuscetível de reversão ou redução – daqueles nela assegurados* (vide *caput* do art. 7º)⁴⁵⁰.

Há uma alteração importante quando a Constituição Federal desloca os direitos trabalhistas (contemplados no capítulo da ordem econômica na Constituição de 1967, arts. 157 e seguintes) para o capítulo reservado aos direitos fundamentais (arts. 6º a 11), ampliando os instrumentos de efetividade (art. 5º, §§ 1º e 2º), ainda que com a tentativa de restrição da eficácia de alguns direitos do art. 7º.

Vejam, por exemplo, a previsão contida no art. 7º, I que sem dúvida tem redação de técnica duvidosa, mas não faz decair a qualidade de aplicabilidade imediata do direito que ela visa proteger, qual seja, a relação de emprego. Isto quer dizer que qualquer lei complementar que está limitada ao conteúdo normativo que o dispositivo encerra⁴⁵¹. Nos

⁴⁵⁰ CAMINO, Carmen. *Direito do Trabalho e Direitos Humanos: O Exercício da Resistência na Trincheira da Constituição*. **In:** OLIVEIRA, Cíntia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. **Temas de Direito**

⁴⁵¹ Há quase trinta anos o Estado negligencia a lei complementar a que aduz o art. 7º, I da Constituição (ver ADCT at. 10). Um dos parcos exemplos de legislação que veda despedimentos arbitrários é a Lei 9.029/1995 que trata dos despedimentos discriminatórios. Sarlet nos auxilia apontando que a omissão legislativa em relação ao art. 7º, quando há previsão expressa da necessidade de atuação positiva do Estado, é inconstitucional, considerando que a este incumbe a concretização e objetivação dos direitos ali previstos (SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e**

dizeres de Silva (2006), a lei complementar poderá definir a diferença entre despedida arbitrária e justa causa. Para o autor, nem mesmo a conversão da garantia ao emprego por uma indenização seria possível sob pena de desnaturar o direito que a Constituição garante, ou seja, a relação de emprego⁴⁵².

A manutenção da propriedade privada (e aqui se inclui a apropriação dos modos de produção) impõe riscos ao exercício da liberdade e da igualdade, e de todos os direitos que destas decorrem, aos que são desprovidos dos bens e dos meios de produção. Assim, uma das inegáveis, e mais importantes, funcionalidades dos direitos fundamentais é a proteção. No trabalho, este sistema de proteção está direcionado a minimizar a discrepante diferença material entre tomador e prestador do trabalho. Isso fica evidente no exemplo do Art. 7º, I, ou seja, limitar a denúncia vazia do contrato de trabalho⁴⁵³.

A irradiação do conteúdo dos direitos fundamentais do trabalho decorre exatamente do seu conteúdo protetivo. O legislador poderá manter relações assimétricas, mas deve atentar para que estas não impliquem em privilégios tais que obstaculizem o exercício de direito por parte dos sujeitos. Quaisquer normas infraconstitucionais que

Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais Entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência, Disponível na Internet).

⁴⁵² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 290.

⁴⁵³ LEDUR, José Felipe. *A constituição de 1988 e seus sistemas especial de direitos fundamentais do trabalho*. OLIVEIRA, Cíntia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. **Temas de Direito e Processo do Trabalho - Volume II – Teoria Geral do Direito do Trabalho**. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2013, p. 136/137.

contrariarem ou colidirem com preceitos constitucionais não serão interpretadas no sistema (deveão ser declaradas inconstitucionais)⁴⁵⁴⁴⁵⁵.

A estrutura da Constituição não é menos importante para sua compreensão e para dotá-la de máxima eficácia. No Art. 1º o legislador estabelece as mudanças estruturais e de conteúdo, direcionando a atuação do Estado em todas as suas dimensões (são os fundamentos da República). Posiciona os direitos sociais no Título II *evidenciando que os direitos fundamentais são princípios constitutivos* do sistema. Ledur (2013) aponta que a Constituição *desloca-se da precedência da organização estatal para a primazia da sociedade; da organização das esferas do poder político, para os direitos fundamentais*. Os direitos fundamentais obrigam e vinculam a ação do Estado⁴⁵⁶.

O pressuposto constitucional é transformar o direito ao trabalho em um bem social e coletivo, limitando a coisificação do homem e

⁴⁵⁴ LEDUR, op.cit., p. 138-139.

⁴⁵⁵ O art. 165 (Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.) da Consolidação das Leis do Trabalho define o que é a despedida arbitrária, ou seja, *in verbis* [...] não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (grifo nosso). A justa causa do empregado vem definida no artigo 482 da CLT²⁰, ou seja, depende de requisitos taxativos para que se configure. O sistema já define os casos em que a lei considera justificado o despedimento, além de apontar o que é uma despedida arbitrária. O máximo que a lei complementar poderia fazer é revogar os artigos consolidados e suas matérias, ou seja, o que é uma justa causa e o que é uma despedida arbitrária. Jamais mudar o comando legal que impõe a preservação da relação de emprego através de sua proteção. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.** In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

⁴⁵⁶ LEDUR, op.cit., p. 130

impondo função social ao contrato e à propriedade privada. Para Camino (2013) a primeira questão que se impõe é reconhecer que a Constituição estabelece um direito social ao trabalho, mas também impõe um *direito do trabalho mínimo* que vem garantido no art. 7º estabelecendo *proteção ao emprego*, remuneração mínima e direitos que se destinam a satisfação das condições essenciais à sobrevivência digna do trabalhador e de sua família⁴⁵⁷. De qualquer forma, todos (Estado e particulares) devem pautar suas ações considerando a máxima eficácia dos direitos fundamentais e, em relação ao Estado, isso abrange os poderes executivo, legislativo e judiciário devendo observância ao dever de tutelar a proteção dos sujeitos para que lhe sejam garantidos os direitos de desenvolvimento da personalidade que os direitos fundamentais outorgam. Aqui podemos afirmar que está entre os deveres tutelares do Estado o de legislar para garantir a eficácia das disposições constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais⁴⁵⁸.

Assim Sarlet (2017) fundamenta os deveres tutelares:

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre a dimensão positiva e negativa do direitos fundamentais, convém relembrar que, na sua função de direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites negativos a atuação do

⁴⁵⁷ Vide definição do que seja salário mínimo, art. 7º, IV: IV – “salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”; **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, op. cit..

⁴⁵⁸ DO VALE, op.cit., p. 84

poder público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela) as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (imperativa e repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares – dever este que - para além do expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais prevendo normas fundamentais, pode ser reconduzido ao Princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto na aplicação da força, quanto no âmbito da solução de litígios, entre os particulares que (salvo em hipóteses excepcionais como a legítima defesa) não podem valer-se da força para impedir e, principalmente corrigir agressões vindas de outros particulares⁴⁵⁹.

A ordem jurídica é composta da conexão sistemática de normas específicas com as que compõe determinados ramos do direito. Para Larenz (apud, Ledur, 2013), toda interpretação da norma tem que considerar *sua cadeia de significados*, ou seja, o que a norma quer regular, seu contexto, sua funcionalidade⁴⁶⁰. Considerando que o art. 6º trata dos ser coletivo (a sociedade como um todo) o art. 7º passa a integrar o rol de direitos subjetivos, se direcionando à *pessoa humana que trabalha*, em que mesmo havendo remissão de regulamentação em alguns incisos, é de aplicação imediata conforme § 1º do art. 5º. São direitos subjetivos.

Reconhecendo a proteção da relação de emprego contra despedimentos injustificados (portanto considerados arbitrários) como

⁴⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgam. **Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais Entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência**, Disponível na Internet In: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm> em 25.08.2017.

⁴⁶⁰ LARENZ, apud, LEDUR, op.cit. p. 126.

direito fundamental, sua eficácia encontra previsão também no art. 5º, §§ 1º e 2º que não só dota de efetividade os direitos com sua aplicação imediata, mas *outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados* (princípio da profundidade)⁴⁶¹. Os direitos fundamentais, (todos os direitos do título II da Constituição), como direitos e garantias individuais, também atraem para si a previsão contida no art. 60, §4º, inciso IV, in verbis: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] IV - os direitos e garantias individuais (princípio da irreversibilidade). Funcionam como tutela protetiva e elevam os trabalhadores a um patamar de redução da desigualdade objetiva em que se encontram nas relações contratuais laborais⁴⁶². A realização do princípio da igualdade material é pressuposto para o exercício da dignidade do trabalhador.

Aqui repousaria de prima facie a inconstitucionalidade da Lei 13.467 de 2017 que extrai de seu conteúdo o princípio protetivo e propõe reduções e retrocessos em relação a direitos adquiridos pelos trabalhadores ao longo de sua história⁴⁶³.

⁴⁶¹ CAMINO, Idem, p. 34-35.

⁴⁶² Também para LEDUR os direitos do Título II integram o rol de cláusulas pétreas blindados pelo Art. 60, § 4º, IV. LEDUR, op.cit.

⁴⁶³ Claros exemplos são: Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. Art. 482[...] m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I - por metade: a) o aviso prévio, se indenizado; e b)

A previsão dos direitos sociais no art. 6º ganha concreção e efetividade na redação do art. 7º. Os direitos ali previstos estabelecem uma gama de obrigações relacionadas a prestações materiais que se dão em contraprestação ao trabalho. Tais direitos são oponíveis aos sujeitos que destas relações fazem parte e, como direitos fundamentais, passam a ser referência normativa para todo ordenamento infraconstitucional, para as ações do Estado e para os contratos de trabalho⁴⁶⁴. Sua eficácia decorre da interpretação sistemática dos art. 5º, §§1º e 2º, art. 1º, IV; art. 3º, I, III), *caput* do art. 170 e art. 193.

O texto constitucional ainda refere que um dos objetivos da assistência social é a promoção da integração ao mercado de trabalho e que o sistemas educacionais deverão promover a qualificação para o trabalho (vide art.203 e art. 205)⁴⁶⁵. Ou seja, o trabalho encontra

a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção do contrato prevista no **caput** deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos. § 2º A extinção do contrato por acordo prevista no **caput** deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**, op.cit.

⁴⁶⁴ LEDUR, op.cit. p. 132

⁴⁶⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.[...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. [...]Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. [...] Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: III - a promoção da integração ao mercado de trabalho. [...] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu

ressonância como mecanismo de valorização do sujeito, como forma de distribuição de renda e redução de desigualdades sociais, enfim, como instrumento viabilizador da cidadania, ou melhor dito, de efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

4. Considerações Conclusivas

A Constituição possui um subsistema constitucional trabalhista que vai do art. 6º ao art. 11, compreendendo um conteúdo social e um elenco de direitos subjetivos de conteúdo eficaz, devendo ser observado tanto pelo Estado e seus poderes, quanto pela sociedade na relação entre particulares.

Foram por ela contemplados um rol de direitos coletivos do trabalho dentre os quais a autonomia privada coletiva que tem funcionalidade normativa de pacificação de conflitos tendo como princípio norteador o avanço nos direitos para além dos previstos em lei.

A negociação coletiva é a concretização da autonomia privada coletiva que conta com a greve e a ultratividade como instrumentos.

No caso da interpretação do subsistema constitucional trabalhista (que vai do art. 6º ao 11), é o princípio da proteção que valida ou invalida a norma jurídica. O princípio que passa a atuar no direito do trabalho como *método especial de interpretação* influenciando todo o sistema normativo laboral. A concretude da norma constitucional, bem como, a dotação de sua máxima eficiência depende de uma

preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O mesmo ocorrendo com o inciso IV do art. 214 que prevê a formação para o trabalho como uma das finalidades do plano educacional nacional. In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Op.cit.

hermenêutica garantista, ou seja, de aplicadores do direito que tenham como limitação às suas interpretações os preceitos constitucionais, significando um controle constitucional não de normas, mas de atos, e aqui nos referimos a vedação de despedimento sem motivação que justifique o final da relação de emprego.

O Princípio da Proteção perde sua razão quando o sistema permite que a relação de emprego, seu principal objeto de amparo pode ser extinta sem qualquer limitação deixando o trabalhador a mercê de voluntarismos pessoais dos empregadores. O empreendimento, assim como o contrato de trabalho, devem estrita observância á função social que lhe destina a constituição federal. O contrato de trabalho não é um instrumento privado, considerando os direitos que ele alberga, tem natureza bem público, que deve ser protegido.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 670 p.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, 176 p.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar. Editor, 2001.

BAYLOS, Antonio. Sindicalismo y derecho sindical. 6ª edición. Albacete: Editorial Bomarzo, 2016.

CAMINO, Carmen. *Direito do Trabalho e Direitos Humanos: O Exercício da Resistência na Trincheira da Constituição*. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. Temas de Direito e Processo do Trabalho - Volume II – Teoria Geral do Direito do Trabalho. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2013, p. 17-46.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. In:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. In:

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Democracia, Cidadania e Trabalho*. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. Temas de Direito e Processo do Trabalho - Volume II – Teoria Geral do Direito do Trabalho. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2013, p. 101-119.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DO VALE, Silvia Isabele Ribeiro Teixeira. A antijuridicidade da despedida arbitrária no Brasil: o devido processo legal como solução para uma nova hermenêutica. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013, 203 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. 2ª Edição . Madrid: Editorial Trotta, 2010, 396 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley del más débil*. 7ª Edição. Madrid : Editorial Trotta, 2010, 180p.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Consultada em 25.08.2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, consultada em 04.09.2017.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007697&base=baseA> cordaos, consultado em 04.09.2017.

KALIL, Renan Bernardi. *Avanços e perspectivas do direito constitucional do trabalho: uma análise sob a ótica do direito coletivo do trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 183-213, out./dez. 2013. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/55994>>.

LEDUR, José Felipe. *A constituição de 1988 e seus sistemas especial de direitos fundamentais do trabalho*. OLIVEIRA, Cínthia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. Temas de Direito e Processo do Trabalho - Volume II – Teoria Geral do Direito do Trabalho. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2013, p. 121-180.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira, Palestra proferida no **III FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO Nacional de Processo do Trabalho, 16.06.2017.**

MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil. Interpretação na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTR, 2003, 368p.

OLIVEIRA, Cíntia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. *Temas de Direito e Processo do Trabalho – Volume I – Relação de Emprego*. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2012, 315 p.

OLIVEIRA, Cíntia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. *Temas de Direito e Processo do Trabalho - Volume II – Teoria Geral do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, 361 p.

OLIVEIRA, Cíntia Machado, DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles. *Direito do Trabalho*. 3ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, 502 p.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3a edição. São Paulo: LTR, 453 p.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil> , consultado em 04.09.2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível na internet In: 25.08.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 386 p.

SENADO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL. In: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1332>. Consultado em 04.09.2017.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 28ª Edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2000, 270 p.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª Edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, 928 p.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *In:*

SUPIOT, Alain. O Espírito da Filadélfia – A justiça social diante do mercado total. Porto Alegre : Sulina, 2014, 159 p.

TOSS, Luciane Lourdes Webber . O Limite Constitucional da Autonomia Privada. O princípio da solidariedade social como limite à liberdade contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 209-224, 2001.

ZORO, Danilo. “*La ciudadanía en una era poscomunista*”. MAZZUCA, Sebastián (director). En: *La Política – Revista de Estudios Sobre El Estado Y La Sociedad – N° 3* –Barcelona: Paidós, 1997.

COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO

SEGURANÇA JURÍDICA TRIBUTÁRIA 30 ANOS APÓS A CF/88: QUADRO ATUAL E PERSPECTIVAS

*Rafael Pandolfo*⁴⁶⁶

Resumo: O presente artigo abordará a segurança jurídica no direito tributário brasileiro após trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988. Na primeira parte, serão analisados o significado e a amplitude dessa garantia constitucional, sua estreita relação com o desenvolvimento econômico e social do país, bem como as vicissitudes do sistema tributário ligadas à segurança jurídica. A segunda parte tratará das novas perspectivas trazidas pelos precedentes (incorporados ao direito brasileiro pelo novo Código de Processo Civil de 2015), assim como pela Lei nº 13.655/18.

Palavras-chaves: Direito Tributário – Segurança Jurídica – Precedentes – Lei nº 13.655/18

1. Desenvolvimento e segurança jurídica tributária: o quadro 30 anos após a cf/88

A segurança jurídica não é uma questão específica do direito tributário, mas um problema do conjunto da ordem jurídica, na relação comunicativa que estabelece com os cidadãos e que permite a esses tomarem suas decisões com possibilidade de previsão das respectivas consequências. É, ainda, uma condição do que se propugna como normal funcionamento da economia, já que a realização de

⁴⁶⁶ Advogado, Presidente da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB/RS, Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP, Coordenador do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários no Rio Grande do Sul (IBET/RS), Consultor da FECOMÉRCIO/RS, Integrante do Conselho de Assuntos Técnicos, Tributários e Legais (CONTEC) da FIERGS - pandolfo@rpandolfo.adv.br

investimentos e de novos negócios pelos agentes econômicos assenta no pressuposto de manutenção de certa ordem, dotada de regras claras de jogo.

Aquilo que temos de específico no direito tributário é apenas uma manifestação mais intensa dessa necessidade, porque é também mais intensa a intromissão operada nesse ramo do direito na vida das pessoas e das empresas.⁴⁶⁷ Não à toa o economista Adam Smith preconizava, já em 1776, que a incerteza e a insegurança dos contribuintes diante de suas obrigações fiscais constituem problemas mais graves que a própria desigualdade contributiva:

El impuesto que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo de su cobro, la forma de pago, la cantidad adeudada, todo debe ser claro y preciso, lo mismo para el contribuyente que para cualquier otra persona. Donde ocurra lo contrario resultará que cualquier persona sujeta a la obligación de contribuir estará más o menos sujeta a la férula del recaudador, quien puede muy bien agravar la situación contributiva en caso de malquerencia, o bien lograr ciertas dádivas mediante amenazas. La incertidumbre de la contribución da pábulo al abuso y favorece la corrupción de ciertas gentes que son impopulares por la naturaleza misma de sus cargos, aun cuando no incurran en corrupción y abuso. La certeza de lo que cada individuo tiene obligación de pagar es cuestión de tanta importancia, a nuestro modo de ver, que aun una desigualdad considerable en el modo de contribuir, no acarrea un mal tan grande – según la experiencia de muchas naciones – como la más leve incertidumbre en lo que se ha de pagar.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual do Direito Fiscal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. p. 169.

⁴⁶⁸ Destaque nosso. SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de La riqueza de las naciones*. Trad. ao espanhol de Gabriel Franco. 2. ed., 9. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. livro V: “De los

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 3º, II,⁴⁶⁹ e 21º, IX,⁴⁷⁰ instituiu como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro a garantia do desenvolvimento econômico e social da nação. Esse objetivo exige um ambiente fértil no qual as potencialidades humanas, o empreendedorismo e as instituições (públicas e privadas) possam se desenvolver, gerando riqueza para país e alavancando o desenvolvimento social.

A configuração mínima desse ambiente há pouco referido exige a combinação de fatores sociais, políticos e jurídicos. Todos eles estão apoiados na segurança jurídica, eixo central do Estado de Direito cujo respeito estimula a participação dos agentes econômicos na construção de um novo cenário econômico e social.

A Constituição Federal, no *caput* dos arts. 5º e 6º,⁴⁷¹ reconhece a segurança como um direito a ser tutelado.⁴⁷² Associada comumente à integridade física, o conceito de segurança possui um espectro muito maior. Seu *conteúdo mínimo* é a segurança jurídica, pressuposto

ingresos del Soberano o de La República”, cap. II: “Sobre las fuentes donde proceden los ingresos públicos y generales de la sociedad”, parte II: “De los impuestos”, parágrafo II: “Certidumbre”. p. 727.

⁴⁶⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II - garantir o desenvolvimento nacional;

⁴⁷⁰ Art. 21. Compete à União: [...] IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

⁴⁷¹ 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 Constituição.

⁴⁷² Confirmando esse entendimento, transcreve-se o trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no RE 377.457: não se desconhece que, na cláusula que contempla o direito à segurança, inclui-se a positividade da segurança jurídica, sob pena de ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de comportamento por parte das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).

inerente ao Estado de Direito que não pode ser afastado, sob pena de retirar a eficácia social do próprio ordenamento jurídico.⁴⁷³

Essa é a razão pela qual o Tribunal Constitucional Alemão entende que, entre os elementos fundamentais que configuram o Estado de Direito, há de ser incluída a segurança jurídica. O cidadão deve ter condições de poder prever as possíveis intervenções do Estado sobre as pessoas, para então se preparar convenientemente. Deve, ainda, confiar que seu comportamento, de acordo com o direito vigente, seguirá sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico com todos os efeitos jurídicos existentes quando da ocorrência do fato considerado juridicamente relevante.

Para o cidadão, segurança jurídica significa, primeiro e fundamentalmente, a proteção de sua *confiança*. Assim, o agravamento inesperado da situação jurídica de um contribuinte pressupõe a violação desse preceito.⁴⁷⁴

A função judicial no macrosistema estatal destina-se a preservar a estabilidade das relações jurídicas sociais, tornando previsíveis as soluções de conflitos, como aponta Napoleão Nunes Maia Filho.⁴⁷⁵ Logo, a racionalidade na edição e na aplicação das normas pelo Estado

⁴⁷³ Vide, a respeito, o excelente artigo escrito por Ingo Wolfgang Sarlet (A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, n.21, março/abril 2010, Salvador – BA.

⁴⁷⁴ BVerfGE 7, 129, 152; 11, 64, 72.

⁴⁷⁵ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Processo e julgamento judicial no paradigma juspositivista tardio: breves ensaios sobre a hermenêutica dos fatos na resolução de demandas jurídicas*. Fortaleza: Imprece, 2015. p. 233.

é pré-requisito para a segurança jurídica, sem a qual a compreensão das obrigações e das regras do jogo fica comprometida.

Afirmar que a segurança jurídica viabiliza o próprio Estado de Direito importa compreender que ela está diretamente ligada à confiança dos cidadãos no respeito, pelas instituições encarregadas pela inserção e definição das obrigações tributárias (Legislativo, Executivo e Judiciário), das normas vigentes durante a ocorrência de cada fato jurídico tributário. O transcurso do tempo juridicamente positivado estabiliza – para certos efeitos e relações jurídicas – a possibilidade de alteração semântica e sintática do ordenamento.

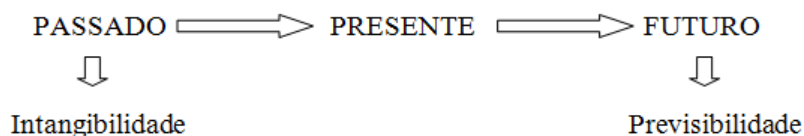
A estabilização sintática ocorre, por exemplo, com o transcurso do tempo dentro do qual deveriam ter sido praticados atos pelo sujeito ativo tributário, ligados tanto à constituição de relações jurídicas tributárias (prazo decadencial),⁴⁷⁶ como à possibilidade de deflagrar reflexos patrimoniais a partir de relações já constituídas, mediante expropriação (prazo prescricional). Do mesmo modo, o sentido de um evento passado adquire contorno próprio, decorrente do significado vigente atribuído à lei ao qual foi subsumido, tornando-se imune às alterações atribuídas por lei posterior.⁴⁷⁷

Sob uma perspectiva temporal, a segurança jurídica - no direito tributário - projeta seus vetores para o passado e para o futuro, a partir das seguintes direções: intangibilidade do passado e previsibilidade do

⁴⁷⁶ CTN, art. 150, § 4º e art. 173, I.

⁴⁷⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Segurança jurídica, coisa julgada e justiça*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005. p. 266.

futuro. Essa função pode ser demonstrada a partir da seguinte representação gráfica:



O raciocínio representado acima esquematiza a posição adotada pela doutrina alemã⁴⁷⁸ que, ao analisar os princípios que condicionam o exercício da válida imposição tributária, afirma que a retroatividade da lei tributária é incompatível com a defesa da confiança e da segurança jurídica, elementos essenciais ao Estado de Direito.

A ideia de previsibilidade constitui ponto chave de um sistema tributário erigido sobre a segurança jurídica,⁴⁷⁹ pois ela pode ser identificada como a certeza dos contribuintes sobre as consequências jurídicas decorrentes dos seus atos, no campo fiscal.⁴⁸⁰ Essa certeza corresponde à chamada univocidade de resultados – *eindeutiges Ergebnis* – e funciona, conforme demonstrou César García Nova,⁴⁸¹ como limitador aos atos de aplicação da legislação tributária, pela Administração e pelos Tribunais, ponto que será abordado adiante.

⁴⁷⁸ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974. pp. 410 e 432.

⁴⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 609.

⁴⁸⁰ PAULSEN, Leandro. *Segurança Jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quando à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74.

⁴⁸¹ NOVOA, César García, 2000, NOVOA, César García. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 113.

As expectativas e a incerteza quanto ao modo de tributação ou quanto ao nível das exações fiscais afetam as decisões de investimento e as decisões de consumo. Por isso, pode-se afirmar, considerando o ordenamento jurídico como um todo, que a perspectiva de continuidade, fornecendo um grau superior de segurança jurídica, favorece a racionalidade das decisões que exigem uma lei previsível. A mudança retroativa cria a impossibilidade de previsão ao aplicar uma lei nova a um fato total ou parcialmente verificado.⁴⁸²

Esses apontamentos até aqui alinhados se aplicam não apenas à introdução sintática de novos enunciados no sistema, como também ao controle dos seus significados pelos órgãos aplicadores. A aplicação da lei, afinal, é o resultado de um processo intelectual de atribuição de sentido à norma e ao contexto fático ao qual ela é aplicada. É do ato de aplicação que nasce o conteúdo pragmático da obrigação tributária, a partir do qual se pode construir a norma jurídica em seu plano mais periférico e objetivo.

Ocorre que, ultrapassados trinta anos do Texto Constitucional, o país segue vivendo sob a vigência de um sistema tributário indefinido e anacrônico. Em realidade, pode-se dizer, metaforicamente, que se vive sob a égide de cinco sistemas tributários coexistentes:

- 1) o imaginado, desejado e votado pelo legislador;
- 2) o definido pela Receita Federal do Brasil através dos seus atos normativos (instruções normativas, atos declaratórios interpretativos,

⁴⁸² SANCHES, J. L. Saldanha, *op.cit.*, pp. 186-187.

etc.) e autos de infração, que muitas vezes aplicam multas pesadas aos contribuintes que atribuíram outro sentido à lei tributária);

3) o definido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) – órgão que integra a Receita Federal do Brasil, mas cujos precedentes não precisam ser seguidos pela própria fiscalização, sobretudo quando favoráveis aos contribuintes;

4) o fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional

5) o determinado pelo Supremo Tribunal Federal nas questões tributárias dotadas de cunho constitucional.

Como o sistema tributário brasileiro encontra-se exaustivamente positivado no Texto Constitucional, a maioria dos conflitos envolvendo contribuintes e o fisco se inicia no âmbito administrativo e deságua no Supremo Tribunal Federal, materializando discussões que se perpetuam por diversos anos.

Ultrapassadas três décadas da Nova Carta, não há, por exemplo, uniformidade e certeza sobre o alcance preciso de receita bruta e faturamento, fonte de custeio elencada pelo art. 195, I, “b”, da Constituição Federal de 1988 e que constitui o eixo fundamental do sistema tributário brasileiro.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (março de 2017),⁴⁸³ definiu que o ICMS não integra a receita bruta das

⁴⁸³ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher

empresas e, conseqüentemente, a base de cálculo do PIS e da COFINS. A Receita Federal do Brasil, mesmo após o julgamento acima referido, expediu as Soluções de Consulta DISIT/SRRF06 nº 6.012 e 6.032, através das quais esclareceu que continuaria a exigir a inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas exações, mesmo a partir da data fixada no seu pleito de efeitos modulatórios.

A coexistência de diferentes compreensões sobre o alcance dos comandos tributários e, sobretudo, a inflexibilidade dos órgãos da Administração ao posicionamento consagrado nos precedentes proferidos pelas Cortes Superiores instabiliza o sistema tributário brasileiro.

Num regime onde há respeito às instituições e ao Estado de Direito as decisões adotadas pelas Cortes Constitucionais são cumpridas o mais rápido possível. Mesmo que esteja pendente discussão sobre a suscitada modulação de efeitos em benefício da

é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Fazenda, a decisão do Supremo Tribunal Federal já deveria estar sendo aplicada prospectivamente por todas as instituições. É o que se espera das instituições numa república, mas não é o que se vê. Se não há jeitinho para escapar às obrigações tributárias, também não deve existir para se tangenciar e descumprir a Constituição.

Mas a indeterminação não é a única ameaça que ronda a segurança jurídica. A volatilidade de alguns posicionamentos no próprio Judiciário também compromete a segurança jurídica e a confiança dos contribuintes. A oscilação do STF no enfrentamento do tema relativo ao direito de créditos de IPI pela aquisição de produtos sujeitos à alíquota zero é a demonstração clara desse quadro.

Tendo decidido favoravelmente ao contribuinte em 2002, o STF, num intervalo de apenas cinco anos, reverteu seu posicionamento ao enfrentar os embargos declaratórios opostos pela Fazenda.⁴⁸⁴ O Pleno da Corte ainda rejeitou, por maioria, a proposta de modulação de efeitos da decisão. A guinada interpretativa, agravada pela ausência de modulação de efeitos, frustrou a expectativa de inúmeros contribuintes

⁴⁸⁴ EMENTA: IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica (RE 353657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502 RTJ VOL-00205-02 PP-00807 - destaque nosso).

que, com base no entendimento do próprio tribunal, faziam uso dos referidos créditos de IPI alíquota zero.⁴⁸⁵

Não fosse suficiente, a aplicação retroativa de novos parâmetros interpretativos pela Administração tributária também afronta a segurança jurídica, fustiga os agentes econômicos e penaliza o empreendedorismo. Determinadas condutas adotadas pelos contribuintes com base nos parâmetros interpretativos então vigentes por vezes são revisadas e penalizadas, quase cinco ou seis anos após, a partir de novos critérios interpretativos. Paraphrasing Tom Jobim, o Brasil não é um país para amadores. E o sistema tributário é a maior prova disso.

2. Novas perspectivas: o Precedente e a Lei 13.655/18

A convicção de que a unidade e a coerência de um ordenamento jurídico só existirão quando estiverem refletidas na jurisdição levou o legislador a implementar uma verdadeira revolução através do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, Diploma que incorporou, ao

⁴⁸⁵ O problema é que os embargos declaratórios – sobretudo em matéria exclusivamente jurídica, analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a qual não se pode falar em equívoco de premissa fática – são destituídos de efeitos infringentes, pois servem simplesmente para declarar algum aspecto ou ponto do acórdão embargado. Desse modo, a confiança dos contribuintes na estabilidade da definição conferida ao tema era, até então, inquestionável, sendo sua relativização um prêmio a quem protelou incansavelmente a autoridade da própria Corte Constitucional (estratégia processual antes vedada pelo art. 538, Parágrafo Único, do CPC/73 e atualmente vedada pelo art. 1.026, Parágrafo 2º, do CPC/15) apostando numa modificação futura do entendimento (e da composição) da Corte. Ademais, embora tenha adotado o critério do trânsito em julgado para determinar a irradiação de efeitos e a proteção da legítima expectativa, os próprios Ministros do STF já estavam aplicando o entendimento ainda não transitado em julgado em decisões monocráticas.

direito brasileiro, a figura do *precedente* (instituto originário dos países da seque a *common law*).

O novo Diploma Processual inaugurou um novo paradigma, centrado na força dos precedentes e na criação de mecanismos de jurisprudência vinculante.⁴⁸⁶ Procurando dar efetividade a determinadas decisões balizadoras, o novo Código buscou incorporar ao nosso sistema o *stare decisis* (*stare decisis et non queta movere*),⁴⁸⁷ utilizado, com variações, pelos países que seque a *common law*.

A doutrina dos precedentes (*stare decisis*) consiste em uma técnica para encontrar os fundamentos de certas decisões registrados na experiência judicial. Assegura a estabilidade do ordenamento jurídico na medida em que exige que os julgadores observem as questões já decididas no passado pelos tribunais superiores.⁴⁸⁸

O autêntico instituto dos precedentes, criado na tradição de *common law*, constrói a *ratio decidendi* (razão de decidir) das decisões apontadas como precedentes para então aplicá-lo aos casos futuros que se enquadrem no mesmo contexto e que estarão portanto sujeitos ao mesmo raciocínio jurídico. A disputa entre as partes então objetiva apontar similitudes ou diferenças entre os casos que deram origem ao caso paradigma e, conseqüentemente, a incidência ou não da *ratio*

⁴⁸⁶ Segundo MARINONI, a eficácia vinculante proíbe o juiz de decidir de forma contrária ao tribunal que lhe é superior, contudo reservando ao julgador a possibilidade de realizar o *distinguishing* do caso analisado. (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017).

⁴⁸⁷ O que foi decidido deve ser respeitado.

⁴⁸⁸ POUND, Roscoe. "What of Stare Decisis?". Fordham Law Review, nº 1, vol. X. 1941, p.5.

decidendi do precedente fixado pelos órgãos julgadores competentes. Ao tratar dos precedentes, MITIDIERO os define da seguinte forma:

Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil.⁴⁸⁹

Nesse sentido nosso sistema reconheceu a força vinculante das decisões proferidas pelo art. 927 do CPC/15.⁴⁹⁰ Esse enunciado estabeleceu que os juízes e tribunais devem observar as decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 90.

⁴⁹⁰ CPC/15. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁴⁹¹ Embora não seja tema que deva ser aqui aprofundado, nem todas as decisões referidas pelo art. 927 do CPC são precedentes, mas todas são vinculantes.

Os acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos materializam, na sua essência, as decisões que poderão ser identificadas como precedentes. Importante compreender que a vinculação de juízes e tribunais regionais e estaduais não será do dispositivo analisado em concreto, mas do raciocínio (*ratio decidendi*) nele contido.

As consequências imediatas no processo judicial são evidentes e estão previstas em diversos dispositivos do novo Código, como os seguintes: art. 311 (tutela de evidência); art. 919, §1º (Efeitos suspensivos nos embargos à execução); art. 332 (improcedência liminar); art. 496 (dispensa da remessa necessária); art. 932 (julgamento monocrático).

No processo administrativo, estando a administração sujeita à legalidade e, sendo o precedente (STJ e STF) a expressão final da lei, o mesmo não poderá deixar de ser aplicado, pois configurará atuação desconforme com o direito.

O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na redação dada pela Lei nº 13.655/18,⁴⁹² estabelece que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Os precedentes em nosso sistema (*civil law*) corresponderão à expressão final da lei e, quando alegados, não podem deixar de ser aplicados, a menos que exista uma *distinção*

⁴⁹² Decreto-lei nº 4.657/42: Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

que afaste a conformidade do caso com a *ratio decidendi* erigida a partir do precedente.

A nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também trouxe importantíssima inovação em seu artigo 24,⁴⁹³ relativamente aos critérios interpretativos e sua aplicação no tempo. O dispositivo há pouco referido veda a desconstituição de situações jurídicas já consolidadas quando houver posterior alteração de orientação jurisprudencial ou administrativa, privilegiando a confiança dos cidadãos depositada na interpretação dominante à época de constituição dos atos jurídicos.

O parágrafo único do art. 24 esclarece que a proteção se aplica aos casos em que havia jurisprudência judicial ou administrativa *majoritária*, legitimando o ato praticado pelos contribuintes. Da mesma forma, quando a conduta do contribuinte estiver tutelada por práticas administrativas reiteradas e de amplo conhecimento público.

No âmbito da Administração, em junho 2018, o Ministério da Fazenda publicou a Portaria MF nº 277,⁴⁹⁴ conferindo às súmulas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF efeito vinculante

⁴⁹³ Decreto-lei nº 4.657/42: Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

⁴⁹⁴ Portaria MF nº 277/2018: Art. 1º Fica atribuído às sumulas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, relacionadas no Anexo Único desta Portaria, efeito vinculante em relação à administração tributária federal.

em relação à administração tributária federal. Assim, visando atribuir unidade e coerência à interpretação e à aplicação do direito por parte da Administração, a Portaria do Ministério da Fazenda obriga a Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a aplicar os entendimentos sumulados pelo CARF.

De todas as questões tributárias enfrentadas pela comunidade jurídica brasileira nos 30 anos da Constituição de 1988, a insegurança jurídica talvez ainda represente um dos maiores entraves ao desenvolvimento econômico nacional. O Estado brasileiro atravessa atualmente uma crise político-econômica marcada pela instabilidade política, jurídica e econômica. Soluções continuamente criadas sob a lógica do “fechamento do caixa” trouxeram o país ao estágio atual. É preciso pensar o sistema tributário *a partir* da Constituição e não *sobre ela*, como muitas vezes vem sendo feito.

Do conjunto de alterações legislativas aqui apontadas, observa-se uma conscientização por parte do legislador ordinário e da Administração quanto à necessidade de implementar-se medidas que tragam segurança jurídica aos cidadãos e demais agentes econômicos. A criação de novos institutos capazes de conferir unidade e coerência ao sistema normativo representa um novo horizonte de confiança e racionalidade no qual a economia pode se desenvolver sem intervenções inesperadas e arbitrárias por parte do Estado.

3. Conclusão

A segurança jurídica, assegurada pela Constituição de 1988, vem sendo fustigada nas três décadas de vigência do atual Texto Constitucional.

A incerteza decorrente das diferentes compreensões sobre o conteúdo das regras tributárias reveladas pelos órgãos aplicadores e julgadores e a falta de submissão ao desfecho conferido pelas Cortes Superiores tem gerado indesejada insegurança nos agentes econômicos. A instabilidade da jurisprudência administrativa e judicial também vem colaborando na criação de ambiente econômico estéril, que freia o crescimento, a própria arrecadação e promove a cultura da judicialização.

A aplicação retroativa de critérios jurídicos distintos dos apontados pela jurisprudência majoritária vigente na época da conduta tributária analisada também vem violando a segurança jurídica e fomentado um ambiente de desconfiança e incerteza, a partir do qual a única premissa segura é aquela que leve ao maior recolhimento aos cofres públicos.

O advento da Lei nº 13.655/18 e a introdução, pelo novo Código de Processo Civil, da figura dos *precedentes*, descortinam um novo cenário para o sistema tributário brasileiro, dotado de maior segurança jurídica, racionalidade e unicidade.

Além de elemento indissociável da ideia de Estado de Direito, a segurança jurídica também é pressuposto para o desenvolvimento econômico do país, o aumento da arrecadação e o desenvolvimento

social. Somente em uma conjuntura político-jurídica estável, previsível, dotada de regras claras, coerentes e eficazes, os agentes econômicos poderão avaliar os riscos de seus empreendimentos e projetos de vida, cientes dos limites da intervenção do Estado em suas atividades.

Embora seja possível, a partir das recentes alterações legislativas, vislumbrar-se um horizonte otimista para a questão da unidade do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, garantia da segurança jurídica, a solução desses problemas dependerá de uma postura responsável dos órgãos aplicadores quanto à *autoridade da norma interpretada*.

Mais do que o estudo desse novo cenário normativo, a construção de um ambiente marcado pela proteção da confiança exigirá dos aplicadores e julgadores virtudes humanas como a altivez, a empatia e a humildade. Sem elas não superaremos as ilhas interpretativas que hoje alimentam o pantanoso sistema tributário brasileiro.

Só com um sistema tributário estável e dotado de segurança jurídica conseguiremos assegurar melhores condições ao exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça, como consignado em nosso preâmbulo constitucional. Essa é a verdadeira cruzada republicana.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *CARF divulga Relatório das Decisões proferidas de Janeiro a Dezembro de 2016*. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2017/carf-divulga-relatorio-das-decisoes-proferidas-de-janeiro-a-dezembro-de-2016>>. Acesso em: 11/07/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 353657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe nº 041. Divulgado em: 06-03-2008. Publicado em 07/03/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 377457, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-08 PP-01774

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017. DJe nº 223. Divulgado em: 29/09/2017. Publicado em: 02/10/2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Segurança jurídica, coisa julgada e justiça*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Processo e julgamento judicial no paradigma juspositivista tardio: breves ensaios sobre a hermenêutica dos fatos na resolução de demandas jurídicas*. Fortaleza: Imprece, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

NOVOA, César García, 2000, NOVOA, César García. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000

PANDOLFO, Rafael. *Revoguem a Legalidade Tributária: A sonegação e a legalidade-ameaça formam as duas faces da mesma perversa moeda*. Jota. 10 out. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/revoguem-a-legalidade-tributaria-10102017>>. Acesso em: 11/07/2018.

PAULSEN, Leandro. *Segurança Jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quando à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

POUND, Roscoe. “*What of Stare Decisis?*”. *Fordham Law Review*, nº 1, vol. X. 1941.

TIPKE, Klaus. *La retroactividad en el derecho tributário*. In: AMATUCCI, Andrea (Dir.) *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo I, 2001.

SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual do Direito Fiscal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

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

SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de La riqueza de las naciones*. Trad. ao espanhol de Gabriel Franco. 2. ed., 9. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

**COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO URBANÍSTICO E
PLANEJAMENTO URBANO**

**A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA NOS CONFLITOS
FUNDIÁRIOS URBANOS: UM SINTÉTICO BALANÇO DOS 30
ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL DE 1988**

Elaine Adelina Pagani⁴⁹⁵, Claudia Bodallo Bertoni⁴⁹⁶

Resumo: A maioria das grandes cidades brasileiras cresceu a margem da lei e do descaso do Estado, devido à migração da população do campo para a cidade em busca de melhores condições de vida. Com efeito, populações de baixo poder aquisitivo, aliado ao fato de que o direito urbano e a legislação urbanística brasileira somente passaram a despertar a atenção dos estudiosos a partir da crescente urbanização nos anos de 1960 contribuíram em demasia para a formação das cidades ilegais inseridas nas cidades legais com acirrada disputa pelo território urbano. A parcela da população excluída do sistema legal passou a ocupar o solo desprovido de infra-estrutura, de forma irregular, periférica e a construir sem a observância da legislação pertinente, o que resultou no déficit habitacional, no crescimento das desigualdades sociais e acentuado processo de exclusão socioespacial. Assim, a cidade que deve ser um espaço social, palco de experiências humanas, exclui os seus cidadãos porque não tem condições de abrigá-los, fazendo com que muitos moradores não tenham acesso aos espaços, equipamentos e serviços públicos urbanos – educação, cultura, transporte e moradia digna. E nessa disputa em relação ao território urbano apresentam-se os conflitos fundiários urbanos diante da necessária proteção à moradia como fortes expressões, por vezes contraditórias, do Brasil, especialmente a partir da segunda metade do século XX. Nesse sentido, o presente trabalho faz um balanço sintético do quanto avançou a proteção do direito à moradia diante dos conflitos fundiários a partir da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de

⁴⁹⁵ Presidente da Comissão Especial de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano.

⁴⁹⁶ Membro da Comissão Especial de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano.

1988 que se constitui numa fonte geradora de várias leis que regulamentam o direito à moradia.

Palavras chave: Direito à moradia, direito de propriedade, conflitos fundiários urbanos, exclusão socioespacial, Constituição Federal.

1. A situação da moradia frente a propriedade urbana imóvel no Brasil.

Segundo resultados do Censo Demográfico 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Brasil é um país essencialmente urbano, demonstrando a pesquisa do referido Instituto que 83% dos domicílios ⁴⁹⁷ estão localizados nas cidades.

A maioria das grandes cidades brasileiras cresceu a margem da lei e do descaso do Estado, devido à migração da população do campo para a cidade em busca de melhores condições de vida. Com efeito, populações de baixo poder aquisitivo, aliado ao fato de que o direito urbano e a legislação urbanística brasileira somente passaram a

⁴⁹⁷ Importante destacar que o Censo Demográfico do IBGE, além de levantar o número de domicílios no Brasil, apurou também o número de pessoas que, em média, vivem em cada domicílio. E diante dos dados levantados constatou que o adensamento humano vem caindo, pois no Censo de 1991, a média de moradores por domicílio era de 4,15 moradores, no Censo de 2000 a média caiu para 3,8, sendo que na região Sul encontra-se o menor adensamento por domicílio. Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Onde mora o brasileiro.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/habitacao/onde_mora_o_brasileiro.html>. Acesso em 01 out. 2007. Ainda, nesse sentido, segundo informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal, No Brasil, 9,8 milhões de pessoas residem em domicílios com irregularidade fundiária, sendo 7,3 milhões em áreas urbanas. BRASIL. MINISTÉRIOS DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Proliferação de Assentamentos Informais.** Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/planejamento_investimento/conteudo/radarsocial/moradia.htm>. Acesso em 01-10-2007.

despertar a atenção dos estudiosos a partir da crescente urbanização⁴⁹⁸ nos anos de 1960 contribuíram em demasia para a formação das cidades ilegais inseridas nas cidades legais⁴⁹⁹ com acirrada disputa pelo território urbano.⁵⁰⁰

A parcela da população excluída do sistema legal passou a ocupar o solo desprovido de infra-estrutura, de forma irregular, periférica e a construir sem a observância das legislações pertinentes, o que resultou no déficit habitacional, no crescimento das desigualdades sociais e acentuado processo de exclusão socioespacial. Para Edésio Fernandes, o crescente aumento das formas de ilegalidade nas cidades gera exclusão e segregação social e territorial, que implica graves conseqüências sociais, econômicas, ambientais e políticas não somente

⁴⁹⁸ Importante ressaltar a diferença semântica entre as expressões urbanização e urbanismo. A urbanização é um fenômeno moderno que gera problemas sociais que o urbanismo é capaz de resolver mediante a ordenação das cidades com a localização de serviços e equipamentos públicos urbanos, habitação, transporte e lazer.

⁴⁹⁹ Importante ressaltar a diferença semântica entre as expressões urbanização e urbanismo. A urbanização é um fenômeno moderno que gera problemas sociais que o urbanismo é capaz de resolver mediante a ordenação das cidades com a localização de serviços e equipamentos públicos urbanos, habitação, transporte e lazer.

⁵⁰⁰ O Brasil passou, de um país predominantemente rural, para urbano ao longo do século XX, e segundo dados do IBGE: “o século XX foi caracterizado, no Brasil, por um intenso processo de urbanização iniciado em meados do século e fortalecido a partir de 1960. A parcela de população urbana passou de 31,2% em 1940 para 67,6% em 1980. A mudança de país predominantemente rural para urbano ganhou velocidade no período 1960-1970, quando a relação se inverteu: dos 13.475.472 domicílios recenseados no Brasil em 1960, pouco menos da metade (49%), se situavam nas áreas urbanas; em 1970, quando foram contados 18.086.336 domicílios, esse percentual já chegava a 58%.” Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *ESTATÍSTICAS DO SÉCULO XX. In: Brasil: de rural a urbano ao longo do século XX*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecx.shtml.shtm>>. Acesso 05 ago. 2007.

para aqueles diretamente envolvidos, mas sim para a sociedade como um todo.

A proliferação de formas de ilegalidade nas cidades, sobretudo no que se refere aos processos de acesso ao solo e produção da moradia, tem sido uma das maiores conseqüências do processo de exclusão socioespacial, que caracteriza o crescimento urbano intensivo nos países em desenvolvimento como o Brasil. Esse fenômeno complexo tem atraído cada vez mais a atenção dos pesquisadores, preocupados com as graves implicações sociais, econômica, ambientais e políticas desse processo – que de forma alguma se reduz aos grupos mais pobres, mas que os afeta mais diretamente.⁵⁰¹

Vale lembrar também daquela parcela da população que atraída por melhores condições de vida na “cidade grande”, saiu do campo sem qualificação para trabalhar na indústria, e ao deparar-se com a exclusão do mercado de trabalho, depara-se também com a impossibilidade de pagar aluguel pela moradia, passando a integrar o contingente dos excluídos da cidade legal. Assim, a cidade que deve ser um espaço social, palco de experiências humanas, exclui os seus cidadãos porque não tem condições de abrigá-los, fazendo com que muitos moradores não tenham acesso aos espaços, equipamentos e serviços públicos urbanos – educação, cultura, transporte e moradia digna.

⁵⁰¹ FERNANDES, Edésio. Legalizando o ilegal. In: BRANDÃO, Carlos Antônio Leite (Org.). **As cidades da cidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 141.

2. As disputas pelo território urbano.

A disputa em relação ao território urbano⁵⁰² apresenta os dois lados da mesma moeda.

De um lado, encontram-se os interesses econômicos proprietários que a partir de uma concepção privatista da propriedade imóvel urbana não vêm no processo de urbanismo – que inclui a construção de moradias populares, um investimento com retorno lucrativo. Do outro lado, encontram-se os interesses dos não-proprietários, daqueles que têm na luta pela implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais e na aplicação das leis que contemplam

⁵⁰² Em relação à disputa de territórios travada entre a cidade legal e a cidade ilegal, oportuno trazer o artigo do urbanista Kazuo Nakano, publicado em 23/05/2007 no site do Instituto de Estudo, Formação e Assessoria em Políticas Sociais. O urbanista refere-se à disputa travada entre os moradores de um condomínio fechado e os moradores de uma favela: “As sociedades produzem seus territórios exercitando relações de poder e dominação entre grupos de interesses e na apropriação das riquezas sociais e dos recursos naturais. Nas cidades, essa dimensão política do território explode nas várias formas de disputas por um lugar de moradia. Todos nós procuramos conquistar um lugar na cidade por meio do acesso a um pedaço de terra urbana para realizar o "sonho da casa própria”. A recente disputa entre moradores de uma favela vizinha a um condomínio fechado no Sacomã revela o esforço desse grupo para construir e manter territórios de moradia na cidade. Essa disputa mostra um círculo vicioso extremamente grave: a exclusão socioterritorial dos moradores da favela desencadeia forças sociais excludentes cada vez mais violentas que levam a processos mais graves de exclusão socioterritorial. No limite, esse círculo vicioso pode levar a rupturas definitivas dos vínculos sociais e dos pactos de convivência na cidade. A principal consequência dessa ruptura é a instauração de uma realidade marcada pela violência aberta ou velada de todos contra todos. Quando o Estado e os governantes não procuram reverter os diferentes processos de exclusão socioterritorial, quando deixam de construir bases sólidas para pactos de convivência capazes de enfrentar as forças excludentes que decompõem o tecido social, perdem seu sentido maior: defender a sociedade contra suas próprias forças desagregadoras.” NAKANO, Kazuo. **As disputas socioterrotoriais**. Disponível em < http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=169>. Acesso 10 out. 2007.

o direito à moradia, via prestação do Estado, a esperança de viver com dignidade num determinado local que será o seu ponto de referência para as atividades cotidianas. Consequentemente, o resultado é o crescimento desordenado das cidades, sem infra-estrutura mínima para garantir as necessidades do cidadão não-proprietário.

Diante desse panorama de desigualdades sociais encontram-se o instituto da propriedade urbana imóvel e a situação da moradia, muitas vezes irregular, clandestina ou precária, como fortes expressões, por vezes contraditórias, do Brasil, especialmente a partir da segunda metade do século XX.

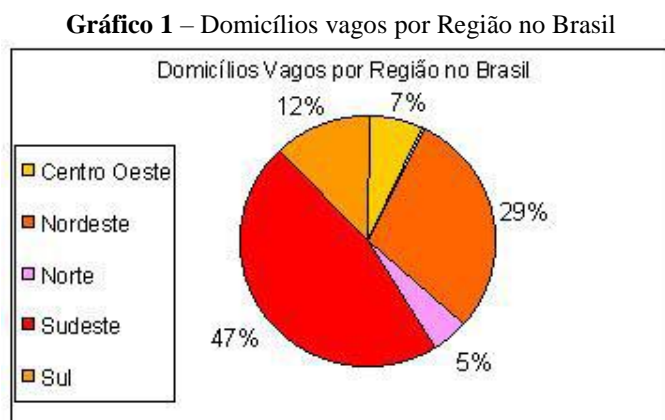
3. O ônus social pela não funcionalidade do imóvel urbano.

No Brasil, especialmente nos centros urbanos, encontra-se uma grande quantidade de imóveis que não utilizados pelos seus proprietários⁵⁰³ não atendem a função social da propriedade em contraste com o alto índice da falta de moradias adequadas,

⁵⁰³ Segundo estudos da Fundação João Pinheiro em 2005, a partir do censo IBGE, 2000, existe no Brasil um déficit de novas moradias na ordem de 7,2 milhões e, em contraste a essa situação, quase 5 milhões de casas e apartamentos estão vagos. Reforçando esta informação, Renato Balbim, geógrafo e urbanista, gerente de Reabilitação de Áreas Centrais do Ministério das Cidades informa que o déficit habitacional no país está calculado em 7 milhões de moradias e, paradoxalmente, existe um estoque de 5,9 milhões de imóveis vazios, nas cidades e no campo (Fonte: Carta Maior, edição de 19 de julho de 2007). No mesmo sentido, cita-se a reportagem publicada no Jornal O Globo, edição de 13 de setembro de 2005, intitulada “Déficit habitacional atinge 40 milhões de pessoas no Brasil, segundo a ONU, pela qual informa que quase um bilhão de pessoas no mundo mora em assentamentos urbanos precários – favelas e outras comunidades sem acesso a saneamento, segurança e infra-estrutura. No Brasil, o déficit habitacional chega a 7,7 milhões de moradias, atingindo cerca de 40 milhões de pessoas, a maioria habitante de cidades onde faltam 5,5 milhões de residências para cerca de 24 milhões de pessoas.”

consequentemente onerando a sociedade como um todo. Segundo Edésio Fernandes,⁵⁰⁴ existe no Brasil um grande número de propriedades particulares de imóveis urbanos mantidos vazios e ociosos, estimando-se em torno de 40% em algumas cidades.

O gráfico 1 demonstra o percentual de domicílios vagos por região no Brasil.



Fonte: Déficit Habitacional no Brasil: Municípios Selecionados e **Microrregiões Geográficas** - 2ª edição. Fundação João Pinheiro

Nesse sentido, o déficit habitacional, tanto no aspecto quantitativo como qualitativo, não é resultado da falta física de imóveis no meio urbano, mas sim da tímida aplicação de políticas públicas urbanas pelo Estado objetivando fiscalizar e implementar as recentes leis existentes que contemplam a regularização fundiária e, com efeito, o direito à moradia.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ FERNANDES, Edésio (org). **Direito urbanístico**. Direito do urbanismo: entre a cidade legal e a cidade ilegal. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.p. 4.

⁵⁰⁵ Atualmente não se pode mais sustentar que para a criação e implementação de políticas públicas habitacionais no Brasil exista a necessidade da criação de leis

A par disso, tem-se também que computar as propriedades públicas que, uma vez ociosas e vazias aumentam as estatísticas da quantidade de imóveis que não cumprem com a função social contribuindo para o aumento do déficit de moradias.⁵⁰⁶

que prevejam a regularização fundiária, principalmente após da Constituição vigente, do Estatuto da Cidade e das demais leis infraconstitucionais tratadas no item 7 do Capítulo II deste trabalho. O que deve ocorrer de forma intensiva é a vontade política do Poder Público e o compromisso da sociedade no sentido de aplicar as leis que dispõem acerca da regularização fundiária, regulamentados pelas leis antes referenciadas que visam efetivar a aplicabilidade da função social da propriedade imóvel urbana possibilitando condições ao exercício do direito social à moradia pelos cidadãos.

⁵⁰⁶ Segundo auditoria do Tribunal de Contas da União e informações da Secretaria do Patrimônio da União existem muitos imóveis de propriedade do Estado que estão vagos e ociosos, gerando custos que oneram os cofres públicos. Nesse sentido entende-se oportuno transcrever a reportagem veiculada no Jornal O Estado de São Paulo, edição de 23 de julho de 2007, intitulada “União desperdiça bilhões com 4.823 imóveis vagos em todo o País”. “Como resultado de décadas de descaso, falhas administrativas e muita burocracia, o governo federal tem desperdiçado um patrimônio bilionário em imóveis. De acordo com informações da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), encarregada de gerenciar esses terrenos e edificações, existem 4.823 imóveis vagos em poder do governo, espalhados por todo o País, um capital sem uso. A maioria é de imóveis dominiais - uma categoria que inclui, por exemplo, terrenos de propriedade da Marinha. No total, o governo detém 534.764 imóveis dominiais, dos quais 4.252 estão vagos. Entre os chamados imóveis de uso especial, cedidos a órgãos de governo para serem usados como parte de sua estrutura administrativa, 571 permanecem sem uso - de um total de 28.850. É da soma dessas duas categorias que se origina os 4.823 imóveis que, sob guarda-chuva da União, estão vagos há anos, onerando os cofres públicos com despesas ininterruptas de manutenção. Em decorrência da fiscalização precária ou até mesmo inexistente, a desocupação deu origem a outro problema: uma parcela desse patrimônio tem sido alvo de ocupações irregulares. Uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) realizada apenas nos imóveis de uso especial indica que os 571 terrenos e edificações vagos representam, juntos, um patrimônio desperdiçado de R\$ 2,6 bilhões. Mesmo sem nenhuma serventia, causam despesas de manutenção que chegam a R\$ 250 mil por ano, segundo informações do ministro Valmir Campelo, relator do processo no TCU. “Sugiro que a União se desfaça de parte desses imóveis”, diz ele. “Se fossem vendidos 30 deles, teríamos uma receita da ordem de R\$ 800 milhões.” Uma série de falhas em vistorias técnicas, que deveriam ser realizadas periodicamente nesses imóveis, foi detectada pela auditoria. Ela também apontou a dificuldade da SPU e das Gerências Regionais do Patrimônio da União (GRPUs)

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE aponta que a maioria da população de baixa renda que fica a margem do mercado imobiliário formal, sem alternativas, busca formas irregulares de ocupação do solo e de habitação em locais que não interessam ao mercado imobiliário, tais como áreas periféricas, áreas públicas e áreas

para conduzir esse trabalho de forma adequada.

