



ISSN 1415-3491 | 2016 - Nº 30

re  
vis  
ta

**PGM**

Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre



REVISTA DA  
PROCURADORIA-GERAL  
DO MUNICÍPIO DE  
PORTO ALEGRE

ANO 2016  
NÚMERO 30

REALIZAÇÃO



R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre – N. 1 (1978) – Porto Alegre, RS: PGM, 1978.

Anual

ISSN: 1415-3491

1. Direito Municipal – Porto Alegre – Periódicos I.  
Porto Alegre (RS). Procuradoria-Geral do Município.  
Centro de Estudos de Direito Municipal.

CDU 34(81)(05)

Catálogo na Publicação : Liziane Ungaretti Minuzzo, CRB-10/1643  
Biblioteca da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

## EXPEDIENTE

Projeto Gráfico: Abnel de Souza Lima Filho/Comunicação PMPA

Capa: Beto Fagundes

Fotografia: Freepik

Diagramação e Impressão: Gráfica e Editora Relâmpago

Tiragem: 600 exemplares



**CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MUNICIPAL**

Vanêsa Buzelato Prestes (Coordenadora)

**COMISSÃO EDITORIAL**

Vanêsa Buzelato Prestes  
Cristiane da Costa Nery  
Angela Beatriz Luckei Rodrigues  
Liziane Ungaretti Minuzzo

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Nacional)**

Alexandra Giacomet Pezzi  
Almiro do Couto e Silva  
Araken de Assis  
Celso Antonio Bandeira de Mello  
César Saldanha Souza Júnior  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Eros Roberto Grau  
Judith Hofmeister Martins Costa  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
Maren Guimaraens Taborda

**CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA (Internacional)**

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (Portugal)

**PARECERISTAS (Duplo Blind Peer Review)**

Ana Luísa Soares de Carvalho  
André Santos Chaves  
Cláudio Hiran Alves Duarte  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Laura Antunes de Mattos  
Márcia Rosa de Lima  
Maria Etelvina Bergamaschi Guimaraens



# Prefeitura de Porto Alegre

PROCURADORIA-GERAL  
DO MUNICÍPIO

---

Prefeito:

**José Fortunati**

Vice-Prefeito:

**Sebastião Melo**

Procuradora-Geral do Município:

**Cristiane da Costa Nery**

Procurador-Geral Adjunto de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos:

**Lieverson Luiz Perin**

Procuradora-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente:

**Andrea Teichmann Vizzotto**

Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais:

**Bethania Regina Pederneiras Flach**

Corregedor-Geral:

**Heron Nunes Estrella**

Coordenadora do Centro de Estudos de Direito Municipal:

**Vanêscia Buzelato Prestes**

Coordenadora das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas:

**Adriana Carvalho Silva Santos**

## **Gabinete da Procuradoria-Geral do Município**

Assessoria de Comunicação

Assessoria para Assuntos Especiais e Institucionais

Gerência de Aquisições Especiais

Comissão Permanente de Inquérito

Junta Administrativa de Indenizações

Centro de Estudos de Direito Municipal

Biblioteca

Coordenação das Procuradorias Setoriais e Especializadas Autárquicas

Procuradoria Municipal Especializada do DEMHAB

Procuradoria Municipal Especializada do DMAE

Procuradoria Municipal Especializada do DMLU

Procuradoria Municipal Especializada do PREVIMPA

Procuradoria Municipal Setorial da SMA

Procuradoria Municipal Setorial da SMAM

Procuradoria Municipal Setorial da SMC

Procuradoria Municipal Setorial da SMED

Procuradoria Municipal Setorial da SMIC

Procuradoria Municipal Setorial da SMS

---

Procuradoria Municipal Setorial da SMF  
Procuradoria Municipal Setorial da SMSEG  
Procuradoria Municipal Setorial da SMGES  
Procuradoria Municipal Setorial da SMDH  
Procuradoria Municipal Setorial da SMJ  
Procuradoria Municipal Setorial da SMOV  
Procuradoria Municipal Setorial da SMTE  
Procuradoria Municipal Setorial da SMACIS  
Procuradoria Municipal Setorial da SMGL  
Procuradoria Municipal Setorial da SMURB

### **Corregedoria-Geral**

#### **Procuradoria-Geral Adjunto de Pessoal, Contratos e Serviços Públicos**

Procuradoria de Licitações e Contratos  
Procuradoria de Pessoal Estatutário  
Procuradoria de Pessoal Celetista  
Procuradoria de Serviços Públicos

#### **Procuradoria-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente**

Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária  
Procuradoria de Patrimônio e Domínio Público  
Setor de Escrituras  
Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente

#### **Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais**

Procuradoria da Dívida Ativa  
Posto de Arrecadação Fiscal  
Procuradoria Tributária  
Gerência de Precatórios e Contencioso Especial  
Grandes Devedores  
Reserva de Valores

#### **Coordenação Administrativo-Financeira**

Setor de Contratos  
Gerência de Apoio Administrativo  
Gerência de Serviços Gerais  
Gerência de Cadastro e Distribuição



# APRESENTAÇÃO

Com muita satisfação, apresentamos a 30ª edição da Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, ano 2016. É dever de uma Procuradoria do porte da PGM Porto Alegre divulgar e compartilhar suas teses, pois expõem práticas exitosas que podem ser aproveitadas nos demais municípios do país. Imprescindível a compreensão de que devemos ser agentes do aprofundamento dos temas de nossa responsabilidade.

Principalmente neste momento de profunda transformação, em que o País revê seus conceitos e, mais que isso, reavalia os critérios e métodos até aqui sempre empregados na administração pública. Corrupção, prevaricação, desmandos, desvios de dinheiro público são objeto de denúncias diárias.

Ao mesmo tempo, o Brasil nunca viveu um período de incentivo maior aos meios de controle externo com ampla liberdade de atuação. Esse controle pelos órgãos que possuem essa missão institucional, como Tribunais de Contas, Ministério Público, Procuradorias e a própria sociedade, tem ocorrido com respaldo e garantindo efeitos.

Paralelamente ao trabalho de repressão aos crimes contra a administração pública, imprescindível a reflexão sobre formas de prevenção e, nesse sentido, necessário que se avance em uma discussão que não mais pode ser adiada: o caráter político-partidário não pode ser o único critério para a escolha de agentes e gestores públicos em importantes cargos no serviço público. Deve ser conferida a devida importância à qualificação técnica daqueles

a quem entregamos o dinheiro da população e a missão de implementar políticas públicas importantes, essenciais, e que dizem respeito à educação, à saúde, ao saneamento básico, à mobilidade, à gestão urbana de nossas cidades, estados e união. É preciso qualificar a gestão pública!

Certamente, desmandos e oportunidades de desvios de dinheiro público, em sua grande maioria, se criam em função da ausência de pessoas comprometidas e qualificadas para o cargo que estão ocupando. É importante que a sociedade cobre essa postura dos gestores públicos, pois os cargos públicos podem sem dúvida, em determinados postos de trabalho, serem ocupados por pessoas de confiança e partidariamente vinculadas, mas desde que detenham o conhecimento técnico para o exercício daquela importante função pública. Assim como o servidor público efetivo deve se qualificar e deve ter a oportunidade de crescer profissionalmente para bem empreender seu múnus público, mostrando-se disponível à gestão.

O combate à corrupção se faz com um estado forte e acima de tudo formado por servidores capacitados.

Trata-se de um direito do eleitor, do cidadão, ter pessoas capacitadas em postos de comando, sejam partidariamente comprometidas ou não, mas com qualificação técnica mínima para gerenciar aquilo que é seu e formado com sua contribuição por meio de impostos, taxas e contribuições.

Há funções de estado que devem ser exercidas na busca da preservação do interesse público. Possuímos o dever de olhar para o futuro de nossa cidade, por exemplo, e desenvolver instrumentos para seu crescimento. A diminuição dos repasses federais e a própria divisão do bolo tributário em nosso país é injusta e não reflete a necessidade

que assola diariamente os municípios brasileiros. Temos que enfrentar e auxiliar nesse debate, principalmente tendo em vista a grave crise ética, institucional, política e financeira pela qual passa nosso país.

A judicialização das políticas públicas em detrimento do legítimo exercício da gestão pelo Executivo, as decisões que privilegiam casos concretos em detrimento do sistema organizado e da segurança jurídica, todos esses são fatores sobre os quais devemos nos debruçar, sistematizar e enfrentar, pois a impactar os entes federativos. Todos desafios que demandam conhecimento, que demandam qualificação e preparo.

É preciso que se exija esse compromisso com a coisa pública dos gestores legitimamente eleitos para cargos políticos, sob pena de se vislumbrar em breve a falência total do estado brasileiro e, por consequência, a nossa falência enquanto sociedade e nação.

Neste exemplar, do ano em que comemoramos nossa presença como finalistas do Prêmio Inovare do Ministério da Justiça com a prática Regularização Fundiária: Advocacia Pública atuando para o reconhecimento de direitos, se verá concretizada a orientação e a atuação do Procurador Municipal, do operador do direito, justamente nesse sentido, na busca da excelência na prestação de sua função pública, beneficiando diretamente a sociedade portoalegrense!

*Cristiane da Costa Nery*  
*Procuradora-Geral do Município de Porto Alegre*



# SUMÁRIO

## ESTUDOS E ARTIGOS

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE  
ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: INTERFERÊNCIA  
DO JUDICIÁRIO NA OMISSÃO DOS GESTORES PÚBLICOS  
*DRUG SUPPLY OF SPECIALIZED COMPONENTS OF PHARMACEUTICAL ASSISTANCE:  
JUDICIAL INTERFERENCE IN THE OMISSION OF PUBLIC MANAGERS* .....17

**Leandro Alex Missagia Fernandes**

DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO  
ESTRUTURANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO  
*THE DUE PROCESS OF LAW AS A STRUCTURING PRINCIPLE OF THE BRAZILIAN  
ADMINISTRATIVE LAW*.....40

**Alexandre Marder**

ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE  
ADMINISTRATIVA AMBIENTAL  
*RELEVANT ASPECTS OF ENVIRONMENTAL ADMINISTRATIVE  
RESPONSIBILITY*.....62

**Aline dos Santos Stoll**

NECESSIDADE DE CONFIANÇA NA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE  
*CONFIDENCE IN NEED JURISDICTION CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH OF  
EFFECTIVE* .....95

**André Santos Chaves**

O JULGAMENTO DE EICHMANN EM JERUSALÉM: UM RELATO SOBRE  
A BANALIDADE DO MAL E SOBRE A URGÊNCIA EM SE RECONHECER  
A EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA DOS DIREITOS HUMANOS COMO  
CONDIÇÃO AO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA  
*THE EICHMANN TRIAL IN JERUSALEM: A REPORT ON THE BANALITY OF BADNESS  
AND THE URGENT NEED TO RECOGNIZE THE HORIZONTAL DIRECT EFFECTIVENESS  
OF HUMAN RIGHTS AS A CONDITION FOR THE EXERCISE OF DEMOCRACY*..... 120

**Cláudio Hiran Alves Duarte**

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E IMPOSTOS FEDERAIS:  
UM ESTUDO COMPARADO SOBRE SEU IMPACTO FINANCEIRO  
*SOCIAL CONTRIBUTIONS AND FEDERAL TAXES: A COMPARATIVE STUDY ON THEIR  
FINANCIAL IMPACT* ..... 144

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**

**Tatiane Schaurich**

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:  
NATUREZA JURÍDICA, PRESSUPOSTOS E PROCEDIMENTO.  
*INCIDENT REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION: LEGAL NATURE, ASSUMPTIONS  
AND PROCEDURE*. ..... 165

**Hélio Fagundes Medeiros**

CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE:  
SISTEMA A SERVIÇO DO INDIVÍDUO, DA SOCIEDADE E DO DIREITO.  
*JUDICIARY CONTROL OF CONSTITUTIONALITY:  
SYSTEM AT THE SERVICE OF THE INDIVIDUAL, THE SOCIETY AND THE LAW. ....184*

**Simone da Rocha Custódio**

EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A IMPORTÂNCIA DOS  
PODERES HIERÁRQUICO E DISCIPLINAR  
*EFFICIENCY IN THE PUBLIC ADMINISTRATION: THE IMPORTANCE OF BOTH  
HIERARCHICAL AND DISCIPLINARY POWER .....226*

**Tiago Betat Machado**

DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE NO BRASIL  
*DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA CITTA' IN BRASILE .....236*

**Vanêsa Buzelato Prestes**

## **PARECERES INDIVIDUAIS**

CONTRADIÇÃO ENTRE LEIS. ANTINOMIA. ARTIGO 18 DA LEI  
MUNICIPAL 11.979/15.....259

**Maren Guimarães Taborda**

ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA .  
ANÁLISE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL .....260

**Eleonora Braz Serralta**

REVISTA PESSOAL EM SERVIÇOS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO .....261

**Carlos Rogério Guedes Pires**

PRESCRIÇÃO DA COBRANÇA JUDICIAL DE HONORÁRIO  
SUCUMBENCIAIS ANÁLISE FRENTE AO NOVO CPC .....262

**Gustavo Moreira Pestana**

## **PARECERES COLETIVOS**

REGIME JURÍDICO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL .....263

**Vanêsa Buzelato Prestes**

## **DOCUMENTOS**

PRÊMIO INNOVARE 2016 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA:  
ADVOCACIA PÚBLICA ATUANDO PARA O RECONHECIMENTO DE  
DIREITOS .....267

**Vanêsa Buzelato Prestes**

**Cristiane da Costa Nery**

**Andréa Teichmann Vizzotto**

**Simone Somensi,**

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira,**

**Valnor Prochinski Henriques**

CENTRAL DE CONCILIAÇÃO NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE ..298

**Cláudia Padaratz**

**Carmem Lúcia de Barros Petersen**

## MUNICÍPIO EM JUÍZO

PREVIDÊNCIA SOCIAL PÚBLICA. DIREITO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO A DUAS COMPANHEIRAS. ....317

**Simone da Rocha Custódio**

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA - COMPETÊNCIA PARA POLÍTICA HABITACIONAL DO DEMHAB - NÃO INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA HABITACIONAL DE LISTA DE ESPERA PARA MORADIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO.....321

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**

**Simone Somensi**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INCIDÊNCIA DO CHAMADO EFEITO CASCATA OU REPICÃO NA COMPOSIÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE PORTO ALEGRE .....324

**Clarissa Cortes Fernandes Bohrer**

TRANSPORTE COLETIVO: REAJUSTE DA TARIFA. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO CALCULO .....331

**Carlos Eduardo da Silveira**

**Eduardo Gomes Tedesco**

JULGAMENTO DA ADPF 190: A GUERRA FISCAL MUNICIPAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. ISSQN ..341

**Roberto Silva da Rocha**

PRODUTO DA ARREDACAÇÃO DECORRENTE DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE RENDIMENTOS PAGOS, A QUALQUER TÍTULO. VERBA PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. LIMITAÇÃO CONTIDA NA IN RFB 1599/2015. INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO DISPOSTO NO ART. 158, I, CF/88. ....347

**Bethania Regina Pederneiras Flach**

**Eduardo Gomes Tedesco**

PAGAMENTO DO ESTOQUE DE PRECATÓRIOS. REGIME MORATÓRIO DO ART. 97 DO ADCT DA CF-88. EC Nº 62/09. ADI'S Nºs 4357 E 4425 JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....355

**Cláudia Padaratz**

AR  
TI  
GOS

**F**  
ES  
TU  
DOS

www. ....





# FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA OMISSÃO DOS GESTORES PÚBLICOS

DRUG SUPPLY OF SPECIALIZED  
COMPONENTS OF PHARMACEUTICAL  
ASSISTANCE: JUDICIAL  
INTERFERENCE IN  
THE OMISSION OF  
PUBLIC MANAGERS

Leandro Alex Missagia Fernandes<sup>1</sup>

**Resumo:** O difícil acesso e as objeções que se apresentam aos usuários do Sistema Único de Saúde têm gerado um considerável aumento de reivindicações, envolvendo pedidos de solicitação de medicamentos de alto custo nas esferas administrativa e judicial, quando da omissão do Poder Executivo. Tal situação vem desencadeando, nas últimas décadas, uma série de questiona-

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela ULBRA. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado do Rio Grande do Sul e Università degli Studi Roma Tre em parceria com a UNISINOS. Especialista em Gestão Pública Municipal pela UFRGS. Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Procurador do Município de Novo Hamburgo/RS. Correio eletrônico: leandoalex@terra.com.br

mentos pelos gestores públicos, operadores do Direito, profissionais da área da saúde, nos bancos universitários e na imprensa. Em função da crescente proliferação de demandas judiciais, se faz necessário estudos sobre questões ligadas à efetivação de políticas públicas de saúde, em especial o fornecimento gratuito de medicamentos.