O relatório destaca, no entanto, que não se trata de simples ineficiência. A SPU, segundo o documento, “sofre com a carência crônica de recursos financeiros, materiais e de pessoal, o que se reflete em uma grave incapacidade operacional e administrativa”.

Apesar dos números desalentadores, a secretária do Patrimônio da União, Alexandra Reschke, insiste em dizer que a atual situação pode ser comemorada. Além de reafirmar os problemas decorrentes da falta de pessoal e de recursos para a instituição, ela observa que o quadro melhorou em anos recentes. “Isso é extremamente positivo se comparado ao que víamos quando assumimos”, afirma Alexandra, que ocupa o cargo desde o fim de 2003.

A secretária não soube informar, no entanto, quantos imóveis estavam vagos naquela época. Justificou-se dizendo que somente na atual gestão foram iniciados os trabalhos de cadastramento e de formação de equipes de fiscalização: “Esta gestão está tomando pé da situação e buscando alternativas, mesmo que isso signifique receber notícia ruim.”

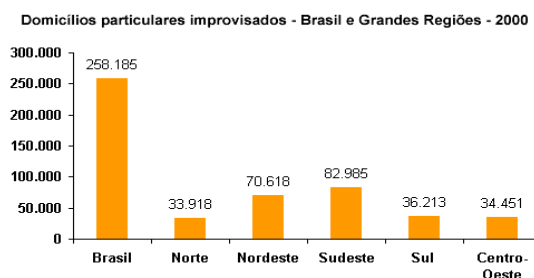
Os imóveis controlados diretamente pela União não são os únicos em situação de abandono. O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) detém, sozinho, cerca de 5.500 imóveis vagos, segundo levantamento do Ministério das Cidades. E o órgão não tem nenhum interesse em manter 1.071 deles, de acordo com o coordenador do Programa de Reabilitação de Áreas Urbanas Centrais do ministério, Renato Balbim.

O INSS firmou um convênio com a pasta para tentar se desfazer das unidades. Mas, em quatro anos, só conseguiu liberar sete imóveis. “Havia um conjunto de leis que emperrava o processo para dar a esses imóveis uma função social”, explica Balbim. Ainda segundo suas informações, a situação melhorou um pouco em junho passado, quando o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº. 11.481 - que trata de temas relacionados à regularização fundiária e também da concessão de imóveis públicos para fins de moradia.

OCUPAÇÃO Um dos casos mais conhecidos do descaso do poder público é o do antigo prédio do INSS, na Avenida Nove de Julho, região central da capital paulista. O edifício, abandonado, foi atingido por um incêndio e acabou ocupado em 1997 pelo Fórum de Cortiços, movimento por moradia de São Paulo. Segundo Balbim, só agora o prédio foi liberado para um projeto social e deverá dar origem a 117 habitações.

de risco. Essa parcela da população aumenta as estatísticas que indicam o déficit habitacional brasileiro e, conforme exposto anteriormente, por déficit habitacional entende-se não somente a falta quantitativa de moradias, mas também as moradias irregulares, clandestinas ou improvisadas⁵⁰⁷ no seu aspecto qualitativo. Nesse sentido entende-se oportuno demonstrar por meio do gráfico 2, que de acordo com o Censo Demográfico 2000 do IBGE, existem 258.185 domicílios improvisados no Brasil, sendo a maior parte nas regiões Sudeste (32%) e Nordeste (27%).

Gráfico 2 – Domicílios particulares improvisados – Brasil e Grandes Regiões - 2000



Fonte: IBGE – Censo demográfico 2000.

Importante frisar que os imóveis públicos vagos e ociosos oneram o Estado e a própria sociedade, vez que geram gastos, no

⁵⁰⁷ Oportuno destacar que além das moradias irregulares e clandestinas, o IBGE inclui no déficit habitacional as moradias improvisadas. Moradias improvisadas ou domicílios particulares improvisados são aquelas “moradias” localizadas em locais não residenciais, tais como fábricas, lojas, prédios em construção, barracas, grutas, vagões de trem, entre outros locais inapropriados para servirem de habitação residencial. Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. In: **Ocupação marginal**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/habitacao/ocupacao_marginal.html>. Acesso em 01 out. 2007.

mínimo de manutenção sendo que sem utilização não cumprem a função social enquanto uma considerável parcela da sociedade necessita de moradias. Diante do quadro nacional do déficit de moradias adequadas frente à imensa quantidade de imóveis urbanos vagos e ociosos de propriedade pública e particular, verifica-se que o direito à moradia adequada ainda está longe de ser uma realidade para a sociedade brasileira em curto ou médio prazo.

4. Um sintético balanço dos 30 anos da Constituição Federal de 1988 no tocante a proteção ao direito à moradia.

Não obstante anteriormente verificado, o Estado brasileiro dispõe de diversas leis internas que regulam o direito à moradia. Portanto, um novo cenário se apresenta a partir da entrada em vigência das várias leis que dispõem acerca da regulamentação e da regularização fundiária criando condições e possibilidade para que o Poder Público possa dar efetividade ao direito social à moradia adequada, inclusive no tocante aos imóveis públicos.

Dentre essas leis destacam-se a própria Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Cidade, a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005 que cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS, a Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre a regularização fundiária em imóveis públicos e a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e, recentemente a Lei nº 13.465, de 11 julho de 2017 que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados

da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; e dá outras providências

Importante destacar que nenhuma das leis citadas negam o direito de propriedade privada assegurado ao proprietário particular, todavia, esse direito é assegurado desde que haja a observância da função social da propriedade. O Estado é dotado de mecanismos legais que permitem exigir do proprietário de imóvel urbano o adequado aproveitamento sob pena de impor sanções que podem culminar com a perda do imóvel.

Com relação aos imóveis de propriedade do Estado, a recente Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007 dispôs sobre a possibilidade da regularização fundiária inovando em relação às leis anteriores que se apresentavam muito limitadas e burocráticas, emperrando os processos de regularização fundiária dos imóveis públicos.

Não obstante a isso, é bom ressaltar que a cidade e suas transformação são resultados dos que nela habitam, tanto daqueles que são proprietários de imóveis urbanos quanto da parcela da população excluída a qual também contribui para a formação e a transformação da cidade. Nesse sentido oportuno citar Alexandre Youssef que diz “O cidadão se faz fazendo sua cidade.”⁵⁰⁸

Desta forma, também é importante ressaltar que o problema do déficit habitacional, gerador de conflitos urbanos, tem maior

⁵⁰⁸ YOUSSEF, Alexandre, Políticas públicas e juventude. *In: Comunicações ISER: Juventude, cultura e cidadania*, ano 21, Edição Especial, 2002. p. 177.

possibilidade de ser resolvido mediante a integração entre os vários níveis de governo, federal, estadual e municipal em parceria com a iniciativa privada na aplicação de recursos públicos e privados para ações comuns e solidárias.

Vale lembrar, que a moradia é um direito humano interdependente de outros direitos essenciais à pessoa humana, e que além da moradia ter a função de abrigar o cidadão ela é a própria função social sobre o imóvel urbano, sem contudo haver a necessidade da coexistência do direito de propriedade. Ter um local, por menor que seja para morar dignamente, com segurança jurídica e dotado de infraestrutura básica e equipamento urbanos, significa a concretização do desejo de qualquer pessoa humana viver com dignidade.

5. Conclusões

Ao finalizar este trabalho passa-se apresentar as conclusões resultantes do estudo e da pesquisa realizados, a partir da análise doutrinária e legal acerca das temáticas propostas. Todavia, cabe ressaltar que não foi possível chegar a uma conclusão definitiva, mas sim a algumas conclusões, quiçá provisórias, pois os temas tratados estão diretamente ligados à dinâmica social e, portanto em constante construção e reconstrução. Nesse sentido, importante destacar que a plenitude da Constituição Federal será atingida mediante o engajamento da sociedade civil organizada na reivindicação de políticas públicas de moradia mediante a atuação das funções do Estado. O que se pode constatar diante deste sintético balanço realizado com relação a proteção do direito à moradia nos conflitos fundiários urbanos a pós a

entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 é de que atualmente, o Estado brasileiro conta com uma farta legislação acerca da proteção e regulamentação do direito à moradia, em especial se a análise se der após o advento do Estatuto da Cidade que se constitui como norma regulamentadora da própria Constituição.

Nessa perspectiva, relacionada à efetividade e prevalência do direito à moradia, estando este direito em confronto com o direito de propriedade, num conflito fundiário urbano, acredita-se que deva preponderar aquele que mais se aproxima da realização da justiça social, ou seja, se a preponderância do direito de propriedade for capaz de colocar em risco a dignidade da pessoa humana ligada à própria subsistência, deve preponderar o direito à moradia. O Estado pode efetivar o direito social à moradia por meio da criação e execução de políticas públicas para a concessão de uso especial para fins de moradia sobre imóveis públicos ou particulares.

Assim, como o direito de propriedade não pode vir desacompanhado da função social da propriedade, o direito à moradia não pode vir desacompanhado da palavra adequada. Nesse sentido, tem-se que a moradia não se restringe a unidade habitacional de forma isolada do contexto social. O direito à moradia adequada significa a unidade habitacional inserida num ambiente dotado de serviços e equipamentos urbanos que proporcionem a inclusão social no espaço da cidade legal e a proteção do titular desse direito.

Referências

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia**: Instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas, IPPUR: FASE, 2007.

ARRUDA, Joaquim de Arruda (Org.). **Conflitos de Direito de Propriedade: Invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BONIZZATO, Luigi. COUTINHO, Ronaldo. (Org.) **Direito da Cidade**: Novas Concepções Sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BRANDÃO, Carlos Antônio Leite. **As cidades da cidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.

FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Direito urbanístico**. Direito do urbanismo: entre a cidade legal e a cidade ilegal. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERNANDES, Edésio; VALENÇA, Márcio Moraes. **Brasil Urbano**. Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **A função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Direito urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MARICATO, Ermínia. **Habitação e cidade**. São Paulo: Atual, 1997.

_____. **Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Plano Diretor Participativo. Coordenação de Benny Schasber e Otilie Macedo Pinheiro. Brasília, 155p.

NAKANO, Kazuo. **As disputas socioterrotoriais**. Disponível em <http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=169>. Acesso 10 out. 2007.

OSÓRIO, Letícia Marques (Org). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

_____. **Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2006.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

YOUSSEF, Alexandre. Políticas públicas e juventude. **Comunicações ISER: Juventude, cultura e cidadania**, ano 21, Edição Especial, 2002.

Referências legislativas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p

BRASIL. Estatuto da Cidade: Lei 10.257/2001 que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília, Câmara dos Deputados, 2001, 1ª. Edição

BRASIL. Lei n°. 11.124, de 16 de junho de 2005, Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 25/06/2018.

BRASIL. Lei n°. 11.481, de 31 de maio de 2007, Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 25/06/2018.

BRASIL. Lei n°. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 25/06/2018.

BRASIL. Lei n°. 13.465, de 11 de julho de 2017, Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 25/06/2018.

COMISSÃO ESPECIAL DE EDUCAÇÃO

EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

Denise Souza Costa⁵⁰⁹, Cíntia Guimarães⁵¹⁰

1 INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional contemporâneo tem um caráter participativo, assumindo a primordial responsabilidade de ser o instrumento para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Nesse contexto, são fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Estes objetivos foram estabelecidos na ordem constitucional há 30 anos, mas só serão realizados pelo Estado com ampla participação da sociedade, a qual lhe dá real legitimidade.

Neste cenário, onde o homem migrou do *status* de súdito para cidadão⁵¹¹, por certo, o direito à educação foi um dos principais instrumentos de emancipação intelectual dos indivíduos, pois foi capaz de habilitá-los à participação política livre e consciente. Nesse ponto,

⁵⁰⁹ Advogada, especialista em Políticas Públicas e Mestre em Direito Público pela PUCRS, autora do Livro *Direito Fundamental à educação, Democracia e Sustentabilidade*. Denisecosta.mac@gmail.com

⁵¹⁰ Doutoranda em Ciências Sociais pela PUC/RS. Vice Presidente da Comissão Especial de Educação da OAB/RS. Advogada. cisguimaraes@bol.com.br

⁵¹¹ Na concepção de Estado Constitucional ora proposta, se acrescenta que o Estado Democrático de Direito é o Estado dos cidadãos, uma vez que vai-se desenvolver ao longo deste capítulo a ideia de cidadania ativa proposta por Bobbio (2004, p. 76).

em um sistema democrático, a Constituição tornou-se o principal instrumento de sustentação do Estado e assim assumiu posição central no ordenamento jurídico, exercendo um papel de guia condutor da sociedade e do Estado. Ocorre que, para que o Estado democrático de direito se realize, a força normativa da Constituição e os direitos fundamentais por ela albergados têm que ser respeitados. Não basta apenas a existência formal desta ordem constitucional, ela tem de se materializar na concretização dos direitos por ela garantidos.

Então, o cidadão passa a ser co-autor e não mais mero espectador das ações do Estado, participa de audiências públicas, fiscaliza e controla a atuação dos agentes públicos e políticos, agindo de acordo com os princípios de responsabilidade, igualdade e respeito. Esta atuação, porém, só se efetiva no contexto de um Estado Democrático⁵¹², onde a liberdade não se restringe à liberdade física, mas à liberdade intelectual, na qual o sujeito pode desenvolver a aptidão de formar juízos de valor que o capacitarão a fazer um julgamento e decidir de que modo os valores fundamentais, consagrados na ordem constitucional e na legislação ordinária, devem ser concretizados pelos poderes públicos. Com isso, o instrumento hábil para que a pessoa atinja este status de cidadania é a educação formal básica somada à educação para uma cidadania ativa referida por Bobbio⁵¹³

Portanto, a educação é um dos elementos indispensáveis para se concretizar a democracia. Na sociedade contemporânea, diferentes modelos democráticos são identificados, dentre eles a democracia

⁵¹² Ver em Souza (2005).

⁵¹³ Para mais detalhes ver Bobbio (2009, p. 120)

deliberativa ou discursiva⁵¹⁴, que é aquela afirmada por meio de um processo de decisão sustentado por meio da deliberação dos indivíduos racionais, através de fóruns, debates e negociações, sem abdicar da regra da maioria, das eleições e da divisão dos poderes. Neste modelo, o voto não é suficiente como única legitimação da democracia, que carece também de um certo procedimento ideal, este que seria um ideal de participação compatível com os problemas colocados por uma sociedade pluralista.⁵¹⁵ Verificam-se então, novas formas de representação política e novos modos de expressão dos interesses sociais. Criam-se espaços de discussão, de negociação, a democracia contemporânea apresenta-se como uma democracia deliberativa, “implicando a confrontação de pontos de vista, e como uma democracia participativa, dando aos cidadãos uma influência mais direta sobre a elaboração das escolhas”⁵¹⁶.

Logo, os principais objetivos da educação democrática são: despertar a consciência da liberdade e despertar o sentimento da responsabilidade. Estes são elementos essenciais à democracia, assim como formar e desenvolver, em cada indivíduo, a capacidade de determinar-se e de dirigir-se por si mesmo, para se tornar autônomo. Ao fazer do indivíduo um ser social, consciente da necessidade das regras e valores que garantam a existência e a sobrevivência da sociedade, a educação prepara-o para o exercício da autonomia. Esta não é obra de uma razão individual, mas a interiorização da consciência coletiva.

⁵¹⁴ Ver em CHEVALLIER. (2008, p. 210)

⁵¹⁵ Ver em ALVES. (2009, p.136)

⁵¹⁶ Ver em CHEVALLIER(2008, p. 224)

Como veremos, será por meio da educação efetiva e de qualidade que se poderá alcançar um real Estado Democrático de Direito, entendendo que a educação contribui para conquistar um mundo mais seguro, mais sadio, mais próspero e ambientalmente mais puro e que, ao mesmo tempo, favoreça o progresso social, econômico e cultural, a tolerância no seu sentido mais amplo e a possibilidade de cooperação internacional.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, integrou os direitos sociais ao catálogo dos direitos e garantias fundamentais⁵¹⁷. Em sintonia com as ordens internacionais, declarou que o Brasil é um Estado Democrático de Direito⁵¹⁸, que tem por fundamento, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais objetivam assegurar a liberdade do indivíduo, o que só será possível diante de uma sociedade livre na qual os cidadãos estejam capacitados para participar das decisões acerca de seus interesses e da comunidade. O direito à educação é um dos direitos fundamentais, constante no rol dos direitos sociais, cuja efetividade poderá viabilizar de fato uma Constituição Cidadã. Portanto, podemos dizer que o direito à educação está ligado à viabilidade da própria democracia, que exige e se sustenta através da participação ativa e consciente das pessoas enquanto cidadãos. Neste

⁵¹⁷ SARLET (2009. p.334)

⁵¹⁸ Estado de Direito significa que o Estado se submete às normas que produz.

sentido, o núcleo essencial do direito à educação em seu *status positivus libertatis* é a própria cidadania⁵¹⁹.

Reitera-se que, com o advento da Carta Magna de 1988⁵²⁰, novo e maior relevo formal foi dado à educação, especialmente a educação básica. Sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵²¹, o Estado Constitucional consagra o direito à educação, expressamente, como direito subjetivo público⁵²², conferindo-lhe o *status* de direito fundamental com densidade normativa suficiente para garantir sua concretização pelo Estado, por meio de políticas públicas ou de sua função jurisdicional, dando ênfase à sua universalização e reconhecendo seu *status positivus libertatis*.⁵²³

Pode-se afirmar que nenhum outro direito, de todos os previstos, recebeu tratamento tão cuidadoso como o referente à educação, podendo talvez, ser considerado um dos mais relevantes dos direitos sociais. O reconhecimento expresso do direito à educação, como um direito fundamental social, está inserido no art. 6 da Constituição Federal. É uma norma constitucional de eficácia total positiva, portanto, tem força de cláusula pétrea e não pode ser modificada por processo

⁵¹⁹ Ver em TORRES (1999, p. 264)

⁵²⁰ Mais detalhes ver BONAVIDES (2008, p. 489)

⁵²¹ Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

⁵²² Ver em SILVA (2004, p. 284-286)

⁵²³ TORRES (1999, p. 264)

normal de emenda⁵²⁴, visto que tem natureza intangível e possui aplicação imediata⁵²⁵. Trata-se de uma proteção que o constituinte inseriu na Constituição, mormente aos direitos sociais, como o direito à educação.

Assim, integrante no catálogo dos direitos fundamentais, o direito à educação está sujeito ao regime jurídico de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais. A matéria educacional está inserida no título da ordem social, no capítulo III da Constituição Federal, os artigos 205 a 208 confirmam e consagram a fundamentalidade material e formal do direito fundamental à educação. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.⁵²⁶

O direito à educação passa a ser objeto de regulamentação mais detalhada, assim como apresenta o conceito legal de direito à educação como direito público subjetivo de caráter cogente e coercitivo. Além

⁵²⁴ Art.60. Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] V - os direitos e garantias individuais.

⁵²⁵ Art. 5º . CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵²⁶ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

disso, identificam-se outras leis que fluem da Constituição em direção à construção do ordenamento jurídico do direito à educação. Sendo assim, este direito tornou-se tão relevante quanto todos direitos evidenciados pelo caput do artigo 5 da Carta Magna, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade. Com força de direito subjetivo público, já pacificamente reconhecido em relação ao acesso à educação básica, tem, como consequência, a possibilidade de demanda independentemente de qualquer política pública que o evidencie.

Considerado um direito de segunda geração, cuja fundamentalidade formal nasce no Estado Social, é um direito de cunho prestacional⁵²⁷. Sendo assim, depende de uma atuação positiva do Estado/Administração para sua concretização. Nesse sentido, há uma desafiadora dificuldade doutrinária e jurisprudencial em se estabelecer o conteúdo e o alcance deste direito, assim como verificar as situações em que há real *status* de direito subjetivo público, uma vez que sua eficácia depende, entre outras coisas, da certeza da fundamentalidade dos diversos preceitos constitucionais.

O conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, e a sua aplicação direta e imediata contempla uma nova dimensão ao sentido do direito que migra de uma supremacia meramente formal, para uma dimensão material, com a

⁵²⁷ SARLET, p. 350. O direito fundamental social à educação obteve seu reconhecimento expreso no art. 6 da Constituição Federal de 1988, passando e integrar o catálogo dos direitos fundamentais, estando, assim, sujeito ao regime jurídico reforçado face ao disposto no art. 5º, §1º, e art.60, § 4º, inc.VI da CF, que confere aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais.

finalidade da concretização dos bens jurídicos e dos interesses tutelados.⁵²⁸ Caracteriza-se da passagem da legalidade para a juridicidade que amplia a abrangência de aplicação das normas para além da mera aplicação da lei. A administração pública passa a ser responsável, por força constitucional, em promover, garantir e proteger os direitos fundamentais, como ente a serviço dos cidadãos, exercendo suas atividades em obediência aos limites impostos pela ordem constitucional e pelo sistema de normas vigentes.

2 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 53 DE 2006

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁵²⁹, divide a educação escolar em dois níveis: educação básica e educação superior. A educação infantil, segundo os artigos 29 e 30 da referida lei, é a “primeira etapa da educação básica”, sendo oferecida em creches para as crianças de zero a três anos e em pré-escolas para as crianças de quatro a seis anos de idade. A diferença entre as idades máximas de permanência na educação infantil estabelecidas na LDB e na Constituição é fruto da modificação provocada pela Emenda Constitucional n. 53/2006, prevalecendo o texto constitucional, que reduziu o limite para cinco anos de idade, uma vez que o ensino fundamental passou a durar nove anos.

A educação infantil é protegida pela Constituição Federal de 1988 e assegurada em outras normas nacionais, principalmente pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, pelo Estatuto da

⁵²⁸ SARLET (2006, p. 351).

⁵²⁹ Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/lbd.pdf>

Criança e do Adolescente - ECA⁵³⁰ e pelo Plano Nacional de Educação – PNE⁵³¹. Configura-se como direito subjetivo das crianças com idade entre zero e cinco anos (art. 208, IV, CF) e como direito dos(as) trabalhadores(as) urbanos(as) e rurais em relação a seus filhos e dependentes (art. 7, XXV, CF) . Ou seja, a educação infantil é um exemplo vivo da indivisibilidade e interdependência que caracterizam os direitos humanos, pois reúne, em um mesmo conceito, vários direitos: ao desenvolvimento, à educação e ao trabalho.

A Emenda Constitucional n. 53/2006 foi a medida legislativa que universalizou a educação básica no Brasil, reduzindo a idade obrigatória de ingresso na escola para os quatro anos de idade⁵³². A partir dessa alteração, o acesso à pré-escola passa a ser obrigatório e gratuito, ou seja, toda criança, a partir dos quatro anos de idade, deverá estar matriculada no sistema educacional. A redação anterior do inciso I do art. 208 estabelecia a obrigatoriedade do ensino a partir dos sete anos, se restringindo ao ensino fundamental. Recentemente, foi aumentado em um ano o tempo mínimo para conclusão do ensino fundamental (passando de oito para nove anos)⁵³³. A obrigatoriedade da matrícula escolar implica a responsabilidade conjunta: dos pais ou responsáveis pela matrícula e permanência dos filhos na escola pública ou privada; do Estado pela garantia de vagas nas escolas públicas; da sociedade, por fazer valer a própria obrigatoriedade e fazer o controle

⁵³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm

⁵³¹ Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/>

⁵³² Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/>

⁵³³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111274.htm

social deste dever da família e do Estado. Todas essas medidas são um passo importante para compensar o déficit brasileiro no ensino infantil, o desafio será a materialização das medidas legislativas.

Para a efetividade do direito à educação, o aumento das dotações orçamentárias é um dos fatores imprescindíveis. Sem dúvida, a criação do FUNDEB (Fundo de Valorização do Magistério e Manutenção da Educação Básica)⁵³⁴ em 2007 ampliou a aplicação dos recursos para toda a educação básica, garantindo maior dotação orçamentária para a educação infantil. Por meio deste fundo especial, garantiu-se um valor mínimo, dentro de cada estado, de recursos para cada criança matriculada na educação infantil⁵³⁵. A partir da edição da EC 59, mais recursos para a educação passam a estar garantidos formalmente.

Embora esteja se iniciando um movimento mais efetivo do poder público para garantir e expandir o atendimento público à educação infantil⁵³⁶, e este seja considerado o principal estágio da

⁵³⁴ O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB foi criado pela Emenda Constitucional n. 53/2006, em substituição ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, que vigorou de 1998 a 2006. Vinculado ao financiamento do ensino fundamental (BRASIL < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm > Acesso em: 10 out.2014

⁵³⁵ O FUNDEB substituiu o FUNDEF, ampliando sua aplicação para a educação básica. Trata-se de um fundo especial, de natureza contábil e de âmbito estadual (um fundo por estado e Distrito Federal, em um total de vinte e sete fundos), formado por parcela financeira de recursos federais e por recursos provenientes dos impostos e das transferências dos estados, Distrito Federal e municípios, vinculados à educação por força do disposto no art. 212 da Constituição Federal. Independentemente da origem, todo o recurso gerado é redistribuído para aplicação exclusiva na educação básica, isto é, na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.

⁵³⁶ Se a tendência, observada nos últimos cinco anos, se mantiver constante, no ano de 2014 (dez anos após o último dado observado) o atendimento da pré-escola

aprendizagem por muitos especialistas, o ensino, na primeira infância, ainda não é a maior prioridade das políticas públicas educacionais no país. O ensino superior ainda representa o maior investimento dos recursos públicos em educação, sendo que apenas 6,94% dos eleitores tem este grau de instrução.

Há trinta anos que a Constituição formalizou o direito à educação como direito subjetivo público, mesmo assim, conforme dados do IBGE,⁵³⁷ pelo menos 30% das mulheres brasileiras com filhos de 0 a 6 anos não conseguem vagas em escolas públicas para suas crianças. A situação é ainda pior para as mães que dependem de vagas em creches. Pesquisas que mostram que os primeiros anos de vida são os mais importantes para o aprendizado, espera-se que haja ações mais sistemáticas, tendo a educação infantil como um dos objetos principais da política educacional nacional. No entanto, os dados oficiais não revelam a gravidade do problema, pois a demanda real por vagas em creches é ainda maior. Muitas pessoas ficam de fora desses levantamentos, pois não se cadastram nas listas de espera por vagas. Embora não seja obrigatório matricular as crianças de até 3 anos, a vaga nas creches é um direito previsto na Lei de Diretrizes e Bases (LDB). Segundo essa legislação, é dever dos municípios, com ajuda dos Estados, garantir creches e pré-escolas públicas para todas as crianças. Mas, na prática, a falta de vagas nessas instituições de todo o país é bem

será de 89,5%, mas o da creche ainda será de 15%, o que é muito baixo se for considerado que frequentar a escola nesse período pode ser importante no desenvolvimento futuro das crianças. Fonte: Dados PNAD e CENSO 2000 – IBGE, Tabulação e Projeção Inep/MEC.

⁵³⁷ Disponível em: < <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo>. Acesso em: 13 jan. 2010.

maior. Um estudo de Sergio Haddad⁵³⁸ revela que menos da metade das 23 milhões das crianças de 0 a 6 anos frequenta creches e/ou pré-escolas.

Sendo assim, essa prerrogativa jurídica impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, por força constitucional, sob pena de configurar-se omissão estatal. Contudo, o presente estudo tem demonstrado que, na prática, as crianças, nesta faixa etária, não gozam dessa garantia, sendo recorrente a omissão dos municípios em criar as condições materiais e objetivas que possibilitem seu acesso em creches⁵³⁹ ou pré-escolas.

Em relação à efetiva garantia de vagas no sistema educacional oficial e, na falta deles, em escolas particulares, a fundamentalidade está inserida no inciso IV, do artigo 208 da CF que garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos, cuja competência, para satisfação desse direito, caberá ao Município. A já referida alteração do texto constitucional, trazida pela EC 59, reforça esta fundamentalidade ao ampliar a obrigatoriedade e gratuidade às crianças de quatro anos. Já o acesso à creche não impõem aos pais a obrigatoriedade de matrícula, por outro lado, impõe ao Estado/Município o dever de garantir a vaga quando demandada.

⁵³⁸ Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v35n96/1678-7110-ccedes-35-96-00197.pdf> >. Acesso em: 20 jan. 2015.

⁵³⁹ O “Estudo da Campanha Nacional pelo Direito à Educação mostra que para cumprir as metas do PNE seria preciso um aumento de 474% das vagas das creches e 63%, da pré-escola. Além disso, o gasto público com creches teria que aumentar 1.088%, de acordo com o Censo da Educação Infantil, realizado pelo INEP em 2004” (Ibidem, p. 27).

O Brasil tem o terceiro pior índice de desigualdade no mundo e, apesar do aumento dos gastos sociais nos últimos anos, apresenta uma baixa mobilidade social e educacional entre gerações, principalmente nas camadas mais pobres. Segundo recente estudo do Centro Médico da Universidade de Columbia, ao analisar as ressonâncias de 1.099 crianças e adolescentes, constatou-se que crianças de famílias pobres apresentam diferenças físicas significativas e a superfície do cérebro é menor em relação aos filhos de grupos mais ricos. A renda familiar está ligada a fatores como escolaridade, nutrição, moradia, cuidados de saúde e saneamento. De acordo com o estudo, como a superfície do cérebro é a região de contato entre as células cerebrais e a inteligência, quanto menor ela for, menos neurônios estarão em atividade. Os estímulos que as crianças recebem nos primeiros anos de vida afetam seu desenvolvimento cerebral, área que influencia a atividade dos neurônios e está conectada à inteligência. No longo prazo, a força que de fato impulsiona o aumento da igualdade é a difusão do conhecimento e a disseminação da educação de qualidade. Estas são as principais forças de convergência para reduzir a desigualdade e dependem muito das políticas de educação e do acesso ao treinamento e à capacitação técnica, e de instituições que os promovam. Portanto, a desigualdade está diretamente ligada à escolaridade e é um obstáculo para o avanço no desenvolvimento humano. Qualquer política para combater a pobreza de forma efetiva tem que priorizar a educação, com ênfase na educação básica e na erradicação do analfabetismo. O Brasil está perdendo esta guerra pela omissão da União.

O direito à educação não deve ter como finalidade apenas o desenvolvimento da pessoa para atingir às condições exigidas pela sociedade ou pelo mercado. O ser humano é fonte inesgotável de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral e social. Logo, a educação deve ter como escopo o oferecimento de condições formais e materiais para o desenvolvimento pleno destas inúmeras capacidades, em busca do aprimoramento individual, em condições de liberdade e dignidade. A partir daí, a educação deve fomentar valores de cidadania,⁵⁴⁰ participação social e econômica, pois, no Estado Social, a proteção do direito individual faz parte do bem comum⁵⁴¹.

3 EDUCAÇÃO E CIDADANIA

O tema da educação, como um dos instrumentos indispensáveis para o exercício pleno da democracia, vem sendo abordado no Brasil por intelectuais preocupados com a redução das desigualdades sociais há muito tempo. Em 1937, Fernando Azevedo, ao fazer uma análise da situação da educação no Brasil, trazia sugestões para uma reforma radical no sistema de ensino brasileiro. O referido autor sugere a reestruturação do sistema nacional de educação e de suas instituições escolares, em todos os graus de ensino, com espírito e em bases democráticas. Em relação à democracia, entende ser um regime de governo do povo para o povo e, é neste ponto que se distingue dos outros regimes, pois a democracia somente pode florescer numa

⁵⁴⁰ Ver BOBBIO (2004).

⁵⁴¹ Para mais detalhes ver BUCCI (2006. p. 271).

atmosfera intelectual e moral de liberdade e de respeito às ideias de todos.

A democracia é, por definição, um regime de liberdade e de responsabilidade, buscando compatibilizar a liberdade e a igualdade no sentido de proporcionar a igualdade de oportunidades para todos. Sendo assim, desenvolver uma educação em bases democráticas é promover:

[...] uma educação concebida, nos fins e nos seus meios, em função dos ideais democráticos, e organizada para realizá-los na sua plenitude. Podemos considerar, pois, como democrática aquela educação que, fundada no princípio da liberdade e do respeito ao valor e à dignidade da pessoa humana, favorece a expansão e a igualdade de oportunidades a todos, sem distinção de raças, classes ou crenças, comporta um sistema de garantias para a livre escolha, pelo cidadão, entre ideias, crenças e opiniões, como entre carreiras e atividades técnicas e profissionais (AZEVEDO, 1937, p. 170).

A atual conformação do Estado já superou a acepção estrita do conceito de cidadania definido no Estado liberal, a qual se restringia à ideia de titularidade e gozo de direitos políticos, uma titularidade coletiva identificada na nação, cuja soberania se assentava no Estado. Em uma visão alargada está a cidadania social, que é a prática dos direitos e dos deveres do indivíduo no exercício das liberdades coletivas. Dessa forma, a noção de cidadania individual deixa de ser passiva, como na tradição liberal, e aparece como uma força simbólica capaz de liberar energias sociais de luta possibilitando a criação de condições que abrem caminho a conquistas no campo da cidadania coletiva.

Nesse sentido, a ideia contemporânea de cidadania é mais abrangente, pois serve para conduzir o agir social do sujeito,

reconhecendo-lhe uma posição de participação sociopolítica mais ativa, a qual se transpõe aos tradicionais mecanismos de participação na vida pública, como a participação eleitoral. É a partir da teoria de Thomas Marshall (2008) que se rompe o conceito da clássica tradição liberal de cidadania das revoluções burguesas, ligada apenas aos direitos políticos. Para ele, a cidadania se amplia aos direitos civis e sociais, representando o principal elemento de mudança social nas sociedades industriais do pós-guerra. Assim, o autor conceitua a cidadania partindo de seus três elementos constitutivos: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Por meio de uma relação instrumental entre cidadania, poder político e Estado, Marshall faz uma análise das relações entre a cidadania, a sociedade e os órgãos institucionais que garantem o seu exercício, baseado ainda, na concepção Estado-Nação. A titularidade de gozo dos direitos políticos, sociais e civis ainda estava inserida dentro das nações. A soberania nesta concepção de Estado é nacional, enquanto que sob a concepção do Estado Democrático de Direito a soberania passa a ser constitucional, isto é, “a forma mais avançada, ilustrada, fiel e legítima da vontade popular expressa na Lei das leis”, ou seja, na Constituição. Assim, a soberania passa do Estado (na concepção de Estado-Nação) para a Constituição, que é o poder vivo do povo.

Em sintonia com as assertivas expostas, Bobbio afirma que os direitos da cidadania são históricos e não se restringem à clássica concepção baseada no Estado-Nação, trazendo uma noção ampliada e global da cidadania do mundo. Os direitos da cidadania são históricos, pois se revelam a partir da cultura, das tradições e dos costumes de um

povo formando a base material da Constituição. Neste novo contexto, identificamos a presença de duas titularidades coletivas, a Nação e a Humanidade. Para Häbermas, as novas formas de cidadania devem estender-se de modo a serem exercidas para além do universo restrito dos Estados-Nação. Assim como Bobbio, entende que a forma histórica de Estado-Nação encontra-se ultrapassada, e o desafio atual é desenvolver novas capacidades de ações políticas em nível supranacional, buscando uma nova elaboração de autodeterminação política. A cidadania, na reflexão de Hannah Arendt, é o direito de ter direitos, sendo o primeiro o direito humano, do qual derivam todos os demais. O que Hannah Arendt estabelece “é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público” e o pleno acesso a este espaço se dará por meio da cidadania.

Como podemos verificar, com o advento da globalização, esta noção de cidadania se alargou. No campo do conteúdo ético da educação, o cidadão participante da vida política e social do país precisa ter um nível educacional mais elevado que antes, pois quanto maior for seu nível de conhecimento, maiores serão suas oportunidades de participação na vida política, social e econômica. Portanto, os sistemas de ensino precisam preocupar-se com a formação do cidadão de um mundo global no qual são centrais temas como pluralidade cultural, paz, violência, disparidades sociais, meio ambiente, consumo, saúde, drogas e segurança. É neste sentido que o conceito de cidadania se amplia para além da nação, pois nas suas relações com o mundo, o cidadão passa a agir de forma independente dos estados nacionais. Assim sendo, o novo

e grande desafio para os sistemas educacionais contemporâneos é a formação de um cidadão global. É neste momento que a educação básica, compreendendo a educação infantil, o ensino fundamental e o médio, toma maior relevo, pois é sua tarefa essencial o desenvolvimento da capacidade de aprender e de promover a autonomia da pessoa para ser o cidadão desse novo mundo.

Desse modo, este espaço de deliberação, antes situado no parlamento, se desloca e atua de forma paralela e concorrente ao tradicional modelo representativo, formando um espaço que permite assegurar a intervenção direta de vários atores sociais que passam a participar ativamente do jogo político. Assim, os cidadãos têm reconhecido um direito de participar ativamente nas escolhas coletivas e entram diretamente no jogo deliberativo. Segundo Chevallier:

[...] a deliberação seria, enquanto racionalização discursiva da decisão, garantia da sua legitimidade. Assim o fazendo, reencontrar-se-iam os próprios fundamentos da democracia, que implica a confrontação permanente das opiniões, através dos procedimentos instituídos para esse fim; mas, na sociedade contemporânea, é doravante o próprio processo democrático que aponta toda a carga de legitimação. (2008, p.224)

Portanto, necessária a análise de modelos democráticos garantidos em nosso ordenamento, para que o acesso aos direitos e garantias seja universal aos cidadãos brasileiros.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO

Norberto Bobbio assevera que, na definição mínima de democracia, entende-se por regime democrático um conjunto de regras

e procedimentos para a formação de decisões coletivas, nas quais a democracia estará prevista e facilitada de modo a possibilitar uma participação mais ampla dos interessados. No que se refere à participação ativa e consciente dos interessados, a democracia se viabiliza na medida em que esta atuação se desenvolve da forma mais efetiva possível, por essa razão, a educação é um dos pressupostos para o pleno exercício da cidadania e, conseqüentemente, da democracia, investindo o cidadão com o poder de fazer as melhores escolhas para além de eleger seus governantes. Dessa forma, a democracia representativa clássica sede espaço para um modelo mais alargado em que a eleição deixa de ser a única fonte possível de legitimidade. Por meio de outras formas organizadas de representação, o cidadão passa a ter uma atuação mais ativa nos mecanismos políticos, passando a contribuir na elaboração das escolhas coletivas.

O cidadão é o possuidor originário do poder fundamental no Estado Democrático contemporâneo, portanto, ele deve exercer este poder por meio da participação cidadã, do protagonismo social, para que as decisões de políticas públicas partam de decisões coletivas, que são tomadas nas comunidades e de acordo com as suas necessidades reais.

Bobbio ressalta que um ordenamento deste gênero apenas é possível se aqueles que exercem poderes em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental, ou seja, pelos indivíduos singulares. As relações do indivíduo com a sociedade em uma democracia o reúne aos outros homens singulares e semelhantes a ele para que, da união artificial, a

sociedade venha recomposta não mais como um todo orgânico, mas como uma associação de livres indivíduos unidos por interesses comuns. Esta presença mais ativa de vários atores sociais exige uma reestruturação dos sistemas tradicionais de mediação entre a política e a sociedade, além de um preparo daqueles para desempenhar este novo papel fundamental para a manutenção da democracia.

Conforme visão universalista de Bobbio, a educação para a cidadania é um instrumento importante para dar mais legitimidade à atuação dos cidadãos e é uma das promessas não cumpridas da democracia. Todavia,

[...] mais que uma promessa não-cumprida, o ausente crescimento da educação para a cidadania, segundo o qual o cidadão investido do poder de eleger os próprios governantes acabaria por escolher os mais sábios, os mais honestos e os mais esclarecidos dentre os seus concidadãos, pode ser considerado como o efeito da ilusão derivada de uma concepção excessivamente benévola do homem como animal político. (BOBBIO,2009 , p.234)

Enquanto o modelo de democracia representativa, que está sendo superado, era fundado sobre o princípio de delegação por meio do representante político, o novo modelo de democracia participativa se funda no princípio de deliberação, pois outorga aos cidadãos um poder de intervenção nas decisões coletivas e no funcionamento dos serviços públicos. Portanto, mais do que nunca, este modelo exige uma participação ativa e consciente dos cidadãos, sendo imprescindível que este tenha condições intelectuais para participar. Nesse sentido, a educação básica, entendida como mínimo existencial, deve ser efetivada.

Conforme o texto constitucional, o exercício da soberania popular se dá pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Isto significa que há uma garantia formal a todos os membros do Estado no gozo dos direitos políticos. Mesmo que a eleição não seja a única fonte possível de legitimidade da democracia, ela representa o instrumento pelo qual os cidadãos investem seus representantes de poder para representá-los. Ocorre, porém, que nem este direito político fundamental é exercido de forma plena por parte dos analfabetos, mesmo que seja facultativo o alistamento eleitoral e o voto. Sua condição intelectual está limitada devido à falta de acesso aos saberes básicos, como a escrita, a leitura e a compreensão de textos, o que compromete suas escolhas, pois sua percepção da sociedade está restrita. A qualidade do voto depende da capacidade dos eleitores de tomarem suas decisões baseados no máximo possível de informações sobre os candidatos e os programas partidários. Portanto, essa tarefa fica prejudicada para os analfabetos e por quem tem dificuldade de ler e de fazer relações a partir do conteúdo de diferentes textos. Normalmente, a falta ou o pouco tempo de escolaridade está associado à baixa renda. Assim, o eleitor analfabeto ou com pouca escolaridade fica mais vulnerável, mais dependente de ajuda oficial e do assistencialismo, o que tende a facilitar práticas inaceitáveis como a de troca de voto por supostos favores por parte de políticos. É esse o aspecto que deve ser levado em consideração e suscitar providências, com o enfrentamento do problema a partir das causas.

Ocorre que, apesar da constituição ter elevado a educação como um direito subjetivo público há trinta anos, o Brasil ainda tem 11,8

milhões de analfabetos, o que representa 7,2% da população de 15 anos ou mais de idade, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), divulgada em final de 2017 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵⁴². O Plano Nacional de Educação (PNE) previa a redução da taxa de analfabetismo para 6,5% em 2015 e a erradicação do analfabetismo ao final de 2024. Sem o cumprimento nem da meta intermediária, a erradicação do analfabetismo nos próximos anos torna-se uma possibilidade cada vez mais distante. O analfabetismo e o crescimento do analfabetismo funcional estão contribuindo para aprofundar as desigualdades e impedir a mobilidade social, pois a baixa renda está diretamente relacionada com a falta de escolaridade.

O déficit educacional no Brasil não foi superado nestes trinta anos de Constituição e seus efeitos comprometem a qualidade da nossa democracia. Em 2018 temos cento e quarenta e seis milhões, duzentos e setenta e cinco mil eleitores (146.272.020), sendo que apenas 6,94% têm ensino superior completo e 46% não passaram para o ensino médio, destes 4,75% são analfabetos e grande parte dos demais são analfabetos funcionais. Apenas 19,24% têm ensino médio completo e 19% incompleto, e 4,25% têm ensino superior incompletos. Com o baixo grau de escolaridade da maioria dos eleitores é mais difícil que as propostas de planos de governo mais elaboradas sejam compreendidas. Torna-se mais fácil de manipular as informações, já que a maioria não tem conhecimento para ter uma análise crítica das propostas.

⁵⁴² Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149

Esta posição desfavorável em que se encontram na sociedade impossibilita, inclusive, a promoção de uma educação ativa para a cidadania, já citada por Bobbio. Nestas condições, os analfabetos poderiam de fato ser chamados de cidadãos em um Estado democrático? O mesmo poderia ser argumentado em relação aos analfabetos funcionais e aos que têm pouca instrução. Além disso, como os analfabetos são inelegíveis, há uma restrição ao exercício de seus direitos políticos e de sua cidadania, uma vez que estes são impossibilitados de integrar a Administração Pública.

O país vive uma das maiores crises de credibilidade nas instituições políticas. Membros de quase todos os partidos políticos estão envolvidos em esquemas criminosos de corrupção. O eleitor está apático e descrente, sem opções de renovação e de candidatos com propostas consistentes para superar questões estruturais da economia e superar a crise moral e ética que vivemos. Precisamos de um modelo de Estado mais propositivo e mobilizador, onde a participação dos cidadãos assume postura proativa e de protagonismo político e social capaz de dar legitimidade ao governo. Nesta nova concepção o Estado permanece dotado de funções essenciais de mediação, como de preservação da coesão social e de manutenção da ordem, a diferença em relação ao modelo tradicional é que ele exerce estas atividades cada vez mais em relacionamento com outros atores sociais, externos e internos. Portanto, este sistema político deve redescobrir o “humanismo”, primar pela ética, pela transparência, pela defesa do interesse público e do bem comum, buscando maior equidade capaz de reduzir as desigualdades. Nas palavras de Chevallier: “O Estado é

obrigado a *reconstruir um tecido social* que a dinâmica da evolução das sociedades contemporâneas tende permanentemente a dilacerar”.

5 CONCLUSÃO

Após trinta anos de Constituição podemos comemorar muitos avanços formais, com ênfase nos direitos fundamentais, como o direito à educação. Ocorre, que ainda temos um longo caminho para materializar este direito que garante a fruição de outros direitos e a consciência das responsabilidades do cidadão. O aperfeiçoamento da democracia está diretamente ligado à melhoria da escolaridade da população. Ao reforçar o direito de participação dos cidadãos, a Administração Pública passa a garantir a legitimidade de suas ações, o que altera profundamente a relação entre o Estado e o cidadão. O cidadão deve estar apto e preparado para atuar e desempenhar um papel ativo e efetivo neste cenário.

No Estado Constitucional, onde todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, a cidadania tem que ser exercida por indivíduos preparados e aptos a assumirem este protagonismo político e social. O cidadão do século XXI passa a ter uma participação política e social mais ativa, com maior poder de decisão. Neste novo jogo não pode haver competidores com características tão desiguais a ponto de inviabilizá-los.

Toda esta perspectiva se sustenta na crença de que deve haver um comprometimento moral do poder público e de todos os setores da sociedade civil com os valores universais e com as forças sociais fundamentais para qualificar o crescimento econômico e o

desenvolvimento sustentável. Sendo assim, deve-se priorizar a criação de um projeto nacional de desenvolvimento, coordenado pelo Estado e conduzido junto à sociedade civil, com o objetivo de materializar políticas públicas educacionais direcionadas para a maioria da população e com a finalidade de reduzir as desigualdades. Por essa razão, o desenvolvimento de uma nação não deve se manifestar apenas na dimensão econômica, mas em todas as dimensões: educacionais, sociais, culturais, políticas, científicas, comunitárias e regionais.

Uma democracia sólida precisa de mecanismos que assegurem aos cidadãos o direito de interferir nas decisões de seus representantes, mas, para tanto, estes cidadãos têm de estar aptos e preparados para atuar, caso contrário, serão manipulados pelas forças políticas sem que suas aspirações e direitos sejam atendidos.

Ocorre que, para que este sistema realmente funcione, esta sociedade deve ser formada por indivíduos capazes de tomar suas próprias decisões e de assumir as responsabilidades resultantes das mesmas. Esta é a principal razão para que se busque a redução das desigualdades sociais, começando pela redução das desigualdades intelectuais, do saber, do conhecimento. Isto será alcançado por meio de uma educação capaz de desenvolver as competências e habilidades do sujeito a ponto de emancipá-lo e de torná-lo um ser autônomo.

Portanto, a erradicação do analfabetismo e a universalização da educação básica e uma educação para a cidadania são indispensáveis para se alcançar a plena democracia no Estado Constitucional contemporâneo, tendo em vista que a educação é um instrumento capaz de garantir o exercício da cidadania em todas as suas dimensões. A

educação, por si só, não é garantia das melhores escolhas, e tampouco a solução para todos os problemas da sociedade. No entanto, não se pode negar que, quanto maior o grau de instrução de uma população, maiores condições ela terá de se desenvolver e de conhecer e exigir os seus direitos, de cumprir seus deveres e assumir suas responsabilidades. Portanto, caberá ao Estado promover a educação para garantir aos cidadãos a igualdade de oportunidades na sociedade.

O conhecimento garante a verdadeira liberdade, que vai além da liberdade física, a liberdade intelectual, portanto. Os direitos fundamentais somente são assegurados a partir do momento em que os seus titulares se tornarem conhecedores destes direitos, caso contrário, estarão condenados à vontade do Estado, escravos da ignorância.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Antonio Sousa. Habermas e os desafios de uma sociedade multicultural. Porto Alegre: *Intuito*, v. 2, n. 1, p. 136, jun. 2009.

AZEVEDO, Fernando de. *A educação e seus problemas*. São Paulo: Nacional, 1937.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
_____. *O futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2003.
_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREIRE, Laudelino. *Grande e Novíssimo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1954.

FREITAS, Fábio. *Viver a Democracia: uma breve análise sobre democracia, direitos humanos e cidadania*. Recife: Bagaço, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *The inclusion of the other: studies in Political Theory*. Frankfurt am Main: Edited by Ciaran Cronin and Pablo De Greiff, 1998.

HADDAD, Sérgio. *Educação e exclusão no Brasil*. São Paulo: Ação Educativa, 2007.

MARSHALL, Thomas. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Paulo Renato. *A revolução gerenciada: educação no Brasil, 1995-2002*. São Paulo: Prentice Hall, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo(Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 214

FUNDEB: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm>

IBGE: < <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.>>

LDB - Lei nº 9.394/1996:
<<http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/ldb.pdf>>

ECA - Lei nº 8.069/1990 :
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>

PNE - Lei nº 13.005/2014 : <<http://pne.mec.gov.br/>>

Emenda Constitucional 11/1996:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111274.htm>

IBGE:
<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149>

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:
<https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm.>

COMISSÃO ESPECIAL DE ESTUDO CONSTITUCIONAL

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A “ÚLTIMA PALAVRA” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

*Pedro Fülber Simon*⁵⁴³.

*“A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia”*⁵⁴⁴.
Ulysses Guimarães.

Resumo: Tendo como base o fato de que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, têm efeito vinculante somente com relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, restando excluído desta vinculação o Poder Legislativo, avalia-se criticamente a visão convencional sobre a interpretação constitucional, a qual pressupõe a Corte Constitucional como o único órgão capaz de interpretar a constituição e detentora da “última palavra” sobre o significado das normas constitucionais. Entender que o Poder Legislativo está permanentemente vinculado ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal conduzir-nos-ia à compreensão de que o poder pertencente à Suprema Corte é imune a qualquer estímulo democrático. Diante de *hard cases*, nos quais há profundos desacordos morais, sociais e políticos sobre a correta interpretação do texto constitucional, entende-se que a invocação da supremacia da Constituição não basta para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional como exclusivamente apta a apontar a essência da Constituição, dando

⁵⁴³ Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RS. Especializando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Advogado.

⁵⁴⁴ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2018.

passagem à decisão do povo ou de seus representantes eleitos. Aos congressistas, assim, será possível a aprovação de emendas constitucionais, leis ordinárias ou complementares, sobre temas decididos pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o façam agregando novos fundamentos e enfrentando as teses adotadas nas decisões – exigindo-se, no caso das leis, um ônus argumentativo mais elevado –, no intuito de superar o entendimento firmado pela Corte Suprema. Este modo de proceder não deve ser encarado como uma afronta à autoridade do Tribunal, mas visto como uma saudável manifestação dialógica da democracia representativa.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Dialética Institucional. Última Palavra Provisória.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Notas sobre o Estado Democrático de Direito e a Jurisdição Constitucional. 2. Diálogo Institucional e a “Última Palavra” Provisória. 2.1. Início de Conversa. 3.2. Alguns exemplos de diálogos institucionais entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 ampliou consideravelmente os meios de provocação da atuação do Supremo Tribunal Federal, intensificando a sua dupla identidade: tanto como Corte Suprema, isto é, órgão de cúpula do Poder Judiciário, como Tribunal Constitucional, no exercício da jurisdição constitucional.

Em um sistema de controle de constitucionalidade que pode ser considerado como um dos mais abrangentes do mundo, o Supremo Tribunal Federal vem, nos últimos anos, ocupando posição central no processo político nacional, concentrando poderes para resolver relevantes conflitos morais, políticos e sociais do povo brasileiro. Entre

aplausos e críticas, esta centralidade do Tribunal representa um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária⁵⁴⁵.

Oscar Vilhena Vieira, há dez anos, já havia observado este fenômeno, que denominou de “supremocracia”: o Supremo Tribunal Federal passou não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir decisões que se apresentam como a “última palavra”, para além do entendimento exarado pelas casas legislativas⁵⁴⁶.

Ocorre que todas as decisões estão sujeitas à falibilidade humana e, conseqüentemente, a disputa pela autoridade de ter a “última palavra” acaba por se tratar de uma disputa pelo “direito de errar por último”. Ademais, evidentemente que este papel assumido pelo Supremo está em constante tensão com os princípios democráticos, o que se torna ainda mais nítido quando se enfrentam pautas cujo cerne versa sobre discordâncias morais da sociedade, diante das quais não se pode apontar uma “interpretação correta”.

Nesse cenário, o presente trabalho visa examinar criticamente a visão tradicional sobre a jurisdição constitucional, ao passo que tem por objetivo demonstrar a importância da adoção de uma ideia de diálogo

⁵⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 3-41, Fev-Mai, 2010. p. 3.

⁵⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008. Conforme o autor, “se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador” (*Op. cit.* p. 445).

institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Longe de se pretender esgotar o assunto, tem-se por fim precípua, como qualquer produção científica, a provocação do debate.

1 NOTAS SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Há pouco mais de meio século, em diversos países do mundo, à exceção talvez apenas dos Estados Unidos, reinava uma visão da Constituição como forma de proclamação política, a qual inspirava o Poder Legislativo, e não como um documento de concessão de direitos e garantias aos cidadãos, que poderia ser utilizado por magistrados para solucionar casos concretos⁵⁴⁷.

Compreendia-se que apenas o legislador, o qual representava e expressava a vontade popular, detinha legitimidade para criar o Direito. Ao Poder Judiciário, então, caberia tão somente a aplicação subsuntiva de normas. A tarefa dos juízes era, portanto, de mera revelação do Direito, e qualquer controle judicial de constitucionalidade de um ato normativo era visto como antidemocrático.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, diante da percepção da insuficiência do positivismo jurídico liberal como meio de contenção do arbítrio e de proteção dos cidadãos, o constitucionalismo moderno, tal qual conhecemos hoje, surge e passa a ganhar força. A partir da

⁵⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol.06, nº02. p. 119-161. ISSN 1516-0351. p. 120.

percepção de que regimes políticos autoritários foram capazes de promover atrocidades em um panorama de legalidade formal, “a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”⁵⁴⁸.

Foi nesse contexto que ocorreu a transição do Estado Legislativo ao Estado Democrático de Direito, produto “*de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias*”.⁵⁴⁹ A supremacia constitucional decorre, pois, da admissão de uma constituição rígida como centro do ordenamento jurídico, atuando como *lex legum* (“a lei das leis”), a partir da qual todas as situações jurídicas devem ser conformadas, de modo que nenhum ato jurídico poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com os seus desígnios.

A evolução do Estado ao patamar de Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional, afigura-se como uma das grandes conquistas da humanidade⁵⁵⁰. A qualificação de “democrático” faz irradiar os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, dessa forma, sobre a ordem jurídica⁵⁵¹. A

⁵⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 120.

⁵⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista internacional de filosofía política*. Madrid, n. 17, p. 31-46, 2001. p. 31. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>>. Acesso em: 1º de julho de 2018.