**Palavras-chave:** saúde, políticas públicas, assistência farmacêutica, judicialização, direito à saúde.

**Abstract:** *The difficult access and the objections that are presented to users of the Unified Health System has generated a considerable increase in claims involving solicitation of applications for high-cost drugs in the administrative and judicial spheres, when the omission of the Executive. This situation has triggered in recent decades, a series of questions by public officials, legal professionals, health professionals, on university benches and in the press. Due to the growing proliferation of lawsuits, it is necessary studies on issues relating to the effective implementation of public health policies, particularly the free supply of medicines.*

**Keywords:** *health, public policy, pharmaceutical assistance, legalization, right to health.*

## INTRODUÇÃO

A pesquisa que originou o presente artigo está inserida no campo do Direito Sanitário, o que por si já reflete, com fundamento, nesta esfera científica, que o ponto de partida do estudo está relacionado à conquista de todos os indivíduos ao acesso universal e igualitário à saúde, mais especificamente à assistência farmacêutica gratuita no cenário brasileiro.

A pesquisa foi realizada através de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa.

O método utilizado para o desenvolvimento do estudo foi o dedutivo, com análise dos conteúdos, permitindo o enfoque intuitivo no exame dos dados coletados.

A análise dos dados coletados foi realizada através de leitura exploratória e seletiva de documentos, com vistas à interpretação, à crítica, reflexões e comparações dos mesmos.

Teve-se, como primeira etapa deste trabalho, a necessidade de aprofundar o estudo de um problema, extraído de uma situação, introduzida no contexto atual, que envolve os usuários do Sistema Único de Saúde e o acesso ao fornecimento de medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica na esfera administrativa e/ou judicial.

Destaca-se como tema de investigação a omissão e/ou descumprimento de políticas públicas pelos gestores, no que diz respeito à assistência farmacêutica e a interferência do Judiciário no cumprimento dessas políticas.

Na conclusão, expõe-se uma análise dos argumentos desenvolvidos no decorrer do trabalho, oportunidade em que se verifica a importância do Direito Sanitário na construção de uma melhor política assistencial.

## **1 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO SANITÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Ao se falar em Direito Sanitário, não se pode deixar de citar os ensinamentos da professora Sueli Dallari, face ao seu pioneirismo no aprofundamento dos estudos deste ramo do Direito.

A professora Dallari (2002, p. 47) afirma que:

O Direito Sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública:

um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado.

O Direito Sanitário passou a ter relevância no mundo jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, onde a saúde foi elevada à condição de direito fundamental, de caráter social, nos termos dos artigos 6º e 196, garantindo a todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços da saúde. Daí a importância deste novo ramo do Direito, vez que tem princípios próprios que o regem, transitando pelos demais ramos do Direito, como o Direito Administrativo, Ambiental, Constitucional, etc., visando assegurar o cumprimento de todas as normas legais e infralegais relacionadas às políticas públicas da saúde.

Este Direito, que possui um regime jurídico específico, foi fundamental na construção e efetivação do Sistema Único de Saúde no Brasil.

As normas jurídicas que compõem o Direito Sanitário também constituem um importante instrumento de defesa da sociedade na proteção da saúde.

Atualmente, se observa que através de cursos, seminários, congressos em âmbito nacional e internacional e de pós-graduações oferecidos por diversas instituições, o Direito Sanitário está se firmando como um mecanismo que cobra do Estado programas de políticas públicas que visem à melhoria efetiva da saúde da população e dos indivíduos. Com isso, busca, também, o fortalecimento do sistema público de saúde, já que a disciplina do Direito Sanitário propõe uma alteração e/ou reflexão na situação de um não acesso pleno ao direito à saúde.

O aumento do senso de cidadania e a ampliação da participação popular/social no sistema de saúde atra-

vés das instâncias de controle social (conselhos) conferiu importância à matéria Direito Sanitário.

## **2 POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS: ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA – COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA (CEAF)**

Considerando a necessidade de o setor saúde dispor de política devidamente expressa relacionada à questão de medicamentos, no final da década de 90, foi aprovada pela Comissão Intergestores Tripartite e pelo Conselho Nacional de Saúde, a “Política Nacional de Medicamentos”, que está disciplinada na Portaria nº 3916/MS/GM, de 30 de outubro de 1988.

A Política Nacional de Medicamentos (PNM) tem como diretrizes a adoção da relação de medicamentos essenciais, a regulamentação sanitária de medicamentos, a reorientação da assistência farmacêutica, a promoção do uso racional de medicamentos, o incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico, a promoção da produção de medicamentos, a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos e o desenvolvimento e capacitação dos recursos humanos.

Essa política também estabelece as responsabilidades dos gestores das três esferas do governo no que diz respeito ao seu cumprimento no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ao conceituar os medicamentos excepcionais, de alto custo ou de dispensação em caráter excepcional, a PNM contempla a aquisição destes medicamentos.

Depois de 1998, com a PNM, houve muita demanda dos profissionais, usuários e instituições por uma Política de Assistência Farmacêutica, que após a Conferência Nacional de Assistência Farmacêutica, em 2003, foi formulada e, em 2004, aprovada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Resolução CNS Nº 338, de 06 de maio de 2004), que é a base para os regramentos posteriores.

Ao longo dos anos, os chamados medicamentos excepcionais ou de alto custo, sofreram mudanças na sua terminologia e no seu conceito, por meio de portarias expedidas pelo Ministério da Saúde. A última Portaria GM/MS publicada é a de número 2981, de 26 de novembro de 2009 que, a partir de 1º de março de 2010, aprovou o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, em substituição ao antigo Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, aprovado pela Portaria GM/MS nº 2577 de 26 de outubro de 2006.

O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) é definido no artigo 8º da Portaria 2981/2009, como “uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicadas pelo Ministério da Saúde”.

Essa evolução no conceito possibilitou a ampliação da lista de medicamentos considerados excepcionais com a inclusão de medicamentos novos e exclusão de outros em desuso.

Cada medicamento integrante dessa lista possui Protocolo Clínico e diretrizes Terapêuticas aprovadas pelo Ministério da Saúde cuja finalidade é racionalizar sua prescrição e dispensação.

A garantia de acesso a tais medicamentos é parte integrante e essencial de uma adequada política assistencial, gerenciada pelas Secretarias de Saúde, em nível de Estado.

No Estado do Rio Grande do Sul, de acordo com os dados da Secretaria Estadual de Saúde (SES), constantes no Plano Estadual de Saúde 2009 - 2011<sup>2</sup>, a procura por tais medicamentos tem aumentado significativamente

---

2 Informações obtidas no **Plano Estadual de Saúde 2009; 2011**. Disponível em: [http://www.saude.rs.gov.br/dados/1285292213796PES\\_2009\\_2011\\_FINAL\\_MODIFICADO\\_EM\\_22\\_09\\_10.pdf](http://www.saude.rs.gov.br/dados/1285292213796PES_2009_2011_FINAL_MODIFICADO_EM_22_09_10.pdf). Acesso em: 10 jul. 2016.

nos últimos anos, razão pela qual, a Coordenação da Política de Assistência Farmacêutica passou a prestar o atendimento ao usuário de forma regionalizada e descentralizada.

No Plano em comento, foi informado que, em virtude da referida procura, a SES/RS, no ano de 2005, implantou o sistema informatizado AME (Administração de Medicamentos) para gerenciamento da demanda da Assistência Farmacêutica do Estado, com o objetivo de controlar o cadastro de usuários, de tratamentos (administrativos e judiciais), de dispensações, de estoques, de previsão de compras e efetuar o faturamento de Autorizações de Procedimento de Alto Custo – APACs.

Cabe salientar, que o Estado do Rio Grande do Sul, ao implantar o Sistema AME, descentralizou 100% (cem por cento) do acesso à Assistência Farmacêutica para as Coordenadorias Regionais, facilitando aos usuários do SUS a retirada do medicamento no seu próprio Município, ou seja, no RS nenhum usuário necessita sair do seu Município para requerer ou para receber os medicamentos dos elencos das Políticas de Assistência Farmacêutica do Estado (União, Estados e Municípios).

### **3 A QUEM COMPETE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA ?**

A Lei nº 8080/90, no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, estabeleceu no Artigo 6º, o seguinte: “estão incluídas, ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I – a execução de ações: [...] d) de assistência terapêutica integral, inclusive terapêutica”. Portanto, a prestação de assistência farmacêutica no âmbito do SUS, é assegurada a todos os brasileiros (ou estrangeiros residentes no Brasil) que dela necessitar, sem a necessidade de contraprestação.

Entretanto, esta lei não regulamenta a que ente e ou entes da Federação compete a obrigação de fornecer medicamentos aos usuários do SUS, que os necessitem.

Esta lacuna é suprida por normas infralegais, entre elas, a Portaria nº 3916/98, do Ministério da Saúde, que determina critérios para aquisição, distribuição e entrega dos medicamentos, estabelecendo a adoção de uma relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME), dispondo a competência de cada um dos entes da Federação.

A relação dos medicamentos utilizados para o tratamento de doenças raras, com alto custo unitário, está definida na Portaria GM/MS nº 3439/10.

O financiamento, na época do surgimento do conceito dos chamados medicamentos excepcionais, em 1982, era de responsabilidade do Instituto Nacional do Ministério da Previdência Social (INAMPS). Com a criação do SUS pela Constituição Federal em 1988 e com a sua regulamentação, através da Lei nº 8080/90, as atividades de Assistência Farmacêutica foram, gradativamente, sendo descentralizadas aos gestores estaduais, inclusive a gestão de tais medicamentos.

Os medicamentos especializados são de responsabilidade do Ministério da Saúde (co-financiamento e aquisição de parte do elenco), das Secretarias Estaduais de Saúde (aquisição e distribuição) e dispensação pelas Secretarias Municipais de Saúde.

Ao Programa de Assistência Farmacêutica do Rio Grande do Sul é destinado um montante significativo de recursos.

Como se pode visualizar no quadro abaixo, os valores gastos com medicamentos financiados pela União e pelo Estado, no período de 2007 a 2010, ocorreu da seguinte forma:

## SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - Fundo Estadual de Saúde - MEDICAMENTOS - Valores PAGOS (com recursos ESTADUAIS e FEDERAIS) - 2007 a 2010

Orçamento SES	2007	2008	2009	2010	TOTAL GESTÃO
Dotação com Alteração Tesouro	632.391.917,52	790.173.918,83	806.523.192,99	1.117.819.718,63	3.346.908.747,97
Dotação com Alteração Federais	603.532.600,00	731.986.984,67	884.738.490,52	1.020.749.453,00	3.241.007.528,19
Dotação com Alteração Total	1.235.924.517,52	1.522.160.903,50	1.691.261.683,51	2.138.569.171,63	6.587.916.276,16

### *Recursos Estaduais*

RUBRICA	2007	2008	2009	2010	TOTAL GESTÃO
03018 – Medicamentos Especiais	19.420.778,81	41.431.135,16	59.571.509,07	60.988.335,97	181.411.759,01
33019 – Medicamentos Excepcionais	74.676.128,30	101.991.928,80	51.662.730,77	15.327.038,80	243.657.826,67
<b>VALOR TOTAL</b>	<b>94.096.907,11</b>	<b>143.423.063,96</b>	<b>111.234.239,84</b>	<b>76.315.374,77</b>	<b>425.069.585,68</b>

### *Recursos Federais*

RUBRICA	2007	2008	2009	2010	TOTAL GESTÃO
33018 – Medicamentos Especiais	584.329,22	723.337,81	521.084,56	740.626,00	2.569.377,59
33019 – Medicamentos Excepcionais	27.200.701,40	50.369.137,21	82.231.049,03	83.387.628,83	243.188.516,47
<b>VALOR TOTAL</b>	<b>27.785.030,62</b>	<b>51.092.475,02</b>	<b>82.752.133,59</b>	<b>4.128.254,83</b>	<b>245.757.894,06</b>

### *TOTAL (Recursos Estaduais + Federais)*

RUBRICA	2007	2008	2009	2010	TOTAL GESTÃO
3018 – Medicamentos Especiais	20.005.108,03	42.154.472,97	60.092.593,63	61.728.961,97	183.981.136,60
3019 – Medicamentos Excepcionais	101.876.829,70	152.361.066,01	133.893.779,80	98.714.667,63	486.846.343,14
<b>VALOR TOTAL</b>	<b>121.881.937,73</b>	<b>194.515.538,98</b>	<b>193.986.373,43</b>	<b>160.443.629,60</b>	<b>670.827.479,74</b>

### *Judiciais (depósitos e sequestros)*

RUBRICA	2007	2008	2009	2010	TOTAL GESTÃO
9102 – Pagamentos determinado por sentença judiciais - medicamentos	27.736.962,73	30.500.624,02	46.007.944,89	65.802.237,97	170.047.769,61

### *Farmácia Básica*

Projeto	2007	2008	2009	2010	TOTAL GESTÃO
6287 – Assistência Farmacêutica Básica	900,26	9.910.744,19	22.821.800,64	20.879.447,19	53.612.892,28

Fonte: Fundo Estadual de Saúde (FES)

Ao analisar o quadro acima, nota-se que de 2007 a 2010 os gastos do Ministério da Saúde com ações do orçamento voltadas ao financiamento da aquisição de medicamentos excepcionais aumentaram 206%, enquanto que os recursos estaduais transferidos pela Secretaria Estadual da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul para aquisição desses medicamentos, no mesmo período, tiveram um decréscimo de 80% e da União, +/- 200% de acréscimo, ou seja, a União supriu o Estado.

Já a soma dos recursos investidos no período é praticamente a mesma para os dois órgãos, havendo uma sutil diferença a maior de R\$ 469.310,20 para a SES do Estado do Rio Grande do Sul que transferiu o montante de R\$ 243.657.826,67 em comparação com o Ministério da Saúde que investiu R\$ 243.188.516,47.

Diante disso, verifica-se um equilíbrio no repasse das verbas federais e estaduais para o financiamento da aquisição dos medicamentos do CEAFF, no período em análise.

Os resultados apresentados no quadro acima mostram como esse elemento de despesa precisa ser constantemente monitorado a fim de favorecer uma gestão mais eficiente dos recursos alocados minimizando o impacto orçamentário destinado a esta ação.

Ao Programa de Assistência Farmacêutica do Estado do Rio Grande do Sul foi destinado, no orçamento de 2010, o montante de R\$ 118.930.002,00, sendo a quantia de R\$ 90.450.667,00 para garantir o acesso a medicamentos excepcionais e medicamentos especiais, utilizados para o tratamento de agravos de média e alta complexidade, aos usuários devidamente cadastrados em sistema próprio da SES, a importância de R\$ 25.027.818,00 para o financiamento da assistência farmacêutica básica, garantindo repasses da contrapartida estadual aos Municípios, com transferência de recursos fundo a fundo e o restante de R\$ 3.451.517,00 destinados a Fundação Estadual de Produção e Pesquisa em Saúde<sup>3</sup>. Em 2007 não houve repasse aos Municípios.

Levando-se em consideração que o orçamento da Secretaria Estadual de Saúde, em 2010, foi de R\$

---

<sup>3</sup> Dados coletados no site: <<http://www.seplag.rs.gov.br/epo/default.asp>>Acessado em: 10 jul. 2016.

2.031.094.205,00, 6% foi repassado ao Programa da Assistência Farmacêutica do Estado<sup>4</sup>, um percentual significativo em comparação com as outras ações e programas que a SES desenvolveu no mesmo período.

## **4 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE**

### **4.1 Noções de Política e Direito**

Com o aumento da demanda por justiça, por parte da sociedade brasileira, e da ascensão institucional do Poder Judiciário, há uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Essa ascensão institucional do Poder Judiciário foi uma das mais instigantes novidades do Brasil nos últimos anos. Com isso, Juízes e Tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.

Nesse ponto, coloca-se uma questão que, recentemente, vem despertando o interesse da doutrina no Brasil: o da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, em relação ao equilíbrio que deve existir entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário.

Tais questionamentos surgem, tendo em vista que doutrinadores de renome trabalham os domínios da Política e do Direito como sendo distintos, pois realizam funções diversas dentro da sociedade.