⁵⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 04.

⁵⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 121.

Constituição, mais do que nunca, assume uma função principiológica, assentada em normas de textura aberta e estruturada para permitir uma ampla aferição de seu conteúdo na prática cotidiana⁵⁵².

Nesse sentido, Lênio Luiz Streck realça que a norma fundamental passa a ser o “topos hermenêutico” que conforma a interpretação jurídica do restante do sistema, de forma que se apresenta como “a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade”, enquanto disponibiliza “mecanismos para a concretização de conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo”⁵⁵³.

Em suma, o que se observou foi uma tendência global à importação do modelo estadunidense de constitucionalismo, cuja pedra angular é a crença na Constituição como uma norma jurídica autêntica, da qual pode valer-se o Poder Judiciário para, eventualmente, invalidar leis que com ela sejam incompatíveis. O pensamento doutrinário evoluiu ao ponto de compreender o controle jurisdicional de constitucionalidade como um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito.

Todavia, os reflexos desta guinada constitucional apenas surgiram em nosso país quando da promulgação da Constituição da República de 1988, a qual estatuiu, em seu artigo 1º, que a “República

⁵⁵² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 40

⁵⁵³ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 215

Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Nota-se, com isso, a difusão dos valores abrigados nos princípios e regras constitucionais por todo o nosso ordenamento jurídico, resultando na aplicabilidade direta da Constituição, na inconstitucionalidade das normas com ela incompatíveis e, sobretudo, na sua atuação como fonte interpretativa da legislação infraconstitucional⁵⁵⁴. A contar da Constituição Cidadã, deu-se uma nova formatação ao princípio da legalidade, não mais bastando a legalidade em sua dimensão meramente formal, mas também em sua dimensão material (ou substancial), isto é: o ato normativo passou a depender, em síntese, de sua adequação com os ditames constitucionais.

Um diferencial, contudo, é digno de nota: a Constituição brasileira, bem como outras constituições que surgiram no período em análise, não corresponde a documentos sintéticos, como meramente organizadores do exercício do poder político e garantidores de alguns direitos individuais, como nos Estados Unidos. Trata-se, em verdade, de constituições mais ambiciosas, que foram além da mera organização do Estado e das suas relações com os indivíduos, incorporando direitos sociais e normas programáticas vinculantes – as quais condicionam as

⁵⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o tardio triunfo do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. p. 52. Acesso em: 1º de julho de 2018.

políticas públicas estatais –, e disciplinaram relações privadas, tratando de temas como economia, direitos trabalhistas, cultura e família⁵⁵⁵.

Aliada a esta constatação, a maior consciência dos cidadãos sobre os seus direitos, a conjugação do constitucionalismo social com a mudança na nossa cultura jurídica, que reconhece o caráter normativo e vinculante de princípios e demais preceitos constitucionais, e o elevado grau de pluralismo social e político são fatores que, cada um ao seu modo, geraram efeitos significativos sob a ótica da importância da Constituição no sistema jurídico, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, conferindo destaque até então inédito à jurisdição constitucional⁵⁵⁶.

Como bem pontua Oscar Vilhena Vieira:

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de nº 3/93, e nº 45/05, bem como pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. p. 122/123.

⁵⁵⁶ *Op. cit.* p. 124.

⁵⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008. p. 444.

Nessa esteira, ergueu-se a compreensão de que existe uma necessária relação entre a “centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”⁵⁵⁸. A verificação de conformidade das leis com a Constituição, portanto, seria uma tarefa confiada ao Poder Judiciário, em essência ao seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. Nasce, assim, a ideia de jurisdição constitucional, que, nas palavras de Sérgio Moro, compreende “a atribuição a autoridades não eleitas e que não podem, salvo excepcionalmente, ser destituídas de seu cargo, do poder de controle sobre as políticas públicas formuladas por autoridades eleitas”⁵⁵⁹.

É esse poder de controle que autoriza a jurisdição constitucional a desempenhar um importante papel na defesa de minorias, do pluralismo, e na contenção do Poder Público, assumindo os anseios democráticos de uma sociedade contemporânea. Não é demais sustentar que “a existência de uma jurisdição constitucional e de um Tribunal Constitucional são condições de credibilidade de qualquer regime constitucional democrático”⁵⁶⁰.

Estas novas perspectivas inauguradas com o constitucionalismo e também com o reconhecimento de direitos fundamentais na

⁵⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

⁵⁵⁹ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 313.

⁵⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: Celso Bastos Editor, 1998. p. 15.

Constituição da República acabam por colocar o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em um papel de relevo, porquanto “o sistema de princípios e valores que marca o chamado constitucionalismo gera um espaço de juridicização até então jamais visto na história dos poderes”⁵⁶¹. Por estas e outras razões, justamente o século do triunfo da democracia é também o século da expansão da jurisdição constitucional⁵⁶².

E isso se justifica na medida em que, como destaca Kelsen, para se controlar a conformidade à Constituição de determinados atos do Estado, mais precisamente do Parlamento e do Governo, “tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados”, eis que se estaria confiando aos Poderes controlados a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerar os limites constitucionais⁵⁶³.

Em uma democracia complexa, na qual se pretende “assegurar não só o governo das maiorias, mas também o respeito às minorias, bem como aos direitos e liberdades em geral, são imprescindíveis mecanismos de controle que não necessariamente sejam exercitados por órgãos representativos mas que, justamente, sejam capacitados por sua independência”⁵⁶⁴, evitando-se, assim, a possibilidade de uma “tirania

⁵⁶¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. p. 78.

⁵⁶² MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. p. 313.

⁵⁶³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 240.

⁵⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 454.

legislativa exercida pela maioria”⁵⁶⁵. Aliás, sendo a Constituição produto do povo e, na medida em que não é possível atribuir à legislação ordinária esta conotação, a jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal se justifica pela necessidade de atribuir a uma instituição independente da maioria política a guarda da Constituição⁵⁶⁶.

É bem verdade, entretanto, que a noção de indissociabilidade entre constitucionalismo e supremacia judicial, marcada por uma prerrogativa da “última palavra” no que tange a interpretação das normas constitucionais é, não raras vezes, questionada. Basta lembrar a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, a qual pretendia, essencialmente, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional as decisões sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Há, inegavelmente, no tema, uma tensão entre jurisdição constitucional e democracia. E esse potencial impasse agrava-se no momento em que a jurisdição constitucional passa a ser concebida como o principal fórum para o equacionamento de conflitos morais, sociais e políticos relevantes para a sociedade, ou como detentora da

⁵⁶⁵ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Jurisdição constitucional política*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54

⁵⁶⁶ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. p. 129/130.

prerrogativa de ditar a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição⁵⁶⁷.

Não cabe aqui dirimir todas as críticas – tampouco é o propósito deste estudo – à legitimação do Poder Judiciário de ser o guardião da Constituição, ou o enfrentamento das diversas teorias normativas sobre diálogos institucionais. Deveras, objetiva-se avaliar criticamente a visão convencional sobre a interpretação constitucional, a qual pressupõe a Corte Constitucional como o único órgão capaz de interpretar a constituição e detentora da “última palavra” sobre o significado das normas constitucionais.

2 DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A “ÚLTIMA PALAVRA” PROVISÓRIA

2.1. Início de conversa

A supremacia judicial não deve ser confundida, por óbvio, com soberania judicial. Ora, do artigo 2º do texto constitucional⁵⁶⁸ extrai-se que a relação existente entre os Poderes do Estado é de coordenação, não de subordinação. Por tal razão, sustenta-se que não se afigura correta a suposição de que “um Poder possa impor o seu entendimento aos outros de modo definitivo, sob nenhum aspecto, nem mesmo a pretexto do desempenho de suas funções típicas”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. p. 122/123.

⁵⁶⁸ Art. 2º, CRFB. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁵⁶⁹ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no

Essa concepção passa pelo entendimento de que não deve haver um conflito pela “última palavra” entre os Poderes, mas um diálogo cooperativo e constante entre instituições, as quais, através de suas atribuições, expertises e contextos decisórios, devem ser parceiras na busca do melhor significado constitucional. Logo, não haveria “prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas”⁵⁷⁰.

Aspira-se, portanto, que os Poderes envolvidos, primordialmente o Judiciário e o Legislativo, busquem a decisão mais adequada e dialoguem com este desiderato, de forma que a revisão judicial assuma um caráter dialógico, abandonando-se, neste prisma, a ideia de uma última palavra dada pela jurisdição e sem possibilidade de revisões, reconhecendo a “falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar”⁵⁷¹. Imprescindível, porém, que o diálogo seja a ferramenta. É preciso que haja uma argumentação que indique os porquês da adoção dos

pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*. p. 119.

⁵⁷⁰ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 15.

⁵⁷¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012. p. 208.

fundamentos sustentados por cada uma das partes, para que não se torne mera sobreposição de diferentes posicionamentos⁵⁷².

A ideia de uma dialética institucional passa, por conseguinte, pela tentativa de melhor efetivação de direitos fundamentais, refletindo a adoção de uma postura preocupada com a concretização dos desígnios constitucionais. Conforme sustenta Barry Friedman, “*the constitution is no interpreted by aloof judges imposing their will on the people. Rather, constitutional interpretation is an elaborate discussion between judges and the body politic. (...) The Court, like all other institutions, speaks to the meaning of the text. In this sense, the Court is, like all other branches of government, an active participant in the debate over the Constitution's meaning*”⁵⁷³. Sob este prisma, decisões sobre a constitucionalidade de atos normativos não deveriam ser tomadas de forma solipsista⁵⁷⁴, sem um efetivo diálogo entre o Poderes Judiciário e Legislativo.

Dessa forma, não se trataria do abandono do controle judicial, mas do estabelecimento de mecanismos que permitam um novo posicionamento dos demais Poderes, não devendo a última palavra pertencer sempre ao Poder Judiciário. E isso se legitima na medida em

⁵⁷² LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56031. p. 76.

⁵⁷³ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, Michigan, vol. 91, n. 4, p. 577-682, feb. 1993. p. 653/654.

⁵⁷⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações constitucionais*. p. 76.

que, ao se desafiarem entre si cada vez que se obtivesse uma “justificativa maior, haveria maiores possibilidades de produzir respostas melhores do que aquelas que alcançam no âmbito de um modelo de competição e conflito. Ter-se-ia, assim, a produção – ou ao menos a tentativa – de decisões mais corretas e com um caráter mais democrático, sendo considerados diferentes argumentos e posicionamentos quanto às questões em xeque”⁵⁷⁵.

O ponto nuclear desta leitura reside no exame do próprio texto constitucional, mais precisamente do teor do artigo 102, *caput*, segundo o qual compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente (e não exclusivamente), a guarda da Constituição. Outrossim, o § 2º do referido dispositivo (incluído pela EC nº 45/2004) destaca que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, terão efeito vinculante somente com relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, restando excluído desta vinculação o Poder Legislativo. É o que, aliás, confirma o artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99⁵⁷⁶. Com efeito, haveria possibilidade jurídica de o Poder Legislativo superar o entendimento firmado pela Corte no desempenho da jurisdição constitucional.

⁵⁷⁵ *Op. cit.* p. 77-78.

⁵⁷⁶ Art. 28, parágrafo único, Lei 9.868/99. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Longe de se advogar pela supremacia do Poder Legislativo e pela ausência de legitimidade do Judiciário para ser o principal intérprete da Constituição da República, busca-se tão somente lançar as bases para a construção de um diálogo institucional. Não se está ressuscitando as vozes de quem sustentava a tese de que, caso fosse entregue aos tribunais o direito de frustrar uma decisão do Parlamento ou do Governo, corria-se o perigo de a decisão dos tribunais ou não ser acatada, ou de a decisão for substituída por um ato judicial, o qual não seria nada mais que um ato político de pessoas sem mandato democrático. Também não é o intuito transparecer que, como já disse Norberto Bobbio, recorrendo à *Metafísica dos Costumes* de Kant, “apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva”⁵⁷⁷.

De qualquer sorte, entender que o Poder Legislativo é permanentemente vinculado ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado de constitucionalidade conduzir-nos-ia à compreensão de que o poder pertencente à Suprema Corte é imune a qualquer estímulo democrático.

Ao enfrentar o tema, o Ministro César Peluso apontou que a vinculação do Poder Legislativo às decisões proferidas pela Corte no controle concentrado de constitucionalidade “comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo

⁵⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Editora Mandarin, 2000. p. 227.

este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo ao espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo”, o que acabaria por erigir “mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”⁵⁷⁸.

Para garantia e fiscalização da Constituição, é necessária a participação, além da Corte Constitucional, de outros órgãos do poder, de modo que, nos dizeres de Jorge Miranda, “o Estado constitucional será tanto mais Estado de Direito quanto mais forte e aperfeiçoada vier a ser a acção duns órgãos relativamente a outros”. Ainda, aponta o autor, rememorando Montesquieu, que “contra o poder só o poder”, concluindo que “a garantia constitucional implica não apenas coordenação de normas mas também coordenação de órgãos”⁵⁷⁹.

Em sentido contrário, o Ministro Alexandre de Moraes sustenta que os efeitos vinculantes da decisão do Supremo Tribunal Federal “aplicam-se inclusive ao legislador, que não poderá editar norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou, ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal”⁵⁸⁰.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, já manifestou que adota a visão tradicional sobre o papel do Supremo Tribunal Federal ao

⁵⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 2617. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso. Julgado no dia 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018.

⁵⁷⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 461.

⁵⁸⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 794.

interpretar a Constituição, defendendo a prerrogativa do Tribunal de dizer a “última palavra” do sentido constitucional. Consoante apontou o referido Ministro:

[...] a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental⁵⁸¹.

⁵⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603. Tribunal Pleno. Relator: Celso de Mello. Julgado no dia 04 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 04 de julho de 2018. O Min. Sepúlveda Pertence, que atuou como relator da ADI 2.797 e proferiu o voto vencedor, foi além, considerando que seria inconstitucional, no sentido formal, a reação legislativa para conceder, por meio de novo ato normativo, uma interpretação da Constituição divergente daquela apontada pelo STF. Restou decidido que se impõem “ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”. Digna de nota foi a divergência apresentada pelo Min. Gilmar Mendes, para quem não seria possível presumir “a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate institucional deve continuar” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797. Tribunal Pleno. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado no dia 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

O Ministro Moreira Alves, em decisão que precede a própria Constituição da República de 1988, defende que, para a guarda da observância da Constituição, o Poder Judiciário “está acima dos demais poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência dos poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga”⁵⁸².

Com a devida vênia, não seria lógico ou conveniente conservar eternamente o Poder Legislativo adstrito a entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no exercício da jurisdição constitucional, tampouco dar a “última palavra” sobre o que significa a Constituição (supremacia judicial). Nas lições de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, a Constituição não é, necessariamente, o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. A Corte é composta por humanos e, portanto, sujeita à falibilidade da espécie, inclusive em matéria de interpretação constitucional, da mesma forma que os Poderes Legislativo e Executivo. Assim, seria preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição (nem ao Judiciário, nem ao Legislativo) o “direito de errar por último”, abrindo-se a “permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica

⁵⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257. Tribunal Pleno. Relator: Décio Miranda. Relator p/ Acórdão: Moreira Alves. Julgado no dia 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 13 de julho de 2018.

constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF”⁵⁸³⁻⁵⁸⁴.

Ora, é cediço que diferentes intérpretes podem ler os mesmos artigos do texto constitucional e chegar a conclusões diametralmente opostas. Exemplificativamente, poder-se-ia concluir que o princípio

⁵⁸³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 403. Conforme a doutrina de Barry Friedman, “*the Supreme Court is important, like the President, or Congress: it is the ‘last’ judicial voice, at least for this round. The public notices when the Supreme Court decides. Reporters cover the cases the Court will hear – generating interest – and the decisions, which generate debate. Some people agree with the Court; others are outraged. People discuss the decision in formal meetings, or in informal gatherings, or they act alone. Articles are written commenting on the Court’s decision. More lawsuits are brought, some formulated specifically to test the bounds of the Court’s decision. Town councils act. School boards act. Legislatures act at every level of government. (...) The judges observe legislative action and note the ‘unworkability’ of prior decisions. They work around the prior decisions. They confront the prior decisions. New Justices also are appointed to the Supreme Court, or perhaps the Supreme Court finally ‘hears’ the people. The people dig in; the Court bails out. The Constitution is reinterpreted, and its meaning changes. So it goes in infinitive progress*” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, Michigan, vol. 91, n. 4, p. 577-682, feb. 1993. p. 656/657).

⁵⁸⁴ O Ministro Luiz Fux já destacou, em decisão recente, que a interpretação e a concretização da Constituição “não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade. Se se caminha no sentido de pluralizar a interpretação constitucional, de modo a compreender a Carta da República como um Estatuto Fundamental da comunidade política, seria um retrocesso pintar em fortes tintas a concepção ‘juriscêntrica’ nesta seara”. Na mesma oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que a visão tradicional, de prevalência da supremacia judicial tem sido atenuada, cedendo espaço “para uma ideia mais democrática, de diálogos institucionais. Nunca existe uma decisão final e definitiva. A matéria está sempre aberta ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Julgado no dia 01º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018).

fundamental da igualdade proíbe, é compatível ou, até mesmo, exige a existência de cotas sociais para acessar universidades públicas. Noutro giro, a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, viáveis juridicamente são as afirmações que admite a prática da eutanásia e a que a veda terminantemente.

Os *hard cases* suprarreferidos demonstram que é possível o estabelecimento de um profundo desacordo na sociedade sobre a “interpretação correta” de determinadas normas constitucionais, o que corrobora com o entendimento de que a invocação da supremacia da Constituição não bastaria para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional exclusivamente apta a apontar a essência da Constituição, dando passagem à decisão do povo ou de seus representantes eleitos⁵⁸⁵, especialmente em casos de discordâncias morais.

O conceito de jurisdição constitucional, pois, relativamente ao Poder Legislativo, deve ser compreendido em um sentido fraco⁵⁸⁶, como a impossibilidade jurídica de uma decisão jurisdicional proferida vir a ser invalidada pelo Parlamento. No mais, uma vez transitada em

⁵⁸⁵ A conclusão e os exemplos são de: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. p. 125.

⁵⁸⁶ No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux apontou que verificou uma “abertura dialógica, por parte da Corte, a correções legislativas de sua jurisprudência, mesmo que veiculadas em legislação ordinária”, concluindo que “inexiste, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Julgado no dia 01º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018).

julgado uma decisão judicial, esta tornar-se-á imutável no âmbito da relação jurídica processual em que foi proferida, sem possibilidade de alteração pelo Legislativo⁵⁸⁷. Isso não significa, no entanto, a impossibilidade do estabelecimento do diálogo institucional, com a tentativa de superação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do fornecimento de novo material argumentativo.

No mesmo sentido, Rodrigo Brandão assevera que este modelo dialógico articula de modo mais proveitoso o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que o modelo de supremacia, uma vez que:

(i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer "poderes", intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de "circularidade procedimental" (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos "poderes" contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que - especialmente quando estiverem em jogo questões complexas - tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica⁵⁸⁸.

Aos congressistas, assim, será possível a aprovação de emendas constitucionais, leis ordinárias ou complementares, sobre temas

⁵⁸⁷ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo*. p. 119.

⁵⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* p. 289.

decididos pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o façam agregando novos fundamentos, no intuito de superar o entendimento firmado pela Corte Suprema. Este modo de proceder não deve ser encarado como uma afronta à autoridade do Supremo Tribunal Federal, mas visto como uma saudável manifestação dialogal da democracia representativa⁵⁸⁹.

Propõe-se, portanto, uma perspectiva dialógica, em que a decisão proferida pela cúpula do Poder Judiciário será a “última palavra provisória” sobre o tema constitucional. Cada Poder, assim, se sobressai com a sua interpretação em um dado momento, até que ela seja superada por outro⁵⁹⁰. Em outras palavras, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, será apenas provisoriamente a última palavra, que subsistirá até que sobrevenha outra do Poder Legislativo, que então assumirá temporariamente tal função enquanto não seja realizado novo julgamento pela Corte. E, assim, sucessivamente, “em um espiral dialético-argumentativo, em que cada nova manifestação sobre o assunto eleva a discussão para um outro patamar”⁵⁹¹. Por ser a política uma sequência de contestações e revisões de decisões de autoridade, não se trata de regressão ao infinito, mas de continuidade histórica⁵⁹².

⁵⁸⁹ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo*. p. 119.

⁵⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. p. 191.

⁵⁹¹ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo*. p. 121.

⁵⁹² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e*

Afinal, cada novo ato normativo poderá, por óbvio, ser levado ao crivo do Supremo Tribunal Federal, que deverá refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo texto legislativo, e não o ignorar, tomando a nova medida normativa como desacato à sua autoridade⁵⁹³. O que não poderá ser feito pelo legislador, e é preciso deixar isso claro, é promulgar um ato normativo, contrariando o entendimento da Corte Suprema, com força retroativa, aplicando-se aos fatos ocorridos entre o período do julgamento de inconstitucionalidade da norma anteriormente vigente e da promulgação da nova lei, haja vista a proibição de edição de leis *ex post facto*.

2.2. Alguns exemplos de diálogos institucionais entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

A título de exemplo de um diálogo institucional realizado por meio de Emenda à Constituição, tem-se a de nº 39/2002. Em março de 1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 231.764 e 233.332, decidiu que o custeio do serviço de iluminação pública não poderia ser remunerado mediante taxa. Esse entendimento foi aplicado reiteradamente pelo Tribunal em diversos julgamentos, tendo sido, inclusive, sumulado (Súmula nº 670, posteriormente convertida na Súmula Vinculante nº 41). Ocorre que o Congresso Nacional, ciente da necessidade de a Administração Pública

deliberação. p. 180.

⁵⁹³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 403-404.

auferir recursos para tal finalidade, aprovou a Emenda à Constituição nº 39/2002, inserindo o artigo 149-A ao texto constitucional, autorizando os Municípios e o Distrito Federal a instituir contribuição (não mais taxa) para o custeio do serviço de iluminação pública.

Um outro exemplo de diálogo bem sucedido é consideravelmente recente e diz respeito à prática da vaquejada. A Proposta de Emenda Constitucional nº 50/2016, apresentada no Senado Federal treze dias após o Supremo Tribunal Federal declarar, no julgamento da ADI nº 4.983/CE, a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a vaquejada por afronta ao artigo 225, § 1º, inciso VII, da CRFB, deu origem à Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou o §7º ao artigo 225 da Constituição, estabelecendo que não serão consideradas cruéis as práticas desportivas que utilizem animais que sejam consideradas parte do patrimônio cultural brasileiro (como o fez a Lei nº 13.364/2016), devendo lei específica regulamentar a conduta para assegurar o bem-estar dos animais envolvidos. Veja-se que a própria justificativa da Proposta de Emenda Constitucional menciona o julgamento citado e destaca que se almeja dissipar “*quaisquer dúvidas ainda existentes acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal*” sobre a matéria constitucional⁵⁹⁴.

Assim ocorrendo, isto é, tendo havido a superação da decisão do Supremo Tribunal Federal via Emenda à Constituição, não será permitido ao Poder Judiciário controlar o mérito da modificação

⁵⁹⁴ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 50 de 2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3035267&disposition=inline>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

operada no texto constitucional como resultante da deliberação política realizada pelo Parlamento. Destarte, nas hipóteses em que a superação legislativa for concretizada por meio de emenda constitucional, o controle de constitucionalidade possível de ser realizado pela Corte sobre a aludida emenda limitar-se-á à aferição das disposições contidas no artigo 60 da Constituição, observando-se, pois, as limitações formais, circunstanciais e materiais ao poder reformador⁵⁹⁵.

É bem verdade que os casos mencionados acima versaram sobre alterações ao texto constitucional por meio de emendas realizadas pelo poder reformador. Não obstante, a superação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal poderá ocorrer, em determinados casos, pela via da legislação ordinária. Nessa hipótese, o ônus argumentativo do legislador será ainda maior, devendo este comprovar a legitimidade de sua atuação para ultrapassar o que fora estipulado pelo STF no exercício da jurisdição constitucional⁵⁹⁶. Será indispensável que o Parlamento formule razões diversas daquelas já enfrentadas pelo

⁵⁹⁵ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. p. 122.

⁵⁹⁶ *Op. cit.* p. 123. Consoante destacou o Ministro Luís Roberto Barroso, a superação de jurisprudência “por aprovação de lei pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo optou”, de sorte que “o ônus argumentativo pesará sobre o Congresso com força multiplicada”. Assentou, por fim, que, se cumpridos tais requisitos, “a palavra final, a prevalecer, deve ser a do Congresso, porque decisão política em uma democracia deve ser tomada por quem tem voto, salvo se a Constituição impuser diferentemente”. Para o Ministro Luiz Fux, tal lei nasceria com “presunção de inconstitucionalidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Julgado no dia 01º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018).

Tribunal. Caso contrário, a nova lei – meramente reeditada ou apresentada com os mesmos fundamentos daquela afastada do ordenamento jurídico por ter sido considerada inconstitucional – estará fadada ao mesmo destino.

Oportuna a análise da reação legislativa oriunda do julgamento conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 4.430 e 4.795⁵⁹⁷, nas quais restou decidido que deveria ser assegurado aos partidos políticos novos, criados durante a legislatura e após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Buscando-se a superação do entendimento firmado pela Corte, foi promulgada, então, a Lei n^o 12.875/13, que introduziu alterações na Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n^o 9.096/95) e na Lei das Eleições (Lei n^o 9.504/97), desconsiderando as mudanças de filiação partidária para fins de distribuição do horário eleitoral e do fundo partidário, em qualquer hipótese, ressalvado o disposto no §6^o do art. 29 da Lei 9.504/97 (fusão ou incorporação de partido). Pretendeu-se, em resumo, excluir os partidos criados após a realização das eleições do acesso ao tempo destinado à propaganda no rádio e na televisão, bem como à distribuição do fundo partidário, de forma proporcional ao número de deputados federais migrantes de outras legendas.

⁵⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n^o 4.430- Tribunal Pleno. Relator: Dias Toffoli. Julgado no dia 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018.

A Lei nº 12.875/13, por sua vez, foi impugnada através da ADI nº 5.105, sob o principal argumento de que o Congresso Nacional havia contrariado a decisão do Supremo Tribunal Federal. A ação de controle concentrado foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da aludida Lei, ao fundamento de que não foram apresentadas, na justificção do ato normativo, “qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal”. Destacou-se que “a justificção do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário”⁵⁹⁸.

In casu, a insuficiência argumentativa do Legislativo para embasar o seu entendimento e enfrentar os fundamentos elencados pela Corte acabou por conduzir a nova lei ao mesmo resultado anterior, não tendo havido a necessária elevação do debate constitucional. Este cenário apenas foi alterado com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 97, de outubro de 2017, que alterou o regime de acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão, retomando o desiderato inicial do Congresso Nacional de exclusão dos partidos

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Julgado no dia 01º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018.

novos da distribuição e dos demais que não cumprirem a cláusula de barreira estipulada (art. 17, § 5º, CRFB).

À esta altura, pode-se concluir que o Legislativo não só pode como deve participar da tarefa de interpretação da Constituição. É preciso assimilar que o princípio da separação dos poderes pressupõe a interação destes, em desafio recíproco, levando-se em conta os argumentos expostos por cada um, mas de forma sadia e construtiva, não meramente adversarial e evasiva. A expectativa é que a separação de poderes deliberativa tenha maior probabilidade de alcançar a resposta certa⁵⁹⁹⁻⁶⁰⁰, em um autêntico diálogo institucional, e não em um discurso de via única.

⁵⁹⁹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. p. 210 e 212.

⁶⁰⁰ O Ministro Luiz Fux, em seu já analisado voto, concluiu que “a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Julgado no dia 01º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018).

CONCLUSÃO

A teoria da “última palavra provisória”, por defender a possibilidade de superação legislativa, mediante a apresentação de novos argumentos e/ou enfrentamentos das teses adotadas nas decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, vem influenciando o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo e se firma como uma tese intermediária entre o “judicialismo” constitucional e o “constitucionalismo popular”.

Reforça-se, portanto, a dialética institucional entre os Poderes, não permitindo que o Judiciário seja o único guardião da Constituição, o que enaltece sobremaneira o princípio democrático. Afinal, *quis custodiet ipsos custodes* (“quem vigia os vigilantes”)⁶⁰¹? O encargo de uma democracia deve ser, sempre, o de buscar as melhores respostas, ainda que isso perpassa pela adoção permanente de decisões provisórias e imperfeitas.

Propiciar o diálogo entre os Poderes do Estado revela-se essencial para que conflitos morais, sociais e políticos relevantes para a sociedade, envolvendo a colisão de princípios, sejam melhor debatidos, enriquecendo o material argumentativo e viabilizando a produção de decisões que mais satisfatoriamente reflitam os desígnios constitucionais. A revisão judicial legitima-se, pois, por propiciar uma “interlocação institucional”⁶⁰².

⁶⁰¹ Expressão atribuída ao poeta romano Juvenal.

⁶⁰² O termo é de MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 132

Neste ambiente celebrativo em razão das três décadas de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, a preocupação com a sua efetiva concretização deve ser a pauta do debate.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55825.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o tardio triunfo do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. p. 52. Acesso em: 1º de julho de 2018.

_____. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 3-41, Fev-Mai, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Reclamação nº 2617. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso. Julgado no dia 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26603. Tribunal Pleno. Relator: Celso de Mello. Julgado no dia 04 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797. Tribunal Pleno. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado no dia 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430. Tribunal Pleno. Relator: Dias Toffoli. Julgado no dia 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Julgado no dia 01º de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 de julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257. Tribunal Pleno. Relator: Décio Miranda. Relator p/ Acórdão: Moreira

Alves. Julgado no dia 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 13 de julho de 2018.

_____. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 50 de 2016. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3035267&disposition=inline>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista internacional de filosofía política*. Madrid, n. 17, p. 31-46, 2001. p. 31. Disponível em: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>>. Acesso em: 1º de julho de 2018.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, Michigan, vol. 91, n. 4, p. 577-682, feb. 1993.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 240.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56031.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

_____. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Jurisdição constitucional política*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol.06, nº02. p. 119-161. ISSN 1516-0351.

_____. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 454.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

COMISSÃO ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

*Arthur Alves Silveira*⁶⁰³

*João Adalberto Medeiros Fernandes Júnior*⁶⁰⁴

Resumo: O presente ensaio pretende, de forma não exauriente, abordar, a partir do viés constitucional, um dos temas elencados como de maior relevância dentro do complexo processo de Recuperação Judicial: o princípio da função social. Como não poderia deixar de ser, a origem do instituto nos remonta ao celebrado artigo 5º da Constituição Federal, insculpido em seu inciso XXIII, o princípio da função social da propriedade, replicado no artigo 170 da Carta Magna, onde no inciso III trata do mesmo instituto, ali, então, como princípio geral da ordem econômica. Na esfera infraconstitucional, positivado no artigo 47 da Lei n.º 11.101/05, a função social está enraizada nos pilares e justificativas da Lei Especial, servindo de alicerce para fomentar discussões jurisprudenciais entre os conflitantes e antagônicos interesses coletivos e privados. Evidentemente que por se tratar de uma temática abrangente, cuja matéria abarcaria uma dissertação, o estudo será direcionado a abordar o princípio da função social intimamente ligado à Recuperação Judicial, a partir do ponto de vista constitucional, com as evidências doutrinárias contemporâneas, sob a ótica empírica da casuística do operador do direito.

⁶⁰³ Advogado, Master of Law em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RIO. Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Sócio Coordenador Jurídico da MMS & Advogados Associados e da M&M Administração Judicial. Membro do TMA Brasil e do IBAJUD.

⁶⁰⁴ Advogado, Especialista em Insolvências e Recuperação Judicial pelo INSPER. Palestrante e professor convidado em congressos e cursos especializados na área do direito falimentar. Sócio Fundador da MMS & Advogados Associados e da M&M Administração Judicial. Membro do TMA Brasil e do IBAJUD. Administrador Judicial com mais de 15 anos de experiência.

Palavras-chave: Constituição Federal. Princípio da Função social. Recuperação Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Permitimo-nos afirmar, já nesta prefacial, sem as reservas da modéstia, que com o advento da Carta Republicana de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro, inspirado nas promessas constitucionais, ganhou uma nova interpretação, afastando-se daquela corrente patrimonialista, individualista e hedonística das legislações predecessoras, que imperavam até então, onde se predominava o direito da propriedade privada como um princípio sublime e irretocável.

Essa visão foi em parte superada pelos ideais constitucionais, que vieram para fortalecer os interesses coletivos em disrupção aos estritamente particulares. Alçando esses novos voos, direcionados para a coletividade e o social, as novas legislações e os códigos brasileiros também foram influenciados, contando inclusive com muitas reformas legislativas no país, iluminadas pelos princípios fundamentais alicerçados no artigo 5º da Constituição da República⁶⁰⁵, que servem de pedra angular em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre esses princípios gerais constitucionais, emerge com destaque o da função social da propriedade, especialmente prenunciado

⁶⁰⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

no inciso XXIII do celebrado artigo 5º da Carta Constitucional⁶⁰⁶, o qual referenda que a propriedade privada deverá atender à sua função social.

Como não podia se esperar diferente, esse mesmo princípio geral ressurgiu subscrito no inciso III, do artigo 170, da Constituição da República⁶⁰⁷, onde são elencados especificamente os princípios gerais a atividade econômica, dentre eles, o da função social da empresa, que especialmente nos interessa neste estudo.

Certamente iluminada pelos fundamentos constitucionais, a reforma do estatuto de falências e concordatas (o antigo Decreto-Lei n.º 7.661/1945), que culminou com a edição da Lei Federal n.º 11.101/05 (Lei de Recuperação Judicial e Falências), introduziu no campo infra-constitucional a necessidade de se atender ao princípio da função social da sociedade empresária, instituto que se tornou praticamente de ordem pública para se alcançar as promessas da Lei, especialmente no que tange a Recuperação Judicial de empresas.

Nesse contexto, o tema abordado – Aspectos Constitucionais do Princípio da Função Social na Recuperação Judicial - é intimamente relacionado à inquietude que nos leva a investigar a relação entre a empresa, fonte produtora de riqueza e renda, e a sua função social perante a sociedade e suas demandas sociais fundamentais, como uma das promessas constitucionais, que completam neste ano de 2018, 30 anos de promulgação.

⁶⁰⁶ Art. 5º. [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁶⁰⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade;

A seguir, nos ateremos a discutir o instituto de Recuperação Judicial, instituído pela Lei Federal n.º 11.101/2005, à luz de um dos princípios teleológicos que visa o soerguimento da empresa, a manutenção da fonte de riqueza e geradora de empregos e renda: a função social da sociedade empresária, prevista na Carta Constitucional de 1988.

Logo, buscaremos, através desta breve análise, questionar se o instituto da Recuperação Judicial, criado para possibilitar a superação da situação de crise da empresa, vai ao encontro do princípio constitucional da função social da propriedade.

Mesmo com a crise institucionalizada propagada aos extremos do país, denunciando a falência de um Poder Público inoperante e atônito diante dos anseios sociais, de uma sociedade carente de uma política legítima, voltada àqueles de onde se origina e emana o verdadeiro mister político, enseja-se o clamor aos pensadores e operadores do direito, a fim de se buscar respostas acerca deste contexto desafiador, a partir da interpretação dos acontecimentos sociais também no âmbito empresarial, através de um olhar crítico constitucional, com a finalidade de se encontrar a função social da sociedade empresária, contextualizada pela Constituição Federal de 1988.

2 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ATRAVÉS DO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A partir da Constituição da República de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro tomou novos ares, voltados para a coletividade e o social, inspirando toda a legislação e os códigos contemporâneos (v.g.

Novos Códigos Civil e de Processo Civil), arraigando-se nos princípios fundamentais insculpidos no artigo 5º da Constituição da República⁶⁰⁸, que servem de alicerce para todo e qualquer ato normativo.

A outrora visão e espírito estritamente patrimonialista das legislações anteriores, especialmente materializada no revogado Código Civil 1916, que tratavam como intocável o direito da propriedade, foi superada e ultrapassada pelos ideais insculpidos na Carta Magna, privilegiando-se a coletividade em detrimento do particular.

É óbvio que não se desnatura o direito de propriedade e todas as suas garantias também constitucionais, que devem se manter incólumes para que tenhamos a almejada segurança jurídica de nosso ordenamento, mas a expressão “função social” da propriedade, cunhada na Carta Republicana de 1988, nunca foi tão destacada e aplicada nos conflitos dos dias atuais.

A transmutação característica do direito é reflexo da transformação da própria sociedade, da inquietude social, que nos trouxe até os dias contemporâneos, num processo demorado e de grandes sacrifícios até a conquista dos direitos sociais.

Talvez esteja aí, a partir dessas mudanças paradigmáticas, as primeiras influências que conduziram o princípio da função social da propriedade até o caderno empresarial atual (Lei n. 11.101/2005),

⁶⁰⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

trazendo importantes e significativas mudanças para o antes intitulado direito comercial (hoje empresarial) como um todo.

Certamente inspirada no Bankruptcy Code (Chapter 11) da *commow law* norte-americana, a Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei n.º 11.101/2005) foi criada em verdadeiro paradoxo ao antigo Decreto Lei n.º 7.661/1945. Enquanto este, na prática, era um autêntico manual do processo de falência da sociedade empresária, aquela trouxe significativa inovação para o ordenamento jurídico brasileiro, revolucionando o próprio conceito de falência (cujos processos antes intermináveis, hoje já contam com certa celeridade e efetividade), com a fundação do novo instituto da Recuperação Judicial e a real possibilidade de soerguimento da empresa, antes praticamente inexistente apenas com a faculdade da concordata.

Com a despedida do Decreto Lei 7.661/1956 e a consequente promulgação da nova Lei de Recuperação Judicial e Falências, nos parece que um dos princípios essenciais da Lei (senão o principal) que serviu de inspiração para a novel legislação fora justamente o da função social, materializado no artigo 47 do referido diploma legal⁶⁰⁹, elencando a manutenção da sociedade empresária como o pilar do instituto da Recuperação Judicial, conservando-se, assim, todo o conjunto social em que a empresa está inserida.

⁶⁰⁹ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo 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.

O antagonismo entre as legislações era tanto que, como mencionado alhures, enquanto uma trilhava o caminho para a falência da sociedade empresária, a outra traz verdadeiramente uma luz no fim do túnel, dispondo de instrumentos eficazes para possibilitar o soerguimento da empresa, beneficiando não somente o empresário, mas principalmente toda a sociedade, que possui íntimo interesse na manutenção da atividade empresarial, na produção de riqueza, bens e serviços, gerando emprego e renda.

Essa perspectiva encontramos em Manoel Justino Bezerra Filho⁶¹⁰, em sua Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005, Comentada artigo por artigo, que assevera:

Pretendeu-se introduzir no Brasil, com esta nova legislação falimentar, a moderna visão que impera no direito americano, com o Bankruptcy Code [...] Essas legislações mais modernas partem do princípio de que a manutenção do funcionamento da empresa é de interesse social acentuado, de tal forma que o projeto permite o afastamento dos sócios (pessoas físicas) e a manutenção da empresa funcionando, se necessário, com outros administradores, e sob a fiscalização do Judiciário.

Nessa ótica, não é presunçoso afirmar que foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a função social da propriedade serviu como motriz a justificar a criação de um mecanismo judicial para permitir à empresa instrumentos de superação da situação de crise e a sua manutenção, como é o instituto da Recuperação Judicial.

⁶¹⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo, p. 136.

Citando Rubens Requião, Frederico Augusto Monte Simionato⁶¹¹, nos traz vestígios da origem do instituto da Função Social da empresa:

Com acerto, RUBENS REQUIÃO já nos ensinava que a empresa não deve ser analisada como propriedade absoluta do empresário, mas sim como a comunidade de trabalhadores, capital e coletividade. O art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, determina que a propriedade atenderá à sua função social. Por certo, tal propriedade se refere, analogamente, ao poder de controle e às participações sociais majoritárias nas sociedades limitadas.

É no ativismo jurídico que encontramos diariamente tais perspectivas, embora sempre com um olhar crítico diante das lacunas da Lei, mas remontando-se ao contexto histórico da Antiga Lei de Falências (Decreto Lei n.º 7.661/1945), pode-se afirmar sem sombra de dúvidas os avanços que a nova legislação trouxe em matéria de direito empresarial e insolvências, tudo isso com a inspiração constitucional. O progresso trazido com a instituição do novo instrumento jurídico – Recuperação Judicial –, como dito antes, tem origens no princípio da função social da propriedade já previsto no artigo 170 da Carta Constitucional⁶¹².

⁶¹¹ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. 1. ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 19.

⁶¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital

A partir do instituto da Recuperação Judicial, pode-se inferir que a própria dialética da nova Lei acolhe os interesses coletivos, como por exemplo ao oportunizar o diálogo mediado judicialmente entre a empresa devedora e os credores (seja através do Plano de Recuperação Judicial, seja pelos demais mecanismos que possibilitam a reorganização da empresa, como o *stay period*), possibilitando a renegociação das dívidas sujeitas à Recuperação Judicial, mantendo-se a empresa em atividade, para conservar a unidade produtiva viva.

Importante salientar, desde já, que por função social não se entende tão somente à caridade ou atos altruístas (como doações e benevolências praticadas por organizações empresárias e corporações), mas sim o próprio contexto da empresa, e o seu enredo no ambiente social em que está inserida, oportunizando a geração de riquezas, a criação de empregos, o recolhimento de tributos (esses, então, que servirão para políticas públicas e sociais).

Nessa vertente, oportuna a citação de Scalzilli, Spinelli e Tellechea, *in* Recuperação de Empresas e Falência⁶¹³:

Isso porque a empresa é a célula essencial da economia de mercado e como tal cumpre relevante função social. Curioso é que essa função social da empresa nada tem a ver com a prática de atos de caridade ou de cunho social, como em um primeiro momento pode parecer. Efetivamente, a empresa não cumpre função social ao doar itens aos desabrigados de uma enchente ou ao

nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁶¹³ SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 82/83.

plantar árvores em áreas ambientalmente degradadas. Claro que essas práticas são louváveis, mas não se relacionam com a função das empresas[...] [...] Isso porque, ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre função social.

Por outro lado, a nova Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei 11.101/05) trouxe uma inovação ao ordenamento jurídico pátrio, deixando de priorizar unicamente os interesses particulares dos credores (como acontecia na legislação revogada), mas voltando-se principalmente para as preocupações de interesse coletivo e social de toda a sociedade no entorno da empresa. É o que afirma Manoel Justino Bezerra Filho⁶¹⁴:

Esta Lei pretende trazer para o instituto da falência e da recuperação judicial uma nova visão, que leva em conta não mais o direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na lei anterior. A lei anterior, de 1945, privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático daqueles artigos demonstra a ausência de preocupação com a manutenção da empresa como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível.

⁶¹⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo, p. 135.

A mesma visão encontramos em Frederico Augusto Monte Simionato⁶¹⁵, em seu Tratado de Direito Falimentar, colocando em evidência a superioridade do interesse da coletividade em detrimento do privado a partir da novel legislação especial falimentar. Eis a sustentação doutrinária:

[...] O que se espera é que a Lei esteja em condições para fornecer elementos objetivos concernentes à **preservação da atividade produtiva e na obtenção do interesse social da empresa em si**. No direito falimentar fica em segundo plano o interesse particular dos administradores. O interesse coletivo no direito falimentar é a regra, principalmente para não ter liquidada uma empresa, a qual é fonte de riqueza, e que atende ao princípio funcional da atividade empresarial organizada. (grifo nosso)

Esses dois institutos (preservação da empresa e interesse social) são inseparáveis, umbilicalmente ligados quando invocamos o princípio da função social. A impressão que se dá é que a Recuperação Judicial, na prática, possui um viés social alicerçado pelo princípio da função social da propriedade, sendo esta última um dos principais pilares que sustenta a legitimidade do instituto da Recuperação Judicial.

Sheila C. Neder Cerezetti, no Tratado de Direito Comercial coordenado por Fabio Ulhoa Coelho⁶¹⁶, discorre com acuidade ao tratar a função social da propriedade como princípio geral de direito, devendo

⁶¹⁵ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. 1. ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 10/11.

⁶¹⁶ CEREZETTI, Sheila C. Neder. PEREIRA. Princípio da preservação da empresa. *In* Tratado de direito comercial, volume 7: falência e recuperação de empresa e direito marítimo. Coord. Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29/31. CONPEDI/UFS. Coord. Gustavo Silveira Siqueira, Antonio Carlos Wolkmer, Zélia Luiza Pierdoná. Florianópolis:

ser aplicado à ordem econômica, à luz da Constituição Federal, aplicado ao processo de Recuperação Judicial. Vejamos:

A função social da propriedade é um valor reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 170 da CF menciona-a dentre os princípios gerais de ordem econômica brasileira. A função social aí prevista está envolvida por uma visão positiva, de acordo com a qual se atribui ao titular de determinado direito o poder-dever de utilizá-lo mediante a promoção de benefícios ao todo social. Não se trata, portanto, apenas do uso da propriedade de forma a não causar efeitos prejudiciais aos demais.

[...]

Perfilhando a ideia de que a empresa congrega múltiplos interesses, quis o legislador deixar claro que a companhia deve exercer sua função social, sendo esse um norte para a atuação de controladores e administradores.

[...] Diz-se, ainda, que a função social deve ser compreendida como um critério de interpretação, o qual deve balizar a atuação de juízes e operadores do Direito, **admitindo-se, inclusive, a não aplicação de dispositivos legais de cunho individualista e que propagam a leitura da função social de forma distinta daquela indicada pela determinação constitucional.**

A autora toca num ponto que nos parece de extrema relevância para a compreensão em si do próprio princípio da função social previsto na esfera constitucional e reproduzido na legislação infra-constitucional: que este deve ser entendido como um preceito interpretativo, com o fito de auxiliar a sua aplicação. Não se pode olvidar da dificuldade hermenêutica da concepção do instituto. Mas se nos orientarmos e assimilarmos a função social como elemento interpretativo e axiológico, talvez estejamos trilhando o caminho para compreendê-lo.

Nessa ótica, constata-se que a criação do novo diploma legislativo recuperacional (Lei Federal n.º 11.101/05), influenciado

pela Constituição de 1988, direcionou um olhar para os fundamentos sociais e principiológicos na interpretação das normas de regência recuperacional e também falimentar, do que se denota que o princípio da função social é de um valor indispensável para o sucesso do processo de Recuperação Judicial.

Por derradeiro, ao navegar pelo instituto da Recuperação Judicial, é impossível prescindir da função social que lhe inspira, um dos princípios fundamentais que alicerçam no ordenamento jurídico pátrio.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL APLICADO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Já nas primeiras linhas acima ficou claro que o próprio instituto da Recuperação Judicial está arraigado ao princípio da função social da propriedade (e da empresa), caminhando juntos no pluridisciplinar processo recuperacional previsto na Lei n.º 11.101/2005, tudo com origem na inspiração constitucional de 1988.

Partindo do estudo do princípio da função social da propriedade, previsto no inciso XXIII, do artigo 5^a, da Constituição da República⁶¹⁷, sistematizado com o artigo 170, inciso III, da mesma Carta Republicana⁶¹⁸, encontramos abstratamente o instituto em voga, aplicado à sociedade empresária e à Recuperação Judicial da empresa,

⁶¹⁷ Art. 5º. [...]; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁶¹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]; III - função social da propriedade;

que é materializado no artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falências – Lei Federal 11.101/2005⁶¹⁹.

Conjugando a casuística e a pesquisa doutrinária, constatamos que o princípio da função social é vastamente explorado no decorrer de um processo de Recuperação Judicial (RJ), inclusive para justificar o pedido inicial de deferimento do processamento da RJ e deve ser aplicado, sem embargos das conotações subjetivas, de forma axiológica e interpretativa.

Comentando a Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falências, Manoel Justino Bezerra Filho⁶²⁰ elenca como um dos pilares que justificam o processamento da Recuperação Judicial a manutenção do emprego (*elemento de paz social*, nas palavras do autor). Vejamos:

[...] Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social. [...] Por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o “emprego dos trabalhadores”. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os “interesses dos credores. [...] Deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação

⁶¹⁹ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo 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.

⁶²⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo, p. 137.

principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, recuperação da empresa.

Segundo a doutrina, a manutenção da atividade empresarial é o principal motivo para justificar o instrumento da Recuperação Judicial, onde também se encontra a função social do referido instituto. Estaria na manutenção da atividade empresarial e dos postos de emprego a função social da empresa?

A resposta para a pergunta anterior parece ser afirmativa, ao passo que a doutrina e a jurisprudência vêm aplicando cotidianamente o princípio da função social da empresa para a manutenção da atividade empresarial, mesmo em situações em que haveria possibilidade de convalidação da Recuperação Judicial em falência.

Veja-se que até mesmo o afastamento dos administradores da sociedade e a alienação judicial da empresa, em prol da manutenção da atividade empresarial, conservando-se, conseqüentemente, a produção e os empregos, são justificativas que encontram amparo na função social da propriedade empresária, à luz da interpretação constitucional.

É o que nos diz Luiz Fernando Valente de Paiva⁶²¹, em seu compêndio de Direito Falimentar, *in litteris*:

O objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo assim a sua capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para a sua recuperação, a partir de negociações com seus credores. Caso os credores

⁶²¹ PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 42.

entendam que a reabilitação da empresa não é possível, a Lei estimula a sua venda num rito expresso, de modo a permitir que, sob uma nova administração, **a empresa continue a exercer a sua função social de gerar empregos e renda.** (grifo nosso)

A ciência jurídica pode ser o caminho pelo qual a transformação social dê os seus primeiros passos, rumo a uma nova ordem jurídica e social capaz de conscientizar a sociedade como parte integrante de um sistema que só se legitima pela satisfação das necessidades sociais produzidas por esta mesma sociedade. E a empresa também deve satisfazer tais necessidades, que tiveram sua origem com a Carta Constitucional de 1988, aqui celebrada em seu 30º aniversário.

Adentrando numa seara mais filosófica, Goldschmidt⁶²² nos ensina que resgatar os valores fundamentais que inspiraram a própria sociedade a se organizar em comunhão é o mister daqueles que labutam cotidianamente por justiça, em seu significado teleológico:

El principio supremo de la justicia arraiga, por un lado, en el humanismo, y por otro, en la tolerancia. El humanismo proclama que toda la humanidad constituye una gran familia, en la cual no hay hijos y enteados, sino en la que todos los hombres somos iguales, pero poseyendo cada hombre su unicidad. La tolerancia significa que el único camino que cada cual está dispuesto a tomar para convencer a los demás de la verdad o de la bondad de sus opiniones va a través de la razón y de la convicción de los demás.

[...]

La justicia cerrada sopesa exclusivamente desde el punto de vista de la igualdad prestación y contra prestación; la justicia abierta es absoluta, y se manifiesta en los derechos universales del hombre.

⁶²² GOLDSCHMIDT, Werner. La Ciencia de la Justicia (Dikelogía). 2ª. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 191-192.

Talvez a partir desses princípios filosóficos, encontramos o papel da função social no processo de Recuperação Judicial da empresa, passando pelos sistemas sociais e de organização humana, para compreender as relações negociais, a atividade empresarial e a sua contextualização na função social da empresa.

Para SIMIONATO⁶²³, o princípio da função social da empresa é o fundamento jurídico que legitima a sua reorganização econômica, pela tutela judicial, haja vista que a manutenção e continuidade da atividade empresarial é o princípio funcional da empresa.

Empiricamente, encontramos a função social da empresa na casuística judicial, quando, *v. g.*, (1) é concedida a gratuidade judiciária à pessoa jurídica em crise econômica, possibilitando o contraditório e a ampla defesa, consectários do devido processo legal, prestigiando a universalidade do acesso à justiça; (2) são liberadas as travas bancárias; (3) ocorre a manutenção da posse de bens móveis e imóveis, mesmo alienados fiduciariamente, de empresas em Recuperação Judicial, por serem essenciais à manutenção da atividade empresarial.

O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o princípio da função social em conflitos de competência, para a preservação da atividade empresarial, a fim de manter o juízo recuperacional como o competente para deliberar acerca da expropriação de bens da recuperanda, objeto de ações individuais, mesmo oriundas de créditos de natureza tributária que não se sujeitam aos efeitos da Recuperação Judicial. Vejamos as ementas a seguir colacionadas:

⁶²³ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. 1. ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 09/10.

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI N. 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA.

1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda.

2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal. Jurisprudência.

3. A Lei n. 11.101/2005 visa à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47.

4. No caso concreto, a edição da Lei n. 13.043/2014 - que acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial - não descaracteriza o conflito de competência.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 136.130/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CARÁTER INFRINGENTE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JUÍZO TRABALHISTA. LEI N. 11.101/05. **PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DOS DEMAIS CREDORES. MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A MANUTENÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS.** COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não ocorrentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, revela-se nítido o intuito infringente dos presentes embargos de declaração, devendo ser recebidos como agravo regimental em homenagem aos princípios da fungibilidade recursal e da celeridade e economia processuais.

2. A controvérsia posta nos autos encontra-se sedimentada no âmbito da Segunda Seção desta Corte, que reconhece ser o Juízo onde se processa a recuperação judicial o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, inclusive para o prosseguimento dos atos de execução, relativa a fatos anteriores ao deferimento da recuperação judicial, devendo, portanto, se submeter ao plano, sob pena de inviabilizar a recuperação. Precedentes.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDcl no CC 129.226/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/04/2014, DJe 28/04/2014) (grifo nosso)

Mesmo em se tratando de execuções trabalhistas, com toda a excepcionalidade da Justiça Especializada, a Corte Superior tem determinado que as execuções dos créditos também prossigam perante o juízo em que se processa a Recuperação Judicial (importante esclarecer que até a liquidação da dívida o processo deve permanecer sob a tutela da Justiça Trabalhista), suscitando, para tanto, os princípios da manutenção da atividade econômica, da preservação dos interesses dos demais credores e claro, a função social da empresa. Aqui temos um exemplo de conflito entre dois princípios constitucionais (de um lado, a proteção ao trabalhador e de outro, a preservação da empresa e a sua função social, prevalecendo, na espécie, o interesse maior, o da coletividade na manutenção da empresa em detrimento do particular do trabalhador)

Contemporaneamente, o instituto da Recuperação Judicial de empresas está em voga na tutela jurisdicional pátria, cujos pedidos de Recuperação Judicial nunca foram tão numerosos. Em 2016 foram 1.863 pedidos contra 1.287 em 2015. Um aumento de 44,8%, segundo dados do Serasa Experian publicados no Valor Econômico.

O aumento nos pedidos de Recuperação Judicial é reflexo direto da crise econômica e financeira que assola o país, agravada sistematicamente pelo colapso institucional generalizado, a intervenção entre os Poderes, e a severa crise de identidade política pela qual passa o país, gerando instabilidade e insegurança social e jurídica.

Resta evidente que o instituto da Recuperação Judicial de empresas tem papel relevante nesse cenário de crise, muitas vezes possibilitando a manutenção dos postos de emprego a partir da continuidade da atividade empresarial, reorganizada com a superveniência judicial. Aí também se encontra a função social da sociedade empresária.

Essa proposta fica evidente em SIMIONATO⁶²⁴:

[...] Evidente é a importância que a empresa possui para a economia de uma sociedade, tanto que a grande parte dos empregos e da produção da riqueza é criada pela sua atuação no contexto regional e mundial. [...] A enorme participação que a empresa possui na economia moderna foi notada também sobre o direito falimentar clássico. Verificou-se que a liquidação de uma empresa provocaria graves consequências para a sociedade civil, Estado, tributos, consumidores, acionistas, mercado etc., e que esta situação não se coadunava mais com a realidade

⁶²⁴ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. 1. ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 09.

empresarial, e da sua importância como fonte de preservação do capitalismo.

Corolário lógico, no contexto econômico em que vivemos, a manutenção da atividade empresarial e da sociedade empresária, através da Recuperação Judicial de empresas, é medida que encontra respaldo na função social da propriedade, com a proteção constitucional. Tanto que a doutrina atual chega a elencar como princípio fundamental da Lei de Recuperação Judicial e Falências, a preservação da empresa. É o que afirma João Pedro Scalzilli⁶²⁵:

O princípio basilar da LREF é o da preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que em torno dela gravitam. A busca pelo atingimento deste objetivo deve perpassar toda a interpretação dos seus dispositivos legais.

A empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, na medida em que, ao explorar a atividade prevista em seu objeto e ao perseguir o seu objetivo – o lucro –, promove interações econômicas (produção ou circulação de bens e serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do País, não porque esse seja o seu objetivo final – de fato, não o é –, mas simplesmente em razão de um efeito colateral benéfico (que os economistas chamam de “externalidade positiva”) do exercício da sua atividade.

Claro que todas as medidas que tendem a manter a atividade empresarial ativa, privilegiando a função social da empresa e o meio ambiente em que está inserida, deve ser pautada por regras

⁶²⁵ SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016, p. 72/73.

deontológicas, que inibam as tentativas de fraude, aproveitando-se do instituto da Recuperação Judicial para o enriquecimento ilícito dos administradores e sócios.

A equação entre os interesses difusos e muitas vezes conflituosos, na recuperação da empresa, é visto com atenção por Sérgio Campinho⁶²⁶:

Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem.

A preocupação do autor é encontrar o equilíbrio econômico e social, a fim de que se mantenha a unidade produtora de bens e serviços, contribuindo para o desenvolvimento local e regional, seja de forma direta ou indireta, com o recolhimento de impostos, a manutenção do emprego, a produção de riqueza, e toda a carga social que a empresa gera no ambiente que está inserida.

São os operadores do direito os responsáveis por motivar um espírito capaz de desencadear uma nova ordem jurídica e social,

⁶²⁶ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 124.

fundamentada solidamente nos alicerces da Constituição da República, encontrando a função teleológica do diploma especial, aqui, especificamente, em relação à Recuperação Judicial da empresa, à sua função social. E é a partir desta estruturação que a ciência do direito alcançará a sua finalidade social.

O direito, como ciência que é, tem o dever de investigar esses acontecimentos sociais, buscando descobrir as respostas capazes de possibilitar a superação de momentos de crise, deixando de lado barreiras ideológicas que impedem um melhor equilíbrio social e a consequente concretização de direitos almejados pela sociedade.

Para este viés e tendo por norte o melhor objetivo social, é que todos os atores de um processo de recuperação judicial, sob o comando do Estado-Juiz, devem convergir. É o momento para, através de atos processuais concatenados, encontrar o equilíbrio entre os direitos individuais das partes envolvidas, de forma a permitir o melhor caminho para a supremacia da função social.

Como nos ensina Daniel Carnio Costa⁶²⁷,

A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que

⁶²⁷ CARNIO COSTA, Daniel. COMENTÁRIO: PRINCÍPIO DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. Universidade de Ribeirão Preto. Disponível em [<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1682-65-1/file>]. Acesso em 14.07.2018.

tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.

A conclusão lógica que se chega a partir dos comentários do autor vai ao encontro do debate central discorrido até aqui, apimentando com a dificuldade em se conciliar os diversos interesses que gravitam no complexo processo de Recuperação Judicial. Consequentemente, para sopesar esses interesses, deveremos sempre nos ater e até mesmo guiar pelo princípio da função social, que exerce função teleológica, axiológica e interpretativa.

4 CONCLUSÃO

Nas breves considerações delineadas no corpo deste ensaio, constata-se que o instituto da Recuperação Judicial de empresas tem como um de seus pilares constitucionais o princípio da função social da propriedade privada.

Desde a Constituinte de 1988, a legislação civil brasileira e o próprio ordenamento jurídico pátrio vêm recebendo influências teleológicas, inspirados nos princípios fundamentais instituídos pela Carta Republicana. E a função social da empresa é uma delas.

Navegar pelo multidisciplinar processo de Recuperação Judicial, antever todas as suas nuances e interpretar os seus caminhos muitas vezes tempestuosos, ganha fôlego se conduzido a partir dos bons ventos soprados através do princípio da função social.

A aplicação do princípio está no dia a dia do processo recuperacional, seja no deferimento da gratuidade judiciária à pessoa

jurídica, na liberação das travas bancárias e na manutenção da posse de bens essenciais à atividade empresarial. Deve-se, contudo, ter parcimônia na exploração do instituto, em vista de se evitar fraudes e o enriquecimento ilícito de administradores e sócios, mas sempre pelo viés da presumida boa-fé processual.

A doutrina especializada e a jurisprudência pátria encontram, no princípio da função social, elemento constitucional capaz de legitimar e justificar a criação do instituto da Recuperação Judicial da empresa, cujo objetivo principal deve ser a manutenção da atividade empresarial, dos postos de emprego e da geração de renda proporcionada pela fonte produtora, protegendo o ambiente social em que a sociedade está inserida.

Por derradeiro, através do movimento de constitucionalização originado em 1988, verificou-se uma transformação nas legislações infra-constitucionais, direcionando-as para uma nova ordem jurídica e social, com a força de transformar o ordenamento jurídico outrora patrimonialista e conservador, através da interpretação constitucional dos princípios gerais insculpidos na Magna Carta, especialmente aqui tratado: o da função social. Nesse contexto é que a sociedade empresária também deve alcançar a órbita desses princípios, que tiveram sua origem com a Carta Constitucional de 1988, aqui celebrada em seu 30º aniversário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes. Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação Judicial de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada artigo por artigo. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado. Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em 14.07.2018.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.101/05. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm]. Acesso em 14.07.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência 136.130/SP. Rel. Ministro Raul Araújo. Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira. Segunda Seção. Julgado em 13.05.2015, DJe 22.06.2015. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402457868&dt_publicacao=22/06/2015]. Acesso em 14.07.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Conflito de Competência 129.226/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em 23.04.2014, DJe 28.04.2014. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302485972&dt_publicacao=28/04/2014]. Acesso em 14.07.2018.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. PEREIRA. Princípio da preservação da empresa. In Tratado de direito comercial, volume 7: falência e

recuperação de empresa e direito marítimo. Coord. Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNIO COSTA, Daniel. COMENTÁRIO: PRINCÍPIO DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. Universidade de Ribeirão Preto. Disponível em [<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1682-65-1/file>]. Acesso em 14.07.2018.

GOLDSCHMIDT, Werner. La Ciencia de la Justicia (Dikelogía). 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

IMHOF, Cristiano. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas e sua Interpretação Jurisprudencial – Anotado Artigo por Artigo. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. 1. ed. Rio de Janeiro: 2008.

VALOR ECONÔMICO. **Pedidos de recuperação judicial batem recorde em 2016, nota Serasa.** Disponível em [<http://www.valor.com.br/brasil/4824392/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-em-2016-nota-serasa>]. Acesso em 14.07.2018.

**COMISSÃO ESPECIAL DE MEDIAÇÃO E PRÁTICAS
RESTAURATIVAS**

**CONSTITUIÇÃO DE 88 E MEDIAÇÃO: IMPACTOS
RECÍPROCOS**

*Carlos A. Allegretti⁶²⁸ José Luis Bolzan de Morais⁶²⁹
Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles⁶³⁰ Tatiana de Marsillac Linn
Heck⁶³¹*

*Disse a multidão:
Não necessitamos de caridade,
o que queremos é
uma Justiça que se cumpra
e um direito que nos respeite
(José Saramago)*

Sumário 1. Constituição de 88 e mediação – a retomada. 2. O Estado social em crise – implicações na jurisdição 3. Consenso como saída? 3. Em que deveria consistir a Mediação 4. A retomada efetiva da mediação no Brasil: desafios e possibilidades 5. Reflexões a partir da insuficiência jurisdicional e da jornada em busca do consenso .6. Notas Finais. Ou, nem tanto...

⁶²⁸ Mediador, Advogado, Promotor de Justiça aposentado, Professor universitário aposentado, Especialista em Mediação e Metodologia do Ensino do Direito, Mestre em Direito, membro da CEMPR (Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB-RS), mediador da Casa de Mediação da OAB-RS, membro e Presidente da Região Sul da ALMMED (Associação Latino-americana de Mediação e Metodologia do Ensino do Direito).

⁶²⁹ Doutor em Direito, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, professor universitário. Membros CEMPR.

⁶³⁰ Advogado, mediador, Presidente da Comissão Especial de Mediação da OAB/RS e Vice-Presidente da Comissão Nacional de Mediação da OAB.

⁶³¹ Mestre em direito, advogada da União, mediadora, membro da Comissão Especial de Mediação da OAB/RS.

1. Constituição de 88 e mediação – a retomada

A República brasileira, nos precisos termos do art. 1º da CF, constitui-se em Estado Democrático de Direito, que que elege como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (inc. III). Por outro lado, um dos objetivos da República é *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, inc. I, CF) e seu sétimo princípio é *a solução pacífica de conflitos* (art. 4º, inc. VII, CF).

Sabe-se que há quatro formas principais de abordagem de um conflito: *a inércia* (na esperança de que o correr do tempo o resolva); o *recurso à violência* (seja na ordem externa, quanto na interna); o *recurso à autoridade* (busca por um órgão que tenha autoridade para tratar o conflito, seja na esfera pública, o Judiciário, ou na esfera privada, a arbitragem); *a busca do consenso*, ou solução negociada, através da conciliação, na negociação assistida ou da mediação).

Ainda que a solução pacífica das controvérsias esteja expressamente prevista no prólogo da Constituição de 1988⁶³², os métodos consensuais, mormente a mediação, parecia ter encontrado óbice intransponível no art. 5º, inc. XXXV, da CF, verbis: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A discussão maior sobre o tema deu-se quando da edição da Lei da

⁶³² Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), cuja cláusula compromissória excluía da apreciação do Poder Judiciário o mérito da causa, que só manifestar-se-ia um caso de nulidade da cláusula ou do processo. Pelo contrário, compete ao Judiciário, em caso de uma das partes compromissadas recorrer ao Estado para a solução da demanda, designar audiência de início do processo arbitral, não podendo o juiz, portanto, em casos tais, emitir juízo meritório. Aparentemente em contradição com a disposição constitucional acima, o assunto foi parar no STF que decidiu, em 12 de dezembro de 2001, que a Lei da Arbitragem, vigente desde sua publicação, é constitucional⁶³³.

⁶³³ Notícias STF. Quarta-feira, 12 de dezembro de 2001. 3Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação). Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou hoje (12/12) um recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem (Lei 9307/96). A lei permite que as partes possam escolher um árbitro para solucionar litígios sobre direitos patrimoniais, sendo que o laudo arbitral resultante do acordo não precisa ser mais homologado por uma autoridade judicial. Esse é o caso piloto (leading case) sobre a matéria. Trata-se de uma ação movida a partir de 1995. A empresa, de origem estrangeira, pretendia homologar um laudo de sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido. Entretanto, em 1996, foi promulgada a Lei 9307, que dispensaria a homologação desse laudo na justiça do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei. Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal. A corrente vencedora, por outro lado, considera um grande avanço a lei e não vê nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça. “O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.” O presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, após o término do julgamento, comentou a decisão dizendo esperar que seja dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo

Essa decisão do STF abriu o caminho para a busca de tratamentos alternativos de conflitos, acentuados o caráter de contratualidade e o respeito ao princípio de autonomia da vontade. Hodiernamente, já não se discute sobre a constitucionalidade da mediação e da conciliação, sendo esta uma prática mais antiga, em uso pelo Judiciário, principalmente o cível e o trabalhista. Se ainda não está firmado com a necessária clareza que se possa lançar mão de cláusula compromissória para instituir a mediação, não se pode olvidar a eficácia da chamada cláusula “*med-arb*”, ou cláusula múltipla que contempla, na sequência, a mediação e a arbitragem. Em último caso, restaria ainda o recurso à transação e ao compromisso, que são bases do direito privado.

Não se pode olvidar o fato de que a forma de adesão aos MASCs é o contrato. Desta forma, compromisso e transação “*se mostram meios idôneos para que as partes definam de que modo o conflito entre elas será solucionado, indicando de que modo eventual terceiro neutro atuará e quais serão as consequências dessa atuação. Tal terceiro poderá ser um facilitador da comunicação entre as partes e aí estaremos diante de um compromisso para mediação*”⁶³⁴.

Por derradeiro, *se a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação* (art. 5º, inc. LXXVIII, CF) e

do que ocorreu em outros países, que essa prática “pegue no Brasil também.” Segundo ele, presume-se uma atuação de boa-fé por parte dos árbitros, que devem ser credenciados para tanto.

⁶³⁴ GUERRERO, Luis Fernando. Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil, Coleção Atlas de Processo Civil (Carmona, Carlos Alberto, coord), São Paulo: Atlas, 2015.

se a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF), não há razão maior para exigir-se que a cidadania, na busca de tratamento adequado para seus conflitos, tenha que ficar atrelada, de forma exclusiva, a um sistema anacrônico, moroso, em crise, como é o Judiciário brasileiro.

Assim, vale analisar a questão da autocomposição dos conflitos, desde sua reentrada no circuito jurídico-político brasileiro, para compreender e buscar esclarecer as dúvidas (fundadas ou não), questionamentos (profundos ou superficiais), medos (reais ou aparentes), expectativas (confirmadas ou frustradas), apropriações (devidas ou não).

Reinserida nas preocupações dos juristas, em especial com o debate em torno ao propalado tema do “acesso à justiça”, no Brasil, em muito conseqüente da tradução resumida de uma pesquisa de Bryan Garth e Mauro Cappelletti, com este mesmo título, no ambiente da advocacia, em especial, daquela menos especializada, foi percebida como um risco às prerrogativas da profissão, sobretudo por sua pretensa exclusividade como meio para o atingimento de respostas aos conflitos com a intervenção do Sistema de Justiça. Seria a recuperação dos métodos autocompositivos, de fato, um risco à pretendida exclusividade dos advogados para a busca de respostas no contexto da estatalidade moderna, ainda sustentada na velha máxima do monopólio da produção e da aplicação do Direito por parte do Estado. Uma máxima tão velha quanto carcomida, afinal, nunca se atingiu este propalado “monopólio”.

Sempre vivenciamos “espaços” de fuga ou de não apreensão pelo direito estatal de todo o universo das relações sociais, bem como do conjunto dos conflitos daí advindos.

Com a construção do Estado Liberal Social, o acesso à justiça ganha novos contornos, passando a ser tido como, ele também, um direito social e, portanto, a questão de viabilizar ao cidadão algum tipo de mecanismo de tratamento de conflito acaba por assumir novos contornos. É aqui que ganham expressão os estudos de Garth e Cappelletti sobre o tema, embora, hoje, já defasados.

Para estes autores, o acesso à justiça implica, num primeiro momento, o acolhimento dos “hipossuficientes econômicos” – os pobres, objetivamente – que não tinham/tem condições de suportar os custos dos processos – diretos e indiretos -, depois, os “novos direitos”, sobretudo aqueles de natureza transindividual, para os quais o Sistema de Justiça e a cultura jurídica tradicional não estavam – já estão(?) – preparados, para, posteriormente, incorporarem a discussão acerca da recuperação destes apelidados métodos autocompositivos.

2. O Estado social em crise – implicações na jurisdição

Tido por conhecido este debate, devemos apenas fazer referir que as preocupações relativas a esta interrogação implicaram na colocação em pauta do problema da *efetividade/eficácia da prestação jurisdicional*, fazendo com que uma certa processualística, que incorpora interrogantes de cunho sociológico, tenha produzido algumas soluções no sentido de buscar alternativas para o caráter cada dia mais agudo e insuficiente das respostas dadas aos conflitos pelo aparato

jurisdicional do Estado Moderno, a partir de seus métodos de trabalho e de tratamento dos litígios.

Deve-se ter presente, também, que as crises por que passa o modo estatal de dizer o Direito - jurisdição - refletem não apenas questões de natureza *estrutural*, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter *tecnológico* - aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos - que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos polos das relações jurídicas, por outro.

Assim, as crises da jurisdição fazem parte de um quadro cada vez mais intrincado de problemas que são propostos à análise, tendo-se como paradigma a continuidade da ideia de Estado de Direito – e por consequência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para o tratamento dos conflitos, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado contemporâneo.

Por outro lado, deve-se ter assente que quando se fala em crise da Justiça, este tema está intrinsecamente ligado, como já dito, às crises do Estado e do próprio Direito, e quando se fala em um repensar das funções estatais diante das mesmas, automaticamente isto se projeta sobre seu braço ordenador, o Direito.⁶³⁵

⁶³⁵ *O conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes propicia a perda da confiança nas soluções normatizadas, gerando a crise do direito. A crise do direito, como a crise das instituições relaciona-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de Justiça, em crescente insatisfação.* Ver: KATO,

O Estado, como instância central da regulação social, passou a orientar as condutas humanas enfrentando hoje, tanto a nível internacional (ONU, mecanismos do mercado internacional, etc...) como a nível nacional, uma(s) crise(s) que o atinge(m) como um todo, e particularmente como expressão jurídica⁶³⁶, onde os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda da soberania e autonomia dos Estados Nacionais (e.g., fenômeno da globalização) por um lado, como também pela quebra de suas instâncias e instrumentos de legitimação interventiva.

E, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça tornou-se, definitivamente, como direito social, um problema de políticas públicas, uma vez que não se trata mais apenas de evitar impedimentos, mas, sobretudo, de assegurar meios para a concretização deste direito fundamental.

Tendo presente estas circunstâncias, parece-nos, então, perfeitamente justificada a pretensão que temos de tratar este debate conjugando-o com o do Estado, visando, com isso, supor que devemos

Shelma Lombardi de. "A crise do direito e o compromisso da libertação". In: *Direito e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p.172.

⁶³⁶ [...]incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade. (ROTH, André-Nôel. "O direito em crise: Fim do Estado Moderno?") In: FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19. Ver, também: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, em especial, pp. 112 e ss. Ainda: FARIA, Jose Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros. 1999. Para uma análise específica desta problemática ver o nosso *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. In Col. Estado e Constituição, n. 1. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

ter presente que não há uma inexorabilidade iminente que leve à emergência de *mecanismos adequados* para o tratamento de conflitos como estratégia final para o trato das questões relacionadas com estas crises que acima apontamos.

E, porque isso?

Muito se tem dito a respeito. Cremos, todavia, que há três fatores fundamentais: o primeiro, trazido acima, a transformação do acesso à justiça em direito social, o qual levou à ampliação da receptividade do sistema – input; o segundo, a pluralidade de valores vigentes da Constituição, plúrima, que alberga interesses muitas vezes conflitantes, o que teve como consequência um processo de “judicialização do cotidiano” onde tudo se transforma em demanda judicial e todos têm algum litígio em juízo – basta ver os dados do Justiça em Números publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Brasil; finalmente, e coligado ao primeiro, se pôs a questão das crises do Sistema de Justiça, seja como subproduto da crise do Estado, como tal, seja como crise do próprio modelo de justiça como jurisdição estatal heterocompositiva.

3. Consenso como saída? Complexidades e implicações

Portanto, importa-nos retomar algumas considerações acerca da dicotomia mecanismos conflituais/mecanismos consensuais utilizados para pôr fim a querelas.

O primeiro cuidado que devemos ter é o de tomarmos consciência de que, no *debate acerca da crise da administração da justiça*, além dos aspectos (infra)estruturais, devemos ter presente,

como já dito acima, que a complexidade do mundo contemporâneo nos coloca frente a interesses que têm características totalmente diferenciadas - tais os individuais, os individuais homogêneos, os coletivos e os difusos -, o que aprofunda ainda mais o fosso que se apresenta entre a busca de respostas jurídicas suficientes e eficientes para equacionar as demandas e as possibilidades que as fórmulas tradicionais de tratamento de controvérsias dispõem para oportunizá-las.

Para a tratamento dos conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como *poder de Estado* encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas previamente expostas através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen⁶³⁷. Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de *dizer o Direito*(jurisdição).

Esta estrutura aqui descrita, referenda um modelo jurisdicional que se assenta na fórmula clássica, como dito, da *oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos*, para os quais é indispensável que se sobreponha o Estado como ente autônomo e externo, neutro e imparcial, do qual provenha uma decisão cogente, impositiva,

⁶³⁷ Ver do autor o seu clássico *Teoria Pura do Direito*.

elaborada com base em textos normativos de conhecimento público, previamente elaborados.

A contrapartida que se apresenta nestes tempos de crise - dos sistemas judiciários de regulação de conflitos - entre outras, pode ser percebida pelo crescimento em importância dos instrumentos consensuais e extra-judiciários.

A justiça consensual em suas várias formulações - na esteira dos ADRs americano, shadow justice ou da justice de proximité francesa - aparece como resposta ao funcionamento deste modelo judiciário, referindo a emergência/recuperação de um modo de regulação social que, muito embora possa, ainda, ser percebida como um instrumento de integração, apresenta-se como um procedimento geralmente formal, através do qual um terceiro busca promover as trocas entre as partes, permitindo que as mesmas se confrontem buscando uma tratamento pactada para o conflito que enfrentam.

Aparecem, assim, os mecanismos consensuais - apesar de suas distinções - como uma outra justiça, na qual, ao invés da delegação do poder de resposta, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, ausência/diminuição de custos, rapidez e negociação, como já dito, onde na discussão do conflito são trazidos à luz todos os aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem pré-definido pelo direito positivo.

A questão que sobressai, aqui, é a de diferenciar a estrutura destes procedimentos, deixando de lado o caráter triádico da jurisdição

tradicional, onde um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito, e assumindo uma postura díade/dicotômica, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos.

4. Em que deveria consistir a mediação

No caso específico da mediação, como apregooou Luis Alberto Warat⁶³⁸, para além de uma técnica, esta se apresenta como uma cultura “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”, onde o mediador tem por função “provocar-te, estimular-te, para te ajudar a chegar ao lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti)”.

Mediar traz a ideia de estar entre duas partes, dois pontos distintos, duas épocas, duas pessoas, dois grupos humanos e o termo mediação é polissêmico, isto é, comporta múltiplas acepções como as de carácter religioso, político, social, econômico, jurídico e jurisprudencial. E não se trata de matéria nova, já que a literatura especializada dá notícias de que os hoje denominados *métodos alternativos de resolução de conflitos* existem desde que surgiram as primeiras sociedades humanas, sendo muito mais antigas do que as atuais formas de justiça estatal. Mais próximo de nós, ensina Targa⁶³⁹ que foi utilizada nos EUA desde o século XVII, na comunidade puritana

⁶³⁸ Luis Alberto Warat⁶³⁸, no *Ofício do Mediador*, p. 5.

⁶³⁹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em Juízo*, São Paulo: LTR, 2004

dos Quakers, entre os colonizadores holandeses. O desenvolvimento dessa prática, nos EUA, todavia, deve-se aos chineses (*Chinese Benevolent Association*) e aos judeus (*Jekish Conciliation Board*).

O que há de novo é sua institucionalização no ordenamento jurídico, como instrumento de autocomposição de litígios no âmbito dos interesses privados. A própria evolução conceitual (são tantos conceitos quantos forem os autores considerados) dá a ideia do caminhar da mediação e seus princípios, desde a antiguidade (mediação do tipo aconselhamento, com exercício de poder, realizada pelo chefe tribal, pelo orientador religioso, pelo chefe político) até nossos dias (mediação levada a efeito por pessoas da confiança das partes, mas capacitada para o exercício profissional e sem poder decisório).

Assim, em Moore⁶⁴⁰, significa a *interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa*. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.

Para Guillame-Hofnung⁶⁴¹, a mediação se define, principalmente, *como um processo de comunicação ética baseado na*

⁶⁴⁰ MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*, Rio: Artmed, 1997.

⁶⁴¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michéle. *La Médiation*. 4. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

responsabilidade e autonomia dos participantes, na qual um terceiro – imparcial, independente, neutro, sem poder decisório ou consultivo, com a única autoridade que lhe foi reconhecida pelos mediados – propicia mediante entrevistas confidenciais o estabelecimento ou restabelecimento de relação social, a prevenção ou a solução da situação em causa.”

Já Colaiácovo⁶⁴² entende mediação de várias formas: [1] *a técnica mediante a qual as partes envolvidas no conflito buscam chegar a um acordo contando com a ajuda de um mediador, terceiro imparcial, que não tem poder de decisão e [2] um processo de negociação assistido por um terceiro, o mediador, escolhido de comum acordo pelas partes, a quem são atribuídas funções específicas, com o fim de possibilitar a solução de um conflito.*

A mediação deve ser encarada como área transdisciplinar, que reúne vários saberes, e que se volta ao tratamento do conflito, utilizando técnicas da terapia para a construção do consenso acerca de uma questão, nos limites da lei. Demanda o reconhecimento de elementos não jurídicos no tratamento das questões, e visa a pacificar o conflito por meio do tratamento de suas nuances, implicações e ramificações, tanto fáticas como comunicacionais, relacionais e psicológicas, com o atendimento aos interesses de todos os envolvidos. Qualquer coisa diferente disso deixa de ser mediação e alija o instituto dos seus recursos e possibilidades, o que vem em prejuízo da sociedade.

⁶⁴² COLOIACOVO, Juan Luís; *Negociação, mediação e arbitragem. RJ. Forense. 1999.*

5. A retomada efetiva da mediação no Brasil: desafios e possibilidades

Embora se estude e se pratique a mediação, no Brasil, observando-se seu conceito moderno, desde o início dos anos 80 do século passado, as dificuldades eram enormes. O despreparo dos mediadores e conciliadores era notório. A busca do conhecimento sobre o assunto baseava-se, em literatura estrangeira, oriunda principalmente dos Estados Unidos, da Espanha e Portugal, e, mais recentemente, da Argentina e do Chile, na América Latina. Ainda em 2001, Warat denunciava que *“a maioria das escolas de mediação estão preocupadas em produzir respostas prontas; formam um mediador ensinando-lhe a planejar como ajudar as partes a chegar a um acordo. Assim, as partes sempre surpreenderam a esses mediadores adestrados na multiplicação de seu próprio ego”*⁶⁴³. Imagine-se, então, a época em que a mediação era um processo individual, empírico, onde as trocas de experiências e conhecimento entre profissionais eram raríssimas. Com isso, não havia plena confiança no processo de mediação, nem em seus resultados. Mesmo que tivesse como base o velho princípio contratual da autonomia da vontade, os raros acordos eram de difícil homologação pelo judiciário, pois, o Brasil sempre foi refratário à mediação, até o advento de sua constitucionalização e a edição da Resolução 125 pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2010.

A partir desta Resolução do CNJ, ficou mais fácil falar em mediação e vulgarizá-la pelo conhecimento. Deve-se anotar que esse

⁶⁴³ WARAT, Luis Alberto. Op. Cit., pg. 45.

marco regulatório não veio a lume para ser um instrumento da cidadania, mas uma ferramenta destinada a tentar retirar o judiciário pátrio do atoleiro em que se encontra, com mais de duzentos milhões de processos ativos. Entretanto, pelo que se vê da maioria dos seus “considerandos”, a Resolução em tela assume o papel de divisor temporal, já que, a partir dela surgem o novo diploma processual civil e a chama lei da mediação privada.

Desde esse marco teórico e dos marcos regulatórios criados a partir da Constituição Federal de 1988 e embalada pelos princípios da cultura da Mediação⁶⁴⁴ é que o Instituto passa a grassar em todo o território nacional, passando pelo surgimento do Conselho Nacional de Justiça, que edita a Resolução 125 e baliza, com isso a edição das Leis 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) e 13.140/2015 (Lei da Mediação).

Assim, no ano em que a Constituição completa trinta anos de promulgação, é necessário que se destaque a importância dos marcos regulatórios e legais da mediação, no Brasil, a saber, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e seus principais reflexos no ordenamento jurídico, a Lei nº 13.105/15, que institui o

⁶⁴⁴ a) Humildade de admitir que, muitas vezes, se necessita ajuda externa para solucionar as próprias dificuldades; b) A responsabilização pelos próprios atos e duas consequências; c) Respeito por si mesmo na busca de seus desejos, necessidades e valores; d) Respeito pelos outros: compreensão de seus desejos, necessidades e valores; e) Necessidade de privacidade nos momentos difíceis; f) O reconhecimento dos momentos de crises e conflitos como algo inerente à pessoa humana; g) A compreensão de que os conflitos produzem sofrimento; h) A crença nas próprias possibilidades e nas possibilidades do outro; i) Criatividade com base na realidade; j) Capacidade para aprender com os momentos de crise, compreendendo que o avançar nem sempre se dará por terreno plano.

novo Código de Processo Civil, e a Lei nº 13.140/15, que disciplina a Mediação Privada e a Mediação nas esferas públicas da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios. Só quem viveu a Mediação desde o início dos anos 80 do século passado pode aquilatar o significado e a importância de se ter um marco legal desse instituto.

Os advogados, como se sabe, sempre foram bons negociadores, porém, instintivamente, eles se apropriam do relato da parte e, a partir disso, passam a “*gerenciar a vontade do cliente*”, significando isso que eles fazem uso do princípio da autoridade que lhes confere o diploma, a autoridade do saber. As faculdades de direito, até o terceiro quarto do século passado, embora ensinassem cadenciada e dogmaticamente, sem nenhum espírito crítico, salvo raras exceções, sempre apregoaram o respeito à lei e ao cliente (e, conseqüentemente, ao colega de profissão, aí incluído o juiz, o promotor de justiça, a autoridade policial) e a busca de acordos e soluções de consenso (*um mau acordo é melhor que uma boa ação*), mais em função da lendária morosidade no desenrolar do processo judicial, do que um ato de fé nos princípios da cidadania. Esses princípios, aliás, eram de *constitucionalidade fraca* nas Cartas de 1946 e 1967, só vindo a assumir a devida importância e preponderância na Constituição de 1988. Deste modo, reinava absoluto, na esfera privada, o vetusto Código Civil de 1916, cuja base principiológica era considerada mais importante do que a norma constitucional. Nestas circunstâncias, e paradoxalmente, embora o acordo fosse buscado e desejável, falar em mediação soava a surrealismo. “*Isso não vai pegar*”, “*É devaneio*”, “*Invenção passageira*”, “*Coisa de comunista*”, “*Pregação da direita*” eram expressões ouvidas diuturnamente por

quem falava em mediação, no início dos anos 80 do século passado. E o conhecimento sobre o tema já existia e estava amplamente difundido na Alemanha e na Itália, já na metade do século XX⁶⁴⁵.

Todavia, no momento atual, em que a mediação é introduzida formalmente no direito por meio da positivação dos seus princípios, que constam de texto expreso tanto do CPC como da Lei de Mediação⁶⁴⁶, a comunidade jurídica e a própria sociedade enfrentam novo desafio, que diz respeito à transição da cultura litigante arraigada em nossa sociedade, para o novo ambiente no qual se busca o tratamento consensual dos conflitos e sua pacificação, antes que se tornem litígios judiciais. Como efetivar essa justiça é um processo gradual, e é necessária muita seriedade quando a sociedade começa a aderir a esse procedimento.

Hoje convivem, albergados pela ordem jurídica, dois grandes métodos de tratamento de conflitos. A própria nomenclatura já permite supor uma distinção fundamental entre ambos. De um lado o *dizer o Direito* próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o *elaborar/concertar/pactar/construir* com autonomia a resposta para o conflito que reúne as partes.

⁶⁴⁵ Na Itália, por exemplo, o professor de Universidade de Padova, Luigi Carraro, em sua obra *La Mediazione*⁶⁴⁵ já discutia a necessidade e dificuldade de fixar-se estipêndio aos mediadores e, embora a importância do instituto, a dificuldade de seu enquadramento no sistema jurídico: “*La frequenza e il rilievo dei problemi che la mediazione fa sorgere nella pratica del diritto sono indici dell’importanza di questo istituto nella moderna vita degli affari; ma l’incertezza e talora la contraddittorietà delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza teorica e pratica sono d’altra parte espressione della difficoltà di un inquadramento sistematico dell’istituto stesso*”. CARRARO, Luigi. *La Mediazione*, Padova: CEDAM – Casa Editrice, 1952

⁶⁴⁶ Art. 166 CPC e art. 2º da Lei de Mediação.

Sob esta ótica os aponta-se como *objetivos* destas formas alternativas, ou adequadas, de tratamento de conflitos os seguintes:

A) em relação ao Estado, busca desincumbi-lo dos contenciosos de massa, restando-lhe uma função simbólica de referencial e como instância de homologação e apelo;

B) para as empresas, no caso das relações de consumo, aponta para ganhos de custos, imagem e marca;

c) para as partes, incorporando-as ao procedimento, permite, assim, a sua autonomia, descentralização, flexibilização e informalização.

Assim, o tratamento consensual aponta para uma pretensa harmonização dos interesses e o equilíbrio entre as partes.

Na dicotomia entre o método heterocompositivo e os métodos autocompositivos, estes últimos implicam na desjudiciarização do conflito, retirando-o do âmbito da função jurisdicional do Estado e afastando-o, até mesmo, das técnicas judiciárias de conciliação, colocadas à disposição do julgador tradicional, ou seja, a mediação judiciária.

6. Reflexões a partir da insuficiência jurisdicional e da jornada em busca do consenso

Essa realidade, que hoje se faz presente em nossa sociedade, aponta para duas outras reflexões que ainda se relacionam a esta matéria. A *primeira* delas diz respeito às insuficiências das bases filosóficas sobre as quais se organizou a função jurisdicional na modernidade democrática, em especial aquelas que pretenderam uma

purificação do conflito através de sua limitação objetiva - quanto ao seu conteúdo - e subjetiva - quanto às partes envolvidas -, objetivando, assim, uma neutralização inconsistente, impondo aos atores envolvidos na lide terem presente a constante preocupação de sanear o processo, expurgando do mesmo tudo aquilo que a lei considera irrelevante para a tratamento do mesmo. Tal situação se aguça contemporaneamente quando temos presente a incapacidade que tem o Estado de permanecer com a detenção do monopólio de produção e execução jurídicas.

Apesar disso, não se pode negligenciar o conteúdo de muitas das garantias conquistadas e que estão vinculadas ao modelo de jurisdição estatal, o que aponta para a busca de um efetivo acesso à Justiça do Estado e suas garantias como o único caminho eficiente para assegurar as suas pretensões diante das diferenças marcantes entre as partes envolvidas nas relações sociais contemporâneas.

Todavia, para nós operadores do Direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios, permitem supor o evitar as deficiências profundas - instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, etc. - próprios à Grande Justiça - a jurisdição estatal -, marcando, apesar das insuficiências, para alguns, um reforço das relações de cidadania, sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam ou teriam tratamento insuficiente/deficiente, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais mas, por outro, supõem, para muitos, a aceitação acrítica destes métodos sem sequer considerar que esta temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao

que nominamos *funções do Estado Contemporâneo* - onde a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da Economia, do Direito e do Estado.

Assim, pensar um modelo consensual para as soluções de controvérsias pressupõe termos presente estas duas perspectivas - uma interna, que apontaria para o seu viés democratizante, outra externa, que refletiria os seus vínculos com um projeto de sociedade assentado na proposta (neo)liberal.

Há de ser defendida, nesse contexto, a postura que contradiz ambos os vieses. Seja porque é preciso pensar esta recuperação do consenso no contexto da própria crise do Estado, percebendo que, entre outros aspectos, presencia-se, aqui, a perda, como anotado acima, do monopólio estatal da jurisdição, como ambiente exclusivo e excludente para a “administração da justiça”. Seja, também, porque é preciso considerar o caráter destes instrumentos em sua própria genética, a qual se confronta, sobretudo quando pensamos a mediação, com a pretensão à sua domesticação por meio de um desenho normativo que constrija sua gênese disforme.

Se, de um lado, explicita-se, quiçá, uma prática de qualificar as respostas estatais à cidadania, seja no âmbito da Jurisdição, seja no da Administração Pública, de outro há que se tomar em consideração o que acima dito, tendo presente que fazer um desenho normativo da mediação ou adotá-la como instrumento de gestão de crise pode significar um constrangimento contrário à potência que lhe é própria, no sentido incorporado por Warat.

O que se deve atentar é que a medição vem “de fora” do Judiciário e é por ele apropriada, assim como vem de fora do Estado como um todo, sendo apropriada como uma resposta aos seus próprios limites, como um remédio paliativo, o que fragiliza suas qualidades transformadoras, impondo um formato a algo que é intrinsecamente fluido.

Parece que, de algum modo, estamos diante dessa encruzilhada. Tomar a mediação como uma tecnologia posta a serviço do Estado, para desafogar seus gargalos ou, ao contrário, como uma “outra cultura”, crítica em relação aos modelos hegemônicos atuais, pautada em outros fundamentos filosóficos.

Por óbvio que esta leitura filosófica não afasta outras referências, em especial políticas e sociais.

Se o conflito é constitutivo da sociedade – fisiológico e não patológico – há de ser levado a sério – parafraseando R. Dworkin – é preciso saber tratá-lo bem!

7. Notas Finais. Ou, nem tanto....

Como se observa, na esteira da tomada de consciência da crise de administração da justiça, impõe-se uma tentativa de revisão de posturas frente à tradição processual prática, apontando agora para a necessária instrumentalidade e efetividade do processo, recuperando estratégias relegadas a um plano secundário, diante da hegemonia da forma estatal de dizer o Direito - a jurisdição. Neste sentido é que se pode perceber a revisão de inúmeras posturas, fórmulas e práticas.

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou - seja em nível interno, seja internacional ou supranacional - na necessária incorporação ao quotidiano jurídico-jurisprudencial de fórmulas diversas que permitissem não só a agilização dos procedimentos mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto a dar respostas suficientes e eficientes para a tratamento dos litígios que lhe são apresentados.

Todavia, um parêntese deve ser feito: não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão que implica no reconhecimento das deficiências infra-estruturais do Estado - em particular de sua função jurisdicional -, além do inafastável comprometimento da formação dos operadores do Direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo Direito, além de impor um compromisso com uma certa tradição própria da modernidade ocidental, à qual se liga o modelo de justiça pública própria do Estado Moderno, democrático e de Direito.

Neste quadro ampliado de transformações, readequações e repercussões, o sistema jurídico passa a privilegiar novas/antigas práticas de tratamento de controvérsias.

O *consenso* emerge como o grande articulador destas novas práticas, podendo ser observado ocupando lugar em vários aspectos da ordem jurídica e promovendo a (re)introdução de práticas que, embora conhecidas, muitas delas, juridicamente, não tinham o reconhecimento/aceitação quotidiana dos operadores do Direito.

Por outro lado, não podemos olvidar que estas interrogações devem ser projetadas no interior de um debate mais amplo acerca das definições político-institucionais do Estado Contemporâneo - afinal, estamos falando da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal - em particular no que se refere à construção dos nominados blocos supranacionais de países que, embora pretendam projetar-se como mega convenções/ajustes de carácter particularmente económico, interferem fundamentalmente no quotidiano da cidadania e, por isso, impõe-se, talvez mais do que nunca, o reforço, em escala comunitária, de garantias do Estado de Direito, em particular no que diz respeito a tratamento de controvérsias, os quais - é preciso que se diga para aqueles que ainda não perceberam - mesmo que tratem de interesses qualificados como disponíveis, envolvem indivíduos ou grupos de indivíduos que nem sempre ou quase nunca colocam frente a frente personagens que detêm parcelas iguais ou semelhantes de poder social - veja-se em especial no caso das relações de consumo -, sobretudo nos dias que correm, onde parece que caminhamos "cegos" - ou embevecidos - para uma facilitação dos negócios globalizados.

Se assim é a incorporação da mediação, incluída dentre os mecanismos consensuais, vai ao encontro àquilo que de melhor ela tem para contribuir para a construção de uma outra cultura social em torno ao conflito, percebido, assim, como um elemento constitutivo da própria sociedade, visto não se tratar de elemento desagregador, mas

que carrega um aspecto positivo, que não separa, mas reúne, que não afasta, mas aproxima⁶⁴⁷.

Os pioneiros, com muito sacrifício, abriram os caminhos para a mediação e, modo geral, para o sistema multiportas de solução de conflitos. Hoje está mais fácil de falar em meios alternativos de solução de controvérsia, mormente a mediação, eis que os marcos legais e regulatórios acima mencionados, legitimam o discurso. As Faculdades de Direito já tem maior preocupação com o assunto, buscando professores habilitados na disciplina, para a cadeira de Processo Civil e para atuação nos Núcleos de Mediação que estão sendo vinculados aos Escritórios Modelo, ou Núcleos de Prática Jurídica. A OAB, com repetidos cursos dirigidos, principalmente, a advogados, de iniciação à mediação, está vencendo, paulatinamente, a resistência desses profissionais às práticas de solução consensual de conflitos.

Só se passaram 8 anos do primeiro marco regulatório (a Res. 125 do CNJ) e apenas dois anos dos outros dois marcos legais (o atual Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/15). Recentemente, a seccional gaúcha da OAB, juntamente com o Escola Superior da Advocacia e a Casa de Mediação, realizou o II Congresso Internacional de Mediação, com o tema “Mediação: Realidade ou Utopia”. Grandes nomes da mediação desfilaram em Porto Alegre, neste II Congresso e todos foram unânimes: a mediação ainda não deslanchou, no Brasil, mas é uma realidade. Num futuro próximo, poderá ser uma profissão

⁶⁴⁷ Como já foi salientado em MORAES, J. L. Bolzan de. *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição!*

cujos exercício permitirá que se viva com dignidade, o que, hoje, ainda é uma utopia.

Para resumir, podemos dizer esse ponto de vista parte da constatação de que o estudo deste tema precisa levar em consideração alguns aspectos de um debate macro que questione a reformulação mesma porque passa, ou pretenda-se que passe, o Estado Contemporâneo, envolvido que está em construir, talvez, uma nova identidade. Sem ter consciência destas inter-relações parece impossível lidar de maneira competente com as propostas hoje existentes.

A complexidade - para utilizar descontextualizadamente um termo da *teoria dos sistemas* - da sociedade contemporânea que, por um lado impõe repensá-la, por outro, não pode pretender ver satisfeitas suas deficiências pelas reminiscências de um passado anterior mesmo à construção daquilo que pretendemos conhecer como Estado Moderno, devendo-se perceber que *o problema do tratamento de conflitos* no Estado Contemporâneo deve ser inserido neste macrocontexto de crise do Estado e, particularmente de uma de suas formas de apresentação - o Estado do Bem-Estar Social e, para compreendê-la seria necessário recuperar alguns de seus paradigmas mais remotos, bem como ter presente uns tantos outros que são apontados, em particular aquele proposto pela teoria garantista⁶⁴⁸, o que dialoga de perto com as dificuldades atuais da experiência constitucional brasileira atualmente.

⁶⁴⁸ Para esta discussão pode-se, provisoriamente, indicar: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta. 1995; *O Direito como Sistema de Garantias*, in OLIVEIRA JR., Jose Alcebiades de. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997; CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999 e PEÑA,

REFERÊNCIAS

ALLEGRETTI, Carlos A. *Mediação – aportes iniciais*, in ALLEGRETTI, Carlos e GRANDO, Gerônimo (org). *INSTITUIÇÕES: Gestão e Mediação*, 1ª ed., Porto Alegre: Evangraf, 2015.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – alternativas à jurisdição*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BURBRIDGE, Anna e Marc. *Gestão de Conflitos – desafio do mundo corporativo*, Porto Alegre: Saraiva, 2012.

MEDINA, J. Francisco, LUQUE, Pedro J. e CRUCES, Serafín. *Gestión del conflicto*, in JACA, Lourdes Munduate e DÍAZ, Francisco José Medina (coord), *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2011.

SCHILLING, Mario Tomás. *Manual de Mediación – resolución de conflictos*, 2ª ed., Santiago de Chile: Editorial Cuatro Vientos, 2010.

SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires: Paidós, 2012.

VALLEJO, Raúl de Diego e GESTOSO, Carlos Guillén. *Mediación – processo, tácticas y técnicas*, 3ª ed., Madrid: Pirámide, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

Antonio. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta, 1997.

COMISSÃO ESPECIAL DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO

DIREITOS FUNDAMENTAIS, JUDICIALIZAÇÃO E COMPLIANCE NA ÁREA DA SAÚDE

JUDICIALIZATION, BUDGETARY AND FINANCIAL LIMITS OF RESOURCES AND COMPLIANCE IN HEALTH SECTOR

Giovani Agostini Saavedra⁶⁴⁹, Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁵⁰

Sumário: 1. Introdução; 2. A assim chamada reserva do possível, suas dimensões e seu impacto; 3. *Compliance* como prevenção de distorções e excessos da judicialização da saúde; 3.1. *Compliance*: delimitando o fenômeno; 3.2. *Compliance* na Área de Saúde; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: A saúde tem, há muito, enfrentando vários desafios. Em especial, algumas distorções provocadas por excessos da assim chamada “judicialização” da saúde têm gerado muito debate. Se não é possível desconsiderar a relevância da atuação do Poder Judiciário, reflexo das patologias verificadas no próprio sistema público e privado de saúde, também é verdade que a intervenção judicial desmedida se revela preocupante. No presente artigo, pretende-se avaliar esse fenômeno a partir de dois aspectos: o da reserva do possível, como possível limitador do controle jurisdicional, e o do *Compliance*, como medida preventiva de distorções geradas por eventuais excessos dessa judicialização.

Palavras-chave: Judicialização, saúde, reserva do possível e *Compliance*.

⁶⁴⁹ Presidente da Comissão Especial de Prevenção à Corrupção.

⁶⁵⁰ Doutor e Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular e Coordenador do Programa de Pos-Graduação em Direito da PUC-RS. Desembargador do TJRS

Abstract: Health have faced various challenges. A special problem caused by excesses on the process so called “judicialization” of health raises lots of debate. If it’s not possible to diminish the importance of Judiciary function, reflection of the pathologies found in health system itself, both public and private, it’s also truth that the excesses in judiciary intervention in Brazilian Health Care System are very preoccupying. In this article, we intend to analyse this phenomenon in two aspects: the budgetary and financial limits of resources, as a material limit of the jurisdictional control, and Compliance, as a preventive measure of distortions generated by any excesses of the judicialization.

Key-words: Judicialization, health, budgetary and financial limits of resources, Compliance

1 - Introdução

De há muito se sabe que a área da saúde no Brasil tem enfrentado uma série de desafios. Especialmente, após a deflagração de investigações e reportagens, que tornaram explícita a existência da chamada “Máfia das Próteses”, várias iniciativas têm sido tomadas no poder executivo, no poder legislativo, bem como em órgãos de fiscalização como o CADE, para buscar conter e corrigir algumas distorções criadas pela assim chamada judicialização da saúde. Embora com isso não se esteja a desconsiderar a relevância da atuação do Poder Judiciário, provocado pelas funções essenciais à Justiça e pela cidadania, visto se tratar em grande medida de um reflexo das patologias verificadas no próprio sistema público e privado de saúde, também é verdade que em determinadas situações a intervenção judicial se revela preocupante sob diversos aspectos.

Nessa perspectiva, até mesmo pela inviabilidade de uma análise transversal e abrangente da problemática, destaca-se o impacto financeiro e orçamentário, traduzido pela conhecida noção de uma “reserva do possível”, que tem sido recorrentemente esgrimida como limite fático (e jurídico) ao controle jurisdicional, também – e, considerando o número de processos – especialmente na área da saúde.

No presente artigo, pretende-se avaliar o fenômeno da assim chamada judicialização (doravante apenas judicialização) da saúde a partir de dois aspectos: o da reserva do possível, como possível limitador do controle jurisdicional, e o do *Compliance*, como medida preventiva de distorções, que podem surgir a partir de eventuais excessos dessa judicialização.

Para tanto, inicia-se pelo fenômeno da reserva do possível e suas dimensões para, na sequência, adentrar na seara do *Compliance*, como meio de minimizar o impacto da intervenção judicial, mas, em especial, como modo de potencializar os recursos e racionalizar os gastos na seara da saúde, contribuindo para a própria sustentabilidade do sistema de saúde.

2 - A assim chamada reserva do possível, suas dimensões e seu impacto⁶⁵¹

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais,

⁶⁵¹ O presente capítulo foi em grande parte extraído da obra: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica (WIPFELDER, 1986). Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção como direitos subjetivos (vida, intimidade, liberdades etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.⁶⁵²

É preciso que se deixe consignado, entretanto, que a referida “irrelevância econômica” dos direitos de defesa (negativos) deve ser compreendida de modo adequado, pois de há muito se sabe que todos os direitos fundamentais – na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral (AMARAL, 2001) e Flávio Galdino (GALDINO, 2002) são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como

⁶⁵² Cf. C. Starck, in: *BVerfG und GGII*, p. 518. Assim também MURSWIEK, Dietrich. *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*. In: J. Isensee-P. Kirchhof (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, V, p. 267, que, contudo, aponta para o fato de que as circunstâncias econômicas podem eventualmente vir a ser objeto necessário de consideração, especialmente nas hipóteses de restrições aos direitos de defesa, quando da aferição da proporcionalidade da restrição.

negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional (SGARBOSSA, 2010). Aliás, é preciso enfatizar, como o faz Nabais (2007), que não apenas todos os direitos fundamentais importam em custos, como tais custos podem ser compreendidos em sentido amplo, abrangendo custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado (vinculados, por exemplo, ao dever de defesa da pátria), quanto custos ligados ao funcionamento democrático dever de votar, como em sentido estrito, quando se referem – conforme, aliás, a perspectiva aqui privilegiada, os assim chamados custos financeiros públicos de todos os direitos.

Trilhando linha argumentativa similar, convergindo, portanto, com a posição aqui há muito enfatizada, no sentido de que existem diferenças entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, diferenças estas ligadas ao custo dos direitos, situa-se também o entendimento de Afonso da Silva (2008), para quem a realização dos direitos sociais “custa mais dinheiro”, distinguindo entre “gastos institucionais”, que seriam gastos comuns a todos os direitos (os gastos com a manutenção das instituições políticas e judiciais, por exemplo, que estão a serviço de todos os direitos) e os gastos diretamente referidos à realização dos direitos sociais, razão pela qual o autor entende que gastos gerais devem ser excluídos para efeito de comparação entre os direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, designadamente, na sua esfera prestacional, convém acrescentar.

Vinculada a tal característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.⁶⁵³ Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais (BRUNNER, 1971), de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos⁶⁵⁴.

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras

⁶⁵³ Assim, entre nós, LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1974. P. 131. No mesmo sentido, v. MENDES, Gilmar Ferreira. *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro*. In: *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 3. 1993. P. 28, ressaltando que a efetividade dos direitos sociais se encontra na dependência da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão. Também KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 40 e ss., em importante ensaio sobre o tema, aceita esta dependência dos direitos sociais prestacionais da existência de recursos para sua efetivação, sem, contudo, negar-lhes eficácia e efetividade.

⁶⁵⁴ Esta, dentre outros, a lição de C. Starck, In: *BverfG und GG II*, p. 518.

palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.⁶⁵⁵ Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”,⁶⁵⁶ que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade,

⁶⁵⁵ A este respeito, v. também BRUNNER, Georg. *Die Problematik der sozialen Grundrechte*. In: *Recht und Staat* Nr. 404-405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971. P. 16. Entre nós, tal dimensão cresce em relevo se levarmos em conta o problema da repartição de competência no âmbito do Estado Federal e, acima de tudo, na repartição das receitas tributárias e sua afetação e aplicação, temática que aqui não há como desenvolver. Sobre o tema, enfatizando o direito à saúde, v. a contribuição de GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. In: *A Efetividade dos Direitos Sociais*, 2004. P. 255 e ss..

⁶⁵⁶ Entre nós, v. MENDES, Gilmar Ferreira. *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro*. In: *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 3. 1993. P. 28. Mais recentemente, v. as contribuições de TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999. P. 292 e ss., assim como P. G. Gonet Branco. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 145 e ss. Na doutrina lusitana, posiciona-se favoravelmente ao reconhecimento do limite da reserva do possível ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. P. 201.

de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (STARCK, p. 303).

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2015).

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros⁶⁵⁷ princípios constitucionais, exigindo, além disso, um

⁶⁵⁷ Vale anotar, que, embora a substancial convergência, há quem prefira atribuir um caráter dúplice (ou bidimensional) à assim designada “reserva do possível”, como é o caso de SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira. e SARMENTO, Daniel (Coord.), *Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 569 e ss., embora sem deixar, mas não no contexto específico das “dimensões” da reserva do possível, de referir a necessária observância dos critérios da proporcionalidade, designadamente, como sempre fizemos questão de enfatizar, abrangendo a razoabilidade da pretensão do particular em face do Estado e da comunidade. No mesmo sentido, v., ainda, CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma visão crítica*. São Paulo: Elsevier, 2008. P. 204, reconhecendo uma dimensão fática e jurídica da reserva do possível. De qualquer sorte, o mais importante é que se tenha presente que a problemática posta pela

equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.⁶⁵⁸

Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais,⁶⁵⁹ como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estive enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas

reserva do possível abrange um conjunto diferenciado de aspectos, que não pode ser reduzido à questão da efetiva disponibilidade de recursos materiais. Enfatizando também o caráter multidimensional da reserva do possível, v., por último, KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos sociais no Direito Brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 65.

⁶⁵⁸ Reunindo um conjunto de ensaios sobre as diversas perspectivas da “reserva do possível”, inclusive veiculando posições mais ou menos divergentes entre si, no sentido de um autêntico debate sobre o tema, v., por último, SARLET, Ingo Wolfgang. Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁶⁵⁹ Neste sentido, pelo menos, a recente afirmação de SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma proposta de compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 67. Nas palavras do autor, a *reserva do possível* “é um elemento que se integra a todos os direitos fundamentais”. Em verdade, o próprio autor – na esteira da doutrina precedente – reconhece na reserva do possível uma condicionante jurídica ou concreta à efetivação dos direitos, de tal sorte que, a despeito da contradição, resulta claro que o autor vislumbra na reserva do possível um limite fático e jurídico que incide, em princípio, em relação a todos os direitos fundamentais.

circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Cumprе anotar, aspecto que será igualmente retomado, que a noção de escassez (ou seja, a maior ou menor limitação dos recursos), em que pese essencialmente vinculada à dimensão fática da reserva do possível, como bem averba Olsen (2008), é uma noção artificial, resultado de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como bem demonstram os estudos sobre a publicidade), razão pela qual, de acordo com a lição da autora, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.

Neste contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também deve ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a ao encargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica (ANDRADE,

1987). É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Canotilho (1982) – costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional: “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais”.

Por derradeiro, conquanto se possa partir da premissa de que em parte corretas as ponderações tecidas, reconhecendo-se as limitações representadas especialmente pela assim designada reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos, o que será aqui analisado na perspectiva do *Compliance* como ferramenta na esfera da prevenção e da otimização de recursos, de modo a evitar (ou minimizar) o recurso ao Poder Judiciário e, quando for o caso, o impacto de sua atuação.

3 - Compliance como prevenção de distorções e excessos da judicialização da saúde⁶⁶⁰

Não é exagero afirmar, que, em que pese Compliance exista no Brasil desde a década de noventa, somente nos últimos dois anos ele passou a chamar a atenção da vida acadêmica e do mundo empresarial

⁶⁶⁰ O presente capítulo é, em grande medida, uma versão revisada e adaptada para o presente artigo do parecer que Giovanni Agostini Saavedra apresentou, como especialista convidado, na *CPI da Máfia das Próteses* realizada pela Assembleia do Estado do Rio Grande do Sul.

de forma mais consistente. As razões desse interesse são conhecidas: de um lado, a Lei 12.683 de 09 de julho de 2012, que modificou a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613 de 03 de março de 1998), ampliou consideravelmente os setores obrigados a ter programas de Compliance, assim considerados como o conjunto de políticas, procedimentos e controles internos com vistas à prevenção à lavagem de dinheiro; (SAAVEDRA, 2012)⁶⁶¹ além disso, a APn 470 (o caso do Mensalão) acabou também chamando a atenção de todos para o debate sobre a responsabilidade penal dos *Compliance Officers* (COSTA, 2014), bem como para o debate sobre a teoria do domínio do fato (LEITE, 2014). A Lei 12.846 de 01 de agosto de 2013 (também chamada de “Lei Anticorrupção”, “Lei da Empresa Limpa”, “Lei da Probidade Administrativa” ou “Lei da Probidade Empresarial”) completou esse ciclo. Ela veio, em grande medida, implantar, no Brasil, medidas que já eram conhecidas e aplicadas em países como os Estados Unidos da América. Inovação maior, na área de *Compliance*, foi a possibilidade de a existência de programas de *Compliance* ter um impacto positivo na aplicação das penalidades da lei, bem como a criação de hipótese de responsabilização objetiva da empresa no caso de atos de corrupção praticados em seu interesse ou benefício. Também essa lei acabou tendo sua importância ressaltada por um caso prático: a chamada “Operação Lava-Jato”. Essa operação desencadeou uma onda

⁶⁶¹ Sobre as mudanças da nova lei, ver: SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro*. In: Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal, Ano XIII, n.º. 75, Ago-Set, 2012, P. 22-30 e SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance e Prevenção à Lavagem de Dinheiro: sobre os reflexos da Lei n.º. 12.683/2012 no Mercado de Seguros*. In: Revista de Estudos Criminais, n.º. 54. Jul./Set, 2014, P. 165-180.

de investigações nacionais e internacionais correlatas, em alguns casos fundamentadas em leis anticorrupção, o que contribuiu sobremaneira para o início de criação de uma consciência acerca da importância e do papel da nova lei.