Com propriedade, Bittar (2002, p. 27-28) assevera:

Política tem relação com os modos de organização do espaço público, objetivando o convívio social. Tem relação, também, com as formas de

---

4 Idem.

gerenciamento da coisa pública, dos recursos a ela ligados, com as estratégias de definição de critérios para o alcance de fins comuns, com a eleição das molas propulsoras do desenvolvimento social, com a definição de ideologias predominantes na constituição da arquitetura da sociedade. Mais que tudo, política tem relação com distribuição do poder, pois, entre governantes e governados, uns estão incumbidos de distribuir para os outros.

Cumpra observar que o fim principal da Política é o bem comum, ou seja, o bem da comunidade, distinto do bem dos indivíduos que a compõem. O bem comum é alcançado pela execução de tarefas e atribuições, consideradas de interesse público, em uma coletividade ou em uma organização estatal.

Segundo Nader (2001, p. 74): “Examinando o vocábulo do ponto de vista objetivo, assim consideramos: Direito é um *conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para realização da segurança, segundo os critérios de Justiça*”. [grifos do autor].

Assim, o Direito é um conjunto de normas, impostas coercitivamente pelo Estado, que regem as relações do homem em sociedade.

Diante dessas colocações, pode-se dizer que, a rigor, não existe conflito, antes uma fecunda interdependência entre Política e Direito, pois ambos são campos fundamentais do Estado de Direito.

No “verdadeiro” Estado de Direito o que deve haver é o equilíbrio entre Política e Direito, não podendo um invadir a esfera do outro, para que não haja ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes<sup>5</sup> consagrado no Art. 2º da Constituição Federal.

---

5 No Brasil, a separação dos poderes está consagrada desde a Constituição Imperial de 1824, ao designar em seu art. 10, quatro poderes: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. A vigente Constituição elevou-o à categoria de princípio fundamental, sendo positivado no art. 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É também referido no art. 60, § 4º, III, o qual elenca quais são as matérias insuscetíveis de serem objeto de uma emenda constitucional, sendo uma delas a “separação dos Poderes”. É, portanto, um elemento integrante do chamado núcleo irredutível, um princípio insuprimível da Constituição, o que demonstra a sua grande importância.

Ambos têm o seu campo próprio de atuação, onde o fim da Política é realizar o bem comum, através do desenvolvimento de políticas públicas e a tarefa do Direito é buscar a prudência e, não, a tecnicidade.

O Direito, por um lado, é instrumento da Política, existe para auxiliá-la. Entretanto, a Política tem que se subordinar aos valores supremos do Direito, ou seja, ele exerce limites sobre ela, mas as relações entre o sistema judicial e o político atravessam um momento de tensão, que será abordado no tópico seguinte, em virtude da “judicialização da Política”, ou seja, a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Isto ocorre quando os magistrados (juízes singulares, desembargadores, ministros), no desempenho das suas funções, com suas decisões afetam de modo significativo a ação política.

Em âmbito constitucional, a judicialização da política refere-se a um novo estatuto dos direitos fundamentais e a superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria a ampliação dos poderes de intervenção do Poder Judiciário na política.

Nesta discussão, levando-se em consideração que o direito brasileiro está fundamentado no Estado de Direito, o que está em jogo é a relação entre juízo normativo e o juízo político, portanto, a relação entre Direito e a Política e não o poder-dever de julgar, que incumbe ao Poder Judiciário.

Segundo o professor Comparato (2001, p. 123-125), quando se assevera que ao Judiciário é proibido “fazer política”, o que se quer afirmar não é, obviamente, que esse poder não faça parte da organização política do país, nem tampouco seja um órgão subordinado na estrutura do Estado. Com isso, se quer aduzir é que a atividade política do Poder Judiciário tem natureza essencialmente diversa daquela desenvolvida pelo Legislativo e pelo Executivo, cujas competências estão claramente disposta na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse passo, a essência da Democracia é o diálogo, a inter-relação e o respeito entre Política e Direito, visto que exercem funções primordiais e distintas dentro do Estado Democrático de Direito.

## **4.2 Medicamentos do CEAF: Interferência do Judiciário na Omissão do Gestor Público**

As demandas judiciais envolvendo a saúde pública, na questão de medicamentos, têm aumentado, significativamente, com o passar dos anos, motivadas no cumprimento de uma política pública ou na omissão por parte dos gestores públicos. Isto ocorre, porque no Brasil, os Poderes Executivo e Legislativo não têm implementado políticas públicas satisfatórias.

Em defesa, o poder público não nega os artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Federal, os quais dispõem que a saúde é direito de todos e dever do Estado, mas justifica a sua omissão na escassez de recursos financeiros, invocando a reserva do possível, os interesses econômicos da indústria farmacêutica, as objeções de caráter técnico, como a não aquisição do medicamento por licitação, a não previsão em listas oficiais, a ausência de registro junto ao órgão de vigilância sanitária (ANVISA), o fato do tratamento estar em fase experimental ou a inexistência de evidência científica de sua eficácia, segurança, entre outros.

Tais justificativas, são rechaçadas por juízes, sob o argumento que o Princípio da Reserva do Possível deve ser relativizado, quando se está no campo do mínimo existencial<sup>6</sup>, devendo prevalecer o direito à vida e à dignidade da pessoa humana sobre objeções, quanto à reserva do possível.

---

6 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.179-234, jul./dez.2008

Deste modo, pontua o professor Cunha Júnior:<sup>7</sup>

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontraram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe. Não é este o caso, pois aquele 'algo' existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o de condições mínimas de existência.

Os entes estatais, no caso da saúde, não justificam a sua omissão na teoria econômica da “reserva do possível” quando deixarem de garantir a efetividade desta

---

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 309-310.

política social relevante, pois o legislador deixou claro, no texto constitucional, as regras de financiamento, através da promulgação da Emenda Constitucional nº 29 (EC nº 29), de 13 de setembro de 2000, regulamentada pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que estabelece os percentuais mínimos a serem aplicados, anualmente, pelos gestores públicos no que diz respeito a este direito social.

Assim, por se tratar de política pública de grande relevância social, o poder público deverá priorizar o atendimento desse serviço em relação a outras áreas consideradas essenciais.

Aqui, cabe, ainda, ressaltar, que a inobservância, por parte do Estado (união, Estado e Municípios), quanto à aplicação do percentual mínimo de recursos financeiros na área da saúde, estabelecido na Constituição Federal, está diretamente ligada à má gestão dos recursos públicos devido à falta de planejamento do orçamento público.

Diante disso, o fornecimento de medicamentos, via judicial, tornou-se uma prática rotineira nos últimos anos.

A interferência do Poder Judiciário em assuntos que são da competência dos Poderes Executivo ou Legislativo tornou-se mais frequente a partir da promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Há posicionamentos de autores ligados ao Direito Sanitário, sustentando que os magistrados, ao deferirem ordens judiciais em ações civis públicas, ações ordinárias e mandados de segurança para o fornecimento de medicamentos, não observam a Política de Assistência Farmacêutica do SUS<sup>8,9</sup>

A judicialização excessiva da saúde pode levar, em algumas situações, à condenação da Administração

---

8 MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolf. A garantia do direito social à assistência farmacêutica:: o papel do sistema jurídico e do sistema político.. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 6, p.10-15, 2006.

9 VIEIRA, Fabioli Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 2, p.365-369, abr. 2008

Pública ao custeio de tratamentos e ao fornecimento de medicamentos experimentais de eficácia duvidosa.

Estudos recentes sobre a judicialização da saúde mostram que essas demandas judiciais têm causado distorções na Política Nacional de Medicamentos e na Política Nacional da Assistência Farmacêutica. Um dos argumentos é que esta intervenção no SUS acarreta desigualdades entre os seus usuários, com relação ao acesso à saúde pública, tendo em vista que privilegia um grupo de indivíduos, em detrimento da coletividade. Com isso, afronta os princípios da equidade e da integralidade propostos pelo Sistema Único de Saúde. Considerando que os recursos financeiros destinados à saúde são finitos, quando o magistrado libera um medicamento solicitado para um paciente impõe ao Estado a responsabilidade de dividir tal recurso, deixando de atender o coletivo. (BARATA; CHIEFFI, 2009; MARQUES; DALLARI, 2007; VIEIRA; ZUCCHI, 2007).

Além disso, o excesso de ações judiciais na área da saúde acarreta sobrecarga no Judiciário de demandas repetitivas e tensão no Sistema de Assistência à Saúde do SUS, onde os profissionais que ali trabalham, são obrigados a cumprir ordens judiciais que, muitas vezes, vão contra às normas e princípios do SUS. Ao mesmo tempo, conflitos entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, gerando uma judicialização das políticas públicas, que são de competência do Legislativo e Executivo.