Nesse contexto, vale ainda ressaltar, a excelente e oportuna iniciativa do Deputado Thiago Simon, que regulamenta, no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei 12.846 de 01 de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção. Essa lei tem vários méritos, mas o mais importante é tornar obrigatórios os avanços implementados pela Lei Anticorrupção, em âmbito federal, também no Rio Grande do Sul.

Mais recentemente, uma reportagem do Fantástico acabou desencadeando também a abertura de uma série de CPIs, dentre as quais destaca-se aquela realizada pela Câmara dos Deputados, pelo Senado e, com especial relevância, aquela promovida pela Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul e que têm chamado à atenção para um esquema de corrupção, no setor público e privado, no âmbito da saúde. Sem diminuir a importância dos fenômenos anteriormente descritos, não há a menor dúvida, que essas CPIs e essas distorções no mercado de saúde assumem um lugar de destaque, porque as fraudes ali descritas atingem diretamente os bens mais importantes do ser humano: sua integridade física, sua saúde e, em última instância, sua vida.

Esse fenômeno, porém, não é exclusivo do Brasil: na Europa e nos Estados Unidos houve escândalos de igual escala e o caminho encontrado para o enfrentamento desses problemas também se concentrou no *Compliance*. Essas medidas hoje estão concentradas no *Código de Ética da Advamed* (ADVAMED, 2009). No Brasil, um

documento similar foi divulgado em 2015, trata-se do *Ética Saúde – Acordo Setorial de Dispositivos Médicos*. Este acordo consiste em um acordo setorial de *Compliance* para a área da Saúde e pretende concentrar e adaptar, para o Brasil, as melhores práticas e todas as medidas mais modernas de combate à corrupção no mercado de dispositivos médicos.

Essas e outras iniciativas mostram que o caminho adotado internacionalmente não se limita à repressão apenas, mas visa à prevenção. Especialmente porque, no mercado de saúde, o mais importante não é reprimir um fato que já causou um dano, mas garantir que o sistema como um todo funcione adequadamente. Pois bem, para que se realize esse desiderato é necessário institucionalizar medidas, que mudem sistemicamente o mercado como um todo e que não se limitem a punições pontuais de ações localizadas. O melhor meio para se atingir esse objetivo é, sem dúvida nenhuma, a criação de uma regulamentação de *Compliance* para a área da saúde no Brasil. O presente artigo pretende, portanto, abordar os principais avanços na área de *Compliance* buscando justificar as sugestões de projeto de lei, que sistematizam medidas de *Compliance*, que tem a vocação para corrigir as falhas do mercado de saúde.

3.1. Compliance: delimitando o fenômeno

Em grande medida, não seria errado afirmar que o surgimento do *Compliance Criminal* no Brasil é fruto de um processo complexo de expansão do Direito Penal. No Brasil, à primeira vista, parece não haver a menor dúvida dessa relação: o termo surgiu na década de noventa,

década que, inegavelmente, marcou o início do processo de expansão do direito penal brasileiro (CAMPOS, 2010). Na verdade, o conceito de *Compliance* surgiu, no Brasil, na década de 90, mas, apenas nos últimos anos, ele também passou a ser objeto de estudos jurídicos. Formalmente, o conceito passou a ter relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da Lei 9.613 de 03.03.1998 e da Resolução nº 2.554 de 24.09.1998 do Conselho Monetário Nacional. Desde então, as instituições financeiras e, logo após, também as empresas do mercado de seguros em geral, passaram a ter o dever de, respectivamente, comunicar operações suspeitas, que pudessem implicar a prática do delito de lavagem de dinheiro (os chamados Deveres de *Compliance*) e de criar sistemas de controles internos, que previnam a prática de lavagem de dinheiro, que promovam o combate ao terrorismo, dentre outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro.

Porém, o desenvolvimento do *Compliance* no Brasil não está apenas vinculado ao desenvolvimento de políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao terrorismo, típicas do mercado financeiro, mas também ao surgimento da Governança Corporativa. De fato, no Brasil, *Compliance*, por muito tempo, foi compreendido, de um lado, como parte da implementação das “boas práticas” da “Corporate Governance”. Neste caso, *Compliance* era entendido como um “mandamento ético” que deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o mercado⁶⁶².

⁶⁶² Ver, a esse respeito: ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos, Cartilha *Função de Compliance*,

A palavra *Compliance* significa em tradução literal “estar em conformidade”. Esta simples tradução, porém, esconde uma das maiores dificuldades da conceituação do termo: trata-se de um conceito relacional (ROTSCH, 2015), cujo significado só acaba por ser descoberto, portanto, através de uma análise do objeto com o qual se relaciona, dado que, por óbvio, quem está “em conformidade”, está “em conformidade” com “algo”. *Compliance* estabelece uma relação, portanto, entre um “estado de conformidade” e uma determinada “orientação de comportamento”. Se esta “orientação de comportamento” é uma norma jurídica, está-se diante de *Compliance* jurídico, cuja designação varia conforme a área do direito, na qual a norma a ser seguida se insere. Essa reflexão, à primeira vista simples, procura explicitar alguns dos problemas de sua delimitação conceitual: é necessário definir o significado de (1) “estado de conformidade” e qual é a natureza normativa da (2) “orientação de comportamento”, para que se possa, de forma minimamente plausível, iniciar uma reflexão sobre *Compliance*.

(*ad 1*) Já há algum tempo, pode-se encontrar, na literatura internacional, diversas e difundidas críticas à pura e simples definição de *Compliance* como estado de conformidade com as leis. Ora, a crítica

Agosto 2003 com atualização em Julho de 2009 (Disponível: www.febraban.com.br); COIMBRA; Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi Manual de Compliance. *Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*, São Paulo: Atlas, 2010. P. 12 e ss.; MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil. Consolidação e perspectivas*, São Paulo: Saint Paul, 2008. P. 64 e ss.; ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências*. São Paulo: Atlas, 2009. P. 183 e ss..

é relativamente simples: se *Compliance* significa apenas estar em conformidade com as leis, o que há de novo? Não temos todos que estar em conformidade com as leis? Por que é necessária toda uma nova área do direito, toda uma nova teoria para tratar do óbvio: que temos de seguir leis? De fato, se *Compliance* fosse apenas isso, esta seria uma área do conhecimento fadada ao fracasso.

No nosso entendimento, “estado de conformidade” adquire, na área de *Compliance*, um completo e novo sentido: trata-se aqui de um estado “dinâmico” de conformidade, ou seja, o “estado de conformidade” significa aqui mais do que uma forma de estar no mundo, mas implica o “compromisso” com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de *Compliance*. Portanto, *Compliance* é a área do conhecimento, que busca definir qual é esse conjunto complexo de medidas que permite, face a um cenário futuro “x” de risco, garantir “hoje”, com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada “orientação de comportamento”.

(ad 2) Delimitar a “orientação de comportamento” é a segunda das dificuldades típicas do *Compliance*. Essa dificuldade está diretamente ligada àquela de definição da natureza jurídicas das normas a serem seguidas, afinal, o *Compliance* refere-se somente a “normas jurídicas”? Se se responde afirmativamente a essa pergunta, a primeira objeção que se poderia apresentar seria: “qual é, então, a natureza jurídica de um Código de Ética ou de um Código de Conduta? Tratam-

se aqui de normas jurídicas?” A princípio não e, mesmo assim, nenhum estudioso ou especialista da área diria que *Compliance* não implica seguir essas normas de comportamento. Nesse sentido, um dos problemas do *Compliance* é que ele lida com fenômenos diversos de autorregulação, desde a autorregulação tradicional à chamada “autorregulação regulada”. Tratam-se de normas de orientação de comportamento, que não têm natureza jurídica, mas que passam a ter “relevância jurídica” ou por força de contrato (através das conhecidas “cláusulas contratuais de *Compliance*”) ou por força de lei (como, por exemplo, a Lei Anticorrupção que atribuem explicitamente consequências jurídicas para aquelas empresas que tiverem Códigos de Ética e Códigos de Conduta, ou seja, deixa claro que a existência dessas normas internas passa a ter impacto na forma como será aplicada a pena no caso concreto).

Portanto, *Compliance* consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de *Compliance*.

Portanto, a primeira característica atribuída ao termo *Compliance* é a prevenção. Diferentemente do Direito Penal ou Administrativo sancionador tradicionais, que trabalham na análise *ex post* de ilícitos, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem

jurídico digno de tutela do Estado, o *Compliance* trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira. Exatamente por isso, o objetivo do *Compliance* tem sido descrito como a “diminuição ou prevenção de riscos *compliance*” (COIMBRA, 2010). Segundo posição dominante, portanto, as empresas e organizações deveriam criar os chamados *Compliance Officers* que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos *compliance* e criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal.

Por outro lado, os *Compliance Officers* têm sido criados também com o objetivo de investigar “potenciais criminosos” no âmbito de atuação da empresa. No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos *Compliance Officers* e de sua responsabilização penal. Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o *BGH (Bundesgerichtshof)* condenou um *Compliance Officer* por entender que este, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, assume também uma posição de garante e, portanto, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado, por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância e, no caso concreto, não ter criado um programa de *Compliance* capaz de cumprido esse dever, dado que, no caso

concreto, esse programa não se mostrou eficaz e permitiu que a empresa fosse utilizada para a prática de crimes⁶⁶³.

Como se pode ver, o desenvolvimento do *Compliance* parece implicar um paradoxo⁶⁶⁴. O objetivo do *Compliance* é claro: a partir de uma série de controles internos se pretende prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização penal, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, identifique-se uma cadeia de responsabilização penal, pois a forma como os *Compliance Officers* têm sido constituídos acaba por coloca-los na posição de garante. Com isso, as chances de responsabilização penal aumentam ou invés de diminuir, ou seja, a criação de *Compliance Officers*, que deveria zelar pela diminuição de riscos *compliance* acaba, paradoxalmente, por aumentá-los, principalmente, porque os *Compliance Officers*, por sua vez, segundo doutrina majoritária, devem ser supervisionados diretamente pelo Conselho de Administração (ou órgão similar de gerência da empresa) fato que, obviamente, coloca em risco de persecução penal toda a administração da empresa.

Como já introduzimos acima, o termo *Compliance* tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto. No âmbito empresarial e, principalmente, das instituições financeiras, o termo tem sido conceituado da seguinte forma:

⁶⁶³ A decisão referida é a *BGH Entscheidung von 17.07.2009-5 StR 394/08*.

⁶⁶⁴ O conceito de paradoxo é empregado aqui no sentido dado por: HARTMANN, Martin; HONNETH, Axel. *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungsprogramm. In: Berliner Debatte Initial* 15 (2004) 1, S. 9.

“*Compliance* é o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal” (COIMBRA/MANZI, 2010, p. 2).

A partir desse conceito, pode-se apreender um problema que precisa ser enfrentado por todo aquele que quiser tratar seriamente do tema: a abrangência do fenômeno. Entendido dessa forma, o termo *Compliance* abarcaria quase todo o tipo de regulações, ou seja, os *Compliance Officers* teriam, como obrigação, avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc. De fato, nos EUA e nos países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, os *Compliance Officers* têm essa função abrangente. Nesses países, não são apenas instituições financeiras que têm os chamados “deveres de *Compliance*” (BARBOSA, 2010, p. 489-510), mas todas as empresas, sejam elas sociedades anônimas, empresas de grande porte ou mesmo pequenas e médias empresas⁶⁶⁵.

⁶⁶⁵ Para um panorama sobre a discussão sobre *Compliance* na Alemanha, ver: ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, P. 614 e ss.; HAUSCHKA, Christoph E. *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010; GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. *Compliance. Aufbau – Managment – Risikobereiche*, München: C.H. Beck, 2010.

Nesse sentido, os *Compliance Officers* funcionam, portanto, como um guardião da empresa que teria, por principal função, garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade. Porém, se esse é o significado do termo *Compliance*, surge um segundo problema: o caráter “quase-tautológico” do termo, dado que simplesmente afirmar que a empresa tem de se adequar às leis é uma trivialidade. Afinal, não só as empresas, mas todos os cidadãos de um país devem respeitar as leis e agir dentro de seus limites. Portanto, se há alguma novidade no fenômeno do *Compliance*, ela não pode ser buscada nesse seu aspecto. Na verdade, parece que a originalidade do fenômeno somente pode ser captada se o procuramos analisar do ponto de vista do direito penal e da criminologia.

A primeira pergunta relevante para quem analisa os deveres de *Compliance* é: qual seria a consequência do descumprimento dos deveres de *Compliance*? Na prática das varas federais e na doutrina, encontram-se três correntes. A primeira entende que se deve recorrer aos artigos da Lei 7.492/86 para coibir o descumprimento dos deveres de colaboração, especialmente, aos arts. 16 e 22 e, eventualmente, ao art. 4º. Contra essa posição, argumenta-se que as Leis 7.492/86 e 9.613/98 regulam fenômenos diferentes, sendo que só a segunda trata dos deveres de *Compliance*. Portanto, os deveres de *Compliance* não se destinariam à tutela do sistema financeiro, mas, somente, à identificação de movimentações financeiras que indicariam a possibilidade de se estar diante do crime de lavagem de capitais. Nesse

caso, portanto, seria necessária a criação de um tipo específico, que ainda não foi criado, nem mesmo pela nova lei de *lavagem*⁶⁶⁶.

Uma segunda corrente defende que a responsabilidade pela inobservância das obrigações de *Compliance* seria meramente administrativa, nos termos dos arts. 12 e 13 da Lei 9.613/98, sendo punível com sanções de advertência ou multa pelo órgão regulador da respectiva instituição ou, em sua ausência, pelo COAF.⁶⁶⁷ A nova lei de *lavagem* reforçou esse entendimento, pois deixou claro que se aplica multa às pessoas referidas no art. 9º.

Por fim, sinaliza-se para o risco de, em breve, o descumprimento dos deveres de *Compliance* serem associados à posição de garante (SAAVEDRA, 2011). Um primeiro sinal nesse sentido foi dado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “[...] Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal, que, como é cediço, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, o que não é o caso, ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do artigo 16 e pelo

⁶⁶⁶ Essa é a crítica e a sugestão de BARBOSA, DANIEL MARCHIONATTI, *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: T. HIROSE; J. P. BALTAZAR JÚNIOR (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.

⁶⁶⁷ Essa é a posição, por exemplo, de LIMA, Carlos Fernando. *O Sistema Estadual Antilavagem de Dinheiro: as obrigações de Compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, P. 84

crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de *compliance*, quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada” (BRASIL, 2010)⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ Há também julgados que já começam a discutir a possibilidade de se exigir deveres de *Compliance* de contadores e advogados. Ver, por exemplo: “EMENTA: PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. LAVAGEM DE DINHEIRO. RESPONSABILIDADE PENAL DO ADVOGADO E DO CONTADOR. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE COLABORAÇÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FACTUAIS OBJETIVAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Os artigos 9º e 10 da Lei 9.613/98 não incluem o contador e o advogado entre os profissionais que possuem dever de colaboração (*compliance*) com a repressão à lavagem de dinheiro (identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras com sérios indícios de lavagem de dinheiro). 2. O próprio Conselho Estadual de Contabilidade não exige do contador a obrigação de fiscalizar a veracidade das informações que lhe são repassadas pelos seus clientes, conforme muito bem observou o ilustre Juiz Estadual Eduardo Gomes Philippsen na sentença proferida na AP nº 2007.71.04.004606-0/RS. Evidentemente, isso não significa que um profissional da contabilidade jamais poderá ser responsabilizado criminalmente. Por ocasião do julgamento da ACR nº 2004.04.01.025529-6, Rel. Juíza Estadual ELOY BERNST JUSTO, D.E. 28-06-2007, a Oitava Turma da Corte teve a oportunidade de manter a condenação por sonegação fiscal de um contador que trabalhava em um departamento de contabilidade exclusivo da aludida escola de informática, o qual controlava diretamente todas as falsidades fiscais que propiciaram vultoso crime contra a ordem tributária. 3. Ademais, a simples prestação de serviços advocatícios pelo acusado (contador e advogado) por ocasião da constituição da empresa utilizada para a ocultação de capital proveniente de tráfico interEstadual de drogas não é, por si só, suficiente para justificar a sua condenação, porque a acusação não logrou êxito em indicar na denúncia e comprovar ao longo da instrução que o réu teria incorrido no tipo penal do artigo 1º, inciso I, § 2º, I e II da Lei 9.613/98, isto é, que sabia dos propósitos obscuros da aludida pessoa jurídica. 4. Portanto, se é verdade que advogados e contadores também podem praticar o branqueamento de capitais quando as circunstâncias factuais objetivas preconizadas pelo artigo 6º, item 2, "f", da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado TransEstadual (v.g. pagamento de honorários em espécie, valores fracionados, em joias) demonstrarem que houve subversão da sua atuação profissional, orientando e auxiliando, direta ou indiretamente, seus clientes no desiderato de ocultar ou dissimular valores provenientes dos delitos precedentes, também é certo que esses profissionais liberais não podem ser incriminados pelo simples contato que tiverem com os autores dos crimes antecedentes quando o órgão acusatório deixar de demonstrar, com segurança, como no caso em tela, os aspectos que denotam a ciência dos fins ilícitos da assessoria prestada. 5. Embargos infringentes

Recentemente, em função da Ação Penal 470 (Mensalão), a utilização da forma omissiva imprópria para responsabilização dos *Compliance Officers* parece estar se consolidando na jurisprudência. Porém, ao contrário do que se seria esperado, ainda não se logrou êxito em definir adequadamente os critérios materiais dessa forma de responsabilização criminal⁶⁶⁹.

3.2. Compliance na Área de Saúde

Normalmente, na literatura especializada, os requisitos básicos do programa de *Compliance* são considerados os seguintes (COIMBRA, 2010, p. 37 e ss.):

1. Normas, regras e padrões de ética, de conduta e política e procedimentos escritos;
2. Designação de um Diretor de *Compliance* e criação de um Comitê de *Compliance*;

providos.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *ENUL – Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2007.70.00.026565-0*. Embargante: Humberto Marcelino Ferreira. Relator Paulo Afonso Brum Vaz, Porto Alegre, RS, D.E. 24 jun. 2011. Porém, os julgados que existem acerca do tema são todos anteriores à nova resolução do Conselho Estadual de Contabilidade, que regula os deveres de *Compliance* da classe. Portanto, fica a dúvida se as decisões teriam sido diferentes, se os julgadores tivessem à sua disposição essa resolução.

⁶⁶⁹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini, *Reflexões Iniciais sobre Criminal Compliance*, in: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. In: Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. Vol. 56. Abril. São Paulo: RT, 2012. COSTA, Helena Regina Loba da; ARAUJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da APn 470*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 22, nº. 106, Jan-Fev/2014. P. 215-230.

3. Educação e treinamento para fornecer conhecimento de forma efetiva;
4. Canal de comunicação anônima de eventuais problemas de *Compliance*;
5. Monitoramento proativo de processos específicos e documentados para fins de *Compliance* e ajuda na redução de problemas identificados;
6. Comunicação efetiva e ações disciplinares e corretivas.

Ainda, para ser considerado efetivo, um programa de *Compliance* precisa ser implementado obedecendo às seguintes fases:

1. Avaliação de risco (*risk assessment*);
2. Elaboração de projeto de implementação, que seja adequado ao tamanho, à cultura e às especificidades da empresa e que seja estruturado com base nos parâmetros desenvolvidos na avaliação de risco; e
3. Implementação do projeto.

Na área da saúde, porém, o foco do *Compliance* está na promoção de interações éticas entre Empresas e os indivíduos ou entidades que estão envolvidos na provisão de serviços de saúde aos pacientes e que compram, alugam, recomendam, usam ou encaminham a compra ou aluguel de Tecnologias Médicas das Empresas, ou seja, dos chamados Profissionais da Saúde (ADVAMED, 2009, p. 1-2). Isso porque:

[...] o desenvolvimento das Tecnologias Médicas depende muitas vezes de alto grau de interação directa com os Profissionais de Saúde - ao contrário dos medicamentos, que agem no corpo humano por meios farmacológicos, imunológicos e metabólicos. Por exemplo, as Tecnologias Médicas implantáveis muitas vezes são aplicadas no corpo humano para repor ou fortalecer uma parte corporal. As Tecnologias Médicas Cirúrgicas muitas vezes servem como extensões das mãos do médico. Em outras circunstâncias, as Tecnologias Médicas são reagentes não invasivos, instrumentação e/ou software que auxiliam as decisões de diagnóstico, monitorização e tratamento feitas pelos Profissionais de Saúde. Algumas Tecnologias Médicas trabalham em sinergia com outras tecnologias, ou são acopladas com outros produtos que empregam dispositivos da maneira mais segura e eficaz. Muitas Tecnologias Médicas exigem apoio técnico durante e após o seu uso (ADVAMED, 2009, p. 1-2).

Em função disso, o *Compliance*, na área da saúde, além dos elementos acima, deve contemplar ainda os seguintes mais específicos (ÉTICA SAÚDE, 2014):

- Comprometimento da liderança gerencial sênior e uma política anticorrupção claramente articulada e que aborde não só as interações com o poder público, mas também as interações com profissionais da saúde;
- Implementação de políticas e procedimentos por escrito, os quais visam a dar publicidade e transparência às relações estabelecidas entre empresas e profissionais da saúde;
- Políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que visem a garantir a interação ética e legítima da empresa com profissionais da saúde no caso de celebração de contratos de consultoria ou de prestação de serviços;

- Políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que disciplinem despesas e a concessão de patrocínios, especialmente quando estes envolverem profissionais da saúde;
- Políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que garantam a não concessão de incentivos a profissionais da saúde e que, portanto, estabeleçam internamente a proibição do patrocínio de entretenimento e recreação a esses profissionais e seus familiares;
- Políticas, procedimentos e controles internos formalizados, escritos e manualizados, que garantam uma interação ética e em conformidade com a legalidade de empresas com profissionais da saúde, no que diz respeito a almoços de negócios, concessão de brindes e presentes, itens de demonstração e doações para instituições, organizações, institutos ou hospitais;
- Designação de um oficial de *Compliance* e/ou um comitê de *Compliance*, com supervisão, autonomia e recursos necessários; responsáveis por analisar e fazer cumprir as provisões prescritas;
- Realização de treinamentos e educação eficazes de funcionários e profissionais vinculados à empresa;
- Desenvolvimento de linhas eficazes de comunicação (incluindo uma opção para realizar relatos anônimos);
- Realização de avaliações de riscos, monitoramento e auditoria internas;

- Padrões de execução do programa, através de normas disciplinares amplamente divulgadas;
- Ação rápida quando problemas forem detectados e a realização de ações corretivas e/ou sanções disciplinares;
- Realização de devida diligência (*due diligence*) em suas relações com terceiros.
- Educação e treinamento efetivos;
- Linhas de comunicação, incluindo um canal para recebimento de comunicações e denúncias anônimas acerca de violação de regras do programa;
- Auditorias e monitoramentos internos;
- Medidas disciplinares aplicáveis no caso de violação comprovada de regras de *Compliance*, que deverão ser amplamente divulgadas;
- Procedimentos de punição;

Como se pode ver, o *Compliance*, na área da saúde, envolve um comprometimento completo da empresa e acaba mudando de forma integral os mecanismos de gestão das empresas. Ele acaba por criar normas e regras éticas e de conduta, políticas, procedimentos e controles internos, que são capazes de garantir, que a empresa previna, em todos os seus âmbitos de atuação, a prática de ilícitos, em especial aqueles de corrupção. Nesse sentido, seria importante que essas medidas, hoje existentes apenas como mecanismo de autoregulação, fossem formalizadas por meio de uma legislação consistente, que torne obrigatória a exigência de um programa de *Compliance* para todas as

peças jurídicas, que se envolverem direta ou indiretamente com a área da saúde. Somente assim se estará dando um passo concreto no enfrentamento sistemático das distorções no mercado de saúde no Brasil.

Considerações finais

De todo o exposto, é possível extrair algumas conclusões, ainda que as mesmas devam ser submetidas ao crivo do contraditório (finalidade mesmo do presente artigo) e careçam de maior desenvolvimento e reflexão.

Uma primeira consideração pode ser feita no sentido de reconhecer que a assim chamada reserva do possível, nas suas diversas dimensões, pode operar, por um lado, como limite (jurídico e fático) ao direito à proteção e promoção da saúde, e, portanto, do controle judicial nessa seara, mas também como mecanismo de fortalecimento do sistema de saúde.

Além disso, é possível afirmar que o ferramental do *Compliance* permite, se bem manejado e assumido pelos atores estatais e privados, criar mecanismos de prevenção, resultando, justamente, no melhor desempenho do sistema de saúde, da racionalização dos recursos, da sua otimização e da sua sustentabilidade, resultando, provavelmente, na própria diminuição do recurso ao Poder Judiciário, ou, quando esta ocorrer, na redução do seu impacto.

É claro que se cuida também de um processo de conscientização, de uma “tomada de atitude”, no sentido da criação e da introjeção de uma cultura do *Compliance*, seja como regulador de

cunho ético, mas também com gradual projeção na esfera jurídica, processo que, embora alguns passos já dados, ainda está longe de se consolidar, mas cujos benefícios deverão ser significativos.

Ao fim e ao cabo, resta desde logo uma certeza: com *Compliance* o sistema de saúde será mais saudável e o direito à saúde mais efetivo!

Referências

ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos, Cartilha Função de *Compliance*, Agosto 2003 com atualização em Julho de 2009. Disponível em: www.febraban.com.br.

ADVAMED, *Código de Ética da Advamed*, 2009, p. 1-2. Disponível em: < <http://advamed.org/issues/1/code-of-ethics>>. Acessado em 22 jan. 2016.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa. Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências*. São Paulo: Atlas, 2009.

BGH *Entscheidung von 17.07.2009-5 StR 394/08*.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspecto de Teoria Geral de Direitos Fundamentais*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica*

Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5008326-03.2010.404.7100. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Carlos Fernando de Conto. Relator Paulo Afonso Brum Vaz, Porto Alegre, RS, 22 nov. 2010. Processo Eletrônico. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3715061 >. Acessado em: 27 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ENUL – Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2007.70.00.026565-0. Embargante: Humberto Marcelino Ferreira. Relator Paulo Afonso Brum Vaz, Porto Alegre, RS, D.E. 24 jun. 2011.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. *Ferramentas Velhas, Novos Problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: T. HIROSE; J. P. BALTAZAR JÚNIOR (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2.

BRUNNER, Georg. *Die Problematik der sozialen Grundrechte*. In: *Recht und Staat* Nr. 404-405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971.

GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: R. L. Torres (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Uma Visão Crítica*. São Paulo: Elsevier, 2008.

CAMPOS, Marcelo da Silveira Campos. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COIMBRA; Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Helena Regina Loba da; ARAUJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 22, nº. 106, Jan-Fev/2014.

ÉTICA SAÚDE, *Guia de Implementação*. Disponível em: <<http://www.etिकासुदे.com.br/implementacao.html>>. Acessado em: 22 jan. 2016.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. In: A Efetividade dos Direitos Sociais, 2004.

GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta. *Compliance. Aufbau – Managment – Risikobereiche*, München: C.H. Beck, 2010.

GRUNDLAGE, Thomas Rotsch. In: Rotsch, Thomas (Org.). *Criminal Compliance Handbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

HARTMANN, Martin; HONNETH, Axel, *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersuchungsprogram*. In: *Berliner Debatte Initial* 15 (2004) 1, S. 9.

HAUSCHKA, Christoph E. *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010;

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang

(Org.). *A Constituição Concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, Alaor. *Domínio do Fato, Domínio da Organização e Responsabilidade Penal por Fatos de Terceiros sobre os Conceitos de Autor e Partícipe na APn 470 do STF*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 22, nº. 106, Jan-Fe/2014.

LIMA, Carlos Fernando. *O Sistema Estadual Antilavagem de Dinheiro: as obrigações de Compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo: Malheiros, 1974.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil. Consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a pronuncia de Nulidade no Direito Brasileiro*. In: Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 3, 1993.

MURSWIEK, Dietrich *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*. In: J. Isensee-P. Kirchhof (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, V*.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente a reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang.

ROTSCH, Thomas. *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; e SARMENTO, Daniel (Coord.), *Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance e Prevenção à Lavagem de Dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº. 12.683/2012 no Mercado de Seguros*. In: *Revista de Estudos Criminais*, nº. 54. Jul./Set, 2014.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro*. In: *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, Ano XIII, nº. 75, Ago-Set, 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Reflexões Iniciais sobre Criminal Compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, jan./2011.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SGARBOSSA, Luiz Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, vol. I. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: *Direitos Sociais*, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. Vol. 56. Abril. São Paulo: RT, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WIPFELDER, Hans-Jurgen. *Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte*. In: *ZRP* 1986.

COMISSÃO ESPECIAL DE PROPRIEDADE INTELCTUAL

O INTERESSE SOCIAL NO DIREITO DE MARCAS

*Gustavo Bahuschewskyj Corrêa*⁶⁷⁰

Sumário: 1. Introdução. 2. A repercussão na Constituição Federal. 3. A repercussão no direito de marcas. 4. A repercussão no direito do consumidor. 5. A efetividade da norma constitucional. 6. Reflexões Finais. 7. Bibliografia.

1. Introdução

A proteção das marcas é, reconhecidamente, uma necessidade que visa preservar o investimento do empresário e permitir que ele possa explorar seu sinal distintivo de identificação do negócio agregando valor aos produtos ou serviços oferecidos. As marcas hoje têm tamanha relevância no mercado de consumo que, muitas vezes, possuem um valor maior que todos os demais ativos da empresa e, por isso, se tornaram um bem valioso que atrai cuidados para os envolvidos, tanto no que se refere à sua proteção, como sua utilização.

Todavia, a proteção das marcas e outros sinais distintivos, hoje reconhecidas como direito fundamental na Constituição Federal – CF/88, tem uma outra esfera de interesse preocupado com a sua

⁶⁷⁰ Advogado. Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual – CEPI-OAB/RS. Mestre em Direitos Intelectuais pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

proteção e regulação, qual seja, o interesse social. Isto porque as marcas, para além do interesse privado, repercutem em outras figuras da sociedade, como o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, etc., que irão se deparar com marcas no mercado que precisam ser individualizadas, visando preservar tais envolvidos para que não haja situações de confusão ou possíveis associações indevidas entre as empresas.

Com esta finalidade em mente, a CF/88, ao elencar, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, a propriedade sobre as marcas, condicionou tal proteção “*ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”⁶⁷¹.

Neste breve estudo, busca-se verificar se o ordenamento jurídico brasileiro tem atendido a condição estabelecida na Constituição, especificamente o atendimento do interesse social, e quais as formas e instrumentos disponibilizados para tornar efetiva esta condição.

2. A repercussão na CF/88

A CF/88 inova⁶⁷², não apenas ao dispor a proteção das marcas como um direito fundamental, mas ao condicionar tal proteção ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

⁶⁷¹ Constituição Federal. “Art. 5º [...]. XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

⁶⁷² Vale referir que desde a Constituição de 1891, o sistema jurídico brasileiro reconhece a proteção das marcas: Constituição de 1891, Art. 72, § 27 – “A lei assegurará a propriedade das marcas de fábrica”.

Desta forma, o texto constitucional que já tornava claro que o direito de marcas dependia da criação de lei ordinária para ter eficácia, também consagrou que a constitucionalidade da referida lei dependia da atenção ao interesse social e desenvolvimento econômico e tecnológico.

Nessa linha, “*o interesse constitucional nas marcas é o de proteger o investimento em imagem empresarial, mas sem abandonar, e antes prestigiar, o interesse reverso, que é o da proteção do consumidor. Assim, aquele que se submete ao registro, e usa continuamente o signo registrado, pode adquirir do seu público o respeito ao investimento que fez, com a responsabilidade de quem se assegura que tal investimento não é passageiro, irresponsável ou descuidado. Há, desta maneira, um interesse geral em que uma marca seja registrada*”⁶⁷³.

Com isso, a condição trazida pela CF/88 obriga que se interprete todo o sistema jurídico das marcas também a partir da perspectiva do interesse social, o que é um avanço, já que marcas, ainda que de interesse direto de figuras privadas, são destinadas a se comunicar com o público.

3. A repercussão no direito de marcas

Como referido, a CF/88 ao reconhecer o direito de propriedade sobre as marcas, condicionou à lei infraconstitucional a regulação sobre as regras de aquisição e utilização destas. Com isso, o uso social das

⁶⁷³ BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre a categoria constitucional da 'propriedade das marcas'*. 2005. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/notamarca2.pdf>. Acessado em 17/06/2018.

marcas, umas das condições estabelecidas na Constituição, vem prevista em diversos dispositivos e princípios que emanam do texto infraconstitucional.

BARBOSA⁶⁷⁴ destaca que o uso social das marcas prevê um compromisso com a utilidade e a veracidade; da mesma forma que, para a aquisição do sinal, são condições a distinguibilidade e a novidade relativa da mesma.

Tais compromissos e condições, próprios do direito de marcas, são fundamentais para o atendimento ao interesse social necessário.

O compromisso com a *utilidade* diz respeito ao efetivo uso da marca, seja pelo exercício regular das atividades da empresa estar alinhada com os objetivos de uso da marca⁶⁷⁵, seja pelo uso efetivo após 5 anos da sua concessão, sob pena de extinção desta por falta de uso⁶⁷⁶. Com isso, são vedadas as marcas de defesa, situação em que as marcas seriam protegidas para atividades fora do escopo de atuação de seu titular, com o objetivo de reserva de mercado, visto não ser justificado conceder à um ente privado um direito de exclusiva sobre um sinal que não tem legitimidade para utilizar⁶⁷⁷. Da mesma forma, cria-se uma

⁶⁷⁴ BARBOSA. *Nota sobre a categoria...*

⁶⁷⁵ Lei da Propriedade Industrial – LPI – Lei n. 9.279/1996. Vide Art. 128, § 1º.

⁶⁷⁶ Vide LPI. Art. 142, III, 143, I e II.

⁶⁷⁷ Exceção à regra são as marcas de alto renome (LPI, Art. 125) que, por sua natureza e de forma também a preservar o público consumidor, acabam por ter proteção para todos os ramos de atividade. São marcas que extrapolam o reconhecimento usual de um consumidor e tem tamanha fama que, inevitavelmente, fariam com que o consumidor associasse empresas que utilizam a marca em outros ramos de atividade com a empresa líder. Por este motivo, justifica-se uma proteção especial com o intuito de preservar o consumidor e manter uma concorrência sadia no mercado de consumo.

obrigação de uso contínuo e regular da marca após 5 anos de sua concessão, visto que o direito de exclusiva sobre uma marca somente se sustenta com o efetivo uso da mesma.

A *veracidade*, por sua vez, que se exige das marcas⁶⁷⁸, é muito bem revelada por IDS⁶⁷⁹:

O sinal distintivo, seja ele marca ou indicação geográfica, cada um a seu modo, é o símbolo que possibilita ao consumidor identificar qual produto ou serviço reúne essas qualidades. Disso infere-se, logicamente, que o sinal distintivo deve ser veraz: tudo o que ele anuncia ao público deve corresponder à realidade, sob pena de frustrar a expectativa razoável do consumidor que, vendo o sinal estampado na embalagem de determinado produto, parte da premissa de que ele, produto, reúne todas as características que simboliza. Acompanhando o pensamento de Rui Barbosa, as marcas são símbolos que sintetizam um perfil do produto a que aderem e, portanto, constituem elementos de confiança junto ao público.

As marcas, dentre outras funções, cumprem também funções de propaganda⁶⁸⁰. Ao preencher tal papel, a marca entrega uma mensagem ao consumidor. As marcas, quanto à sua distintividade, podem ser de fantasia, arbitrárias, sugestivas, etc.; porém, há marcas que transmitem, de certa forma, características do produto ou serviço, da origem, da função, etc., e tais “informações” que são repassadas ao consumidor

⁶⁷⁸ A LPI traz como vedação expressa o registro de marcas que não observem o compromisso com a veracidade no Art. 124, X.

⁶⁷⁹ IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2013. P. 248-249.

⁶⁸⁰ COPETTI afirma que a publicidade é o meio pelo qual o público é informado de uma determinada marca, da mesma forma que hoje a publicidade das marcas não apenas informa o consumidor dos novos produtos, mas o incita ao consumo. In: COPETTI, Michele. *Afinidade entre Marcas: uma questão de Direito*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2010. P. 48-49.

devem ser verídicas. Não se concede ao titular da marca a liberdade de jogar com a compreensão que o consumidor teria ao se deparar com a marca.

Tais elementos, tidos como compromissos com o uso social das marcas, são sinais de boa-fé do titular ao constituir e utilizar sua marca e são compromissos com o consumidor e a sociedade, em última instância. Isto nada mais é que a informação e os cuidados inerentes e pretendidos pelo titular da marca ao divulgar seu produto ou serviço. Tais fatores “*são objetivos de todos os produtores e prestadores de serviço que atuam com base na boa-fé, já que buscam prosperar com base no reconhecimento do público de sua atividade e excelência dos produtos produzidos e/ou serviços prestados*”⁶⁸¹.

Além destes compromissos, as condições básicas para obtenção do reconhecimento formal da proteção da marca são a distinguibilidade e a novidade relativa. A *distinguibilidade* sendo a capacidade da marca ser individualizada frente ao domínio comum e sua origem; e, a *novidade relativa* sendo o requisito que garante que a marca já não foi adotada por terceiros.

BARBOSA⁶⁸² destaca duas vertentes da distintividade nas marcas:

- (a) ela deve ter as características que lhe permitam *exercer significação em termos absolutos*, de forma a distinguir-se dos símbolos comum que denotam o objeto. O direito marcário considera *res communis*

⁶⁸¹ Neste sentido, CORREA, Gustavo Bahuschewskyj. *As faces da proteção do consumidor no direito de marcas*. Revista de Direito do Consumidor. N. 71. Jul-Set 2009. P. 85.

⁶⁸² BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Semiológica*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008. P. 323.

omnium sejam os signos genéricos, os necessários, ou os de uso comum, sejam os signos descritivos.
(b) deve ser capaz de distinguir sua origem, *em relação* a outras origens para itens que atendam a mesma demanda.

Um aspecto importante é que todos esses compromissos e condições referidos são passíveis de serem previstos pré-constituição da marca; ou seja, o interessado em explorar seu negócio através de uma marca, no momento da criação desta, tem plenas condições de verificar se o sinal que se pretende obter um direito de exploração exclusiva atende o compromisso com a utilidade e veracidade, assim como é distintivo e tem novidade relativa. É uma medida não somente recomendável, mas necessária, como forma de respeito com a sociedade e a concorrência.

Desta forma, o direito de marcas tem, no mérito, uma importante contribuição para atender o fim constitucional de reconhecer a proteção às marcas nos casos que atentem para o interesse social.

4. A repercussão no direito do consumidor

A noção de proteção do consumidor no direito de marcas tem como origem o próprio ambiente onde as marcas estão inseridas. O fundamento por trás das marcas, qual seja, ser um sinal capaz de identificar e individualizar a origem dos produtos e serviços oferecidos no mercado, tem como foco de atenção principal os próprios consumidores.

Historicamente, o reconhecimento constitucional à proteção das marcas sempre teve um viés privado, buscando preservar o

investimento do empresário e a relação de concorrência com os demais *players*; porém, com a CF/88 e o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8078/90), a figura do consumidor também passou a compor um eixo fundamental da proteção das marcas.

Essa evolução é observada por BARCELLOS⁶⁸³:

Interessante observar a curva feita pela evolução histórica do direito marcário que, de início e até recentemente, possuía um cunho predominantemente de regulação e proteção de direitos individuais entre concorrentes.

Com a Constituição Federal de 1988 e logo após com o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro de 1990, verifica-se um nítido desejo/necessidade legal de que o direito marcário efetivamente atenda a um fim social, de modo que a tutela do consumidor no mercado de consumo passa a exigir também um direito de propriedade sobre marcas mais dialógico para evitar ‘os abusos praticados no mercado de consumo.

Isso não quer dizer que há mais de duas décadas não havia uma preocupação legal com os abusos praticados contra e pelos titulares de direitos marcários, mas sim que a repressão a estes abusos visava muito mais satisfazer os interesses ou solucionar conflitos entre concorrentes do que atingir um interesse social ou preocupar-se com os prejuízos que tais abusos pudessem gerar ao próprio consumidor.

A partir do advento do CDC, tais abusos foram enfrentados através do *princípio do combate ao abuso*⁶⁸⁴ previsto na Política

⁶⁸³ BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Propriedade Industrial & Constituição: As teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007. P. 63-64.

⁶⁸⁴ Assim denominado por Cláudia Lima Marques. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo. Ed. RT. 2008. P. 54.

Nacional das Relações de Consumo⁶⁸⁵. TINOCO SOARES⁶⁸⁶ é preciso ao analisar tal princípio:

A política visa então impedir, tolher e/ou proibir e também reprimir, sustar, castigar e punir todos os abusos praticados no consumo e estes em boa maioria são os atos de concorrência desleal e muitas vezes desenfreada, praticados pelo uso indevido de sinais distintivos através das figuras da reprodução e da imitação de marcas que se encontram no mercado consumidor, aproveitando dos seus elementos verbais, numéricos, nos dísticos, emblemas, desenhos, envoltórios, invólucros e bem assim nos característicos que envolvem a apresentação de um produto ao mercado com ou sem aplicação e/ou disposição de cores.

Esses sinais distintivos, como acima vistos genericamente, quanto utilizados de maneira indevida por terceiros é que causam prejuízos aos consumidores. Por assim se apresentarem, sob vestimentas iguais ou semelhantes com ainda a agravante de conterem quase sempre seus preços inferiores, são facilmente adquiridos e/ou consumidos como se fossem verdadeiros.

Dois eixos de proteção dos consumidores devem ser considerados ao estudar as formas de proteção dos consumidores no direito de marcas. O mais usual trata de uma proteção indireta dos consumidores em decorrência de uma tutela baseada na harmonia de mercado. Porém, há também uma forma de proteção direta dos consumidores baseada na boa-fé e confiança⁶⁸⁷.

A tutela indireta do consumidor baseada na harmonia de mercado é o entendimento de que as marcas são objeto de uma propriedade constitucional que se realiza *na concorrência e pela*

⁶⁸⁵ Vide CDC. Art. 4º, VI.

⁶⁸⁶ TINOCO SOARES, José Carlos. *Tratado da propriedade industrial: marcas e congêneres*. São Paulo: Jurídica Brasileira. 2003. Vol. 1. P. 631-632.

⁶⁸⁷ Neste sentido, CORREA, *Op. Cit.* P. 77-105.

*concorrência*⁶⁸⁸, sendo a figura do consumidor secundária neste contexto. Em tal perspectiva, o consumidor é o interessado que deve ser observado ao analisar a possibilidade de convivência entre duas ou mais marcas que pretendam se constituir em um mercado comum ou próximo e que sejam compostas por sinais iguais ou similares. Assim, o consumidor é a lente pela qual os exames de marcas devem ser norteados, tendo em mente a figura do consumidor vulnerável para marcas que identificam produtos ou serviços de rápido consumo, menor grau de atenção ou especialidade; e o consumidor “especialista”, para marcas que identificam produtos ou serviços com maior valor de mercado ou que demandam maior especialidade na compra.

A vulnerabilidade do consumidor, presumida para diversas ocasiões no exame de marcas, decorre em função de um “*estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado [...], que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação*”⁶⁸⁹. Diferentes origens e situações tornam o consumidor vulnerável, como é o caso de uma vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade fática, vulnerabilidade informacional⁶⁹⁰ e vulnerabilidade psíquica⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ Neste sentido, BARBOSA, Denis Borges. In: DOS SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coords.). *Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. São Paulo: Saraiva. 2007. P. 22.

⁶⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo. Ed. RT. 2008. P. 144.

⁶⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. P. 330.

⁶⁹¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Ed. Síntese. 1999.

No caso específico objeto do presente estudo, as “vulnerabilidades” que mais se aplicam ou preponderam são a vulnerabilidade técnica, fática, informacional e psíquica. Isto porque o consumidor desconhece as especificidades do produto ou serviço que está adquirindo, enquanto que o fornecedor – titular da marca – possui todo o conhecimento sobre o produto ou serviço que está ofertando (vulnerabilidade técnica); há situações próprias do caso concreto que sujeitam o consumidor há uma situação de vulnerabilidade (vulnerabilidade fática); o consumidor tem dificuldade em ter acesso a informações corretas e necessárias acerca do produto/serviço ofertado ou adquirido (vulnerabilidade informacional); e, o consumidor é o “alvo” em uma estrutura de sociedade baseada no consumo, onde todas as estratégias de marketing são voltada a gerar necessidades, reais ou não, aos consumidores, transformando marcas em objetos de desejo e motivando o consumo a partir das marcas (vulnerabilidade psíquica).

Neste sentido, MORAES⁶⁹² expõe que:

[...] é fácil compreender, portanto, a extrema vulnerabilidade psíquica e fisiológica do ser humano, pois, a partir do conhecimento da ‘arquitetura’ nervosa, os interessados na sua estimulação se valerão de todas as técnicas para aflorar necessidades, criar desejos, manipular manifestações de vontade e, assim, gerar indefinidas circunstâncias que poderão ter como resultado o maior consumo e, em um grau mais perverso, inclusive obrigar ao consumo de produtos ou serviços inadequados.

⁶⁹² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Ed. Síntese. 1999. P. 152.

Com isso, nota-se que a noção de vulnerabilidade, tão importante no direito do consumidor, também se faz presente na análise deste consumidor no direito de marcas. Desta compreensão, podemos extrair, por exemplo, um importante dispositivo da LPI que impede o registro de marcas que sejam iguais ou similares, para o mesmo ramo de atividade ou afim, desde que possam causar confusão ou associação indevida ao consumidor⁶⁹³. O destaque neste dispositivo está justamente na hipótese de sua incidência no caso de “possibilidade” de confusão ou associação indevida; ou seja, não se exige uma efetiva confusão ou associação indevida, mas sim uma mera possibilidade⁶⁹⁴. Tal disposição é uma salvaguarda dos interesses do consumidor, visto que se o contrário fosse, resultaria em uma proteção do consumidor somente após este ser lesado, o que seria uma incongruência, tanto sob o ponto de vista da tutela do consumidor, como dos interesses dos titulares das marcas.

O outro eixo de proteção do consumidor está associado há uma proteção direta deste baseado na boa-fé e confiança adquirida com o titular, fornecedor ou prestador do produto ou serviço adquirido. Vivemos hoje uma era de marcas globais e consumo massificado, de modo que esta relação de boa-fé e confiança é fundamental para um consumidor tido como vulnerável. Marcas que sejam idôneas, claras e

⁶⁹³ LPI. Art. 124, XIX.

⁶⁹⁴ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, através da Min. Nancy Andriighi, traz um importante precedente ao reconhecer que *“impende repisar que o art. 124, XIX, da LPI, não exige a confusão ou a associação indevida entre as marcas, mas apenas o risco potencial de que isso ocorra. Tanto é assim que o dispositivo legal faz uso da expressão ‘suscetível de causar’, ou seja, tendente a gerar dúvida no consumidor”*. REsp n. 1.342.955, 3ª Turma, 31/03/2014.

distintivas, na sua forma de expressão, fortalecem esta conexão com o consumidor. Da mesma forma, questões práticas do dia a dia do mercado de consumo, como responsabilidade por defeito do produto, garantias, má prestação do serviço, etc., podem gerar responsabilidade ao titular de uma determinada marca por força da formação de um grupo econômico, estabelecimento de franquia ou outro modelo empresarial, fruto de uma relação de confiança estabelecida entre o consumidor e a marca.

É notável, desta forma, que a condição constitucional de atendimento ao interesse social para reconhecimento da proteção das marcas repercute de forma positiva nos direitos do consumidor.

5. A efetividade da norma constitucional

Marcas são sinais utilizados no mercado e, como há um interesse social envolvido, da mesma forma que há importância em preservar o investimento do empresário e manter uma concorrência justa, a proteção delas se justifica porque eventual confusão ou associação indevida por parte dos consumidores, tende a prejudicar os investimentos realizados pelo titular e a própria sociedade. Consequentemente, o sistema de marcas deve ter mecanismos capazes de dar efetividade à norma constitucional que condiciona a proteção das marcas ao atendimento do interesse social e desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

A partir de agora, algumas situações em que se percebe claramente uma observância do referido interesse social das marcas passam a ser enfrentadas.

Ao definir o que pode ser registrado como marca, a LPI é sucinta ao prever proteção para os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. E é nas proibições legais que a lei entabula diversas situações que impedem o registro de marcas e, muitas delas, com referências aos compromissos e condições estabelecidos na Constituição Federal para permitir o direito sobre as marcas.

Dentre as situações de vedação ao registro de marcas, há casos que tocam o compromisso com a *liceidade*⁶⁹⁵ e *veracidade*⁶⁹⁶ anteriormente referidos, da mesma forma que há situações que preveem exatamente a necessidade de *distintividade*⁶⁹⁷ do sinal pretendido. Tais situações, juntamente com a questão da vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé e a confiança, devem ser considerados em toda a interpretação da tutela jurídica do consumidor, com isso, o Examinador de Marcas, ao julgar os processos administrativos para concessão de marcas, deve ter em mente todos esses fatores.

Nas condições de julgamento, considerando o já mencionado acerca da tutela indireta do consumidor baseado na harmonia de mercado, a compreensão que há o consumidor vulnerável e o

⁶⁹⁵ Os incisos I, III, XI e XIV do art. 124 da LPI tratam dos casos de impedimentos aos registros de marcas que atentam contra a liceidade do sinal.

⁶⁹⁶ O inciso X do art. 124 da LPI trata do impedimento para a marca que não observa a condição de veracidade.

⁶⁹⁷ Os incisos II, VI, VII, VIII, XVIII, XIX, XXI e XXIII do art. 124 da LPI tratam dos casos de compromisso com a distinguibilidade.

consumidor especialista é fundamental para o examinador que deve se colocar neste papel, ajustar a lente e julgar marcas que identificam produtos ou serviços com perfil completamente distintos.

Se por um lado há marcas que identificam sabonetes, vassouras, artigos do vestuário, chocolates, etc., há marcas que identificam computadores, utensílios médicos, componentes para carros, serviços com alto valor agregado, etc. É inegável que os consumidores destes últimos produtos e serviços são consumidores mais atentos e, naturalmente, com menor probabilidade de confundirem as marcas ou associarem de forma indevida as empresas por trás daquelas marcas. Isto se reflete no Exame de Marcas que analisa a viabilidade de sua concessão, onde, em muitas situações, há marcas anteriores iguais ou similares que somente podem ser impedimentos ao registro pretendido se forem passíveis de causar erro, dúvida ou confusão no consumidor; porém, tal presunção requer, justamente, a análise por parte do consumidor ajustado, compreendido a partir da definição se este é vulnerável ou especialista na situação concreta.

O Manual de Marcas do INPI⁶⁹⁸ é um importante guia que consolida as diretrizes e procedimentos de análise de marcas, servindo, portanto, como referência para os examinadores. Conforme se verifica ao longo do Manual, o exame substantivo das marcas passa por etapas que observam os interesses sociais na concessão de um direito de exclusividade para um particular. Desta forma, o próprio exame das

⁶⁹⁸ Resolução INPI/PR n. 142/2014. Disponível em http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual_de_Marcas.

marcas realizado a partir do Manual é um instrumento que dá efetividade às condições estabelecidas na CF/88.

As referidas etapas do exame substantivo⁶⁹⁹ consistem em:

- D) Análise da liceidade⁷⁰⁰, distintividade⁷⁰¹ e veracidade⁷⁰² do sinal marcário;
- II) Análise da disponibilidade⁷⁰³ do sinal marcário;
- III) Análise de eventuais oposições e manifestações do requerente do pedido de registro; e
- IV) Apreciação de documentos obrigatórios em razão da natureza e da forma de apresentação visual.

Destas etapas, os passos I e II merecem destaque porque são análises que impedem o dano ao consumidor e à sociedade como um todo com a constituição de um sinal claramente falso, assim como impedem a apropriação de um sinal já protegido ou próximo deste a ponto de causar confusão entre os produtos ou serviços, ou associação indevida entre seus titulares. O passo III também merece referência

⁶⁹⁹ Item 5.7 do Manual de Marcas.

⁷⁰⁰ Manual de Marcas. Item 5.8. “Considera-se como condição de liceidade do sinal a sua não interdição legal por motivo de ordem pública ou por razão da moral e dos bons costumes”.

⁷⁰¹ Manual de Marcas. Item 5.9. “A distintividade é uma das condições de fundo para validade de uma marca. Quando a lei faz referência a sinais distintivos (art. 122 da LPI), conclui-se que tal exigência se relaciona com a própria função da marca, consistente em distinguir o objeto por ela assinalado, de maneira que seja possível sua individualização de outro de mesmo gênero, natureza ou espécie”.

⁷⁰² Manual de Marcas. Item 5.10. “O princípio da veracidade do sinal marcário encontra-se expresso no inciso X do art. 124 da LPI, que proíbe o registro de sinal enganoso quanto à origem, procedência, natureza, finalidade ou utilidade dos produtos ou serviços que o mesmo visa assinalar”.

⁷⁰³ Manual de Marcas. Item 5.11. “A condição de disponibilidade é essencial para que haja a outorga de direitos marcários. O sinal deve estar livre para ser apropriado como marca e tal disponibilidade jurídica não se restringe à constatação da existência de registro anterior: o sinal não pode encontrar óbice em outro sinal distintivo protegido a qualquer título e não apenas por aqueles amparados pela Lei n. 9.279/96”.

porque contempla a atenção que o examinador deve dar ao instrumento jurídico disponibilizado ao público para defender seus interesses, fazendo prevalecer a norma constitucional nos casos que a marca analisada não atende os interesses sociais.

Nos casos em que a marca alcança tamanha notoriedade e extrapola o conhecimento médio do público, a LPI também confere uma proteção especial. São os casos das marcas de *alto renome*⁷⁰⁴ e *notoriamente conhecida*⁷⁰⁵. O fundamento por trás destes reconhecimentos é justamente o *status* que a marca alcançou com o público consumidor e a possibilidade deste confundir ou associar marcas, inclusive, de outros ramos de atividade por pensar se tratar da mesma empresa por trás daquele produto ou serviço. Em última análise, novamente é a observância do interesse social no proteger e regular o uso das marcas no mercado⁷⁰⁶.

Outros instrumentos, ainda na via administrativa da obtenção do registro da marca, estão à disposição daqueles que se sentem lesados com a concessão de um direito de exclusividade que possa causar danos à concorrência, consumidores e sociedade como um todo.

No curso do pedido de registro, a figura da Oposição⁷⁰⁷ é o meio pelo qual interessados, com legítimo interesse, que se sintam prejudicados pelo registro pretendido possam formalizar sua

⁷⁰⁴ Vide art. 125 da LPI.

⁷⁰⁵ Vide art. 126 da LPI.

⁷⁰⁶ Para um maior aprofundamento no estudo das marcas notórias, vide MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas: Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

⁷⁰⁷ Vide Art. 158 da LPI.

contrariedade, requerendo o indeferimento da mesma, em vista de infringência de proibições legais.

O Processo Administrativo de Nulidade⁷⁰⁸, por sua vez, é o caminho para a declaração de nulidade do registro que tenha sido concedido com infringência do disposto na LPI. Este pode ser instaurado de ofício ou por qualquer interessado com legítimo interesse. Além da via administrativa perante o INPI, o Judiciário também canaliza ações de nulidade⁷⁰⁹ de ofício ou a requerimento das partes.

Ambos instrumentos, tanto a oposição quanto o processo administrativo ou judicial de nulidade, via de regra são movidos por interesses particulares (ainda que o processo de nulidade possa ser instaurado de ofício), porém não deixam de ser um meio de atendimento do interesse social.

Outra figura importante no contexto do uso e aquisição de direitos sobre as marcas em conformidade com o interesse social é a caducidade por falta de uso do sinal⁷¹⁰. A proteção da marca pressupõe o interesse do titular em fazer uso do sinal e, neste sentido, a LPI confere um razoável prazo de 5 anos para início da exploração da marca no mercado, de modo que a ausência de uso não se justifica e não atende os ditames constitucionais, visto que confere um direito de propriedade e exclui da coletividade um sinal que, de fato, não está sendo utilizado⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Vide Arts. 165, 168 e 169 da LPI.

⁷⁰⁹ Vide Arts. 174, 174 e 175 da LPI.

⁷¹⁰ Vide Arts. 142, III, 143, I e II, § 1º, 144 e 145.

⁷¹¹ Em sentido contrário, DANNEMANN sustenta que a figura da caducidade em nada atende um interesse social, mas sim privado, tem em vista que o Estado só poderá agir se provocado e esta provocação depende de legítimo interesse.

Com um enfoque direto na defesa dos interesses dos consumidores, há também ações de consumo que responsabilizam titulares de marcas com base na relação de boa-fé e confiança estabelecida com os próprios consumidores⁷¹². São situações de responsabilidade do fabricante ou prestador de serviço que devem atender ou prestar a garantia ao consumidor que adquiriu determinado produto ou contratou um serviço e tem na marca a confiança que ensejou o consumo. Nestes casos, independente do titular da marca ser o utente no mercado, este se responsabiliza mesmo quando esta é licenciada ou utilizada por outra empresa do mesmo grupo econômico⁷¹³, por exemplo. É a marca cumprindo seu interesse social.

Estas são algumas medidas disponíveis para dar efetividade à norma constitucional e que permitem tanto ao INPI, responsável por analisar e conceder registros de marcas, observar o interesse social no momento do exame e agir de ofício em alguns casos de concessão de marca conferidas sem a observância dos dispositivos legais, como aos próprios consumidores e particulares com interesses em determinadas marcas, utilizarem o fundamento do interesse social para salvaguardar seus interesses.

Complementa que “*Pouco se dá ao consumidor se, dentre as marcas registradas pelo INPI, muitas haja que não mais se usem ou que nunca tenham sido usadas. O sistema anterior só se entendia à luz de uma concepção essencialmente dirigista, em que o Estado, por puro vício de exercício de poder, intervinha em situações sem qualquer injunção com o bem-estar da sociedade*” in IDS. *Op cit.* P. 350-351.

⁷¹² Neste sentido, vide CORREA, *Op. Cit.*

⁷¹³ O *leading case* desta perspectiva é o caso Panasonic, Recurso Especial n.º 63.981/SP, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior.

6. Reflexões Finais

O direito constitucional à proteção das marcas, previsto no art. 5º, inc. XXIX da CF/88, é um importante marco de reconhecimento ao direito da propriedade intelectual. De forma precisa, a CF/88 condiciona à proteção das marcas ao atendimento do interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do País. Neste breve estudo, buscou-se demonstrar que tal condição é acertada e a lei infraconstitucional possui instrumentos eficazes para fazer cumprir o que determina a carta magna.

A condição do atendimento ao *interesse social* repercute tanto no direito de marcas, como no direito do consumidor. No direito de marcas, através de compromissos e condições para obtenção e exploração das marcas no mercado, quando questões como utilidade e veracidade do sinal, assim como distinguibilidade e a novidade relativa que este deve ter, norteiam o reconhecimento das marcas e podem ser observadas na constituição destas, como um sinal de boa-fé do titular. Por outro lado, há reflexos diretos também no direito do consumidor, figura de elevada importância no contexto das marcas por ser o elemento que se busca atingir através delas, incitando o consumo. Neste caso, os reflexos são diretos se baseados na tutela da boa-fé e confiança, ou indiretos se baseados na tutela da harmonia do mercado. Em ambas as situações, o importante é a compreensão que existem fundamentos e instrumentos eficazes à disposição do julgador e dos interessados em fazer valer a condição estabelecida na CF/88: as marcas atingindo o *interesse social*.

7. Bibliografia

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo. Ed. RT. 2008.

BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre a categoria constitucional da 'propriedade das marcas'*. 2005. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/notamarca2.pdf>. Acessado em 17/06/2018.

_____. *Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Semiológica*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Propriedade Industrial & Constituição: As teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007.

COPETTI, Michele. *Afinidade entre Marcas: uma questão de Direito*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2010.

CORREA, Gustavo Bahuschewskyj. *As faces da proteção do consumidor no direito de marcas*. Revista de Direito do Consumidor. N. 71. Jul-Set 2009.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Coords.). *Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. São Paulo: Saraiva. 2007.

IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Ed. Síntese. 1999.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas: Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

TINOCO SOARES, José Carlos. *Tratado da propriedade industrial: marcas e congêneres*. São Paulo: Jurídica Brasileira. 2003.

COMISSÃO ESPECIAL DE SAÚDE

SAÚDE: O QUANTO EVOLUÍMOS DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988?

Cristiane Paim⁷¹⁴ Augusto Rossoni Luvison, Fernanda Beal Pacheco Ohlweiler, Gabriela de Freitas Santana Vissirini, Gabriela Sangoi Hugo Eduardo Giudice Paz, Imar Santos Cabeleira, Juarez Pereira Mourad, Mariana Polydoro de Albuquerque Diefenthaler, Paulo Cezar Lauxen, Rafael Feistauer Nascimento e Rodrigo Westphalen Leusin⁷¹⁵

Saúde é assunto que equipara a todos nós na mais nobre condição: humana.

O direito à saúde se encontra positivado desde 1948, no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar. Assim, se tratou de unificar a humanidade em seus maiores valores: a vida e a saúde.⁷¹⁶

Entretanto, no contexto brasileiro, o direito à saúde foi uma conquista do momento de transição conservador trazido pela Constituição Federal de 1988 (CF-1988). A partir desse marco histórico na nossa democracia, quando esse direito à saúde não estava mais restrito aos trabalhadores inseridos no mercado formal de trabalho,

⁷¹⁴ Presidente Comissão Especial da Saúde.

⁷¹⁵ Membros da Comissão Especial da Saúde.

⁷¹⁶ Informação coletada da enciclopédia livre, Wikipedia, https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Humanos. Acessado em 26.JUN.2018.

todos os brasileiros passaram a ser titulares do direito à saúde.⁷¹⁷ “A universalização dos serviços públicos de saúde foi resultado da influência do movimento sanitarista na Assembleia Constituinte de 1987. Um dos mais importantes atos políticos do chamado movimento sanitarista ocorreu entre 17 a 21 de março de 1986, em Brasília- DF, onde se realizou a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), tendo discutido, dentre outros temas, a reformulação do sistema nacional de saúde pública, sobretudo, com a ampliação da cobertura e dos beneficiários dos serviços de saúde.”⁷¹⁸

O professor José Afonso da Silva⁷¹⁹ descreve como espantoso o tempo que se levou até que se compreendesse o direito à saúde como fundamental – inerente a cada cidadão brasileiro, como indivíduo. Até meados da promulgação da CF-1988 a competência era apenas da União que legislava sobre “defesa e proteção da saúde”, o que na prática implicava no combate a endemias e epidemias.

Os direitos sociais equiparados aos direitos fundamentais como trouxe a CF-1988 é o que em muitas análises significa de fato a existência do Estado Democrático de Direito, um Estado que busca além da proteção do indivíduo o bem comum. E esse fato relevante

⁷¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL, p. 14. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acessado em 03.JUL.2018.

⁷¹⁸ MOURA, Elisângela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988, p. 4. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>. Acessado em 03.JUL.2018.

⁷¹⁹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 311. São Paulo: 41ª edição, revisada e atualizada, editora Malheiros, 2018.

aplicado à saúde demonstra o quanto esse direito foi retratado em nossa carta política com toda a sua importância, **comprometendo o Estado com organização e manutenção da saúde de todos os brasileiros.**

De tal modo, os direitos sociais, plenamente assegurados no artigo 6º da Carta Magna de 1988, possuem como objetivo a igualdade material, exigindo prestações positivas pelo Estado, “mediante políticas públicas concretizadoras de determinadas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir desigualdades existentes e garantir uma existência humana digna” (NOVELINO, 2009, p. 481) ⁷²⁰; e igualmente prestações negativas, que se traduzem pela abstenção de atos que prejudiquem o regular exercício de direitos do indivíduo.⁷²¹

Recordemos o que trata o artigo 196 da CF-88:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.”

Nesse viés a saúde exige atuação constante do Estado, e o que percebemos em um mundo globalizado é que quanto maior o desenvolvimento de cada país proporcionalmente também é maior a intervenção estatal neste aspecto.

⁷²⁰ MALLMANN, Eduarda. Direito à saúde e a responsabilidade do Estado. Publicado em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>. Acessado em 07.MAI.2018.

⁷²¹ SILVA, 2018, p. 846.

A CF-88 consolidou o Sistema Único de Saúde (SUS), em Seção específica, nos seus artigos 196 a 200, tendo sofrido poucas emendas, perceptíveis no aspecto formal, e a maioria no que tange ao orçamento destinado à saúde.

No ano de 1990 foram publicadas: a Lei 9.090 que trata “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços” (lei orgânica da saúde)⁷²²; e a Lei 8.142 que versa sobre participação da comunidade no SUS e o repasse de recursos entre os entes federados.

Em 1998 foi publicada a Lei 9.656 que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. O destaque é que apenas nesta época o Brasil finalmente atravessava por algum período de estabilidade política e econômica, e a nossa Constituição já completava 10 anos de existência.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi regulamentada no ano seguinte, em 1999, sob a Lei 9.782, que expressamente definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e em consequência criou a ANVISA.

Já em meados da virada de século, no ano de 2000, foi prevista a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), pela Lei 9.961, “*autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como*

⁷²² Texto na íntegra publicado em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acessado em
18.JUN.2018.

*órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”.*⁷²³

Assim, como magistralmente trouxe a debate recente o Prof. Bassetto⁷²⁴, só se pode inferir que, agora às vésperas dos 30 anos da CF-88 e do SUS:

“A problemática da saúde no Brasil não se encontra na lei, mas na adoção de políticas públicas que deem efetivos cumprimentos às prerrogativas constitucionais.”

Veja-se, a **Organização Mundial da Saúde (OMS)**, ao passo da ilustrada análise do Prof. Bassetto, **afirma que saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades**. Isso é a definição de saúde em nível mundial.

Então, **desde a edição da nossa CF-1988** a saúde passou a ser considerada relevante no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente porque, como discorre o Min. e Doutor em Direito Constitucional Luís Roberto Barroso⁷²⁵, **o direito privado, meramente individual, deixou de ser o protagonista, dando-se atenção precípua ao direito público, da coletividade, que busca o bem comum**. E não há dúvida que saúde é do interesse de todos os cidadãos! Especialmente

⁷²³ Art. 1º da lei que criou a ANS.

⁷²⁴ Aulas acerca de Direito Médico e da Saúde. Promovidas pela Escola Nacional de Advocacia do Conselho Federal da OAB (ENA-OAB) e Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ministradas nos dias 19 a 21.JUN.2018, sob a organização do Mestre Osvaldo Simonelli.

⁷²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, p. 534 e ss. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

porque 80% das demandas de nossa população são de caráter primário: sistema básico de saúde.

E a saúde, como os demais direitos sociais, pressupõe **o emprego de recursos públicos para a sua total garantia!** E esse ponto nefrágico (recursos públicos) é o que mais gera debates no momento atual. Para aprofundar a análise essencial a aferição de dados concretos⁷²⁶:

1º - “O Brasil é o único país com mais de 100 milhões de habitantes que assumiu o desafio de ter um sistema universal, público e gratuito de saúde.”⁷²⁷

2º - O volume de demandas primárias – assistência básica de saúde – representa 80% do SUS.

3º - O Brasil é o 8º maior mercado de saúde do mundo.

4º - A maioria dos leitos hospitalares pertence ao setor público.

5º - “A saúde não tem preço, mas tem custo”.⁷²⁸

⁷²⁶ Dados compilados e apresentados em aula acerca de Direito Médico e da Saúde. Promovidas pela Escola Nacional de Advocacia do Conselho Federal da OAB (ENA-OAB) e Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ministradas no dia 21.JUN.2018, pelo Mestre Gustavo Xavier Bassetto.

⁷²⁷ O professor Gustavo Xavier Bassetto em aula apresentou um elucidativo mapa identificando os países que atualmente desfrutam da posição de mais de 100 milhões de habitantes destacando os dados brasileiros frente ao mundo globalizado: - maior sistema público de transplante de órgãos; - 98% do mercado de vacinas é movimentado pelo SUS; - 72% de toda a população brasileira é coberta pelo SUS; - 9% do PIB brasileiro é representado pelo giro econômico da saúde; - 10% dos trabalhadores qualificados estão na área da saúde.

⁷²⁸ Frase do professor Mestre Gustavo Bassetto Xavier.

De fato, “a efetivação do direito à saúde encontra diversos obstáculos, quais sejam, de ausência de recursos, bem como de ausência de políticas públicas ou descumprimento das existentes” (SOUZA, 2010, p. 24)⁷²⁹.

O custo da saúde para todos é elevado! O que precisa ser sopesado é o que “vale” mais: a vida humana ou os recursos financeiros?

Afim de elucidar alguns dos problemas que se enfrenta no SUS, emblemático e elucidativo o artigo escrito pelo advogado Anesio Antonio Tenório, o qual se transcreve quase que na íntegra pela absoluta clareza⁷³⁰:

“A Constituição protege tanto a cura quanto a prevenção de doenças através de medidas que assegura a integridade física e psíquica do ser humano como consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado dar a efetiva proteção. Diga-se aqui que ao se falar em Estado, está incluído, a União, o Estado e os Municípios, porque a competência quanto à responsabilidade do poder Público é comum à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios e que estes deverão “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, conforme o artigo 23, inciso II da CF.”

“Todo o atendimento prestado diretamente pelo Município ou SUS, deve atender satisfatoriamente as necessidades de cada pessoa, tanto na prestação dos serviços médicos de consultas quanto na realização de todos os tipos de exames que se fizerem necessários ao perfeito diagnóstico do médico. No caso de pessoas que não tenham condições financeiras de adquirir os remédios prescritos

⁷²⁹ MALLMANN. 2012, p. 10.

⁷³⁰ TENÓRIO, Anesio Antonio. Direito à Saúde – Dever do Estado. Publicado em <http://www.oabsp.org.br/subs/auriflama/institucional/jornal-oab-local/direito-a-saude-dever-do-estado>. Acessado em 07.MAI.2018.

pelo médico, devem procurar o posto de saúde local ou serviço de assistência social do município e no caso de não concessão por estes, podem buscar o direito através de uma ação judicial.”

“Nossos tribunais tem decidido reiteradamente que é obrigação do Estado, fornecer medicamentos aos pacientes carentes, que não possuem recursos para a aquisição dos medicamentos que necessitam. O medicamento é essencial à vida das pessoas e não pode ser negado a quem deles necessita.”

“É importante ressaltar aqui a responsabilidade que tem o Poder Público de indenizar as pessoas que sofrem alguma sequela em razão da falta de atendimento médico ou fornecimento de remédios no tempo oportuno para evitar um dano ao próprio corpo.”

Assim, noticiou a Revista Consultor Jurídico, 27 de junho de 2005:

“Rio de Janeiro é condenando por não fornecer medicamento.

O Estado do Rio de Janeiro foi condenado a indenizar um paciente que perdeu o rim por falta de remédio que poderia evitar a rejeição do órgão depois do transplante. A decisão é da “ Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma manteve o acórdão do Tribunal de Justiça fluminense que garantiu a indenização. A Justiça entendeu que, mesmo tendo o paciente sido atendido por um hospital universitário integrante do SUS e não diretamente vinculado ao estado, a responsabilidade recai sobre o próprio estado.

O motorista Carlos Alberto Correia Alves vai receber 500 salários mínimos, equivalente a R\$ 150 mil, mais pensão mensal vitalícia correspondente a 50% de seu salário.

O paciente entrou na Justiça pedindo a condenação do estado em danos materiais e morais. Alegou que, por sofrer de insuficiência renal crônica, foi submetido a transplante renal e para evitar a rejeição do órgão, necessitava constantemente do medicamento ciclosporina.

Uma decisão judicial determinou que o estado lhe fornecesse o remédio. O medicamento, porém, foi entregue somente uma vez, sob a alegação de problemas jurídicos. Por causa disso, o

paciente perdeu o órgão transplantado e ficou obrigado a voltar para a hemodiálise regular. A informação é do STJ.

A primeira instância acolheu em parte o pedido do motorista, reconhecendo que o estado foi responsável pelo dano causado. A indenização foi fixada em 400 salários mínimos por danos morais. Tanto o paciente, quanto o Estado do Rio de Janeiro recorreram ao Tribunal de Justiça. A segunda instância rejeitou o recurso do Estado e acolheu o do paciente, para aumentar o valor da indenização para 500 salários mínimos e condenar o estado também por dano material.

O governo do Estado recorreu ao STJ. Alegou não existir, no caso, qualquer dever de indenizar pela falta de vínculo direto com o ato de não-fornecimento do remédio. Afirmou que a suspensão da entrega do medicamento foi de responsabilidade do Hospital Pedro Ernesto, portanto não foi praticado por agente do Estado do Rio de Janeiro, mas sim por outra pessoa jurídica, integrante do SUS – Sistema Único de Saúde.

O estado fluminense frisou em seus argumento que o Hospital Ernesto é integrante da UERJ e tem personalidade jurídica própria. Considerou ser um absurdo ser responsabilizada pelo ato praticado por qualquer integrante do SUS, seja público ou privado.

O relator do processo, ministro Luiz Fux, rejeitou o recurso. Entendeu que não é possível ao STJ reexaminar todas as provas produzidas para verificar se o Tribunal de Justiça local agiu certo ao considerar o Estado responsável pelo sofrimento causado ao motorista.

Para o ministro, a omissão no fornecimento do remédio certamente configura responsabilidade que justifica o dever de indenizar, ainda mais quando há decisão judicial obrigando a fornecer o medicamento. RESP 686.208. Revista Consultor Jurídico, 27 de junho de 2005.”

Neste contexto, a ineficiência do poder público no que tange à saúde fica evidente quando submete indivíduo ao transplante, com toda a complexidade e envolvimento de outras vidas além da vida do

transplantado, e deixa de fornecer medicamento que evitaria a rejeição do órgão. Esse órgão certamente foi aguardado, suplicado e oriundo de longa lista junto ao SUS. O transplante deve ter custado alguns milhares ao erário e mesmo assim aquele que deveria continuar provendo a boa assistência para o sucesso do procedimento se omite, alegando falta de vínculo direto.

Como se vê, o ordenamento jurídico constitucional garantiu o direito à saúde a todo cidadão, atribuindo como um dever fundamental do Estado. Nesse contexto surgiu a seguinte questão: obrigatoriedade de prestação pelo poder público pertinente ao acesso e ao tratamento integral em oposição aos recursos limitados. A partir desta realidade se passou a aplicar o Princípio da Reserva do Possível, o qual vem sendo utilizado pelo Estado como fator impeditivo da efetivação do direito à saúde.

Em suma, podemos dizer que o direito constitucional à saúde pública de forma integral, desde o seu nascedouro, vem sofrendo limitações com base no Princípio da Reserva do Possível. Entretanto, imprescindível que seja realizada, a ponderação por meio da proporcionalidade com o Princípio da Proibição de Retrocesso Social, possibilitando a efetivação do direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: diretriz prevista no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal e o princípio expresso no artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080 de 1990.

Vale dizer que o Princípio da Reserva do Possível não deve ser pleno e absoluto, jamais deve ser considerado de forma isolada como argumento plausível para justificar a ausência de determinada política

pública, em especial no que tange ao direito à saúde, vez que, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social tem como objetivo impedir que determinados direitos sejam extirpados do ordenamento jurídico, garantindo um mínimo existencial e um caráter evolutivo à sociedade.

Em assim sendo, a ponderação do Princípio da Reserva do Possível e da Proibição do Retrocesso Social deverá ocorrer, levando-se em consideração os argumentos do Estado que deve ainda demonstrar de forma clara que não violou o Princípio do Retrocesso Social, que deverá, sempre, ser sopesado.

O que se precisa enfrentar prontamente é que o Estado brasileiro necessita se debruçar urgentemente sobre os problemas mais graves: saúde está entre eles, não há dúvida. A dotação orçamentária para cada área assistida pelo governo com certeza é um capítulo a parte.

Agora, que os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, contribuintes, por via direta ou indireta, desde o nascimento, devem ser assegurados e garantidos pelo poder público acredita-se que sobre isso não haja qualquer questionamento.

O professor Barroso⁷³¹ nos leva a uma reflexão acerca do caminho que ainda é necessário percorrer, citando a desigualdade social, déficits de moradia, educação e saneamento, os quais impactam diretamente a área da saúde, e especialmente saúde pública. O mesmo autor não deixa de lado a questão tão latente da corrupção e violência urbana, em níveis que se equiparam a países em guerra, os quais certamente ofuscam a relevância do tema saúde:

⁷³¹ BARROSO, 2018, p. 537.

“A comemoração merecida dos muitos avanços obtidos sob a Constituição de 1988 não precisa, todavia, de falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e déficits dramáticos em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra.”

E quanto ao nosso sistema fiscal? Muito efetivo para cobrar e fiscalizar, um dos mais complexos e onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. “Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipal de tributos que se superpõem e cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas.”

Então, o Estado tem arrecadação, uma das mais altas do mundo, mas não é eficiente para investir no direito fundamental, previsto na CF-88? A gestão dos recursos não está eficiente.

Em contraponto, buscando o olhar acerca dos pontos positivos, o Prof. Barroso⁷³² prossegue fazendo uma análise da CF-88 frente à realidade do nosso continente e legado político:

“Mas, a despeito de tudo, a Constituição de 1988 é o símbolo de uma história de sucesso. Acolheu reformas econômicas importantes, viu a inflação ser domesticada e foi contemporânea da inclusão social de milhões de pessoas que deixaram a linha da miséria. Não foi como um conto de fadas, mas um processo de resistência e enfrentamento, no qual superamos três crônicas disfunções da política latino-americana: autoritarismo, golpismo e populismo. Sobrou-nos, é certo, o patrimonialismo renitente e uma certa mediocridade difícil

⁷³² BARROSO, 2018, p. 538 e 539.

de dissipar. Mas temos avançado. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

O constitucionalismo democrático, que combina a soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais, tornou-se o arranjo institucional dominante no mundo desenvolvido. O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. As últimas três décadas representam não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O Estado constitucional democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, liberdade e igualdade ampla. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que nos separam a chegada da família real e a consolidação da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.”

Deixando completo o pensamento, há na obra um item do último capítulo⁷³³ que faz um fechamento do raciocínio aqui desenvolvido:

“A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: AVANÇOS, REVESES E SUCESSO INSTITUCIONAL

A constituição brasileira de 1988 constitui uma história de sucesso, resistência e enfrentamento. É certo que algumas circunstâncias do processo de elaboração conduziram a um texto prolixo, casuístico e corporativista. Nada obstante, aproximando-se do seu trigésimo aniversário, o saldo é extremamente positivo. É possível, por exemplo, celebrar a transição bem-sucedida para a democracia, a conquista de estabilidade institucional e o desenvolvimento de uma

⁷³³ BARROSO, 2018, p. 545.

cultura de respeito aos direitos fundamentais. Ainda é imprescindível uma reforma política profunda e a elevação do patamar ético geral do país. A verdade, no entanto, é que, tendo nos atrasado na história, conseguimos muitos avanços em espaço de tempo relativamente curto: o Brasil é hoje uma das dez maiores economias do mundo, conseguiu retirar um número expressivo de pessoas da miséria e ganhou relevância internacional.”

Entretanto, não podemos negar que a saúde pública brasileira se encontra em crise. Os recursos são limitados e o Estado não consegue efetivar as políticas públicas necessárias para todos os cidadãos acabando por oferecer:

- um tratamento médico que não respeita a dignidade da pessoa humana;
- uma cobertura que não é universal e;
- um atendimento que não é integral.

**COMISSÃO ESPECIAL DE SEGUROS E PREVIDENCIA
COMPLEMENTAR**

**PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL: A SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS E O
CONTRATO DE SEGURO**

Cláudio Furtado⁷³⁴, Marcelo Barreto Leal⁷³⁵

1. Constitucionalização do Direito Civil

Inicialmente, sabe-se que o revogado Código Civil de 1916 é fruto das doutrinas individualista e voluntarista consagrados pelo Code e incorporadas pelas codificações do século XIX, que, por sua vez, serviram de fundamento ao legislador brasileiro de 1916. Mais especificamente, o Direito Civil, tal como é conhecido hoje, provém da sistematização procedida por Jean Domat, cuja obra serviu para a

⁷³⁴ Advogado, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Especialista em Direito dos Seguros pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Membro da Organização Internacional de Direito do Seguro - AIDA Brasil e Membro da Comissão de Seguros da Ordem dos Advogados do Brasil/RS.

⁷³⁵ Advogado, Bacharel em Direito e Especialista em Direito, Mercado e Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pela UNISINOS com disciplinas cursadas na *Whashington University in Saint Louis, USA, Especialista en Derecho de Seguro pela Universidad de Salamanca, España*, Vice-Presidente do Grupo Nacional de Trabalho de Previdência Privada da Seção Brasileira da Associação Internacional de Direito do Seguro – AIDA, *Secretário General del Grupo Internacional de Trabajo de Automotores del Comité Ibero-Latinoamericano da AIDA* e Presidente da Comissão de Seguros e Previdência Complementar da Ordem dos Advogados do Brasil/RS.

delimitação do conteúdo que foi introduzido no Código de Napoleão, sendo, ainda, o primeiro a separar leis civis das públicas⁷³⁶.

Àquela época, o Direito Privado regulava, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, no caso, o contratante, que, por sua vez, nada aspirava senão ao aniquilamento de todos os privilégios existentes no período feudal. Acreditava-se que o Código Civil Brasileiro, como os demais da época, seria a Constituição do Direito Privado. O Direito Público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas⁷³⁷.

Tal fenômeno encontra explicação se analisado o contexto histórico da época. De acordo com Julio Cesar Finger, o período denominado “Era da Codificação” é produto da obra de Locke, Descartes e Spinoza. O racionalismo, cultivado desde então, e também o Iluminismo, suporte filosófico da Revolução Francesa, pregavam a ideia de que se deve à razão o predomínio na gênese do conhecimento humano. Ao partir-se desse pensamento, chega-se à conclusão de que toda a atividade social é racionalmente ordenada, abrindo caminho para a concepção de Direito como um sistema e um período dogmático específico, a partir de conceitos gerais. O conceitualismo, com sua

⁷³⁶ TEPEDINO, Maria Celina B. M.. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1993, p. 21 e 22.

⁷³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 2 e 3.

generalidade e abstração, foi a possibilidade encontrada para expressão preceptiva do princípio da igualdade formal⁷³⁸.

Daí, como destaca Gustavo Tepedino, o mito da completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heterônomas, forjando-se um modelo de sistema fechado, autossuficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito. A Escola da Exegese, reelaborando o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às últimas consequências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico em todas as suas manifestações⁷³⁹.

Ainda, segundo Finger, ao eger e jurisdicizar determinadas categorias, conceituando-as e disciplinando as relações consequentes, o sistema codificado permitiria somente a entrada das situações reais correspondentes, permanecendo as que não sofrem a incidência das normas no campo do não-jurídico, do que não interessa para o Código Civil⁷⁴⁰. Como anota Tepedino, o Direito Público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O

⁷³⁸ FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *A Constituição Concretizada*. p 87 e 88.

⁷³⁹ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p 2.

⁷⁴⁰ FINGER, Julio Cesar Finger. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil *in* *A Constituição Concretizada*. p 89.

Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular⁷⁴¹.

Em seguida, mediante os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, já no século XX, que atingiram profundamente o direito civil europeu e, também, conseqüentemente, o ordenamento brasileiro, tornou-se inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia⁷⁴².

O Estado legislador movimentava-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e circunstanciais, com o desiderato de reequilibrar o quadro social delineado pelas novas castas econômicas. Tais leis extracodificadas corroboravam o papel constitucional atribuído ao Código no que concerne às relações privadas, permitindo que situações não previstas pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado. Esta legislação de Emergência, que se pretendia episódica, casuística, fugaz, não abalaria os alicerces da dogmática do direito civil. Delineou-se assim o cenário dessa primeira fase intervencionista do Estado⁷⁴³.

⁷⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999., p 3.

⁷⁴² *Idem, ibidem* p 4 e 5.

⁷⁴³ *Idem, ibidem*.

A partir dos anos 30, no Brasil, assistiu-se ao nascedouro de um grande contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se inseriam no caráter de excepcionalidade da imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude do Código Civil, em razão da necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e simplesmente não mencionadas no Código Civil. Pode-se registrar, dessa forma, uma segunda fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas⁷⁴⁴.

No influxo gerado pela nova postura intervencionista do Estado, em busca da igualdade material, o Direito Civil não apresenta mais soluções de molde a regular em contento as novas exigências sociais. Toda essa legislação descentralizadora, consequência em nível infraconstitucional do *Welfare State* impôs a proteção de uma das partes envolvidas na relação jurídica, considerada hipossuficiente, de forma a equilibrar juridicamente o que faticamente assim não era, buscando, dentro do espírito dos direitos sociais uma igualdade em sentido material⁷⁴⁵.

Assim, diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita regras do jogo, o Direito Civil viu modificadas as suas funções, não podendo mais ser estimado segundo moldes do direito

⁷⁴⁴ *Idem, ibidem* p 5.

⁷⁴⁵ FINGER, Julio Cesar Finger. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil *in* A Constituição Concretizada. p 89.

individualista dos séculos anteriores. Não se trata de uma invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de Direito Civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do Direito Público como, por exemplo, a aplicação das normas constitucionais nas relações jurídicas de Direito Privado⁷⁴⁶.

Nesse caminho, insere-se a Constituição Federal de 1988 retratando uma opção legislativa em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um Direito Civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil⁷⁴⁷.

Paradigma de tal movimento é o Código de Defesa do Consumidor. Estes novos diplomas não se circunscrevem a tratar do direito substantivo, mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro instituem tipos penais, veiculam normas de Direito Administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos⁷⁴⁸.

Assim, a divisão do Direito não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e de, substancial - isto é, expressão de duas

⁷⁴⁶ TEPEDINO, Maria Celina B. M.. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1993, p. 22, 23 e 24.

⁷⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 3.

⁷⁴⁸ *Idem, ibidem.*

realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade - se transforma em distinção meramente “quantitativa”: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade, princípio da solidariedade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizando, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos⁷⁴⁹.

Ainda, no que tange à constitucionalização do Direito Civil, a complexidade da vida contemporânea não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de mini codificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo de direito civil. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais⁷⁵⁰.

A respeito do estereótipo microsistema, se opõe Gustavo Tepedino. Não há dúvida que a aludida relação estabelecida entre o Código civil e as leis especiais, tanto na fase da excepcionalidade quanto na fase da especialização, constituía uma espécie de monossistema, onde o Código Civil era o grande centro de referência e as demais leis funcionavam como satélites, ao seu redor. Com as modificações relatadas, vislumbrou-se o chamado polissistema, em que gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias a

⁷⁴⁹ *Idem ibidem.*

⁷⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil *in* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, nº 141, jan./mar.1999. p 102 e 103.

prescindir do Código Civil. Tais universos legislativos foram identificados pela mencionada doutrina como microsistemas⁷⁵¹.

Todavia, em que pese a extraordinária análise histórica, o fato é que tal doutrina, levada às últimas consequências, representa uma grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares. Dessa forma, propõe Tepedino, reconhecendo a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil⁷⁵².

Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas⁷⁵³.

A propósito de cláusulas gerais, torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à técnica narrativa, de algum modo à retórica a aos sentimentos (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo democraticamente os valores predominantes na realidade

⁷⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 3.

⁷⁵² *Idem, ibidem*.

⁷⁵³ *Idem, ibidem*.

social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados⁷⁵⁴.

Entretanto, acrescenta o autor, as cláusulas gerais, se utilizadas como nos códigos do passado, pouco contribuem para a superação da crise representada pela proliferação das fontes normativas. A técnica das cláusulas gerais imposta pela contemporaneidade reclama, necessariamente, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos coerentes com a *ratio* do sistema, voltada para valores não patrimoniais como quer, no caso brasileiro o texto constitucional⁷⁵⁵.

Os princípios – dentre eles o princípio da solidariedade –, obrigatoriamente, devem ser levados em consideração a partir do balanceamento de valores em conflito, cedendo um deles, sem prejuízo do seu núcleo essencial, em favor do outro, em ponderação a ser verificada no caso em concreto. Os princípios, por assim dizer, não têm pretensão de exclusividade e, ao contrário das regras, só funcionam quando podem ser “quebrados com legitimidade”.

O sistema jurídico, ao contrário de axiomático-dedutivo, por conseguinte, é axiológico. Tal sistema jurídico, encabeçado pela Lei Fundamental é, conseqüentemente, aberto, mantendo com a realidade uma relação dialógica, no sentido de permanentemente estar com ela a aprender⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p 10.

⁷⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁷⁵⁶ FINGER, Julio Cesar Finger. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil *in* A Constituição Concretizada. p 97.

Ainda, segundo Tepedino, o legislador passa, além de coibir comportamentos indesejados - os atos ilícitos-, em atuação repressiva, age através da lei de incentivo, propõe vantagens ao destinatário da norma jurídica⁷⁵⁷.

O legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas, tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial, ao cumprimento de deveres não patrimoniais. Ademais, na nova forma de legislar, nota-se o caráter contratual de tais estatutos. Aquele legislador do Código Civil que legislava de maneira geral e abstrata, tendo em mira o cidadão comum, dá lugar a um cidadão-negociador, com vocação para a contratação, que produz a normatização para determinados grupos⁷⁵⁸.

Nesta seara, a aplicação dos princípios apresentados pela Constituição Federal passa a permear as relações civis, constituindo elementos norteadores para a disciplina das relações interpessoais, as quais, em momento anterior, não encontravam amparo nos Códigos infraconstitucionais.

Ou seja, a Constituição Federal, mais do que um mero ordenamento na busca de emanar normas, trouxe elementos de diálogo para as regras já postas e de organização das leis que vieram posteriormente.

Os princípios elencados indicaram como as relações entre os cidadãos deveriam ser normatizadas, através de uma visão humanitária

⁷⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 11.

⁷⁵⁸ *Idem, ibidem*.

em detrimento do caráter eminentemente patrimonial/individualista de regramentos anteriores.

Trata-se, portanto, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais⁷⁵⁹.

Nesse aspecto, considerando o avanço das relações propostas, é na Constituição Federal que o Direito Civil buscou o fundamento para a criação de mecanismos de justiça de forma equânime, através da consolidação de propósitos consignados através dos princípios.

Entre tantos institutos, pode-se afirmar que o da Responsabilidade Civil, tendo em vista a sua inegável relação com as transformações sociais, é um dos que mais dialogou com os propósitos da Constituição Federal, se valendo dos princípios como ferramenta de interpretação e efetivação.

Entre tantos princípios, verifica-se que a busca por relações solidárias resultou em inúmeras avanços para a efetiva prevenção de danos e reparação de prejuízos.

⁷⁵⁹ *Idem, ibidem.*

2. A Responsabilidade Civil e o Princípio da Solidariedade na Constituição Federal

Gustavo Tepedino⁷⁶⁰ pondera que os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e das desigualdades sociais e regionais não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil.

Em manifesta evolução, a responsabilidade civil se afasta do aspecto individualista para buscar formas de reparação que envolvam a contribuição mútua, objetivando a reparação do dano.

Tal concepção parte de uma problemática que decorre da falência da aplicação da teoria da clássica, amparada na culpa, a qual deu lugar à análise objetiva da responsabilidade do agente causador do dano, indiferente da verificação da culpa.

Evidentemente, ao persistir com o conceito da teoria clássica, os novos eventos lesivos que passavam a permear cada vez mais o cotidiano da sociedade moderna não seriam respondidos ao ponto de entregar à vítima a reparação do dano suportado. Observa-se, com isso, a notória incapacidade desta teoria, diante das novas exigências sociais,

⁷⁶⁰ TEPEDINO. Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal, in temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 191-216.

econômicas e tecnológicas, o que redundou na ampliação do conceito da culpa ou dispensou a necessidade da sua verificação.

Porém, tão somente a evolução na verificação da responsabilidade através da aplicação das teorias do risco e a relativização da análise da culpa, apesar de representar grande avanço, por si só não alcança a finalidade objetivada, qual seja: a efetiva reparação da vítima.

Ou seja, mesmo com todo ganho que a análise sobre a perspectiva da responsabilidade civil objetiva trouxe na busca da verificação do autor do dano, a reparação da parte lesada ainda não encontra fácil resposta, pois está subordinada às condições patrimoniais do agente causador.

Nesse sentido é que o princípio da solidariedade insculpido na Constituição Federal de 1988, vem como alicerce na busca da criação de meios para a reparação do dano sofrido pela vítima, apresentando-se como norteador teórico para aplicação de medidas práticas que objetivam a mitigação dos prejuízos decorrentes de atos lesivos.

Ao abordar tal questão, Maria Celina Bodin de Moraes indica que a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também no momento de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.

A solidariedade social consubstancia-se, sem dúvida alguma, em um dos principais vetores do direito contemporâneo. A influência dos ideais solidários e do conhecimento do caráter normativo do princípio da solidariedade social, por toda parte difundido, provocou efeitos revolucionários em diversos setores do direito do direito privado, temperando sua histórica orientação liberal e individualista.

Com efeito, se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral e ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro’. É o conceito dialético do reconhecimento do outro⁷⁶¹.

A solidariedade, quando positivada na Constituição Federal, mais do que vir como uma ideia de cooperação mútua com o propósito de evitar a perpetuação de danos, concebe a base para se buscar as respostas para quando este dano ocorre.

Neste contexto, Anderson Schreiber⁷⁶² pondera que, muito além da costumeira alusão às hipóteses legais de responsabilidade objetiva, a solidariedade social promoveu radical transformação na própria

⁷⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110

⁷⁶² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 222

função atribuída a este ramo jurídico, especialmente por meio de uma gradativa conscientização de que o escopo fundamental da responsabilidade civil não deve ser a repressão de condutas negligentes, mas a reparação dos danos.

O que se verifica, em última análise, é que o instituto da Responsabilidade Civil está intrinsecamente vinculado ao Princípio da Solidariedade consignado no artigo 3º, I da Constituição Federal, tanto sob o aspecto de um dever de não lesar, ou seja, de evitar a sua aplicação - caráter preventivo; como sob o prisma da reparação, indicando que a mitigação do dano cabe à coletividade - caráter reparatório.

A ideia de solidariedade vem, assim, imiscuindo-se nas bases teóricas da responsabilidade civil e na própria filosofia que a sustenta. Há, cada vez mais, solidariedade na culpa (todos somos culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causamos danos), e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (todos devemos reparar os danos)⁷⁶³

Nesse aspecto, é importante frisar que o dano aparece como um instrumento de atentado a toda a coletividade e não apenas à vítima, como consequência de um duplo fenômeno - de objetivação e coletivização da responsabilidade -, transpassando o curso de um processo evolutivo calcado na culpa⁷⁶⁴.

⁷⁶³ SCHREIBER. Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 223

⁷⁶⁴ VIEIRA. Patrícia Ribeiro Serra Vieira. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 95

Ou seja, o dano não pode mais ser considerado de forma individual e com respostas isoladas, mas sim através de uma concepção coletiva, em que a lesão a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos possui reflexos que vão muito além daquela relação social específica.

A consequência disso é que as formas de mitigar estes danos não podem mais ser verificadas na simples busca de reparação pelo agente causador, tendo em vista que tal método vem se mostrando cada vez mais insuficiente pelas mais diversas justificativas.

Trazendo a figura da vítima como agente central e não mais a do causador da lesão (concepção arcaica pela busca da punição), o que importa de forma imediata é como reparar o dano para que este não se perpetue e redunde em mais prejuízos à vítima

Nesse aspecto é que através da concepção de colaboração mútua que se verificou um caminho bastante eficaz para a obtenção da reparação, saindo da concepção individualista para a prática solidária.

Percebe-se, portanto, a imprescindibilidade da interpretação da responsabilidade civil através do princípio da solidariedade, sendo este o caminho que se mostra mais efetivo, considerando o atual panorama de uma sociedade de riscos⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ BECK, Ulrich. Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 33. bem indica que os riscos da modernização emergem ao mesmo tempo vinculados espacialmente e desvinculados com um alcance universal; mostrando-se incalculável e imprevisível os intrincados caminhos de seus efeitos nocivos

3. O Contrato de Seguro como Ferramenta do Princípio da Solidariedade.

Ao abordar o princípio da solidariedade, leciona Sérgio Cavalieri Filho⁷⁶⁶ que o dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. E o seguro é uma das técnicas mais utilizadas no sentido de alcançar a socialização do dano, porquanto consegue-se, através dele, distribuir os riscos entre todos os segurados.

O seguro privado, em um primeiro momento, e o seguro social, em uma segunda etapa, como técnica de pulverização dos riscos, caracterizam-se como métodos de socialização dos riscos, que nada mais é do que a efetivação do princípio da solidariedade.

Ou seja, o mecanismo estruturado através do contrato de seguro, reflete, dentro do seu âmbito de abrangência, o que o legislador buscou ao consignar a solidariedade como preceito fundamental, partindo-se da premissa de que a coletividade se une através de um fundo comum com o objetivo de mitigar os danos em eventual ocorrência de evento lesivo.

A adoção de uma “tecnologia de risco” promove a ruptura com o individualismo jurídico, que não pode sobrelevar-se na cultura de “solidariedade social” ou numa sociedade de seguridade. O Seguro é colocado como instrumento mais adequado à superação dos processos de perturbação e de insegurança característicos das sociedades de massa e de risco. Nesse sentido, desenvolvendo ideias legitimadoras da importância do seguro, o *Dicionário de ética econômica* nos faz

⁷⁶⁶ FILHO. Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 136

considerar que o “seguro tem por objetivo a produção de segurança interna e externa. Entende-se por segurança interna o sentimento individual (subjetivo) de estar seguro e por segurança externa (objetiva) a que desenvolve contra os perigos.⁷⁶⁷

Nesse aspecto, o contrato de seguro advém de uma perspectiva solidária, em que a socialização do risco é o pilar para o funcionamento do sistema, através da concepção mútua de que o eventual prejuízo será diluído entre todos os integrantes da coletividade.

Anderson Schreiber, ao abordar especificamente os seguros de responsabilidade civil, consigna que o seu desenvolvimento evidencia uma busca espontânea dos agentes potencialmente lesivos - e, em última análise, de toda a sociedade - por uma repartição de riscos, com a distribuição entre si dos danos advindos da sua atividade primordial⁷⁶⁸.

O contrato de seguro preservou a característica de uma instituição de natureza solidária, enquanto genuína expressão de um contrato rigorosamente econômico, porém, apesar disso, com a feição de um negócio jurídico que, ao invés do conflito, assenta-se no princípio da solidariedade entre os sujeitos que dele participam⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ VIEIRA. Patrícia Ribeiro Serra Vieira. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 95

⁷⁶⁸ SCHREIBER. Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 230

⁷⁶⁹ GOMES. Orlando. Natureza jurídica do monte de previdência, in Instituto Brasileiro de Direito de Seguro. II Fórum de Direito de Seguro José Sollero Filho. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.103

O dano, portanto, deixa de ser da pessoa para se tornar um dano à própria coletividade, sendo substituído o princípio da responsabilidade civil pelo da socialização dos riscos, mostrando-se este muito mais eficaz na proteção e satisfação da vítima, vez que, mesmo se considerada a responsabilidade na sua concepção objetiva, não há garantias claras de que o causador irá repará-lo.

Na teoria da socialização dos riscos, o contrato de seguro na sua concepção privada seria apenas a primeira etapa da sua efetivação. Caio Mário, sobre este aspecto, preceitua e projeta que em um primeiro momento ocorre a extensão da responsabilidade pela prática do seguro que distribui o risco entre os segurados: o seguro é complementação da responsabilidade. Em um segundo momento, a socialização dos riscos é assegurada diretamente pela seguridade social, a cargo de organismos coletivos que assumem riscos sociais: a responsabilidade é um complemento da seguridade social. Por fim, em um terceiro momento, a vítima somente poderia reclamar da seguridade que não obtém reembolso contra o responsável: a repartição dos riscos exclui, então, a responsabilidade⁷⁷⁰.

Na realidade brasileira, o segundo momento da socialização dos riscos vem exemplificada com o seguro obrigatório dos proprietários de veículos automotores – DPVAT e com o acidente de trabalho, em que a reparação do dano vem sendo coberta por um seguro coletivo, a cargo dos empregadores, pelo qual se transfere para o segurador o encargo de pagar a indenização.

⁷⁷⁰ PEREIRA. Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 289

Apesar de claramente tímida, a experiência local se revelou bastante efetiva no alcance do objetivo buscado, qual seja: a reparação ou mitigação do dano causado à vítima. Evidentemente, pelas somas indenizatórias consignadas não há como se conceber como um instrumento de eficácia plena, porém apresenta-se como mecanismo de atenuação dos prejuízos, sendo que, mesmo com a sua utilização, a vítima ainda poderá buscar o restante da reparação do causador direto do dano.

Observa-se, na perspectiva histórica, que a criação do denominado Estado de Bem-Estar Social culminou, em algumas nações desenvolvidas, na edição de diplomas legais caracterizadores da denominada socialização dos riscos, apontada por muitos como a solução natural e exclusiva das problemáticas engendradas pela responsabilidade civil.

Mais do que seguros privados, em determinados países, houve flagrante evolução no sentido de se constituir fundos públicos de adesão compulsória, objetivando a reparação imediata dos danos para determinado segmento da sociedade que estariam expostos a riscos.

O exemplo mais ousado neste aspecto, de acordo com o ensinamento de Marco Fábio Morsello⁷⁷¹, ocorreu em 1974 na Nova Zelândia, com a edição da *Accident Compensation Act*, que teve por escopo principal a justa indenização das vítimas de acidentes, sem a necessidade de que fossem instauradas lides processuais. Estas, aliás,

⁷⁷¹ MORSELLO. Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. **Revista da Escola Paulista de Magistratura.** , ano 7, nº 2, julho/dezembro. p. 13-22. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. 2006

consoante análise à época, representavam altos custos, não resultando na denominada justa compensação.

Na própria Constituição Federal de 1988, como reflexo desse fenômeno, consta no artigo 7º, XXVIII, o “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa”.

Na doutrina francesa, com adeptos no Brasil, chega-se mesmo a sustentar que, a curto prazo, a responsabilidade individual será substituída pelos seguros privados e sociais, com a criação de fundos coletivos de reparação, a serem financiados por contribuições dos criadores dos riscos - patrões, proprietários de veículos, etc.

Neste sentido, Genviève Viney, autora de grande, atualmente, na França, escreveu alentado volume sobre o *Declínio da responsabilidade individual*, onde sustenta que a socialização na época contemporânea, impõe uma revisão do Direito e da responsabilidade civil⁷⁷².

Evidentemente, muito ainda há o que se evoluir na maturação da socialização dos riscos, o que já ocorrera em países de primeiro mundo que pautam suas políticas pelo Estado de Bem-Estar Social. Porém, considerando a insuficiência da atual estrutura da responsabilidade civil, consubstanciada na responsabilização individual, percebe-se que a progressão da socialização dos riscos, calcada no Princípio da Solidariedade, apresenta-se como caminho mais efetivo na busca pela reparação do dano.

⁷⁷² FILHO. Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 147

Neste momento, o contrato de seguro, mesmo que na sua concepção privada, é o que melhor traduz o princípio da solidariedade quanto função reparatória, consignado na Constituição Federal de 1988.

O mecanismo de constituição de um fundo onde todos os integrantes colaboram de acordo com o risco a que estão expostos, revela o acerto de tal medida na efetivação da socialização dos prejuízos e, conseqüente, reparação de danos ocasionados à vítima.

O contrato de seguro, portanto, apresenta-se, mesmo com todas as suas limitações, como um esboço da aplicação prática do princípio da solidariedade no momento em que através da colaboração mútua se obtém a proteção dos interesses, que em assim não sendo estariam expostos a toda sorte de riscos.

Evidentemente, muito ainda há o que se evoluir na maturação da socialização dos riscos, o que já ocorrera em países de primeiro mundo que pautam suas políticas pelo Estado de Bem Estar Social. Porém, considerando a insuficiência da atual estrutura da responsabilidade civil, consubstanciada na responsabilização individual, percebe-se que a progressão da socialização dos riscos, calcada no Princípio da Solidariedade, apresenta-se como caminho mais efetivo na busca pela reparação do dano.

Portanto, em uma sociedade que está constantemente exposta a riscos de todas origens, à exemplo de inúmeras experiências bem sucedidas no cenário internacional, utilizando-se do caminho aberto pela adoção do princípio da solidariedade como um dever, a socialização dos riscos representada pelo contrato de seguro em

qualquer de suas formas, apresenta-se como meio mais eficaz na busca de alternativas para a mitigação dos danos sofridos pela parte lesada.

Percebe-se, de forma inequívoca, o sucesso do diálogo existente entre um princípio da Constituição Federal (solidariedade) e um instituto de direito privado (responsabilidade civil), comprovando a eficácia da adoção de medidas colaborativas nas relações que até então eram vistas sob um aspecto exclusivamente individual.

COMISSÃO ESPECIAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

O PROCESSO ELETRÔNICO E O PRINCÍPIO DO "AMPLO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO"⁷⁷³

Carlos Thomaz Ávila Albornoz⁷⁷⁴, Filipe Pereira Mallmann⁷⁷⁵

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio do Amplo Acesso à Justiça. 3. Processo Eletrônico. 4. Necessidade de submissão do princípio do processo eletrônico à regra de amplo acesso à justiça. 5. Considerações sobre aspectos correlatos conjunturais. 5.1. Agentes externos. 5.2. Agentes conjunturais. 5.3. Agentes excepcionais. 6. Expectativa de mudança. 7. Conclusão.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a equação entre o princípio do "acesso ao Poder Judiciário" e a implantação do "Processo Eletrônico". O resultado é o exame da implantação do dentro do contexto em que se insere com as sabidas carências estruturais e diversidade de situações existentes no país, bem como a dificuldade de sua assimilação pelos advogados sem um necessário período de transição.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça; Processo Eletrônico. Efetividade processual. Universo correlato. Advocacia.

⁷⁷³ Reescrito, revisado e adaptado a partir de artigo publicado por Carlos Thomaz Ávila Albornoz no livro "**Processo Judicial Eletrônico**" publicado pelo Conselho Federal do Ordem dos Advogados do Brasil, Coordenação de Marcus Vinicius Furtado Coelho e Luiz Cláudio Allemand, 2014.

⁷⁷⁴ Advogado. Conselheiro Seccional da OAB/RS desde 2007. Presidente da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação da OAB/RS desde 2010. Membro da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação do Conselho Federal da OAB desde 2013.

⁷⁷⁵ Advogado. Presidente da CEDTI da OAB/RS desde 2016

Contents: Introduction 1. 2 Principle of Broad Access to Justice. 3 Electronic Process. 4 Necessity of submission of the principle of the electronic process of broad access to justice rule. 5 Considerations related situational aspects. 5.1. External agents. 5.2. Cyclical agents. 5.3. Exceptional agents. 6. Expected change. 7. Conclusion.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the equation between the principle of "access to the judiciary" and the implementation of "Electronic Process". The result is an examination of the implementation of the EO within the context in which it operates with the known structural deficiencies and diversity of situations in the country, as well as the difficulty of assimilation by lawyers without a necessary transition period.

Keywords: Access to Justice; Electronic process. Procedural effectiveness. Correlate universe. Advocacy.

1. Introdução

Antes de qualquer outra consideração, há que colocar que não se pode falar em Processo Eletrônico sem ter presente princípio basilar constitucionalmente assegurado ao cidadão, qual seja o da "garantia do amplo acesso à Justiça". Dentro dessa ótica parece indispensável afirmar que "Processo Eletrônico" e "Amplo Acesso à Justiça", embora ligados à prestação jurisdicional não têm o mesmo peso em uma escala hierárquica de valores. Daí se poder afirmar que enquanto o "Processo Eletrônico" é mera "forma processual de tramitação de feitos", o "Amplo Acesso à Justiça" é "direito constitucional do cidadão". Num confronto entre ambos, sempre vai prevalecer o último.

O que se buscará trazer é a visão do *standard médio* da classe de "advogados com limitados conhecimentos na área de informática". Essa é a grande inquietação dos colegas e o maior desafio à implantação

de todo e qualquer sistema de processo eletrônico. Daí a certeza de que o denominado "Processo Judicial Eletrônico" não pode ser concebido com o risco de se constituir em um óbice a atuação dos "profissionais da advocacia" ou reservado a uma elite, com a exclusão ou óbices à atividade dos demais. A imensa maioria da Advocacia não trabalha em grandes escritórios. Em razão disso, não tem condições de ter à sua disposição assessoria ou técnicos em informática. Esses advogados, prioritariamente, devem ser tidos em conta por aqueles que produzem e implantam os sistemas de Processo Eletrônico, sob pena de se estar comprometendo o sagrado direito de amplo acesso à Justiça. Se assim não for, corre-se o risco de excluir profissionais devidamente qualificados e aptos ao exercício de sua profissão. Nesse sentido crítica do Presidente do Conselho Federal, Cláudio Lamachia, à época vice-presidente do Conselho onde afirmava que *"não é crível que o advogado quase que tenha que fazer uma faculdade de internet e tecnologia da informação para que possa se adaptar a todos estes sistemas"* (Âmbito Jurídico - 01.05.14).

A ideia básica tem que ser a de que a forma processual (seja física ou eletrônica) tem que constituir em um facilitador da atividade e, jamais, em algo excludente como se corre o risco que venha a acontecer.

Em razão do enfoque a ser dado, aqui não se pretende examinar aspectos de importância, como *"arquitetura do sistema"*, *"transparência"*, *"necessidade de auditoria externa"* e outras matérias também de relevância frente ao Processo Eletrônico, mas buscar dar uma visão voltada para os óbices encontrados pelo *"advogado comum"*

para ter garantido, sempre o "amplo acesso à Justiça" que é constitucionalmente assegurado ao cidadão que representa.

2. Princípio do Amplo Acesso à Justiça

O Estado democrático de Direito, consagrado na Constituição vigente, definida por Ulysses Guimarães como a "*constituição cidadã*", em seu art. 1º, tem, dentre outros fundamentos, a "cidadania" (inc. II) e a "dignidade da pessoa humana" (inc. III). São "Princípios Fundamentais" que formam a República Federativa do Brasil e concretizam a base do Estado brasileiro. Tendo como alicerces a cidadania e a dignidade da pessoa consagra, por via de consequência, o amplo acesso à Justiça. Daí, trazer em seu conteúdo uma série de regras cogentes. Dentre elas, a de que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão ao direito*" (inc. XXXV do art. 5º), a que assegura "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*" (inc. LV do art. 5º) e a que garante que "*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*" (alínea 'a' do inc. LV do art. 5º);

De outro lado, o art. 133 da Carta Magna estabelece que "*O advogado é indispensável à administração da justiça, ...*".

A leitura conjunta que pode se fazer das referidas regras constitucionais é a da garantia da universalidade do acesso à justiça e a

da necessidade participação da participação do advogado como elemento indispensável a ela.

Examinando a matéria, Juarez Freitas, em sua obra "O Intérprete e o poder de dar vida à Constituição" (Malheiros, 2001, pg. 235), ensina que "*o amplo e irrenunciável direito de acesso à tutela jurisdicional como uma espécie de contrapartida lógica a ser profundamente respeitada, devendo ser proclamado este outro vetor decisivo no processo de interpretação constitucional: na dúvida, prefira-se a exegese que amplie o acesso ao Judiciário [...]*".

Idêntica linha de entendimento é encontrada na literatura estrangeira. Mauro Capelletti e Bryant Grath, em "Acesso à Justiça" (Sérgio Antônio Fabris, 2002, pg. 11/12) manifestam que "*o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos*".

É bem verdade que existem regras constitucionais que não estão sendo cumpridas como as da "*razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*" (inc. LXXVIII do art. 5º).

Sabe-se que dentro da nossa realidade a "*razoável duração do processo*", assim como a "*celeridade da tramitação*" são princípios programáticos, utopias que devem ser perseguidas. E mais, que não será com o advento do Processo Eletrônico, nem com a adoção de um novo Código de Processo Civil que esse objetivo será atingido. Há a necessidade de algo muito mais amplo do que essas duas medidas e

passa, também, pela implantação de arbitragem, melhor estrutura para o Poder Judiciário, mais juízes e serventuários. Essa discussão está mais ligada ao que autores denominam como sendo o "acesso amplo a uma ordem jurídica justa". No entanto, avançar nesse tema, implicaria em desviar o foco do presente.