Este é o cenário que se apresenta hoje, porque os gestores públicos estão falhando nas ações e execuções de políticas públicas mais eficazes.

Os entraves da burocratização também são fatores que emperram a máquina administrativa, dificultando, aos usuários do SUS, o acesso mais rápido aos serviços de saúde.

Essas falhas estão relacionadas à má gestão financeira e orçamentária, aliada à falta de planejamento dos escassos recursos públicos, destinados aos programas de saúde pública.

O gasto com saúde pública no Brasil representa cerca de 1,7% (um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto, proporção irrisória dado os imensos problemas na saúde, como a falta de leitos ou mesmo a disponibilização de medicamentos por parte de todos os entes federados.<sup>10</sup>

Assim, considerando que os Poderes Executivo e Legislativo não têm implementado políticas públicas a contento, resta aos usuários do SUS, buscar seus direitos, amparados constitucionalmente, por via judicial.

No entanto, para que o Judiciário possa analisar com maior segurança as ações que envolvem a saúde, faz-se necessário que os juízes aprofundem seus conhecimentos em relação ao SUS e aos tipos de serviços por ele oferecidos, assim como sobre a Assistência Farmacêutica.

É sabido que a grande preocupação do magistrado, ao deferir liminares, é com relação à saúde do requerente, pois a sua negativa pode acarretar graves danos ao indivíduo que necessita da medicação. Em contrapartida, conceder liminares a demandantes que não estão em risco de vida, que não têm urgência da prestação de serviço, onde pese o cunho emotivo, também pode causar danos, mas à coletividade, pelos custos diretos e indiretos, embutidos em procedimentos equivocados ou desnecessários.

Cumprе salientar aqui, que já está havendo por parte do Judiciário uma abertura ao diálogo, com todos os envolvidos no processo de aprimoramento das ações e execuções do SUS. Neste sentido, destaca-se a Audiência Pública de Saúde, realizada em maio de 2009, organizada pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, para ouvir pessoas com experiência e autoridade em matéria do SUS, entre elas magistrados, procuradores, defensores públicos, promotores, médicos, farmacêuticos, professores, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS. Esta audiência teve como objetivo esclarecer as questões técni-

---

10 LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010

cas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, relativas às ações de prestação de saúde.

Nesta audiência foram discutidos os seguintes pontos:

- a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- b) Obrigação do Estado em fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
- c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos e tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS;
- f) Fraudes ao SUS<sup>11</sup>

Desta audiência resultou a Recomendação nº 31, publicada em 07 de abril de 2010, que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do Direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo assistência a saúde<sup>12</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização deste estudo constituiu-se em uma oportunidade de aprofundar e discutir diversas questões po-

---

11 Informações pesquisadas no seguinte sítio eletrônico: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública Saúde**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudenciaPublicaSaude>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

12 A recomendação nº 31 pode ser acessada no sítio eletrônico <<http://www.cnj.jus.br/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

lêmicas e atuais, pertinentes ao tema “Judicialização de Políticas Públicas ligadas à Assistência Farmacêutica”.

Avançando na análise da Política Nacional de Medicamentos contextualizada na realidade do SUS, pôde-se confirmar a relevância da temática, que se propôs, face à proliferação de demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos.

Constata-se que o excessivo número de ações é um dos fatores que acarreta a ascensão institucional do Poder Judiciário, que está deixando de ser um departamento técnico especializado e passando a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Executivo e o Legislativo.

Ampliando os estudos, concluiu-se que o entrave no que diz respeito à omissão ou descumprimento dos gestores ligados à área da saúde, com relação ao fornecimento de fármacos, está associada à falta de recursos financeiros, aliada a ausência do planejamento e má gestão dos recursos existentes, inclusive recursos humanos (aliás, preponderante). As políticas públicas estão previstas em ações e programas do Ministério da Saúde e nas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, mas não são executadas a contento.

O Judiciário, ao intervir nos Poderes Executivo e Legislativo, não está se sobrepondo ao administrador público e ao legislador, está apenas cumprindo o controle judicial, ou seja, determinando a efetivação de políticas públicas já asseguradas na Constituição Federal.

Nesse contexto, o Direito Sanitário, como novo ramo do Direito, que se interessa pelo direito à saúde, na sua promoção, prevenção e recuperação, desempenha um papel fundamental na constante luta pela concretização e aprimoramento de ações ligadas ao SUS, podendo exercer a função de fiscalizador no cumprimento das políticas públicas.

No Estado de Direito, o que deve haver é o equilíbrio, a harmonia entre Política e Direito.

A essência da democracia é o diálogo, a inter-relação e o respeito entre as três esferas da Federação, visto que cada uma delas exerce função primordial e distinta no Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamrra. Curso de Direito Sanitário: a proteção do Direito à Saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARATA, Rita Barradas; CHIEFFI, Ana Luiza. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p.1839-1849, ago. 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História das Idéias Políticas. São Paulo: Atlas, 2002, p.27-28.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário da Justiça** nº 61/2010, de 07/04/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-demarco-de-2010>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2577/GM de 27 de outubro de 2006. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30/10/2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM2577.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2981/GM de 26 de novembro de 2009. Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30/11/2009. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2981\\_26\\_11\\_2009.htm](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2981_26_11_2009.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3439/GM de 11 de novembro de 2010. Define a relação dos medicamentos utilizados para o tratamento de doenças raras de alto custo unitário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17/11/2010. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt3439\\_11\\_11\\_2010.htm](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt3439_11_11_2010.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3916/GM de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10/11/1998. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.htm](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Lei Federal nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20/09/1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=134238&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública - Saúde**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaSaude>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A 'questão política' nas medidas provisórias: um estudo de caso". **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil** - Ano XXXI, São Paulo, v. 72, p. 11-24, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 309-310.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo, Moderna, 1998.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **Manual do curso de especialização à distância em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 47-116.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito a saúde**. São Paulo, Ed. Hucitec, 1993.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, nº4, p. 327-34, 1998.
- DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: ANVISA, 2002.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas Técnicas para o Trabalho Científico. 12.ed. Porto Alegre: [s.ed.], 2003.
- LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Porto Alegre: Artmed; Belo Horizonte: Editora UFMQ, 1999.
- LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010.
- MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolf. A garantia do direito social à assistência farmacêutica:: o papel do sistema jurídico e do sistema político.. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 6, p.10-15, 2006.
- MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolf. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, p.101-107, fev. 2007.
- MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles de. A saúde pública e o seu financiamento. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 202-209, jul/set. 1995.
- MORAES, José Luis Bolzan de. O direito da saúde. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 13, p. 7-21, jul. 1995.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed.rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.74.
- RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual da Saúde - SES. **Plano Estadual de Saúde 2009 - 2011**. Disponível em: <[www.saude.rs.gov.br/dados/1285292213796PES\\_2009\\_2011\\_FINAL\\_MODIFICADO\\_EM\\_22\\_09\\_10.PDF](http://www.saude.rs.gov.br/dados/1285292213796PES_2009_2011_FINAL_MODIFICADO_EM_22_09_10.PDF)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: **algumas aproximações**. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.179-234, jul./dez.2008.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 224p.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 2, p.365-369, abr. 2008

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p.214-222, abr. 2007.

# DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

THE DUE PROCESS OF LAW AS A STRUCTURING  
PRINCIPLE OF THE BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW

Alexandre Marder<sup>13</sup>

**Resumo:** O princípio do devido processo legal tem origem na Magna Carta do Rei João sem Terra, elaborada em 1215, na Inglaterra. A evolução do princípio se deu, em grande parte, por meio dos precedentes da Suprema Corte Americana no Século XX. A partir da mencionada evolução, o princípio do devido processo legal pode ser dividido em devido processo legal substantivo e devido processo legal procedimental. Na Constituição Federal, o devido processo legal é princípio expresso, podendo possuir caráter procedimental e/ou substancial. Há direitos fundamentais processuais decorrentes do devido processo legal como a imparcialidade, a igualdade, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa e a motivação das decisões. Por fim, é conferido que o princípio do devido processo legal influencia o direito

---

<sup>13</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2008). Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (em andamento). Professor universitário em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor em curso de Pós-Graduação em Direito na Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. Professor convidado em curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor em cursos preparatórios da Escola Superior do Ministério Público - FMP. Palestrante na Escola Superior de Advocacia do Rio Grande do Sul - ESA/RS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Procurador do Município de Porto Alegre/RS e Advogado.

administrativo por meio da Lei nº 9784/99 e de jurisprudências do STF.