Todavia, é necessário destacar que "*acelerar o processo*" não poderá trazer como contrapartida a colocação de óbices ao "acesso amplo à Justiça", nem a exclusão de advogados por não dominarem as novas tecnologias.

Há que se pensar que a manutenção do amplo acesso à Justiça é condição inarredável à implantação do Processo Eletrônico que tem que ser aperfeiçoado no sentido de facilitar sua utilização pelos advogados.

3. Processo Eletrônico

A introdução da tecnologia no âmbito processual teve início com a utilização do fax (fac símile) para envio de petições. Quando passou a ser aceita exigia o envio dos originais, visto que o fax, com o tempo, ia perdendo visibilidade. Aí se deu início ao uso de novas tecnologias como forma de facilitar a atividade dos profissionais do Direito e se encontra o embrião do Processo Eletrônico.

O passo seguinte foi a possibilidade de "Petitionamento Eletrônico" em autos físicos, o que se deu notadamente na Justiça do Trabalho (e-doc desenvolvido pelo TST). Hoje, no âmbito do TRT4, existe o petitionamento eletrônico em autos físicos que se constitui em elemento facilitador da atividade profissional. Também o é o

peticionamento eletrônico em autos físicos de 2º Grau disponibilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Com a abertura para utilização do primeiro e, mais ainda, com o advento de peticionamento eletrônico, sedimentou-se a base para a implantação do processo eletrônico. Importante referir que, sendo facultativa a utilização, permitiu-se que os advogados fossem se adaptando aos novos tempos, sem que exclusão alguma se pudesse verificar.

A partir da Lei 10.259/2001 novo impulso foi dado no sentido de Processo Eletrônico. Nesse diploma legal foi introduzida a conciliação na Justiça Federal e, no § 2º do art. 8º dessa lei, os tribunais foram autorizados a organizar serviços de intimação eletrônica e de recepção por meios eletrônicos.

Em 2001 surgiram na Justiça Federal os primeiro Juizados Especiais Cíveis (TRF1, TRF3 e TRF4).

No decurso de 2004 houve a implantação nos Juizados Especiais Federais, inicialmente restrita às causas que versassem sobre matéria exclusivamente de Direito, e, posteriormente, estendido a todas as matérias abarcadas pelos juizados especiais.

No ano de 2005 iniciou-se a implantação na Justiça do Trabalho e em alguns tribunais de Justiça (Mato Grosso do Sul e Santa Catarina).

Nessa época o Conselho Nacional de Justiça lançou o PROJUDI e houve uma expansão para quase todos os tribunais brasileiros.

Com o advento da Lei 11.419/2006 que regulamentou o Processo Eletrônico multiplicou-se a implantação tanto pelo desenvolvimento de processos próprios como pela adoção de outros já

adotados. Nesse então, os Tribunais lançaram vários tipos de Processo Eletrônico como o e-procV2 (TRF4), Projudi (TJPR).

O CNJ passou a atuar como órgão regulamentador, fixando requisitos, uniformizando a numeração, estabelecendo tabelas unificadas de classes, assuntos e movimentação.

A partir daí passou a normatizar o Processo Eletrônico, bem como desenvolveu a ideia de unificação dos diversos sistemas hoje vigentes, todavia, nunca se concretizou.

Chegamos a ter mais de 40 sistemas de processo eletrônico em funcionamento no país. Verdadeiro caos para quem atuava para além do seu próprio Estado. O mais próximo que se chegou da unificação foi com o Escritório Digital do Processo Eletrônico do CNJ em parceria com o Conselho Federal da OAB, todavia as tratativas de convênios com os Tribunais se mostraram lentas e ainda hoje não é possível o uso do referido sistema como ferramenta única para a atuação dos escritórios. Hoje evolui-se para uma concentração maior. A Justiça do Trabalho, verticalmente, uniformizou em um único sistema, qual seja o Pje. O TJRS, o TJSC e o TRF-2, a exemplo do que ocorria no TRF-4 e TJTO, estão adotando. O TJSP, o maior do país, adota o e-SAJ. A tendência atual é que os demais vão paulatinamente aderindo a um dos três (Pje, e-Proc ou e-SAJ). A grande desvantagem do último é que é pago, enquanto os demais não oferecem maiores custos de implantação e manutenção.

4 Necessidade de submissão do princípio do processo eletrônico à regra de amplo acesso à justiça

Sempre que houver choque entre o Processo Eletrônico e o princípio do "amplo acesso à Justiça", há que se privilegiar o último. Não é demais repetir que o Processo Eletrônico é "meio" e, não, um "fim". Em assim sendo, o "meio processual" não pode tolher o "acesso à justiça" que é "garantia constitucional", nem se constituir em entrave à atuação dos Advogados.

Só se justificará a implantação na medida em que venha a se constituir em um facilitador da atividade dos Operadores do Direito. E, para que o seja, tem que haver efetiva participação dos profissionais do Direito no que concerne aos programas em si. Em assim sendo, as propostas da Advocacia devem ser encaradas como uma contribuição ao aperfeiçoamento do sistema e não, como amiúde se vê, como tentativas de intromissão.

Os advogados, além de se constituírem no maior contingente de Operadores do Direito, são a representação da cidadania que necessita da prestação jurisdicional. É necessário enfatizar que o novo meio processual se destina a "Advogados" e não a "*técnicos em informática*".

Dentro dessa ótica, tem que ter assegurada a acessibilidade de tal forma que permita aos profissionais do Direito a verificação de andamento, visualização, acesso aos autos, peticionamento e demais atos inerentes ao exercício profissional de forma simples, com conhecimentos rudimentares de computação e sem a necessidade de ajuda de terceiros.

5 Considerações sobre aspectos correlatos conjunturais

O Processo Eletrônico não se constitui em algo isolado dentro da problemática que envolve. Interliga-se com elementos aparentemente alheios ao procedimento em si (energia elétrica, telefonia e internet), com alguns que lhe são inerentes (programas, aplicativos e instabilidades no sistema) como também tem que contemplar situações excepcionais como a dos deficientes e idosos. Todos refluem, embora por caminhos diversos, ao âmbito do processo eletrônico. Daí, para tentar desenvolver o exame, tentar classificá-los por grupos:

5.1. Agentes externos

As condições de extensão territorial e de disparidades de infraestrutura impedem que se imagine uma política uniforme de implantação do Processo Eletrônico. Há que se ter em consideração a multiplicidade de condições regionais. Assim existem regiões em que a energia elétrica, por exemplo, inexistente ou tem horários de funcionamento. Impossível sequer cogitar da implantação do Processo Eletrônico nas mesmas.

A esse problema deve se somar o da telefonia. Em relação à fixa os problemas embora existam, são menores. Já no que tange à móvel, deve se dizer que até mesmo nas capitais e grandes centros urbanos existem "*pontos cegos*" nos quais inexistente acesso a ela ou essa se dá em condições precárias. A tal ponto chega a gravidade da situação que a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, em razão de campanha encetada pela OAB/RS, em 2012, instaurou CPI para investigar o

problema e a conclusão é a de que as operadoras só tem interesse nos "grandes centros urbanos", onde o lucro é fácil.

Soma-se ao problema de deficiência no que se refere à telefonia, por com ela interligar-se, o da internet, que é precária na maior parte do país. Para a utilização do Processo Eletrônico um dos requisitos é o da existência de "banda larga de boa qualidade". Existem "cidades médias" que ainda a tem por "rádio". E em muitas das que é vendida a banda larga, a fornecida é muito inferior à oferecida. A internet banda larga não é um luxo ou comodidade, mas uma necessidade, ou melhor, "requisito básico" de acesso à Justiça em qualquer Processo Eletrônico. Não se podem eternizar os "uploads" ou os "downloads". Isso, não apenas pelo tempo que possam perder os usuários, mas porque, muitas vezes, a conexão se interrompe e corre-se o risco de perder o trabalho feito. E, conexão estável e de qualidade, nesse caso, tem que ser entendida como sinônimo de "acesso à Justiça".

Acerca dessa temática, preocupante notícia está inserida no o Jornal do Senado, edição de 15 de agosto de 2014. Trata de debate realizado na Assembleia Legislativa do Acre, promovido pela Comissão de Ciência e Tecnologia do Senado, para avaliar o "Programa Nacional de Banda Larga". E, segundo o Sen. Aníbal Diniz que a integra, depois de dizer o óbvio, ou seja, que "*A Internet apresenta em muitas cidades e, também em determinadas zonas das que teriam bom acesso, apresenta problemas de conexão. Além disso, apresenta inconsistências nas zonas que têm melhor sinal*", acrescenta que "que a massificação da internet banda larga esbarra na falta de interesse das empresas de telefonia em atuar em cidades que ficam fora dos grandes

centros urbanos". Aduz ainda que "Ao buscarem maior lucro, as empresas concentram o mercado nas grandes cidades. É preciso mudar essa realidade e massificar o uso da internet nas regiões mais necessitadas". Se não houver uma atuação enérgica das autoridades governamentais no sentido da expansão e inclusão das regiões desassistidas ou atendidas precariamente, não se pode cogitar na implantação do Processo Eletrônico, ou qualquer outro similar, com o atendimento do princípio do "*amplo acesso à Justiça*".

Outro dos tantos fatores externos a serem tidos em conta é o dos "*computadores*" que são necessários ao acesso aos sistemas dos tribunais. Como não há uma padronização, os utilizados pelos advogados não são os mesmos dos tribunais. Se o do Tribunal tiver problemas, os prazos deverão ser reabertos. No entanto, se a situação for inversa (problema com o computador do advogado), sairá prejudicado o advogado, e conseqüentemente a o cidadão por este representado.

Na mesma linha de raciocínio, há que se acrescer que os sistemas não contemplam claramente a possibilidade de reabertura de prazo por problemas com falta de energia elétrica, problemas com linha telefônica, internet ou computador do usuário externo, o que pode causar danos processuais irreparáveis de acesso à Justiça, inclusive com a perda de prazos. Impõe-se que reste claramente estabelecido que, nessas situações, mediante comprovação documental da ocorrência, sejam reabertos os prazos.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul mesmo com a expedição de certidão de indisponibilidade do sistema de

processo eletrônico por mais de uma hora por indisponibilidade técnica do sistema, ocasião em que a norma determina a prorrogação do prazo para o próximo dia útil, existem inúmeros julgados em que foi determinada a perda do prazo por não ter o advogado cumprido o prazo no dia da indisponibilidade, clara afronta à Carta Constitucional e lesão ao direito do cidadão.

5.2. Agentes conjunturais

Existem requisitos determinados para a acessibilidade do sistema. A configuração do navegador, do sistema operacional ou da versão do java varia para cada Tribunal. A par disso, convive-se com situação kafkiana no que concerne à atualização e/ou desatualização de determinados aplicativos. Em alguns casos é preciso escolher se peticionará na justiça do trabalho, na federal ou na estadual. Se configurar o computador para um tribunal, o desconfigura para outro. É preciso desenvolver a cultura de que o Processo Eletrônico tem que se constituir em um facilitador da atividade dos operadores do Direito, e para tanto precisa possuir características de acesso universal.

Boa parte desses requisitos se deve à decisão de exigir que os documentos e o próprio acesso ao sistema se dê através de assinatura eletrônica com certificado digital. O certificado digital consiste em elemento de segurança capaz de trazer à tona através de perícia a eventual adulteração criminosa de arquivos. No entanto, as tecnologias adotadas pelos Tribunais para que os agentes externos utilizem os seus certificados nos sistemas têm se mostrado de péssima qualidade, gerando instabilidade no momento do acesso e de assinatura de

documentos dentro do sistema, sendo um dos grandes vilões no momento mais importante das tarefas diárias da advocacia, o cumprimento do prazo.

Existem advogados que têm manifestado reiteradamente sua preocupação quanto a esse particular. É de notar que eles têm ocorrido com frequência preocupante e se constituem em óbice ao princípio do "*amplo acesso à Justiça*".

Para os com versões antigas, alega-se "razões de segurança". Os usuários externos advogados não são técnicos em informática. Daí não terem essa familiaridade com atualizações. A par disso, grande parte da advocacia luta com dificuldades financeiras e não tem condições de atualizar com a frequência desejável seus computadores. Como os antigos muitas vezes não suportam essas atualizações estariam tendo indiretamente impedido o acesso à Justiça, o que é preocupante. O ideal seria permitir-lhes o acesso com uma advertência de que a segurança estaria em nível inferior ao desejado.

Todavia o mais ilógico é que, muitas vezes, por estar com o Java atualizado ou com a última versão do Windows, também não se consegue o acesso. De notar que muitas vezes tais atualizações podem ser feitas automaticamente pelos próprios computadores ou para acesso a bancos se fazem automaticamente.

O primeiro passo em direção ao processo eletrônico foi dado pelo Poder Judiciário. Não pode agora alegar este ou aquele motivo como desculpa para deixar descoberto o cidadão da tutela jurisdicional. Com isso, estará se atentando contra a disposição constitucional do

amplo acesso à Justiça e tornando mais penosa a transição para os advogados e demais operadores do Direito.

Outro problema que tem se feito sentir é o da instabilidade do sistema. Nesses, em especial, tem destaque histórico o TRT1 (Rio de Janeiro). Em outubro de 2013 esteve praticamente todo o mês inacessível, o que levou a uma situação caótica, mesmo com a suspensão de prazos, com evidentes prejuízos à cidadania e aos profissionais do Direito. Em agosto de 2014 voltou a se apresentar com vigor e ao longo de duas semanas os prazos tiveram que ser suspensos. Certamente, quando da implantação houve erro de avaliação e foi açodada. Em reunião com o Presidente do Conselho Federal da OAB à época, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, ocorrida dia 22 de agosto passado (Informativo Migalhas, 23 de agosto de 2014), o Ministro José de Barros Levenhagen, Presidente do TST e CSJT, anunciou a realização de uma verificação no sistema de processo eletrônico do TRT-1, tendo contratado empresa especializada, cujos resultados serão divulgados em breve, com o diagnóstico das falhas, bem como um plano de correção para superar os problemas técnicos. *“A ideia é que possamos desenvolver o PJe de maneira segura e estável para que no final ele tenha pleno êxito. Como se iniciou a implantação de maneira muito rápida, as inconsistências estão aparecendo agora, mas nada se compara ao problema do Rio de Janeiro. Contratamos uma empresa especializada e meu empenho é para a solução definitiva destes problemas”*, afirmou o presidente Levenhagen. O ministro apresentou, ainda, um pedido de desculpas aos advogados, magistrados e jurisdicionados, em razão do transtorno.

O correto dimensionamento do sistema à demanda que vai ocasionar também deve ser criteriosamente avaliado antes da implantação. Se não o for, pode ocasionar graves problemas de acesso, demora e quedas do sistema, prejudicando conseqüentemente o acesso à justiça.

5.3. Agentes Excepcionais (não gerais)

Não há como deixar de referir a situação dos deficientes físicos e a dos idosos que, por lei merecem tratamento excepcional. E o Conselho Federal da OAB tem denunciado a possibilidade de exclusão de uns e de outros e alertado para as graves conseqüências que daí podem decorrer.

O deficiente físico, assim como aquele que tem mobilidade reduzida estão amparados pelo disposto nas Leis de nº 7853/1989 e 10098/2000, bem como pelo Decreto nº 3298/1999.

Também o Estatuto do Idoso (Decreto nº 5296/2004) lhe assegura tratamento excepcional.

A Resolução nº 136 do CNJ, sensível ao pleito do Conselho Federal do OAB, atentou para a excepcionalidade da situação das situações, traçando regras gerais que necessariamente deverão ser obedecidas pelos Tribunais.

Estabeleceu duas situações:

1. No § 1º do art. 10º diz que tanto para o deficiente quanto para o idoso deve haver "auxílio técnico presencial" para as pessoas com deficiência ou aos idosos (60 anos ou mais). 2. Já o §2º do mesmo art. 10º assegura àqueles que tenham "deficiência física impeditiva" o

direito ao peticionamento e entrega de documentos físicos que deverão ser digitalizados e juntados por servidor da unidade judiciária competente.

Sem dúvida alguma, são avanços que devem ser saudados. Faz-se necessária efetiva implementação de tal auxílio. Quando incorrer é necessário se informe à OAB, seja através do Conselho Federal ou dos Conselhos Seccionais para a tomada de providências.

6 Expectativa de mudança

O caminho necessariamente passa pelo diálogo e a construção deve ser conjunta. Atualmente cada Seccional possui a competente Comissão de Tecnologia para o seu Estado, a qual compete gerir e encaminhar as demandas da advocacia diretamente aos Tribunais locais, cobrando mudanças bem como a aplicação da lei e o respeito à Carta Magna. Além das comissões estaduais, atua a Comissão de Tecnologia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que trata dos assuntos que se referem ao processo eletrônico para todo o Brasil.

Através dessa força tarefa, coesa, e atuante em prol da advocacia, se busca o aprimoramento do processo eletrônico, estando aí incluídas melhorias tecnológicas, mas também auxiliando a construir a cultura necessária para os novos tempos. Atua a Ordem através de suas comissões levando conhecimento da nova matéria aos advogados através de cursos que incluem desde a operação dos sistemas em si até matérias correlatas, mas, essenciais por sua natureza, tais como a gestão eletrônica de documentos, segurança da informação para arquivos

digitais, gestão de arquivos em nuvem, bem como a nova lógica processual através dos variados sistemas.

7 Conclusão

O processo eletrônico foi pensado com o objetivo de sanar um problema grave do Poder Judiciário, a falta de celeridade na prestação jurisdicional. Com o advento do processo eletrônico assistimos a intermináveis palestras pelos Tribunais Brasil à fora com belas apresentações de powerpoint que se propunham a acabar com o chamado “tempo morto” do processo. O tempo onde o processo ficava estagnado ou em trânsito de uma pilha para outra, ou mesmo em carga.

Com a implantação inicial se conseguiu observar nas varas que recém começavam a operar os processos no formato eletrônico relevante diminuição no tempo da tramitação do processo. O processo eletrônico se tornava obrigatório naquela comarca ou classe de ação e o tempo retornava ao inicial, antes da implantação do novo formato. Com o aumento da demanda na plataforma, novamente ocorria o gargalo devido a falta de servidores no judiciário. Os pontos de represamento dos autos mudavam, mas ainda permanecem lá.

A verdade é que o processo eletrônico precisa ser pensado de maneira mais abrangente, para além das fronteiras de cada tribunal, como é feito hoje em nome da autonomia orçamentária que cada um possui. Não pode o Poder Judiciário continuar crescendo os sistemas de processo eletrônico de maneira desorganizada e descentralizada. Ao mesmo tempo que não se pode, sob o pretexto de alcançarmos a tão sonhada celeridade processual, ceifar o acesso à justiça.

Atualmente ainda estamos em um momento de transição cultural, e nos encaminhamos para a consolidação dessa nova realidade. Todavia se faz necessário observar os problemas trazidos por essa nova realidade. E em última análise a responsabilidade por garantir o respeito às normas constitucionais é do Poder Público, mais precisamente do judiciário. Não pode este de maneira unilateral alegar dificuldades tecnológicas, ou mesmo falta de verba, para o descumprimento deliberado da lei. É importante lembrar que no conflito entre "processo eletrônico" e "amplo acesso à Justiça" deve o último prevalecer sobre o primeiro. A Carta Magna de 1988 deve ser observada sempre.

FONTES DE CONSULTA (SITES)

Âmbito Jurídico (ambitojuridico.com.br)

CSJT (csjt.jus.br)

Migalhas (migalhas.com.br)

ORDEM dos Advogados do Brasil - Conselho Federal (oab.org.br)

ORDEM dos Advogados do Brasil, Secção do Rio Grande do Sul (oabrs.org.br)

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (tjrs.jus.br)

TRIBUNAL Regional Federal da 4a. Região (trf4.jus.br)

TRIBUNAL Regional do Trabalho da 4a. Região (trt4.jus.br)

TRIBUNAL Superior do Trabalho (tst.jus.br)

SUPERIOR Tribunal de Justiça (stj.jus.br)

SUPREMO Tribunal Federal (stf.jus.br)

**COMISSÃO ESPECIAL DO PACTO FEDERATIVO E
CONTROLE SOCIAL**

**OS ADVOGADOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
EM PORTUGAL E NO BRASIL⁷⁷⁶**

Jorge Miranda⁷⁷⁷

advogados têm estado, por toda a parte, nos últimos dois séculos, na primeira linha de defesa e promoção dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos, liberdades e garantias.

Sim, dos direitos fundamentais enquanto direito das pessoas consignados na Constituição frente ao Estado mesmo se podem incidir também nas relações entre privados.

Basta lembrar, no caso português, o papel que desempenharam na reação contra os abusos do regime autoritário de Salazar e na coragem que muitos manifestaram frente à polícia política e nos tribunais de exceção, os chamados *tribunais criminais plenários*, onde alguns chegaram a sofrer medidas de coação em plena audiência de julgamento. E, no Brasil, durante as duas ditaduras do século XX, o mesmo terá acontecido.

A Ordem dos Advogados portuguesa sempre procurou manter incólume à censura a sua *Revista* e sempre defendeu a sua independência e a da magistratura judicial. Além disso, num dos seus

⁷⁷⁶ Conferência proferida na Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em 1 de dezembro de 2017.

⁷⁷⁷ Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa

congressos, preconizou um Defensor dos Direitos das Pessoas, um *Ombudsman* à maneira sueca, o qual seria criado após a revolução de 1974 e logo ficaria consignado na Constituição de 1976 sob o nome de *Provedor de Justiça*. Assim como, no Brasil, as sucessivas Conferências Nacionais da Advocacia sempre manifestaram o apego dos advogados aos *direitos fundamentais, pilares da democracia, conquistas da cidadania* (como foi agora o lema da Conferência de São Paulo).

Naturalmente, não venho aqui fazer uma história desse empenhamento e desse combate pela dignidade da pessoa humana. Vou sim, primeiro, recordar alguns conceitos e algumas vicissitudes dos direitos fundamentais em geral, e de seguida durante mais tempo concentrar-me nas Constituições dos Estados de língua portuguesa – que hoje em termos muito próximos reconhecem a advocacia como instituto básico e insubstituível do Estado de Direito.

I

1. Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata de (no dizer de Radbruch) um «*individuo sem individualidade*»; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século

XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos; outros (v.g, a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular o de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais – direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e, em ultimo termo, de transformação da condição humana.

De notar, entretanto, uma diferença. Nos países com Constituições vindas do século XIX e socialmente mais avançados, não se sentiu necessidade de ir além da via legislativa; aí os direitos sociais são apenas direitos fundamentais em sentido material. Já em países como os da Europa Meridional e da América Latina coube às Constituições dar o passo adiante; sem a constitucionalização, em maiores ou menores catálogos, não se chegaria a níveis comparáveis de progresso social.

2. Nos séculos XVIII e XIX dir-se-ia existir somente uma conceção de direitos fundamentais, a liberal. Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicas – era o liberalismo (então cumulativamente, filosófico, político e económico) que prevalecia em todas as Constituições e declarações; e, não obstante a pluralidade de

escolas jurídicas – jusnaturalistas, positivistas, histórica – era a ele que se reportavam, duma maneira ou doutra, as interpretações da liberdade individual.

A situação muda nos séculos XX e XXI: não tanto por desagregação ou dissociação das três vertentes liberais (em especial, por o liberalismo político deixar de se fundar necessariamente no liberalismo filosófico) quanto por quase todas (não todas) as grandes correntes – religiosas, culturais, filosóficas, ideológicas, políticas se interessarem pelos direitos das pessoas em concreto, pela sua inserção na sociedade e pelas relações desta com o Estado. O tema dos direitos cessou de ser exclusivamente liberal ou liberal e individualista.

A passagem para o Estado social de Direito irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade-participação quanto uma liberdade-autonomia (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à celebre contraposição de BENJAMIN CONSTANT da liberdade dos antigos e da liberdade dos modernos).

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos económicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar à generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime liberal, pluralista ou democrático, alguns dos direitos económicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade

sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos da liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes. A efetivação dos direitos sociais preservando as liberdades, viria, pois, a produzir nos países onde se tem verificado, um efeito pacificador e integrador.

3. A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retração ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos – bem como o progresso científico, técnico e económico (que permite satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas).

Do Estado liberal ao Estado social de Direito o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando a harmonização entre direitos de liberdade e direitos sociais, de maneira, e segundo modelos mais ou menos variados. Já não assim no Estado soviético, no Estado fascista e autoritário de direita e em muitos dos regimes da Ásia e da África de diferentes tendências. Não importa a similitude de formulações que, por vezes, se nota; importa o seu sentido sistemático.

4. Considerando em especial o princípio da liberdade, vale a pena lembrar a conhecida tricotomia de *regimes liberais pluralistas e democráticos, regimes autoritários e regimes totalitários*. Embora muitas vezes acenada com finalidades de guerra ideológica, ela afigura-

se correta nas suas bases essenciais e não encontramos denominações alternativas mais adequadas para os três tipos de regimes.

Não se trata tanto, quantitativamente, do grau de liberdade reconhecida ou deixada às pessoas (máximo nos regimes liberais e mínimo ou inexistente nos regimes totalitários) quanto, qualitativamente, dos seguintes fatores:

- a) De a liberdade – no sentido de ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei – valer como princípio fundamental da ordem jurídica (regimes liberais e democráticos), ainda que com desvios (regimes autoritários), ou não valer (regimes totalitários);
- b) De serem garantidas e promovidas quer as liberdades civis quer as liberdades políticas (regimes liberais e democráticos); só as primeiras, sendo negadas ou obliteradas as liberdades políticas (regimes autoritários); ou nem umas nem outras serem admitidas, salvo em intenso regime de restrição (regimes totalitários);
- c) De o abuso da liberdade ou de outros direitos estar apenas sujeito a medidas repressivas (regimes liberais e democráticos) ou estar também sujeito a controlos preventivos de grau variável (regimes autoritários e totalitários);
- d) De o Estado ser neutro (regimes liberais e democráticos); de não ser neutro, mas tolerar ideologias diferentes ou respeitar o direito de as perfilhar, sem quebra da primazia da sua conceção (regimes autoritários); de o Estado ter uma

conceção total da vida, que pretende impor a todas as pessoas (regimes totalitários);

- e) De o Estado acolher a diversidade de interesses, grupos e instituições no interior da sociedade civil (regimes liberais e democráticos); de o ascendente das forças políticas dominantes não impedir a subsistência e a relevância de alguma ou algumas instituições presentes na sociedade civil (regimes autoritários); ou de o Estado ou as forças dominantes não consentirem quaisquer instituições ou grupos autónomos à sua margem (regimes totalitários);
- f) De a organização política e social assentar na divisão do poder (regimes liberais e democráticos); na concentração do poder político (regimes autoritários); e na concentração do poder político e social, com absorção, no limite, da sociedade pelo Estado (regimes totalitários);
- g) De se admitir direito de oposição (regimes liberais e democráticos) ou, embora, porventura, sob diversas formas, não se admitir direito de oposição (regime autoritários e totalitários).

Olhando à experiência conhecida, verifica-se que os regimes liberais e democráticos atuais vêm na continuidade dos regimes políticos liberais do século XIX – sem embargo da profunda transformação que estes sofreram, quer no plano da fundamentação, quer no dos condicionalismos políticos, económicos e sociais; que os regimes autoritários têm paralelo nas numerosas autocracias de todas as épocas; e que, pelo contrário, os regimes totalitários constituem

fenómenos específicos do nosso tempo, ligado à conjugação de messianismos ideológicos com partidos de massas e à utilização de processos de domínio do ensino e da comunicação social.

Escusado seria insistir em que só nos regimes liberais, democráticos, pluralistas se consegue erigir um Estado de Direito, um Estado de Direito democrático ou um Estado democrático de Direito; e um Estado de Direito *material* e não apenas *formal*.

5. O terrorismo, fenómeno antigo, mas eclodido com particular acutilância nos últimos vinte anos, suscita difíceis problemas aos regimes liberais e democráticos. A começar nos Estados Unidos e passando por vários países europeus, têm sido emanadas leis e medidas administrativas destinadas a preveni-lo e a combatê-lo, não sem que, por vezes, pareçam situar-se no limite do constitucional e internacionalmente admissível.

A segurança é um imperativo a que se acha sujeito qualquer Estado. Não, porém, uma segurança que colida com o conteúdo essencial dos direitos de liberdade e que afete a dignidade das pessoas. Se, em concreto, um juízo adequado há-de atender à diversidade das situações e das circunstâncias, em caso algum pode pôr-se em causa a limitação recíproca dos órgãos de poder e a fiscalização realizada pelos tribunais, à luz da consciência jurídica geral.

Não se pode salvaguardar um Estado de Direito sem preservar os seus valores e as suas instituições fundamentais. Os fins não justificam os meios.

6. Independentemente das divergências a nível de formulações, teorizações e fundamentações, ressaltam algumas tendências comuns nos regimes liberais, pruralistas e democráticos:

- A diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas;
- O acolhimento de direitos ligados à defesa contra a utilização abusiva dos meios tecnológicos e contra a privacidade das pessoas e em face da chamada “*sociedade de risco*”;
- A consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas coletivas e na conexão com garantias institucionais;
- A acentuação da dimensão objetiva e a irradiação para todos os ramos de Direito;
- O enlace de princípios e regras no sistema de normas de direitos fundamentais;
- O reconhecimento da complexidade de estruturas;
- A dimensão plural e poligonal das relações jurídicas;
- A produção de efeitos não só verticais (diante ao Estado) mas também horizontais (em relação aos particulares);
- O relevo da ponderação no tratamento dos conflitos de direitos;
- A dimensão participativa e procedimental, levando a falar em *status activus processualis* de que fala PETER HÄBERLE;
- A ideia de aplicabilidade direta;
- A interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efetivação dos direitos;

- O desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização, da legalidade e da constitucionalidade;
- O enlace com o Direito Internacional.

II

7. A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento – eis quase num lugar comum. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efetivar ou quando eles são violados ou restringidos.

Por isso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou que “*a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem*” eram “*as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos*”. E o mesmo se reconheceria, por exemplo, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Promover o *direito aos direitos*⁷⁷⁸ ou o acesso ao Direito (art. 20.º da Constituição Portuguesa), torna-se imperativo ainda mais urgente na conjuntura atual da lei e perante a chamada sociedade de informação.

⁷⁷⁸ Na expressão de Mário Raposo, *O acesso ao Direito e a Ordem dos Advogados*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1977, p. 392.

8. O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica.

O Estado de Direito acrescenta algo mais; 1.º) a reserva de jurisdição dos tribunais, órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, e que decidem segundo critérios jurídicos; 2.º) a possibilidade de os cidadãos se dirigirem a tribunal para a declaração e a efetivação dos seus direitos não só perante outros particulares, mas também perante o Estado e quaisquer entidades públicas; 3.º) o apoio que os cidadãos têm de receber de advogados para esses fins.

9. Importa insistir no princípio segundo o qual a intervenção dos tribunais postula a intervenção de advogado. Onde uma norma constitucional prevê tutela judicial, ela manda outrossim estar presente o advogado.

Vale a pena dar alguns exemplos de concretização do princípio nas Constituições portuguesa e brasileira.

Na Constituição portuguesa:

- O art. 20.º, n.º 5, conjugado com o art. 268.º, n.º 4, assegurando aos cidadãos procedimentos judiciais, com prioridade e celeridade, contra ameaça ou violações de direitos, liberdades ou garantias pessoais⁷⁷⁹;

⁷⁷⁹ Para o efeito, o Código do Processo nos Tribunais Administrativos estabelece uma intimação para prática de todos os direitos, liberdades e garantias e não só das pessoas (art. 109.º e ss.). Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2017, págs. 408 e segs. e Autores citados.

- No art. 27.º, n.ºs 2 e 3, alíneas b), c), d), e), f) e h) e no art. 30.º n.º 2 a fazer-se depender a privação da liberdade de decisão judicial;
- No art. 31.º, ao prever-se *habeas corpus* contra abuso de poder, por prisão ou detenção ilegal, perante o tribunal competente, que decidirá no prazo de oito dias e em audiência contraditória;
- No art. 33.º, n.ºs 2 e 3, ao apenas admitir-se a expulsão e extradição por decisão de autoridade judicial.
- No art. 36.º, n.º 6 ao fazer-se depender a separação dos filhos dos pais, por estes não cumprirem os seus deveres fundamentais para com eles, de decisão judicial.
- No art. 46.º, n.º 2, ao só permitir-se a suspensão ou a dissolução de associações mediante decisão judicial.
- No art. 52.º, n.º 3, ao consignar-se o direito de ação popular.
- No art. 86.º, n.º 2, ao requerer-se prévia decisão judicial para a intervenção do Estado na gestão de empresas privadas.
- No art. 268.º, n.ºs 4 e 5 ao precisar-se o direito a tutela jurisdicional efetiva quanto a atos administrativos e regulamentares.
- No art. 269.º, n.º 3 ao garantir-se aos arguidos em processo disciplinar audiência e defesa.
- Constituição brasileira, por seu lado, no art. 5.º:
- No inciso XXXV, ao prescrever-se que a lei não excluirá de apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direitos.

- No inciso LIII, ao garantir-se que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente.
- No inciso LIV, ao assegurar-se que ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal e no inciso LXI, estabelece-se que ninguém será ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei.
- No inciso LXVIII, ao consignar-se o *habeas corpus*.
- No inciso LXIX e LXX, o mandado de segurança.
- No inciso LXXI, o mandado de injunção.
- No inciso LXXII, ao consagrar-se o *habeas data*.
- No inciso LXXIII, a ação popular.
- No inciso LXXV, obrigando o Estado a indemnizar o condenado por erro judiciário.

10. Nem se trata somente de intervenção no âmbito interno de cada Estado, devido ao importantíssimo desenvolvimento da proteção internacional dos direitos da pessoa humana⁷⁸⁰.

Quando um direito constante da Convenção Europeia ou da Convenção Interamericana for violado e quando não for mais possível obter satisfação através dos tribunais nacionais, qualquer cidadão português ou brasileiro terá o direito de apresentar queixa perante o

⁷⁸⁰ Cfr., por exemplo, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 6ª ed., Cascais, 2016, págs. 323 e segs., *maxime* 357 e segs.

Tribunal – europeu ou interamericano – de direitos do homem e, se a queixa for considerada procedente, o seu Estado ficará obrigado a pagar-lhe uma indemnização. E, embora estas decisões não sejam decisões de recurso extraordinário ou cassatórias, o seu impacto é muito grande.

Ora, também aqui se mostra indispensável e muito exigente a presença de advogado especializado e bem preparado.

11. A importância da advocacia leva algumas Constituições a dedicarem-lhe preceitos próprios. É o que se verifica, para não ir mais longe, nas Constituições de Portugal, do Brasil, de Cabo Verde, de Timor e de Angola (na maior parte, portanto, das Constituições dos Estados de língua portuguesa).

Na Constituição portuguesa, afirma-se, em sede de princípios gerais de direitos fundamentais, o *direito de todos os cidadãos ao patrocínio judiciário* (art. 20.º n.º 2).

Na Constituição brasileira, no capítulo sobre as funções essenciais da justiça, do título do poder judiciário, diz-se: “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo invioláveis os seus atos e manifestações no exercício da profissão dentro dos limites da lei*” (art. 133.º)⁷⁸¹.

E esta prescrição seria a fonte do novo (desde 1997) art. 208.º da Constituição portuguesa e das demais Constituições referidas.

⁷⁸¹ Cfr., muito recentemente, MARCELO FONTES, *A advocacia como instituição essencial à democracia no Brasil*, in *A Constituição entre o Direito e a Política: o Futuro das Instituições – Estudos em homenagem a José Afonso da Silva*, obra coletiva, Rio de Janeiro, 2017, págs. 957 e segs.

Afirma, dentro do título respeitante aos tribunais, o art. 208.º: *“A lei assegura aos advogados as garantias necessárias ao exercício do seu mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”*.

Por seu turno, na Constituição de Cabo-Verde, no título sobre os tribunais, lê-se: *“A lei regula o patrocínio judiciário como elemento indispensável à administração da justiça e assegura aos que prestam as garantias necessárias ao exercício de mandato forense”* (art. 211.º).

Autonomiza-se até um capítulo sobre os advogados, dizendo (art. 225.º): *“1. O advogado, no exercício da sua função, é um servidor da Justiça e do Direito e um colaborador indispensável da administração da Justiça. – 2. No exercício das suas funções e nos limites da lei, são invioláveis os documentos, a correspondência e outros objetos que tenham sido confiados ao advogado pelo seu constituinte, que tenha obtido para a defesa deste ou que respeitem à sua profissão. – 3. As buscas, apreensões ou outras diligências semelhantes no escritório ou nos arquivos do advogado só podem ser ordenadas por decisão judicial e deverão ser efetuadas na presença do juiz que as autorizou, do advogado e de um representante do organismo representativo dos advogados, nomeado por este para o efeito. 4 – O advogado tem o direito de comunicar pessoal e reservadamente com o seu patrocinado, mesmo quando este se encontre preso ou detido.”*.

Também em Timor existe um capítulo sobre a advocacia, com dois artigos.

Art. 135.º *“1 – O exercício da assistência jurídica e judiciária é de interesse social, devendo os advogados e defensores nortear-se por*

este princípio. 2 – Os advogados e defensores têm por função principal contribuir para a boa administração da justiça e a salvaguarda dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos. 3 – O exercício da advocacia é regulado por lei.”.

Art. 136.º “1 – O Estado dever garantir, nos termos da lei, a inviolabilidade dos documentos respeitantes ao exercício da profissão de advogado, não sendo admissíveis buscas, apreensões, arrolamentos e outras diligências judiciais sem a presença do magistrado judicial competente e, sempre que possível, do advogado em questão. 2 – Os advogados têm o direito de comunicar pessoalmente e com garantias de confidencialidade com os seus clientes, especialmente se estes se encontrarem detidos ou presos em estabelecimentos civis ou militares.”.

Mais longe vai ainda a Constituição angolana.

Art. 193.º “1. A advocacia é uma instituição essencial à administração da justiça. – 2. O advogado é um servidor da justiça e do direito, competindo-lhe praticar em todo o território nacional actos profissionais de consultoria e representação jurídicas, bem como exercer o patrocínio judiciário, nos termos da lei. 3 – Comete à Ordem dos Advogados a regulação do acesso à advocacia, bem como a disciplina do seu exercício e do patrocínio forense, nos termos da lei e do seu estatuto.”.

Art. 194.º “1 – Nos actos e manifestações processuais forenses necessários ao exercício da sua actividade, os advogados gozam de imunidade, nos limites consagrados na lei. 2 – É garantida a inviolabilidade dos documentos respeitantes ao exercício da profissão,

nos limites previstos na lei, apenas sendo admissíveis buscas, apreensões, arrolamentos e diligências semelhantes ordenados por decisão judicial e efetuadas na presença do magistrado competente, do advogado e de representante da Ordem dos Advogados, quando esteja em causa a prática de facto ilícito punível com pena de prisão superior a dois anos e cujos indícios imputem ao advogado a sua prática. 3 – Os advogados têm o direito de comunicar pessoal e reservadamente com os seus patrocinados, mesmo que estes se encontrem presos ou detidos em estabelecimento civis ou militares.”

12. Em suma, a independência da advocacia é complementar da independência dos tribunais. É a outra vertente da sua independência e a outra vertente da administração da justiça ao serviço dos direitos fundamentais e dos demais direitos e interesses legalmente protegidos das pessoas, singulares e coletivas.

III

13. A Constituição portuguesa (também após a revisão de 1997) oferece uma particularidade interessante e, até certo ponto, inovadora⁷⁸², ao estatuir (art. 20.º n.º 2, *in fine*) o direito de todos os cidadãos de se fazerem acompanhar por advogado perante qualquer autoridade; uma estatuição que vale para portugueses e para não portugueses, em face dos princípios de universalidade e de igualdade de direitos (arts. 12.º, 13.º e 15.º).

⁷⁸² Que saibamos, a única Constituição com preceito análogo é a da Bulgária de 1991, art. 134.º, n.º 1.

Naturalmente, entram aqui, desde logo, cidadãos envolvidos em processos judiciais mesmo fora da condição de arguidos: suspeitos, testemunhas, declarantes, árbitros, peritos, vítimas. Assim, como cidadãos envolvidos em processos de contraordenações (art. 32.º, n.º 1) e em processos disciplinares na Administração Pública (art. 269.º, n.º 3). Portanto cidadãos perante o Ministério Público e os Tribunais.

– Depois, cidadãos perante qualquer autoridade administrativa, seja da Administração direta, da indireta e da autónoma (art. 199.º, al. d).

Perante qualquer das chamadas entidades administrativas independentes (art.s 37.º, n.º 3 e 266.º, n.º 3) entre as quais, a entidade de defesa dos dados pessoais (art. 35.º, n.º 2) e a entidade reguladora da comunicação social (art. 39.º).

Perante qualquer entidade privada que exerça poderes públicos (art. 267.º, n.º 6).

Perante o Provedor de Justiça como órgão específico de defesa dos direitos dos cidadãos (art. 23.º).

Perante as comissões parlamentares de inquérito as quais gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 178.º, n.º 5).

Sem prejuízo de serem entidades *sui generis* no Estado constitucional representativo, ainda perante os partidos políticos (art. 51.º), cujas eleições e deliberações podem ser impugnadas no Tribunal Constitucional (art. 223.º, n.º 2, al. h)).

– Inclusive perante empresas públicas ou privadas em caso de processo disciplinar de trabalho (art.s 53.º e 59.º).

Enfim, quando qualquer cidadão queira exercer o seu direito de petição para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis e do interesse geral nada impede que seja acompanhado e apoiado por advogado.

14. A doutrina não tem deixado de se ocupar deste artigo 20.º, n.º 2 in fine, e escreve, por exemplo, Germano Marques da Silva:

*“É evidente que a lei pode e dever regulamentar o direito ao acompanhamento por advogado, mais não seja para garantir o seu efetivo exercício por todos, mas não só não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do preceito constitucional como deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Ou seja, a norma do art. 20.º, n.º 2, deve ser regulamentada para garantir a sua efectiva aplicação e pode ser regulamentada em termos de condicionar o seu exercício para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, como o é, v.g., o segredo de justiça, mas enquanto essa regulamentação não ocorrer nem por isso o preceito é inexecutável por si mesmo, pois contém uma dimensão correspondente ao seu conteúdo essencial que pode ser exercida sem necessidade de interpositio legislatoris”*⁷⁸³.

Na mesma linha, vai RUI MEDEIROS⁷⁸⁴.

⁷⁸³ *O direito a não estar só ou o direito a acompanhamento por advogado*, in *Nos 25 anos da Constituição de 1976*, obra coletiva, Lisboa, 2001, pág. 145.

⁷⁸⁴ Anotação in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª Ed., Reimp., 2017, p. 312.

Ou como enfatizam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁷⁸⁵, trata-se de uma norma multifuncional. Desde logo, tem por função dar um papel constitucional ao Advogado – *advogado-sujeito constitucional* –, reconhecendo-o como sujeito privado que exerce funções constitucionalmente relevantes para a prossecução da justiça (funções de natureza publicística). Em segundo lugar, o acompanhamento de advogado passa a estar constitucionalmente associado à defesa dos direitos – *advogado-amigo dos direitos fundamentais* – tornando-se a sua participação em elemento equitativo (“o direito a não estar só e desarmado no processo”), sobretudo em direito penal.

IV

15. Consoante se mostrou atrás, a Constituição angolana, alude explicitamente à Ordem dos Advogados (art. 193.º, n.º 3). É a única que o faz, decerto por causa das muito difíceis fases políticas por que o país passou. As outras Constituições citadas não sentiram necessidade de o fazer.

Mas, a propósito justifica-se lembrar que em Portugal, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1976, houve quem contestasse a constituição de ordens profissionais como a Ordem dos Médicos e a Ordem dos Advogados, por a lei fazer depender o exercício de qualquer destas profissões de inscrição nessas ordens, violando

⁷⁸⁵ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2007, p. 412 e 413.

assim quer a liberdade de associação (art. 46.º), quer a liberdade da profissão (art. 47.º).

Levado esse problema, no tocante à Ordem dos Médicos, à Comissão Constitucional – órgão que entre 1976 e 1983, precedeu o Tribunal Constitucional – e esta negou de forma clara qualquer fundamento a tal argumentação, considerando os poderes e as funções das ordens, bem como a própria ideia de democracia participativa subjacente à Constituição⁷⁸⁶.

Disse a Comissão Constitucional “*o substrato da Ordem não deixa de ser associativo, mas a sua estrutura jurídica oferece uma dupla face. A ordem não tem apenas em vista a defesa dos direitos e interesses dos médicos, tem também em vista a garantia de interesses dos utentes dos serviços médicos e da comunidade em geral; e procura conjugar uns e outros sob a tutela do Estado que aprova o Estatuto e a cujos tribunais administrativos, e não já judiciais, compete decidir sobre a legalidade dos actos dos seus órgãos. Organismo que integra a totalidade dos profissionais de medicina, detém por força do Estatuto não apenas o exclusivo da sua representação perante o Estado, como exerce poderes de autoridade sobre esses profissionais.*”⁷⁸⁷

Mais adiante: “*Há com efeito, profissões que apresentam como traços distintivos um elevado grau de formação científica e técnica, regras de exercício ou de prática de actos extremamente relevantes e exigentes, necessidade de confiança pública ou social tão marcada que*

⁷⁸⁶ Pareceres n.ºs 1 e 2/78, de 3 e 5 janeiro, in Pareceres da Comissão Constitucional, 4º Vol.

⁷⁸⁷ N.º 7 do Parecer n.º 2/78.

se torna indispensável uma disciplina capaz de abranger todos os profissionais, traduzia não apenas em normas técnicas e deontológicas mas também em verdadeiras normas jurídicas. Estas regras tenderão a ser elaboradas pelos próprios profissionais quando a especialidade de formação se faça acompanhar de autonomia técnica, intensidade de relações profissionais e espírito de cooperação”.

*“Com representação e auto-regulamentação corporativa não se trata então de qualquer espécie de participação de organismos representativos na vida política ou na realização de interesses económico-sociais; trata-se da participação dos membros de certa classe profissional na definição e na observância das regras específicas que lhes dizem respeito, através de organismos para tanto investidos de poderes de autoridade pelo Estado. E ela bem pode fundar-se na ideia de que, numa sociedade aberta, com diversificação e concorrência de interesses e de forças, mais eficaz virá a ser uma regulamentação autónoma do que uma regulamentação heterónoma por se revestir de maior consciência de obrigatoriedade para os seus destinatários”.*⁷⁸⁸

Ainda a Comissão Constitucional.

“O Estado poderia intervir, criando no seu aparelho administrativo uma repartição especialmente encarregada de registar os médicos, fiscalizar o seu exercício profissional, exercer ação disciplinar sobre eles; ou poderia intervir, promovendo formas de auto-organização de classe sob a tutela ou integradas na administração pública (na aceção ampla e moderna do termo)”.

⁷⁸⁸ N.º 12 do Parecer n.º 2/78.

“Uma tendência estatista preferirá, sem dúvida, a primeira via de organização: Uma tendência mais favorável ao pluralismo social melhor se coadunará com a segunda: e esta, embora não imposta como a única solução, dir-se-ia a mais conforme com o espírito da Constituição português, a qual consagra o “pluralismo de expressão e organização política democrática” (art. 2.º) e a participação dos cidadãos (arts. 48.º e 112.º), bem como dos grupos sociais e de entidades menores, em diferentes instancias (art.s 56.º, 58.º, 94.º, 229.º e 268.º, entre outros)⁷⁸⁹.

16. Se dúvidas ainda subsistissem, em Portugal elas foram cedo ultrapassadas pela primeira revisão constitucional (a de 1982) que consagraria, em moldes rigorosos, as *associações públicas* (no Brasil designar-se-iam *autarquias institucionais* ou *especiais*). E essas associações, que de resto não se reduzem às associações profissionais, só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm de ter organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos (art. 267.º, n.º 4)⁷⁹⁰.

A matéria entra na reserva relativa de competência legislativa parlamentar (art. 165.º, n.º 1 al. s), e tem sido sempre por lei da

⁷⁸⁹ N.º 13 do Parecer n.º 2/78.

⁷⁹⁰ Cfr., por exemplo, JORGE MIRANDA, *As associações públicas no Direito português*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1956, págs. 57 e segs.; ROGÉRIO EHRARDT SOARES, *A Ordem dos Advogados como Corporação Pública*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1991; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997.

Assembleia da República que têm sido criadas ou reguladas as ordens profissionais em diferentes sectores, a que acresce a que fixa o regime geral.

No Brasil, julgo que nunca se colocou a questão ou surgiram dúvidas semelhantes. Indiscutível e muito prestigiado tem sido o eminente papel da Ordem dos Advogados do Brasil em face a União, dos Estados e dos Municípios.

COMISSÃO ESPECIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

BREVES RELATOS SOBRE A ATUAÇÃO CIDADÃ DA OAB/RS VOLTADA PARA O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Carlos Luiz Sioda Kremer⁷⁹¹

Índice: 1. Breve Histórico – 2. Composição – 3. Competências – 4. Atuação – 5. Relato de Membros – 6. Conclusão

1. BREVE HISTÓRICO

Inspirada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, no ano de 2007, o Conselho Secional da OAB/RS, então sob a Presidência de Cláudio Pacheco Prates Lamachia, foi criada a Comissão Especial da Criança e do Adolescente comandada pela Dra. Maria Dinair Acosta Gonçalves.

Em que pese conceitualmente seja nominada uma comissão especial, na prática, tornou-se permanente, porquanto sucedeu todas as gestões desde a sua criação até a presente gestão, mostrando serviço efetivo. Foram duas gestões do Presidente Cláudio Lamachia, uma gestão do Presidente Marcelo Bertolucci sob o comando da Dra. Maria Dinair Acosta Gonçalves, na primeira parte da gestão e sob o comando do Dr. Carlos Luiz Sioda Kremer, na segunda parte da gestão, e a atual

⁷⁹¹ Presidente da CECA/OAB-RS. Coordenador do Projeto OAB vai à escola. Membro da CECA-CFOAB. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente – FMP.

gestão do Presidente Ricardo Breier, então sob o comando do Dr. Carlos Luiz Sioda Kremer.

Este estado de permanência desde a sua criação em 2007 deveu-se ao trabalho de excelência que desenvolveu ao longo dos anos junto à cidadania, dedicados às garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente, com atuação decisiva junto público alvo infanto-juvenil, objeto de sua existência.

Nada mais nobre do que garantir e zelar pelo Direito da população de zero a dezoito anos que será o futuro de nosso País.

2. COMPOSIÇÃO

A composição atual da CECA/OAB-RS:

Presidente: Dr. Carlos Luiz Sioda Kremer

Vice-Presidente: Dr. Jorge Trindade

Membros:

Dra. Letícia Magalhães

Dra. Andrea Teixeira da Rosa

Dra. Cláudia Frota Hermann

Dr. Afonso Armando Konzen

Dra. Dirce de Camargo Longo

Dra. Giovana Mazzarolo Foppa

Dra. Maria Carolina Beltrame Camargo

Dra. Maria Dinair Acosta Gonçalves

Dra. Caroline Ribas Sérgio

Dr. João Batista Costa Saraiva

3. COMPETÊNCIAS

Informar, denunciar e fiscalizar os Direitos da Criança e do Adolescente;

II. Assessorar o Presidente da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em sua atuação na defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente;

III. Sempre que tomar conhecimento de violações, efetivas ou eminentes, de direitos da criança e do adolescente, proceder entendimentos com autoridades públicas constituídas, bem como quaisquer outros procedimentos necessários à apuração dos fatos, visando o restabelecimento e/ou reparação do direito violado, ou a integridade do direito ameaçado;

IV. Instaurar processos, elaborar processos e trabalhos escritos, emitir pareceres, promover seminários, painéis e outras atividades culturais com o escopo de estimular e divulgar o respeito aos Direitos da Criança e do Adolescente;

V. Inspeccionar todo e qualquer local onde haja notícia de violação aos Direitos da Criança e do Adolescente;

VI. Cooperar, manter intercâmbio e firmar convênio com os outros organismos públicos e entidades, nacionais ou internacionais de defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente;

VII. Criar e manter atualizado um centro de documentação onde sejam sistematizados dados e informações sobre denúncias que lhe forem encaminhadas;

VIII. Apresentar ao Conselho Seccional a proposta de alteração do presente regimento;

IX. Estimular a promoção dos direitos da criança e do adolescente nas Subseções do Estado.

4. ATUAÇÃO

A CECA desenvolve um grande poder de articulação junto aos Poderes Judiciário, Executivo (Estadual e Municipal) e Legislativo (Estadual e Municipal), bem como junto com o Ministério Público, Defensoria Pública, Conselho Tutelar, Conselhos de Direitos e Fóruns (Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, Socioeducativo meio aberto e fechado, Contra Violência e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, Contra a Venda e Consumo de Bebidas Alcoólicas para Crianças e Adolescentes, Contra Exploração do Trabalho Infantil e Programas de proteção voltados para as crianças e adolescentes (Programa de Proteção de Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte), além da Fundação de Atendimento Socioeducativo, Instituições de Acolhimento de âmbito estadual, municipal e privadas.

Suas reuniões ordinárias ocorrem todas as quartas-feiras do meio-dia às 14:00hs, com pauta prévia. Muitas vezes estão presentes nas reuniões, Juízes e Membros do judiciário, do Ministério Público, da Defensoria, do Conselho Tutelar, da Polícia Civil e representantes de Fóruns e Conselhos, além de colegas de Comissões, e ONG's, para discutir, implementar e garantir, com diálogo permanente, os Direitos da Criança e do Adolescente de forma abrangente e também caso a caso, quando ameaçados ou violados.

Esta atuação somente foi possível com o apoio incondicional da Diretoria desta gestão, representada pelo Presidente Ricardo Breier, e também pelo Conselho Seccional, a quem agradecemos desde já.

Durante sua existência, a CECA promoveu o registro civil tardio de crianças e adolescentes invisíveis, mais de 300. Fiscalizou casas de acolhimento institucional (abrigos) e do sistema socioeducativo (FASE), denunciou gestores, cobrou providências, apurou denúncias, criou o primeiro grupo de estudos do direito da criança e do adolescente, na gestão do Presidente Marcelo Bertolucci, promoveu seminários, audiências públicas, campanha da rede de proteção e campanha contra a pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes, elaborou projetos de lei (1 - Família Acolhedora em Porto Alegre – atualmente com o Prefeito para ser encaminhado à Câmara de Vereadores; 2 - Indispensabilidade do Advogado na área da Proteção – adoção – aprovado por unanimidade pela CECA do Conselho Federal da OAB em vias de ser encaminhado ao Congresso Nacional para alteração do ECA), participou ativamente do Projeto OAB vai à escola desde o seu início, agora com novo formato onde a demanda parte da escola, coordenando o Projeto junto com as Comissões de Direitos Humanos e da Mulher Advogada, promovendo a sua interiorização e a cidadania. Atualmente encontra-se elaborando requerimento ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para criação de Câmara Especializada da Infância e Juventude (hoje a proteção e o ato infracional são julgados pela 7ª. e 8ª. Câmaras Cíveis junto com o direito de família e sucessões, o que vem em prejuízo do Direito da Criança e do Adolescente, porquanto não compete a área cível julgar

crime ou ato infracional que se situa na esfera do Direito Penal Juvenil). Para tanto, conta com apoio da Coordenadoria da Infância e Juventude do TJRS (CIJ), dos Juízes da Infância e Juventude, da Defensoria Pública do Estado, do Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente (CEDICA), da Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE), do Instituto Brasileiro do Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA) e da Assembleia Legislativa, construído em muitos encontros e com pontes de diálogos pela CECA.

A CECA tem uma visão completa do Direito da Criança e do Adolescente, porquanto seus Membros são egressos da Advocacia, Ministério Público, Defensoria Pública e do Poder Judiciário, o que permite ponderar acerca dos assuntos jurídico sob todas as suas óticas.

Qualitativamente também é composta por três especialistas no Direito da Criança e do Adolescente, quatro Mestres em Direito, um Pós-Doutor e uma Doutoranda, além de três Professores renomados da Especialização em Direito da Criança e do Adolescente da Escola Fundação do Ministério Público (FMP) e AJURIS.

5. RELATO DOS MEMBROS

Claudia Frota Herrmann⁷⁹²

Os objetivos da Comissão Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rio Grande do Sul (OAB/RS), estão de acordo com a teoria da proteção integral,

⁷⁹² OAB/RS 53.341. Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente. Mestre em Direitos Humanos. Doutoranda em Políticas Sociais

proposta pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, (Lei 8069/90) em seu artigo 1º.

A proteção integral tem origem na Convenção Internacional de 1989 sobre Direitos da Criança e do Adolescente. Esta teoria objetivou esclarecer e propôr, a nível universal, quais seriam os direitos que as crianças e os adolescentes deveriam ter, considerando-os merecedores de proteção especial e de atenção prioritária por parte da sociedade em geral. No âmbito interno brasileiro, no que concerne a estes direitos, pode-se constatar que são os mesmos previstos na Constituição Federal de 1988, nas suas proposições fundamentais, pois, crianças e adolescentes, passaram a ser considerados sujeitos de direito a partir da promulgação desta nova Constituição, levando em consideração que esta ideia já estava sendo concretizada também a nível internacional.

A perspectiva da proteção integral, dentro do Estado Brasileiro, deve ser analisada levando em conta a capacidade da família, sociedade e estado na busca da efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Assim, o chamado “sistema de garantias”, advindo do Estatuto da Criança e do Adolescente requer um olhar que, ao mesmo tempo, deverá ser globalizante e unificador, no sentido de haver um trabalho em conjunto com todas as esferas que lidam com a efetivação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, sendo que, nestas esferas, incluem-se os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), a sociedade em geral e a família.

Cabe aos advogados da Comissão Especial, trabalharem em prol da proteção e das garantias de direitos, no sentido de que sejam efetivadas a luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Alguns exemplos dos trabalhos da Comissão nesta gestão, na busca dessa efetivação, poderiam ser citados o da “OAB/RS vai à escola”, participação em oficinas com adolescentes em conflito com a lei na Fundação de Atendimento Sócio educativo, representação e debates em Fóruns promovidos pelo Ministério Público a respeito da “Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes”, Fórum Socioeducativo do Estado do Rio Grande do Sul, construção do projeto de lei “Família Acolhedora”, lançamento da campanha “Nem todos os monstros vivem embaixo da cama”, palestras em entidades que trabalham com a proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente com o objetivo de esclarecê-los, assim como incentivar e proporcionar a estes entes de direitos o protagonismo nas suas vontades.

Por fim, é papel do advogado, criar campos para iniciativas de melhorias na implementação da teoria da Proteção Integral como o verdadeiro regente dos Direitos fundamentais das Crianças e dos Adolescentes.

Caroline Ribas Sérgio⁷⁹³

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi inaugurada a Doutrina de Proteção Integral a Criança, por meio da inclusão do artigo 227 da Constituição Federal, o qual passou a colocá-la como foco central de todas as preocupações constitucionais.

A Comissão Especial da Criança e Adolescente da OAB/RS, busca dessa forma por meio de seus membros, assegurar os direitos

⁷⁹³ Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente – CECA/OAB-RS.

previstos no artigo 227 da Constituição Federal, com absoluta prioridade, buscando sempre que o sistema de justiça, efetivamente, enxergue, acolha, escute e respeite as crianças e adolescentes.

Minha vivência como membro da Comissão, iniciou-se há pouco mais de 02 meses, sendo que neste curto período de tempo, pude observar a seriedade como são tratados todos os assuntos levados em pauta semanalmente e o principal, o comprometimento de todos os membros e colegas de comissão com os Direitos da Criança e do Adolescente.

Por meio de projetos como “OAB vai a Escola”, o qual tive a oportunidade de presenciar e participar, verifica-se que o papel primordial da Comissão, é levar ao conhecimento de alunos, pais e professores, temas relevantes sobre direitos e deveres, objetivando dar ciência as crianças e adolescentes do seu importante papel na sociedade.

Além deste, a Comissão possui outros projetos, com viés tão importante quanto, os quais buscam sempre priorizar a preocupação com a cidadania.

Dessa forma, conclui-se que o papel da advocacia na garantia dos direitos da criança e do adolescente e, da nossa Comissão, deve ser encarado como parte da solução, com o potencial de favorecer a aplicação de direitos e a implementação de políticas, por meio do acesso à justiça. Sendo assim, devemos contribuir para que a infância e a adolescência sejam tratados como prioridade absoluta e que o sistema de justiça, as respeite.

Andréa Rosa⁷⁹⁴

CRIANÇA E ADOLESCENTE: PROTEÇÃO INTEGRAL E COMPROMISSO PERMANENTE

A Constituição brasileira, estruturada em preambulo, dividida em 9 títulos e ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), em seus 250 artigos, acrescida de ato convocatório para edição de emendas de revisão, compreendeu os princípios fundamentais, direitos e garantias, organização do Estado, dos poderes, defesa do Estado e das instituições democráticas, tributação e orçamento, da ordem econômico financeira, ordem social e disposições gerais. A construção do texto foi realizada com a participação de entidades, órgãos de classe, sindicatos, opinião publica em geral, que a denominou como “cidadã”, sendo promulgada em 5 de outubro de 1988.

O documento constitucional contemplou, no título Da Ordem Social, Capítulo VII, no artigo 227, os direitos da população de zero a dezoito anos. O legislador buscou, em consonância com os dispositivos do artigo 5º., que traz da igualdade dos cidadãos perante a lei, e artigo 1º., que cita os princípios do Estado Democrático de Direito, consolidar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e não objeto da lei.

A Lei 8069\90, Estatuto da criança e do Adolescente, ratificou os princípios constitucionais, positivando a doutrina da proteção

⁷⁹⁴ Advogada – OAB\RS 47.885. Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente – CECA/OAB-RS.

integral, em substituição às práticas estabelecidas na situação irregular, intituladas no revogado Código de Menores, Lei 6697\79. Pela nova concepção constitucional, a criança e o adolescente são equiparados aos adultos, devendo ser respeitada sua condição de pessoa em processo de desenvolvimento moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Há documentos internacionais que fazem menção à tutela dos interesses da criança e do adolescente e revelam a preocupação da comunidade internacional sobre o tema e evolução sobre a matéria. A legislação abarca a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1989, Convenção da OIT, de 1919, que citou o trabalho infantil, Organização Internacional do Trabalho de 1919, Declaração de Genebra, de 1924, conhecida como Carta da Liga sobre a Criança, Declaração dos Direitos da Criança de 1959, Convenção dos Direitos da Criança de 1979, Diretrizes de RIAD, que dispôs sobre ilícitos penais, Regras de Beijing, normas das Nações Unidas para administração da Infância e Juventude e Regras de Tóquio que dispôs sobre medidas privativas de liberdade.

No Brasil, além do ECA, cita-se algumas normas sobre a matéria: Lei 9394\1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 12.594\2012 - Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), Lei 13.146\2015 da Inclusão da Pessoa com Deficiência, entre outras normas. Há sobre o tema, Provimentos do Conselho Nacional de Justiça, Resoluções do CONANDA. Dessa forma, identifica-se que é vasta a legislação sobre o direito da criança e do

adolescente. Ele contempla o Constitucional, do Trabalho, Penal Juvenil, das Famílias e Sucessões, Educacional, Eleitoral, além da política pública para realização dos bens garantidos nas leis. Pela interpretação dos preceitos, sabe-se que o assunto busca a tutela de direitos e pode se harmonizar com a Carta Magna Brasileira. O tema é, de fato, apaixonante.

No ano de 1999, paralelamente ao exercício da advocacia, dei início os estudos sobre o direito da criança e do adolescente. De igual forma, trabalhei em projetos sociais, em entidades não governamentais de atuação na defesa dos direitos humanos, através da música e do esporte, por crer que são formas de expressão da cidadania e instrumentos de prevenção a violação de direitos. Identifiquei que a maioria dos sujeitos de direitos estão em situação de abandono, negligência, vulnerabilidade, não têm seus direitos efetivados e que as disposições do texto constitucional de demais leis necessitam acontecer, em absoluta prioridade, na vida dessas pessoas.

Em 2012, ingressei na Comissão Especial da Criança e do Adolescente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul, como convidada. A CECA tem importante tarefa na construção da cidadania. As atividades desempenhadas são de relevante atuação participativa e construtiva, junto aos setores da sociedade. Poderia destacar, inúmeras ações realizadas pela CECA, nesses seis anos de comissão, mas cito as atuais, que são ser uma das representantes da OAB junto ao Fórum Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Rio Grande do Sul, (FEDCA), e do Conselho Estadual da Criança e do Adolescente do Estado do RS (CEDICA), entidades

legitimadas a construir a política pública para criança e adolescente, e colaboradora do Projeto OAB Vai a Escola, encontro com alunos, pais e professores, para construir a prevenção da violação de direitos.

Celebrar os trinta anos de vigência da Constituição Federal é admitir que muito há para ser avançado em termos de defesa, proteção e promoção dos direitos da população de zero a dezoito anos. A OAB, com sua CECA, continuará seu trabalho de relevância social, a fim de que a proteção integral aconteça em prioridade absoluta. Há conquistas a alcançar, tais como o direito da criança e do adolescente ter seu advogado, nos processos e procedimentos judiciais de medidas de proteção, como determina o artigo 206 do ECA, que a adoção seja requerida por esse profissional que detém o jus postulandi que impede que o magistrado a defira de ofício, que haja Câmara Especializada no Julgamento de processos penais de adolescente privado de liberdade no Poder Judiciário, que a política pública do Plano Decenal dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente do Estado do Rio Grande do Sul alcance o interesse dos sujeitos de direito, que a institucionalização de pessoas, que impede o exercício do direito a convivência familiar e comunitária, seja a última alternativa para a solução de um conflito e não a primeira, como prevê o artigo 101, inciso VII, do ECA, que a vítima de violência tenha sua defesa técnica garantida e que a prevenção do abuso dos direitos seja efetiva, podendo ser realizada através do afeto, construção de vínculos, divulgação da cultura de tolerância e paz, sendo esses considerados como “outros meios” de assegurar direitos, como previsto no artigo no artigo 3º. da Lei 8069\909. Esse é o desafio de todos nós. A legislação nos acolhe. Continuemos o trabalho.

À OAB, gratidão pela honra em confiar essa missão cidadã. Aos colegas da CECA, carinho e admiração. À criança e o adolescente, proteção integral e compromisso permanente!

Giovana Mazzarolo Foppa⁷⁹⁵

O Brasil adotou a Doutrina da Proteção Integral com a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, *caput*. A ideologia incluída no texto Constitucional serviu como princípio norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, o qual serviu para regulamentar os dispositivos constitucionais da matéria.

Com a Doutrina da Proteção Integral, tem-se como princípio decorrente o da Prioridade Absoluta da Infância e Adolescência, o qual é disposto no artigo 4º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este princípio estabelece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, reconhecendo sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, tornando-os merecedores de proteção total por parte da família, da sociedade e do Estado, tornando obrigatório o fornecimento de todos os meios para o seu pleno crescimento, seja ele físico, mental, moral, espiritual ou social.

A Doutrina da Proteção Integral rompe com a ideia de “atos generosos” ou “caridade”, exigindo-se, agora, compromisso na realização de políticas públicas que visem à inclusão social.

A Doutrina da Proteção Integral ao reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, deixa de vê-los como mero

⁷⁹⁵ Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente – CECA/OAB-RS.

objetos de intervenção do estado. A criança e o adolescente passam a ter voz. O nosso trabalho na Comissão Especial da Criança e do Adolescente da OAB/RS – CECA é garantir que essa voz seja escutada, que essa voz tenha valor.

A CECA tem como princípio proteger que a criança e ao adolescente sejam assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária, protegendo e promovendo a sua cidadania indistintamente.

Maria Carolina Beltrame Camargo⁷⁹⁶

A Constituição Federal inseriu na legislação brasileira a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, conforme determina o artigo 277: *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. [...]"*

Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90, que também foi elaborado com base nas diretrizes e princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

⁷⁹⁶ OAB/RS 46.028. Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente – CECA/OAB-RS.

Sendo assim, inegáveis os avanços obtidos ao transformar os "menores"(doutrina da situação irregular) em sujeitos de direitos (doutrina da proteção integral).

Ocorre que as crianças e os adolescentes, sujeitos de tantos direitos, são na realidade inúmeras vezes vitimizados por quem os deveria proteger.

Sabemos que tais circunstancias acabam por influenciar no desenvolvimento físico e psicológico de cada criança ou adolescente até sua vida adulta. E muitas vezes deixam sequelas difíceis de serem sanadas, as quais prejudicam não só seu desenvolvimento como pessoa, mas o futuro de toda sociedade.

Desta forma, a Comissão Especial da Criança e do Adolescente - CECA, da OAB/RS, existe com o intuito de conferir a aplicação da lei, principalmente no que tange aos direitos referentes às crianças e aos adolescentes.

A CECA faz este importante trabalho reunindo-se semanalmente para debater problemas e soluções. E, assim, implementar e fiscalizar as políticas públicas, assegurar o acesso a justiça, sensibilizar as comunidades escolares, bem como toda a sociedade e suas instituições a respeito da proteção integral, considerando crianças e adolescentes a prioridade de todos.

Acredito ser importante salientar que muito me orgulha poder participar da Comissão Especial da Criança e do Adolescente - CECA da OAB/RS e desfrutar do convívio dos ilustres colegas, os quais me oportunizam um verdadeiro aprendizado. Ressalto, ainda, que passei a integrar esta Comissão Especial apenas em abril de 2018.No entanto,

das inúmeras atividades que a CECA realiza, as mais significativas para mim são as que tive oportunidade de participar.

Sendo assim, saliento a Audiência Pública de lançamento da campanha da OAB/RS de prevenção à pedofilia: "*Nem todos os monstros vivem em baixo da cama*", a qual visa sensibilizar a toda sociedade.

Informo que participo do *Projeto OAB vai à escola*, onde representantes da CECA realizam palestras, orientações, rodas de conversas sobre temas solicitados (pelas escolas). Este contato ou interação é bastante satisfatório, pois é notório o interesse das comunidades escolares nos assuntos abordados pelos advogados, tais como: bullying, ato infracional, direitos e deveres previstos no ECA, dentre outros.

E, ainda, considero de suma importância referir que a CECA tem realizado reuniões com representantes do Conselho Tutelar, da Delegacia Estadual da Criança e do Adolescente, da Defensoria Pública Estadual, e do Ministério Público/RS com o intuito de possibilitar ao adolescente apreendido (sem êxito na comunicação com os pais ou responsáveis), o retorno para casa desacompanhado de Conselheiro Tutelar.

Letícia Magalhães⁷⁹⁷

OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 orientaram a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei

⁷⁹⁷ Advogada. Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente – CECA/OAB-RS.

8.069/1990, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente e regulamenta seus direitos no Brasil.

Nossa Comissão tem como atribuições precípuas, informar, denunciar e fiscalizar os Direitos da Criança e do Adolescente, sempre que houver conhecimento de violações, promovendo quando necessário, a articulação com autoridades públicas de outros Órgãos, à fim de proteger a integridade do direito ameaçado.

Assessoramos o Presidente da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil/RS na atuação e defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, realizando audiências públicas, palestras, seminários e outras atividades, com o objetivo de debater e divulgar o respeito aos seus Direitos, trazendo efetividade na defesa dos mesmos.

Atuo na Comissão da Criança e do Adolescente da OAB do Rio Grande do Sul desde o ano de 2010, ano em que comecei a fazer parte da instituição como advogada, já com um sentimento e vontade de fazer mais pela Sociedade. Considero um privilégio fazer parte deste seletivo grupo, que ajuda a transformar a realidade de crianças e adolescentes. O presidente da comissão Carlos Kremer atua com excelência, sempre organizando e nos orientando nos trabalhos desenvolvidos. Assim, em cada tema que debatemos e construímos, ajudamos àqueles que muitas vezes não tem voz, e acredito, que quanto mais semearmos o direito, o conhecimento, a proteção, mais colheremos a tão esperada Cidadania. Posso dizer que, tal atividade transforma também o meu ser.

São experiências vividas em vários projetos de grande relevância social, como, atuação como Conselheira titular do Conselho Estadual da Criança e do Adolescente no Estado (CEDICA/RS), o

projeto “OAB vai à escola”, uma oportunidade de estar com aqueles que são o sentido de nossa luta; o programa Famílias Acolhedoras, o acolhimento que insere-os dentro de uma família, preservando sua identidade e integridade, com valores e vínculos afetivos das crianças e adolescentes, estudo que realizamos e que gerou um Projeto de Lei, encaminhado ao atual prefeito Nelson Marchezan, para posterior aprovação na Câmara de Vereadores; o tema da criação de Câmara especializada no TJ, para o julgamento de atos infracionais; entre tantas outras tantas demandas que encaminhamos.

Neste momento histórico, que completamos 30 Anos da Constituição Federal do Brasil, é importante lembrar que, o Estatuto da Criança e do Adolescente rompeu definitivamente com a doutrina da situação irregular antes admitida pelo Código de Menores (Lei 6.697 de 1979), e o Brasil estabeleceu como diretriz básica a doutrina de Proteção Integral (Lei 8.069 de 1990 - ECA) para assegurar a garantia dos direitos e do atendimento de crianças e adolescentes, em todo o território nacional. Portanto, o Estatuto é o marco legal, que nos mostra sobre a consciência e o reconhecimento da criança e do adolescente como um sujeito de direitos, assegurando a sua prioridade absoluta, e a sua proteção como dever da família, da sociedade e do Estado, descrita no Art. 227 da nossa Constituição Federal.

Embora haja o que construir para assegurar que as políticas públicas afirmadas através do Estatuto sejam implementadas em cada cidade do nosso país, no próximo dia 13 de julho também é tempo de celebrar, os 28 anos de aniversário do ECA, por tudo o que representou no que tange à proteção e políticas públicas voltadas ao atendimento

dos direitos de crianças e adolescentes, através do empenho de todos que atuam para que cada um deles possam ter assegurados seus Direitos.

É nosso dever, como OAB, de zelar pela cidadania, um dos pilares da atual gestão. A OAB prioriza que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam sempre assegurados, mais do que isso, garantindo sua dignidade humana.

O advogado, como indispensável à administração da justiça (Art. 133 da CF), deve buscar a efetividade plena da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, à garantir a Proteção Integral da criança e do adolescente, para que possam desfrutar de sua cidadania plena, durante todo o período do seu crescimento e desenvolvimento, nesta fase única de que cujos cuidados depende o seu futuro como cidadãos, e, a Ordem Social do País.

Maria Dinair Acosta Gonçalves⁷⁹⁸

UM NOVO OLHAR À CRIANÇA E ADOLESCENTE

A Comissão Especial da Criança e Adolescente da Ordem dos Advogados de Porto Alegre cultiva um novo olhar para a Criança e Adolescente ao realizar encontros em escolas públicas com alunos, pais e professores conversando sobre temas de direitos contidos na Constituição Federal e na Lei Especial nº 8.069 de 1990, endereçados à população de zero a dezoito anos.

⁷⁹⁸ Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente – CECA/OAB-RS.

Nesses encontros trata de conceitos de cidadania participativa, dignidade humana, e igualdade aos demais sujeitos sem distinção de qualquer natureza, dito no artigo 5º da Constituição Federal e seu direito de opinião e expressão escritos nos artigos 15,16,17, ECA.

Destaca-lhes o direito de serem ouvidas e acatadas suas sugestões, inclusive de mudanças nas políticas públicas a eles destinadas.

Demonstra-lhes importância de seu protagonismo em modificar os comportamentos e atitudes de racismo, exclusão, nos lugares de seus pertencimentos, pois que, o alicerce das relações familiares e comunitárias reside no afeto, na solidariedade e na obediência a lei vigente.

Expõe temas para reflexão sobre fatos, envolvendo as relações humanas da Criança e Adolescente, com o pai, a mãe, a professora, o conselheiro de direitos, o conselheiro tutelar, o funcionário da saúde, as autoridades da segurança, o comerciante, o Poder Judiciário, o Ministério Público, e nas casas de acolhimento.

Apresenta a necessidade do governo e da sociedade prestar assistência financeira, social e cultural às famílias para prevenir o abandono, a negligência, maus tratos, físicos, psicológicos, a violência sexual, a exploração do trabalho infantil, e a exploração sexual dos filhos.

Indica aos sujeitos de direito onde buscar refúgio, auxílio e orientação jurídica por especialistas previstos nos artigos 206, 87, V, ECA, centros de defesa, hospitais, conselhos de direitos, assistência

social, atendimento preventivo na área da saúde física, psíquica, mental e social.

Por fim diz: *É dever de todos zelar pela dignidade da Criança e Adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, artigo 18, ECA.*

Dirce de Camargo Longo⁷⁹⁹

RELAÇÕES SOCIAIS, FAMÍLIA, SOCIEDADE, ABANDONO, REJEIÇÃO, HUMILHAÇÃO, INJUSTIÇA, DROGAS AFINS.

A C.F./88 em seu art. 227, dispõe: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, ao lazer, profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão(Redação dada p/EC n°. 65/2010).

§1°. – O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem...(Redação dada p/EC n°. 65/2010).

Lei n°.8069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 7°. A Criança e o Adolescente têm direito a proteção à vida e a saúde, mediante a efetivação das políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

⁷⁹⁹ OAB n°. 12.185. Membro da Comissão Especial da Criança e do Adolescente – CECA/OAB-RS.

O Estado, o Homem e sua consciência – coração e razão. Indiferente quanto ao cerne da lei e a insegurança institucional ainda que consciente quanto aos seus direitos e prerrogativas então violados, ou em vias de violação.

Na luta em busca do equilíbrio social e humanístico, destaco três pontos importantes no combate à violência:

1. A necessidade de pesquisas e controle da saúde mental e espiritual no eixo do desenvolvimento da criança em seu contexto familiar como meio de prevenção e preservação da infância;

2. A Comunidade integrada e participativa, a família consciente dos deveres maternos e paternos em relação aos filhos, orientando-os e educando-os para o convívio social.

3. O olhar do Estado voltado à profissionalização, a técnica e a capacitação de agentes sociais para acompanhar o desenvolvimento sadio da criança até o segundo ano de vida.

Da Violência em todas suas formas e consequências

1. São várias as causas. Os recrudescimentos da violência têm sua consistência a partir da corrosão dos pilares da família:- o abuso sexual contra a criança e/ou adolescente, praticado no próprio núcleo familiar ou fora dele; à fuga do lar, seja esta pela deserção decorrente da ausência de afeto dos pais em relação aos filhos, o desapego dos filhos em relação aos pais devidos a maus-tratos sofridos, ausência de diálogo, desprezo, humilhação, injustiça e desamor.

2. A intolerância do homem para o Homem. O consumo do álcool, drogas afins e prostituição. Crianças, adolescentes e jovens são presas fáceis para os traficantes. O tráfico de drogas (venda), ou para consumo próprio como meio de sobrevivência. A triste Crise da Realidade:- A entrega do corpo em troca da droga (prostituição).

OAB-RS VAI À ESCOLA

Muito aprendi ao longo desta caminhada. Desde o primeiro dia, ciente das agruras da vida em sociedade, fazer parte deste seleto grupo e sob olhar sereno do Dr. Carlos Kremer, presidente da CECA-OAB-RS, abracei a luta em defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente consoante os preceitos legais dispostos na Constituição Federal/88, e a Lei 8069 /90.

Nosso grupo, nossas idas e vindas às escolas, à pedido da Direção, realizamos palestras e tópicos de abordagem segundo as necessidades da escola. Foram dias memoráveis! Direção educacional, professores, alunos, e não raras vezes, sob os olhares e atenção dos pais e mães, presentes. Sentimos-nos orgulhosos, justamente, por ser o ambiente escolar um dos grandes responsáveis pela capacidade de socialização das crianças e adolescentes. É a Direção da escola e professores agindo preventivamente em caso de ocorrência delitiva, mas, preparando-os, culturalmente, para um futuro de paz, harmonia, respeito e cidadania.

Talvez, seja esta a causa da nossa luta no sentido de não só entender, mas compreender melhor o que sejam as dores do corpo e da alma, senão cicatrizes emocionais vividas na infância de cada uma das

vítimas dessa violência (a rejeição, o desprezo, o abandono afetivo, a humilhação, a injustiça, etc.) cuja dor não tem nome.

Somos muito mais que um olhar em busca das ferramentas contidas no Direito Civil e Penal em defesa da saúde, da vida da criança e do adolescente. Somos um querer ser voz da voz dos inocentes silenciados pela insensatez do Homem que há muito se perdeu de Deus, do Amor, e do sentido da Vida.

Choramos pelas vitimas inocentes que tiveram sua infância “roubada” pela insensatez do agente desumano, a violência sexual, o Bullying, a traição, a desorganização familiar, o desrespeito, e outros.

Parafraseando o que disse Marques de Oliveira: “Na luta entre a Justiça e o Direito, este, jamais recorrerá à força ou a violência numa sociedade onde todos se guiassem pelas normas éticas”.

Repensando: Ambiente + Desagregação Social + Carência Afetiva = Conduta Anti-Social.

Família é valor primordial para a formação do indivíduo.
Vejamos:

Solidariedade+Humildade+Continência+Alimentos+
Tolerância + Laços Afetivos = Base fundamental para prevenir condutas delitivas.

A criança necessita de sua mãe e seu pai. Há uma responsabilidade conjunta para educar e orientar seus filhos.

Todas as crianças necessitam de uma fortaleza de amor e confiança para alcançar a segurança a fim de compreender e superar suas dificuldades e manter, fundamentalmente, o equilíbrio emocional nesta etapa.

Estamos engajados nessa luta para que todas as crianças e adolescentes tenham voz frente ao cárcere do Homem feito sal da terra. Ainda que sejam vozes silenciosas, suas são as vozes que se faz ouvir através da Lei 8069 de 13 de julho de 90.

Tenham a certeza, vocês, crianças e adolescentes do meu país, protagonistas dessa história que um dia será contada pelo tempo. Continuaremos a fazer a nossa parte, com coragem e amor.

6. Conclusão.

A Comissão Especial da Criança e do Adolescente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Rio Grande do Sul, exerce seu trabalho de forma efetiva em prol da cidadania, com plena harmonia, unida por um sentimento fraterno, compromissada com sua missão de zelar pelo cumprimento do Direito da Criança e do Adolescente, com independência, firmeza e serenidade.

Agradeço a todos os Membros pela dedicação, empenho e ensinamentos.

Agradeço à Secretaria das Comissões comandada pela Marileis, pelo suporte permanente nestes anos todos e também ao Gabinete da Presidência, Dr. Júlio Cesar Caspani e à Dirce.

Agradeço à Comunicação comandada pela Liziane pelas divulgações dos trabalhos e a Direção, Drs. Rafael Canterji, Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira e André Luis Sonntag, mas, especialmente, ao **Presidente Ricardo Breier** pela sua compreensão, apoio, acesso facilitado e condições oferecidas para que o trabalho se

desenvolvesse de maneira plena, sempre atendendo as demandas da CECA com carinho.

Finalmente, não poderia deixar de agradecer ao Presidente Cláudio Pacheco Prates Lamachia, responsável pelo início de tudo.

Meu muito obrigado!

COMISSÃO ESPECIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O NOVO PARADIGMA DE SALVAGUARDA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Andressa Tonetto Fontana, Bruna Katz, Raquel Tedesco*⁸⁰⁰

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fonte que orienta todo o ordenamento jurídico e da igualdade como princípio fundamental dá ensejo à especial proteção e promoção das pessoas com deficiência. A Constituição Federal de 1988 zela pela promoção de igualdade numa sociedade plural, marcada pela afirmação e respeito às diferenças.

No plano internacional, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, firmada em Nova York em 2007, é um dos mais importantes documentos na seara dos direitos humanos. Ao vedar expressamente qualquer tipo de discriminação contra as pessoas com deficiência e impor aos Estados Partes que adotem posturas apropriadas para evitar práticas discriminatórias, bem como para garantir a adaptação desse grupo, a Convenção viabiliza a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

⁸⁰⁰ Membros da Comissão Especial dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

O Brasil ratificou a Convenção da ONU e a incorporou no ordenamento jurídico pátrio com *status* equivalente ao de emenda constitucional⁸⁰¹, o que lhe impôs o dever de tomar as medidas necessárias à realização dos direitos reconhecidos, assegurando que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com seu texto.

Hoje, para além da proteção constitucional, A Lei Brasileira de Inclusão (Lei 113.146/15) materializou, no plano nacional, diversos fundamentos da Convenção da ONU, ampliando o espectro de proteção das pessoas com deficiência, mediante a adoção de uma série de políticas públicas tendentes a viabilizar a efetiva participação e integração desse grupo na sociedade, visando à eliminação das barreiras que o separam dos demais indivíduos.

Dentre as importantes modificações implementadas pela Lei de Inclusão, destaca-se a alteração do regime das incapacidades e a utilização dos procedimentos de curatela e tomada de decisão apoiada como instrumentos de salvaguarda dos direitos das pessoas com deficiência.

Para que o novo paradigma de proteção conferido às pessoas com deficiência seja compreendido, faz-se necessária uma digressão histórica do modelo de abordagem da deficiência, por meio da análise dos critérios concernentes à sua conceituação, da forma como essas pessoas eram vistas na sociedade, bem como do tratamento que lhes foi

⁸⁰¹ Foi aprovado, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186/08, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da CF/88 e promulgado pelo Decreto n. 6.949/09.

conferido pela lei. Este estudo propõe-se refletir sobre tais questões, a partir da abordagem das transformações sofridas no ordenamento jurídico pátrio, tendo como marco a Constituição Federal.

2 UM NOVO MODELO INCLUSIVO À LUZ DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O sistema jurídico brasileiro sofreu significativas transformações no modelo político jurídico com os paradigmas estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que tem como base a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Houve a implementação de uma perspectiva mais existencial e humanizada, com a pessoa no centro do ordenamento, não mais direcionada apenas a aspectos patrimoniais.

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da CF/88, foi consagrada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ordenando que o Estado reconheça, assegure e promova uma condição de pessoa, com dignidade, no âmbito da comunidade. Como princípio basilar, a dignidade da pessoa humana orienta todo o ordenamento jurídico brasileiro e é a partir dela, portanto, que decorrem todos os outros princípios e direitos fundamentais com relação à pessoa humana. Segundo a concepção de Sarlet⁸⁰², não se trata de uma norma programática, mas de supra princípio constitucional em

⁸⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 46.

amplitude ou dimensão norteadora dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro.

O referido princípio é considerado o vértice do Estado Democrático de Direito⁸⁰³ e vetor interpretativo de toda e qualquer norma constitucional⁸⁰⁴. A necessidade de sua positivação surge com a exigência de reconstrução do valor dos direitos humanos, não se pode olvidar, atribuída ao regime de terror instaurado pelas monstruosas violações do nazismo⁸⁰⁵, que com base na eugenia, provocaram atrocidades e a morte daqueles tidos como inferiores. Ademais, com o fim da Segunda Guerra Mundial muitos jovens foram feridos, sem dúvida, alterando a forma que a deficiência era vista, uma vez que esses mutilados simbolizavam o heroísmo de uma nação⁸⁰⁶.

Nesse contexto, pós-regimes totalitaristas, os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ganham relevância, surgindo a crença de que a positivação seria um dos caminhos para se evitar nova violação aos direitos humanos. Nessa toada, consagrando

⁸⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

⁸⁰⁴ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; SAUAIA, Artenira da Silva e Silva. A dignidade da pessoa humana e o portador de Mal de Alzheimer em situação de interdição: um estudo de caso. **Revista de Direito Privado**. Vol. 61. Ano 16. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015. p. 86.

⁸⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Disponível em: www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/API/article/download/3516/3638. Acesso em 12 de junho de 2018.

⁸⁰⁶ BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. *in*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.162.

um consenso de valores de cunho universal e retomando os ideais da Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, resgatou as premissas de respeito, igualdade e liberdade e permitiu a ratificação dos direitos constitucionais atuais com o núcleo na dignidade da pessoa humana⁸⁰⁷.

A dignidade da pessoa humana atribui ao Estado o papel de garantir que, de acordo com suas particularidades individuais, todos possam exercer sua dignidade.⁸⁰⁸ Resta claro, portanto, que um dos grandes méritos da Constituição de 1988 foi o da proteção da pessoa com a despatrimonialização e personalização dos institutos jurídicos, colocando o indivíduo como centro a ser protegido pelo direito⁸⁰⁹. Tal fenômeno colaborou substancialmente com a mudança que viria posteriormente no regime das incapacidades com o advento da Lei 13.146/2015.

O texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, consagra o Princípio da Igualdade, declarando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁸¹⁰. Em sua concepção material, a

⁸⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. **Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto**. In: Ferraz, Carolina Valença (coord. [Et Al]). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 37.

⁸⁰⁸ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 54.

⁸⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 9. ed. rev. atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65/66.

⁸¹⁰ Art. 5º, CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”: (BRASIL. Constituição (1988). Constituição

igualdade é concebida como um dever de compensação das desigualdades existentes no plano fático. Partindo-se dessa compreensão, a aplicação do princípio da igualdade exige tratamentos diferenciados em proveito de certos grupos vulneráveis, seja em razão do gênero, da capacidade física ou da condição econômica.⁸¹¹

É esta acepção material do conceito da igualdade que permite seja conferida especial proteção à pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social, valorização da diversidade, direito à diferença e à não-discriminação⁸¹².

Lastreada pelos princípios da igualdade e da dignidade, a Constituição Brasileira prescreve, em vários de seus dispositivos, normas para tutelar os direitos das pessoas com deficiência. No art. art. 7º, XXXI, garante à pessoa com deficiência proteção no mercado de trabalho, com a proibição da discriminação quanto a salário e critérios de admissão. Por seu turno, o art. 23 estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção e a garantia das pessoas com deficiência; já o art. 24, no que diz respeito às pessoas com deficiência, estabelece a competência legislativa concorrente. A reserva de vagas em cargos e concursos públicos para as pessoas com deficiência está consagrada no art. 37; os

da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/tzcxFG>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.)

⁸¹¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** -11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 326-327.

⁸¹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/tzcxFG>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.)

arts. 40 e 201, por sua vez, versam da adoção de critérios para a concessão de aposentadoria; o artigo 203, em seu inciso IV, dispõe sobre a habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência e a sua integração à vida comunitária, o art. 208 garante a educação inclusiva; o artigo 244 regula a acessibilidade da pessoa com deficiência.

Ainda, em seu papel integrador, a Constituição Federal socorre a pessoa com deficiência e ao idoso que não tiverem condições de prover o seu sustento e nem de tê-lo provido por sua família, com o direito a um benefício assistencial no valor de salário mínimo mensal⁸¹³. Dessa forma, o Estado procura garantir, minimamente, a assistência, com a promoção dos direitos fundamentais.

3 A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA MATERIALIZAÇÃO NO PLANO NACIONAL

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, ambos assinados em Nova York no ano de 2007, constituem os primeiros tratados versando sobre direitos humanos que foram aprovados de acordo com o que prescreve

⁸¹³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

o art. 5º, § 3º, da CF/88⁸¹⁴, o que confere a tais documentos força de emenda constitucional.

O rito especial foi seguido na sua integralidade: primeiro, o Decreto Legislativo nº 186 foi aprovado por 3/5 dos votos em cada uma das Casas do Congresso Nacional; posteriormente, seu instrumento de ratificação foi depositado ao Secretário Geral das Nações Unidas, entrando em vigor para o Brasil, no plano jurídico internacional, em 31 de agosto de 2008, data a partir da qual nosso país obrigou-se perante os demais Estados Partes a cumprir as prescrições da Convenção da ONU.

Quase um ano depois, os textos do Tratado e de seu Protocolo Facultativo passaram a vigor, também, no plano interno, por meio da promulgação do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009⁸¹⁵.

Por meio da ratificação da Convenção no plano interno, com *status* equivalente a emenda constitucional, suas normas passaram a integrar o bloco de constitucionalidade, servindo de parâmetro de controle, tanto no plano interno (constitucionalidade), como no externo (convencionalidade). Dessa forma, incumbe aos poderes constituídos adotar todas as medidas tendentes à efetivação dos direitos previstos na

⁸¹⁴ Art. 5º, § 3º, CF/88: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁸¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 329-330.

Convenção, bem como se abster de praticar quaisquer atos incompatíveis com os seus fundamentos⁸¹⁶.

Disso, extrai-se a necessidade de serem adotadas medidas que modifiquem ou revoguem leis, regulamentos administrativos, ou práticas costumeiras que denotem discriminação contra pessoas com deficiência.

As disposições da Convenção revelam claramente a adoção de um modelo social de abordagem da situação das pessoas com deficiência, também chamado de modelo de direitos humanos, que tem como preocupação primordial promover o exercício pleno de todos os direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, assegurando-lhe o respeito à sua dignidade. É o que se extrai da leitura da primeira parte do art. 1º do referido documento, que enumera seu propósito⁸¹⁷.

A deficiência é considerada um conceito social, na medida em que o seu reconhecimento poderá resultar da interação da pessoa com as barreiras impostas pelo meio. Se tais entraves impedirem sua plena e efetiva participação, em igualdade de condições com os demais, ela poderá ser considerada pessoa com deficiência.

O modelo social, assim, funda-se na ideia de gozo dos direitos sem discriminação, o que significa dizer que devem ser eliminadas as

⁸¹⁶ RAMOS, André de Carvalho, **Curso de Direitos Humanos**, 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230.

⁸¹⁷ Art. 1º da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

barreiras sociais e ambientais que impeçam ou dificultem o pleno exercício dos direitos e a inclusão das pessoas com deficiência. Nessa linha de ideias, impõe-se à sociedade a adaptação da sua postura e dos seus espaços, de modo a permitir o acolhimento desse grupo de vulneráveis.⁸¹⁸

Tal concepção se contrapõe ao modelo meramente médico de abordagem da situação das pessoas com deficiência, que concebia a deficiência como um problema de saúde a exigir tratamento. Num contexto assim delineado, as políticas públicas restringiam-se ao amparo à saúde e ao assistencialismo, o que apenas contribuiu para agravar os problemas relacionados à inclusão da pessoa com deficiência, permitindo a perpetuação dos estereótipos que circundavam essa condição⁸¹⁹.

Nesse sentido, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet e Gabrielle Bezerra Sales:

Com efeito, falar sobre toda e qualquer forma de deficiência somente é possível em um contexto de aproximação com a teoria dos direitos humanos. [...] Essa concepção se tornou paradigmática em razão da mudança no conceito de deficiência, que, outrora, era tido apenas na perspectiva biomédica e individual, ou seja, em uma abordagem extremamente excludente e estigmatizante, passando para uma perspectiva social em que há nítida busca pela inclusão e pela adaptação do cotidiano às necessidades de todos, especialmente dos mais vulnerabilizados, ou seja, os deficientes.[...] Portanto, a

⁸¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Internacional e Constitucional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 86, p. 166/167, Jan-mar.2014.

⁸¹⁹ RAMOS, André de Carvalho, **Curso de Direitos Humanos**, 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 229.

nova perspectiva para a deficiência implica na concreta equalização de igualdade e dignidade para todos, indistintamente, promovendo, no que for necessário, as ações afirmativas adequadas para a inversão do contexto discriminatório que ainda perdura até a atualidade por um padrão solidário e inclusivo.⁸²⁰

A Convenção é regida por uma série de princípios, previstos em seu art. 3º, dentre os quais se destacam o respeito pela dignidade humana, a autonomia individual, a liberdade e a independência. Tais postulados implicam o reconhecimento da obrigação dos Estados Partes de criar condições que possibilitem à pessoa com deficiência o desenvolvimento de suas aptidões e potencialidades, de acordo com as suas vontades e o seu projeto de vida⁸²¹.

Esses postulados de liberdade, independência e autonomia coadunam-se com o reconhecimento da condição de igual da pessoa com deficiência com relação aos demais indivíduos. Mais do que isso, são consonantes com a ideia de capacidade civil da pessoa conferida pela Convenção da ONU, ao prever, no art. 12.2., que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal, em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Ao mesmo tempo em que reconheceu a capacidade legal das pessoas com deficiência, a Convenção não se olvidou garantir, mesmo

⁸²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; SALES, Gabrielle Bezerra. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1998 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *in*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.149-151.

⁸²¹ SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da convenção de Nova York, p. 60-61. *in*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 100 e 104.

que abstratamente, a adoção de medidas que propiciem as salvaguardas apropriadas para evitar abusos, impondo aos Estados Partes que assegurem tal proteção (art. 12.4).

Trata-se de uma tentativa de equalizar, de um lado, a autonomia decisória e a liberdade da pessoa com deficiência e, de outro, a sua necessária segurança. Importante notar que, aqui, não se busca a anulação da vontade da pessoa com deficiência com o escopo de resguardá-la, mas sim a especial proteção do sujeito vulnerável.⁸²²

Seis anos depois de ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência restou materializada no plano interno infraconstitucional, por meio da edição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15).

Referida norma foi fortemente influenciada pela Convenção, tomando-a por base para a estruturação das políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência no plano interno.

⁸²² Nesse sentido, Nelson Rosenvald pondera: “Enfim, temos como ponto de referência da CDPD a complexa busca de um equilíbrio entre a exigência de tutela dos espaços residuais de autonomia decisória do sujeito – na tentativa de preservar sua liberdade pessoal –, e de outro, a proteção da própria pessoa com deficiência e da segurança do tráfego jurídico.” (ROSENVOLD, Nelson. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei 13.136/2015. *in*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 98-99.

4 OS REGIMES DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

A Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência) alterou profundamente o ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao regime das incapacidades, excluindo-se a possibilidade de qualquer pessoa com mais de 16 anos ser considerada absolutamente incapaz, independentemente da deficiência que possua⁸²³. Buscou-se, indubitavelmente, propor uma nova concepção quanto ao tratamento jurídico a ser dado a todos que de alguma forma estejam vulneráveis pela deficiência, primando-se pelo exercício da autonomia privada.

Destarte, seguindo-se os ditames da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil passou de uma fase assistencialista, cujo conceito de deficiência estava calcado em padrões médicos e para o qual a interdição mostrava-se como meio protetivo adequado para a salvaguarda de direitos, à fase atual de valorização dos direitos humanos, ou seja, um modelo social, onde se objetiva promover as liberdades fundamentais, limitando-se o exercício da autonomia privada apenas quanto aos aspectos patrimoniais, quando necessário.

As limitações ao exercício da prática de atos civis, existenciais ou patrimoniais, eram absolutas com o processo de interdição, instituto

⁸²³ Artigo 3º do Código Civil: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Artigo 4º: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

que representava verdadeira “morte civil”⁸²⁴. Com o advento da Lei de Inclusão, todas as pessoas com deficiência passam a ser tratadas como plenamente capazes, salvo casos extremos de ausência de discernimento para exprimir vontade, para as quais restringir-se-á a autonomia, relativizando-a.

O antigo regime das incapacidades merecia críticas, considerando que o rol de absolutamente incapazes, definido abstratamente pelo legislador, retirava a possibilidade de qualquer atuação da pessoa sem a intervenção de seu representante, de forma que desconsiderava que as deficiências são pessoais e limitam de modo diverso cada indivíduo⁸²⁵.

Diante deste viés da autonomia privada, bem como da dignidade e da individualização da pessoa humana, a nova legislação proporciona significativa alteração no regime de salvaguarda aos direitos das pessoas com deficiência. Considera-se, por parte majoritária da doutrina, abolido do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da

⁸²⁴ Segundo Joyceanne Bezerra de Menezes, os tradicionais processos de interdição não permitiam a análise pormenorizada das vicissitudes circundantes à história de cada pessoa. Observava-se a deficiência enquanto patologia e não sujeito, a pessoa de carne cujos interesses estavam em discussão. Desconsiderava-se que, independentemente do diagnóstico, o conjunto de fatores pessoais e de experiências externas poderia interferir substancialmente para o modo como a pessoa responderia às suas limitações psíquicas e/ou intelectuais. (O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). *in*: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 605/606.

⁸²⁵ BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. *in*: MENEZES, Joyceanne Bezerra de (org.) **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.174.

interdição⁸²⁶ como modelo protetivo de direitos e limitador absoluto da autonomia. Assim que, diante de situações nas quais a pessoa com deficiência apresentar dificuldades para exprimir sua vontade, deverá sujeitar-se a um processo judicial de curatela, a qual será restrita e proporcional às necessidades de cada pessoa.

As limitações advindas deste novo modelo de curatela não devem abarcar aspectos existenciais da vida das pessoas curateladas, mas tão somente patrimoniais e negociais⁸²⁷, sendo aplicada apenas como medida extraordinária e não como resposta ao diagnóstico de uma deficiência. Nelson Rosenvald assim refere:

Interdição, por conseguinte, é uma palavra incompatível com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito. Além de medida coercitiva e opressiva, que imprime uma marca indelével na pessoa, ela remete à uma sentença nulificante do exercício de situações existenciais e redutiva da complexidade e singularidade do ser humano a um quadro psíquico, que, por si só, legitimaria a neutralização da subjetividade pelo alter ego do curador. Ao contrário, a eficácia positiva da Dignidade da Pessoa Humana requer a potencialização

⁸²⁶ O Código de Processo Civil – Lei 13.105/15, em seus artigos 747 a 758, ainda utiliza a expressão “interdição”, a qual deve ser interpretada como o procedimento judicial necessário para obtenção de curatela. Embora o Código seja tão recente quanto a Lei Brasileira de Inclusão, não houve a preocupação do legislador com o cuidado terminológico, especialmente pela carga pejorativa que a palavra denota.

⁸²⁷ Art. 85, Lei Brasileira de Inclusão: A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

da autonomia, para que cada indivíduo seja autor de sua própria biografia e desenvolva o seu *modus vivendi*⁸²⁸.

Observa-se que esta nova dimensão das questões pertinentes à capacidade humaniza o tratamento dado à curatela, pois exclui a homogeneização até então existente de que toda pessoa com deficiência terá sua vida controlada por outrem, assim que interditado, independentemente do grau de discernimento que possua.

Então, evidencia-se uma mudança na interpretação e na aplicação prática do instituto, ou seja, a curatela passa ser medida excepcional e restrita aos casos em que seja reconhecida a falta de discernimento e a evidente impossibilidade de autodeterminação, o que ocorre frequentemente em casos de deficiências psíquicas e cognitivas mais severas. Mostra-se, neste sentido, de extrema importância a avaliação por equipe multidisciplinar⁸²⁹ no curso do processo, a fim que seja delimitada a zona de interferência a ser estipulada pelo Juiz, de modo que realmente a curatela sirva como modelo de proteção e auxílio à pessoa com deficiência.

Ademais, inobstante a nova legislação exclua a possibilidade de restrição, por meio da curatela, de direitos existenciais como a

⁸²⁸ ROSENVALD, Nelson. O fim da interdição – A Biografia não Autorizada de uma Vida. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/13/o-fim-da-interdicao-a-biografia-nao-autorizada-de-uma-vida/>>. Acesso em 10 jun. 2018.

⁸²⁹ Artigo 2º, §1º, Lei Brasileira de Inclusão: A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

sexualidade, o matrimônio, a privacidade, a educação, a saúde e o voto, é inegável que há casos extremos em que a pessoa apresenta uma impossibilidade praticamente absoluta de gerir sua vida, inexistindo qualquer discernimento, nem mesmo para cuidados vitais básicos do cotidiano. Para tanto, a realidade deve ser considerada e não simplesmente negada como forma de promover-se a inclusão, pois se assim fosse, estas pessoas estariam seriamente desprotegidas pelo sistema jurídico.

Desta forma, salutar se mostrará a avaliação individualizada de cada pessoa sujeita a um processo de curatela, pois se antes da Lei 13.146/15 cometia-se o equívoco de interditar, de forma absoluta, todas as pessoas que apresentassem deficiências de ordem mental, hoje não se deve simplesmente sustentar que a todo relativamente incapaz bastará limitar a curatela à prática de atos patrimoniais e negociais, pois a vida real e concreta demonstra que muitas vezes será necessário estender esta curatela para outros aspectos, também existenciais. Por isso, de extrema relevância a participação de equipe multidisciplinar e especializada nestas demandas.

A sentença que reconhecer a incapacidade relativa da pessoa determinará a curatela⁸³⁰ e detalhará sua extensão conforme o grau de discernimento, ou seja, quais atos e aspectos da vida da pessoa deverão

⁸³⁰ Flávio Hermann Filho utiliza a expressão “curatela personalizada”, já que estaria ajustada à efetiva necessidade daquele que se pretende proteger. (Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Regime das Incapacidades. Disponível em:<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/8v3pu3uq/NYDAj0p1T4e5J0fN.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2017, p. 189).

ser representados pelo curador⁸³¹, de forma que se justifique como uma medida de cuidado e promoção da pessoa com deficiência, cujos interesses e necessidades devem ser primordialmente considerados.

De outra parte, o legislador brasileiro inovou ao introduzir no Estatuto da Pessoa com Deficiência⁸³² o modelo jurídico protetivo da Tomada de Decisão Apoiada⁸³³, corroborando texto da Convenção de Nova York, que em seu artigo 12.3. expressa que os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

Assim que, na tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência conserva integralmente sua capacidade de fato, podendo contar com o apoio de duas pessoas de sua confiança para o exercício de determinados atos civis, os quais entenda não estar apta a realizar individualmente. O discernimento da pessoa apoiada é evidente, pois será ela mesma que ingressará com a ação, de jurisdição voluntária, e indicará seus possíveis apoiadores.

Importante distingui-la da curatela, pois na tomada de decisão não haverá representação ou substituição de vontade, mas tão somente apoio para o exercício de autonomia pela pessoa apoiada, podendo versar a respeito de atos patrimoniais ou, ainda, sobre questões

⁸³¹ O artigo 1.775, do Código Civil, possibilita a curatela compartilhada a mais de uma pessoa.

⁸³² O artigo 116 da Lei 13.146/15 acresceu o artigo 1.783-A e seus 11 parágrafos ao Código Civil Brasileiro, o qual regulamente a Tomada de Decisão Apoiada.

⁸³³ A inspiração remete ao direito italiano, onde se tem a figura do *amministratore di sostegno*, introduzido no ordenamento italiano em 2004. Outros países como França e Alemanha, por exemplo, também possuem institutos similares.

personalíssimas. Não há, portanto, uma substituição da curatela pela tomada de decisão apoiada, mas mostra-se provável que haja uma redução daquela em favor desta, desde que abarque situações nas quais a pessoa esteja vulnerável, mas consciente e apta a expor suas vontades, interesses e necessidades.

Ainda que recente e pouco utilizada no Brasil, a Tomada de Decisão Apoiada mostra-se perfeitamente condizente ao novo paradigma inclusivo materializado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, eis que estimula a ampla autonomia, liberdade e igualdade entre as pessoas, independentemente de sua condição física, cognitiva ou psíquica, de forma que possa realizar suas escolhas e desenvolver seu próprio projeto de vida.

A nova legislação não diferencia as deficiências e seus respectivos meios protetivos, ao passo que se mostra fundamental a entrevista judicial e avaliação por equipe multidisciplinar no curso processual, sendo, desta feita, primordial a análise casuística para determinar-se o modelo protetivo adequado⁸³⁴.

⁸³⁴ Importante destacar o Enunciado nº 640 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2018): “A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela”. Ainda que se trate apenas de recomendação e não texto legal, denota bom senso e preocupação com a realidade, ou seja, para casos em que a vontade não possa ser amplamente manifestada, a curatela mostra-se o meio protetivo mais adequado.

5 CONCLUSÃO

A aceitação e o tratamento dado às pessoas com deficiência sofreram significativa modificação na história, sendo apropriado atualmente falar-se em diversidade, eis que a deficiência consiste em uma condição humana, inafastável, desconstituindo-se a conceituação médica para as diferenças existentes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, representou um marco inicial no processo de reconhecimento de ideais e princípios garantidores da dignidade humana. O modelo social de inclusão, estabelecido a partir do período pós-guerra, buscou proporcionar a todas as pessoas autonomia, liberdade e igualdade de oportunidades. Ainda que a implementação efetiva seja árdua, indubitável que uma nova visão quanto à relevância dos direitos humanos restou assentada.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 firmou-se como o “divisor de águas” do ordenamento jurídico, elencando princípios basilares e sustentadores do Estado Democrático de Direito. Assim que a previsão expressa do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a oferecer embasamento para inúmeras decisões e normas protetivas e garantidoras, bem como o Princípio Igualdade possibilitou abarcar setores até então excluídos da sociedade. Neste contexto, finalmente as pessoas com deficiência passaram a ser vistas como partes integrantes do meio ao qual estão inseridas, escancarando-se a necessidade da adoção de medidas inclusivas e compensatórias das barreiras naturais existentes.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2007, ratificada no plano interno pelo Decreto nº 6.949/2009, por tratar de Direitos Humanos, foi o primeiro tratado internacional elevado ao *status* de emenda constitucional no país. Finalmente fixaram-se direitos humanos e liberdades fundamentais universais em prol especificamente das pessoas com deficiência, elencando uma série de garantias para efetivação da inclusão social e da igualdade de oportunidades com os demais. Consolidou-se o modelo social, e não mais o médico ou assistencialista, como fundamento para todas as normas e políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência.

Seguindo o modelo social e humanizado da Convenção da ONU, a Lei 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão), tendo, ainda, como vetor axiológico e constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, surgiu como verdadeiro microssistema protetivo de direitos das pessoas com deficiência no Brasil. Avançou-se ao ponto de alterar-se significativamente o regime das incapacidades, até então praticamente imutável no direito civil brasileiro. Excluindo-se quaisquer possibilidades de tratar pessoas maiores de 16 anos como absolutamente incapazes, o instituto da interdição restou substituído por um novo regime de curatela, individualizada e restrita a casos excepcionais de ausência de manifestação da vontade. A plena capacidade, inobstante a existência da deficiência, é a regra, tendo a lei possibilitado a adoção da tomada de decisão apoiada como forma de proteger a pessoa com deficiência que sentir-se vulnerável para a prática de determinados atos.

Apesar de efetivamente a inclusão e a não-discriminação estarem longe do ideal, já que inúmeras barreiras ainda persistem, sejam elas decorrentes da própria diversidade humana, quanto da não aceitação social, pode-se afirmar que nos últimos 30 anos, com o advento da Constituição Federal de 1988, o avanço foi imensurável. Hoje não basta falar-se em Direitos Humanos, já que a discussão acerca dos direitos das pessoas com deficiência aprimorou-se, voltando-se o debate, atualmente, à plena efetivação e concretização de tais direitos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David (org.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 13.146, de 7 de julho de 2015**. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocomplado.htm>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; SAUAIA, Artenira da Silva e Silva. A dignidade da pessoa humana e o portador de Mal de Alzheimer

em situação de interdição: um estudo de caso. **Revista de Direito Privado**. Vol. 61. Ano 16. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília: CNMP, 2016.

COSTA, Eliton de Souza; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da busca da efetivação do mínimo existencial das pessoas com deficiência. **Revista Jurídica**. Vol. 473, São Paulo: ed. Sage|Síntese, mar. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 9. ed. rev. atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson (orgs.) **Deficiência e Discriminação**. Brasília: Letras Livres:EdUnB, 2010.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Direito à educação inclusiva: uma análise contemporânea em favor da diversidade e da cidadania plural. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. n. 1, jan.-jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção**

sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

HERMANNY FILHO, Flávio. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Regime das Incapacidades. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/8v3pu3uq/NYDAj0p1T4e5J0fN.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 15 set. 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11^a ed. rev. ampl e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Disponível em: www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/API/article/download/3516/3638. Acesso em 12 de junho de 2018.

_____. Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: Ferraz, Carolina Valença (coord. [Et Al]). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva: 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa Civil altera regime das incapacidades. Disponível em: <<https://conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 31 out. 2017.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1240/A+curatela+como+a+terceira+margem+do+rio>>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____. A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoio e de seus Apoiadores. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1264/A+Responsabilidade+Civil+da+Pessoa+com+Deficiencia+qualificada+pelo+Apoio+e+de+seus+Apoiadores>>. Acesso em 19 abr. 2018.

_____. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 10, jul./ago. 2015.

_____. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

ROTHENBOURG, Walter. **Princípios constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Nelson Tadeu Reis Campos. A distonia do regime de incapacidade civil. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oylux21y/ja0Y18J2NJJnvzX5.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com Deficiência causa perplexidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 31 out. 2017.

SOUZA, Cláudio Roberto Alfredo de; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães Pessoa; ANDRADE, Layanna Maria Santiago. O Novo Conceito de Deficiência e a Coisa Julgada nas Ações de Incapacidade. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, n. 79, p. 74-92, jul-ago. 2017.

SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**: Porto Alegre, n. 37, p. 291-310, dez. 2017.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.