**Palavras-Chave:** Devido processo legal. Princípio. Direito administrativo. Direitos fundamentais.

**Abstract:** *The due process of law has its origin in the Magna Carta written by King John which was made in 1215 in England. Its evolution happened mostly through the precedents from the American Supreme Court in the 20th century. That evolution was the starting point for the division of the principle of the due process of law in two parts: substantive due process and procedural due process. In the Federal Constitution, the due process of law is an expressed principle, which can have procedural or substantive character. There are fundamental procedure rights which come from the due process of law, such as: impartiality, equality, the right to contradictory, double degree of jurisdiction, full defense and motivation of decision. Finally, it is confirmed that the due process of law has an influence in the administrative law, by law nº 9784/99, and jurisprudence from the Brazilian Supreme Court.*

**Keywords:** *Due process of law. Principle. Administrative law. Fundamental rights.*

## INTRODUÇÃO

O objetivo da presente exposição é tratar do Princípio do *due process of law*, e, em especial, de sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, com ênfase no processo administrativo, em todas as suas esferas (municipal, estadual e federal).

Para tanto, na primeira parte do presente ensaio buscar-se-á fazer uma breve incursão histórica para definir as origens do princípio. Após, a ideia é expor, sintetica-

mente, como ocorreu a sua evolução, até o momento em que surgiu a distinção entre devido processo legal procedimental e devido processo legal substantivo.

Já na segunda parte, almeja-se demonstrar como o princípio do devido processo legal foi recepcionado pelo Direito Brasileiro e, principalmente, explicitar quais os direitos fundamentais processuais que dele decorrem.

Por fim, se pretende apontar como a legislação federal que regulamenta o processo administrativo incorporou o princípio do devido processo legal, e, também, como ocorre a interpretação de mencionada norma pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## 1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITUAIS E TELEOLÓGICOS

A primeira parte do artigo apresenta a origem histórica do princípio do devido processo legal, indicando o seu desenvolvimento nos Estados Unidos por meio das decisões proferidas pela Suprema Corte Americana. Por fim, serão expostas as distinções e funcionalidades do devido processo legal substantivo e devido processo legal procedimental.

### 1.1 Origem Histórica do Princípio do Devido Processo Legal - Idade Média - Inglaterra

A doutrina reconhece como pacífico que o princípio do devido processo legal surge na Idade Média, mais especificamente em 15 de julho de 1215, na Inglaterra, por meio da outorga da Magna Carta pelo Rei João “sem terra”.<sup>14</sup> Trata-se de conquista histórica decorrente da insistência dos barões feudais saxônicos e dos grandes

---

14 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5. Ainda sobre a evolução do princípio do devido processo legal na história, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

proprietários de terras que almejavam impor restrições à atuação, até então ilimitada, do Rei.<sup>15</sup>

Foi uma conquista que visava a limitação das ações reais que por ventura atentassem contra a vida, a liberdade e, sobretudo, contra a propriedade<sup>16</sup>, com nítida inspiração jusnaturalista. Significava dizer que esses direitos naturais somente poderiam sofrer limitações se fossem observados os procedimentos previamente estabelecidos e, ainda, com amparo no direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *common law*.<sup>17</sup>

A expressão originariamente utilizada, inclusive, não era *due process of law*, mas sim *law of the land*. Passasse a utilizar *due process of law* apenas no reinado de Eduardo III, em 1354, por meio da intervenção de um legislador desconhecido.<sup>18</sup>

A repercussão histórica do surgimento do princípio é tamanha, que mereceu a seguinte sintetize de Siqueira Castro: “A bem dizer, ao lado da ‘igualdade perante a lei’ (equal protection of the law), a cláusula *due process of law* erigiu-se no postulado maior da organização social e política dos povos cultos na era moderna”.<sup>19</sup>

## 1.2 Desenvolvimento do Princípio do Devido Processo Legal – Estados Unidos da América – Decisões da Suprema Corte Americana

Por questões históricas evidentes, o princípio do devido processo legal passou a influenciar decisivamente o direito dos Estados Unidos da América.<sup>20</sup>

---

15 Para uma exposição detalhada das circunstâncias políticas em que se deu a “pressão” do Baronato Inglês contra o Rei para a outorga da Magna Carta vide LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Ségio Fabris Editor, 1999, p. 21-45.

16 CASTRO, op. cit., p. 7.

17 Idem, p. 6.

18 Idem, p. 7.

19 CASTRO, op. cit., p. 5.

20 Idem, p. 8.

Constata-se a expressão *law of the land* nas declarações de direitos das primitivas colônias inglesas que antecederam à federação americana.<sup>21</sup> Tratava-se de uma cláusula que visava a apresentar resistência contra o arbítrio dos governantes.<sup>22</sup>

A adoção da expressão *due process of law*, todavia, surge por meio da 5ª Emenda à Constituição Americana, no ano de 1791, e, posteriormente, na 14ª Emenda, dada de 1868. A 5ª emenda vinculava o governo federal e a 14ª os governos estaduais.<sup>23</sup>

É por meio das decisões da Suprema Corte Americana que o princípio do *due process of law* se desenvolveu e se tornou paulatinamente funcional no Direito Americano. Vale dizer: trata-se de princípio que foi aprimorado pelo Poder Judiciário.

E é natural que tenha sido assim, porquanto desde o estabelecimento das colônias inglesas na América, havia uma preocupação em se limitar os excessos praticados pelo Parlamento inglês, ou seja, era importante criar mecanismos de proteção contra os atos advindos do Parlamento, o que naturalmente passou a ser feito pelo Poder Judiciário.<sup>24</sup>

As circunstâncias históricas foram decisivas para que a experiência Americana de contenção do poder estatal fosse diferente da Inglesa. Isso porque “[...] enquanto o Bill of Rights inglês simbolizava a vitória do Parlamento sobre a monarquia, o norte-americano expressa uma conquista supra legal da sociedade sobre o Estado como um todo, cuja implementação é confiada ao Poder Judiciário como depositário fiel das liberdades individuais”.<sup>25</sup>

Também desse contexto, de fortalecimento do Poder Judiciário, que gerou a ideia de judicial review, sendo o *due process of law* a ferramenta capaz de viabilizar essa atividade judicial de controle dos atos legislativos.<sup>26</sup>

---

21 Idem, p. 9.

22 Idem, p. 9.

23 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

24 CASTRO, op. cit., p. 20.

25 Idem, p. 21.

26 Idem, p. 20.

### **1.3 Devido Processo Legal Substantivo e Devido Processo Legal Procedimental – Distinções e Funcionalidades**

A faceta procedimental do princípio do devido processo legal não apresenta maiores controvérsias.<sup>27</sup> empre significou que se trata de garantia processual. Nesse sentido, devido processo legal significa, basicamente, que ninguém pode ser privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem que se respeite um processo legitimamente estabelecido. Em outras palavras, devem ser reconhecidos direitos processuais a todo aquele que esteja com sua vida, liberdade ou propriedade em risco por conta de ato estatal.

Ocorre que por meio da atuação da Suprema Corte Americana, necessária foi a realização de distinção entre *substantive due process of law* e *procedural due process of Law*.<sup>28</sup>

O *substantive due process of law* é:

[...] uma disposição constitucional aberta (open-ended constitutional provision), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo direitos fundamentais, a não ser por uma razão especialmente irresistível, isto é, que exige uma justificativa suficiente, sem a qual ninguém pode ser privado da vida, da liberdade ou da propriedade.<sup>29</sup>

O *substantive due process of law* permite que o Poder Judiciário exerça controle sobre o conteúdo dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo. Vale dizer: revela uma garantia que não se limita ao aspecto procedimental.

Um dos precedentes mais representativos do início da utilização da faceta substantiva do princípio do devido processo legal foi o gerado a partir do caso *Lochner*

---

27 MATTOS, op. cit., p. 30.

28 Idem, p. 30.

29 MATTOS, op. cit., p. 31-32.

v. State of New York.<sup>30</sup> Nesse precedente, formado em 1905, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a, no máximo, 10 horas por dia e a sessenta horas semanais. O fundamento central da decisão residiu na violação do substantive due process of law, especificamente porque teria havido uma restrição injustificada da liberdade do empregado e do empregador de contratarem um com o outro estipulando, sem limites, os termos do contrato.<sup>31</sup>

Após o julgado acima descrito, houve oscilações na jurisprudência da Suprema Corte Americana, a ponto de, na década de 30 do século passado, ter sido bastante abrandada a aplicação do *substantive due process of law*.<sup>32</sup>

Todavia, mais recentemente, especificamente no início dos anos 90, há uma retomada importante, principalmente para rever indenizações consideradas desproporcionais envolvendo danos punitivos (*punitive damages*).<sup>33</sup>

É possível, de forma sintética, concluir nessa breve exposição que por conta da atividade da Suprema Corte Americana ao longo do século XX, o princípio do devido processo legal assumiu uma dimensão mais robusta em comparação àquela verificada em sua origem.

## 2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL E SUA OPERACIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A segunda parte do presente artigo tem o intuito de verificar como o princípio do devido processo legal foi recebido no Brasil, bem como a sua repercussão no âmbito do Direito Administrativo.

---

30 Idem, p. 39.

31 Idem, p. 39.

32 Idem, p. 43.

33 Idem, p. 48.

## 2.1 O Devido Processo Legal como Princípio Expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988 – Caráter Meramente Procedimental ou Também Substancial?

O princípio do devido processo legal foi inserido de forma totalmente inovadora no Direito Brasileiro, pelo poder constituinte originário, no texto da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, exatamente no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna.<sup>34</sup> Referido dispositivo tem a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Fixada a premissa de que a Constituição Brasileira de 1988 adota expressamente o princípio do devido processo legal como um direito fundamental, é importante indagar qual o seu conteúdo, ou seja, que direitos dele decorrem.

Consoante mencionado acima, em sua manifestação histórica mais remota, o devido processo legal se revestiu de uma faceta que pode ser chamada de procedimental, ou seja, a garantia outorgada era apenas de cunho formal, o que significa submeter a perda dos bens ou da liberdade do indivíduo à observância do procedimento previsto em lei.<sup>35</sup> Com o passar do tempo, e, principalmente, a partir das construções realizadas pela Suprema Corte Norte Americana, foi possível constatar que garantias de cunho apenas procedimental poderiam se mostrar insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais, de modo que o princípio passou a abranger, também, garantias de cunho substancial (*substantive due process*).<sup>36</sup>

No Brasil, há verdadeira unanimidade doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o princípio do devi-

---

34 Segundo Rui Portanova “[...] no Brasil, mesmo antes da Constituição de 1988 a doutrina já entendia consagrado o princípio do devido processo legal. A interpretação provinha não só do fato de o princípio estar consagrado no artigo 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, como pela sistematização dos demais princípios que são enfeixados no devido processo legal.” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 146.)

35 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 219-220.

36 BARROSO, op. cit. p. 219-220.

do processo legal positivado na Constituição de 1988 outorga, a todos os litigantes em processos judiciais ou administrativos, inequívocos direitos fundamentais processuais. Todavia, se poderia afirmar que no Brasil o princípio do devido processo legal também apresenta conteúdo substancial? O Sistema Brasileiro comportaria o *substantive due process of law*?

Em resposta à questão, é conferido que, no âmbito doutrinário, não há consenso na resposta. Para ilustrar o dissenso, serão expostas algumas posições de destaque acerca do tema.

Carlos Roberto Siqueira Castro conclui que sim, ressaltando que do devido processo legal positivado na Constituição Brasileira de 1988 não decorreriam apenas direitos processuais, mas também verdadeiros instrumentos de controle do conteúdo dos atos estatais. Tais instrumentos seriam os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>37</sup>

Nelson Nery Júnior ressalta, da mesma forma, que o princípio do devido processo legal expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988 deve ser entendido em sentido genérico e amplo, de modo a entender que “Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*”.<sup>38</sup> O Autor chega a sustentar que no campo do Direito Administrativo, o princípio da legalidade também seria uma manifestação do *substantive due process of Law*.<sup>39</sup>

Em sentido contrário, Daniel Mitidiero escreve que “[...] inexistente necessidade de pensar o devido processo legal para além de sua dimensão processual no direito brasileiro”.<sup>40</sup> Isso porque os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade seriam deduzidos naturalmente dos princípios da liberdade e da igualdade, tendo em vista sustentar que as posições jurídicas devem

37 CASTRO, op. cit., 416.

38 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 35-36

39 Idem, p. 38.

40 MITIDIERO, Daniel Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 616. No mesmo sentido ÁVILA, Humberto. O que é o Devido Processo Legal? **Revista de Processo**. São Paulo, n.163, p. 50-59, set.2008.

ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional.<sup>41</sup>

Da breve exposição percebe-se que a doutrina realmente não apresente uniformidade acerca do conteúdo do princípio do devido processo legal nos termos em que incorporado ao texto da Constituição Federal de 1988.

Diante dessa constatação, nos tópicos seguintes serão apresentados os direitos fundamentais processuais que decorrem diretamente do princípio do devido processo legal procedimental e, por fim, a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do alcance do princípio em comento.

## **2.2 Os Direitos Fundamentais Processuais Decorrentes do Devido Processo Legal Procedimental Brasileiro**

Partindo da premissa de que o Princípio do Devido Processo Legal apresenta uma inequívoca dimensão procedimental, ou seja, uma garantia de que direitos ligados à vida, à liberdade e à propriedade somente podem ser restringidos mediante a observância de um procedimento que assegure determinados direitos processuais mínimos, cumpre salientar que formato deve apresentar tal procedimento. Dito de outra forma: quais seriam os direitos fundamentais processuais inerentes ao processo justo e, em caso de desrespeito, quais as consequências?

Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, corolários indissociáveis do devido processo legal procedimental seriam o Princípio do Juiz Natural, Princípio da Igualdade, Princípio do Contraditório, Princípio da Ampla Defesa, Princípio da Motivação das Decisões Judiciais e, ainda, a proibição de provas obtidas por meios ilícitos.<sup>42</sup> Todas essas disposições constituem direitos fundamentais dos litigantes no âmbito de qualquer processo, seja perante o Poder Judiciário, seja perante órgãos administrativos.

---

41 MITIDIERO; SARLET; MARINONI, op. Cit.,p. 616.

42 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v.29, n. 113, p.9-21, jan./fev. 2004.

Vejamos, desse modo, o conteúdo mínimo de alguns dos principais direitos fundamentais processuais que derivam do Devido Processo Legal Procedimental.

### 2.2.1 Direito Fundamental à Imparcialidade do Julgador

Juiz imparcial é aquele que não tem interesse no litígio<sup>43</sup>. Em outras palavras, é o julgador que não auferir qualquer vantagem, direta ou indireta, com determinado resultado que possa ter a disputa.

Além disso, é importante destacar que é pressuposto inarredável da imparcialidade a independência do julgador. Sem independência é inviável ser imparcial.<sup>44</sup>

Importante, todavia, não confundir imparcialidade com neutralidade.<sup>45</sup> Não se pode exigir que o julgador seja neutro, pois a ausência de neutralidade decorre naturalmente de sua inserção na sociedade. É evidente que o julgador tem, e, por vezes, emite opiniões sobre diversos temas, inclusive, eventualmente, sobre aqueles pertencentes ao processo a ser julgado. Essa circunstância, todavia, não lhe retira a imparcialidade, haja vista revelar, apenas, uma natural ausência de neutralidade.

Por fim, cumpre esclarecer que não viola a imparcialidade eventuais iniciativas probatórias do julgador.<sup>46</sup> Isso porque determinar a produção de provas, de ofício, visa à busca da verdade, que indiscutivelmente é um requisito indispensável para a decisão justa.<sup>47</sup>

---

43 "O juiz não deve ter interesse pessoal em relação às partes em litígio, nem retirar proveito econômico do litígio" (PORTANOVA, op. cit., p. 77.)

44 MITIDIERO; SARLET; MARINONI, op. Cit., p. 644

45 PORTANOVA, op. cit., p. 78.

46 Sobre o princípio da verdade material no âmbito do processo administrativo, vide: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 188.

47 Sobre a importância da verdade no processo, vide TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

## 2.2.2 Direito Fundamental à Igualdade e à Paridade de Armas no Processo

As partes e os procuradores que litigam no processo judicial ou administrativo devem merecer tratamento igualitário por parte do julgador. Não se pode admitir tratamento desigual àqueles que se encontra em situação igual.

Daí decorre o direito à paridade de armas no processo. Vale dizer: “O processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar”.<sup>48</sup>

Em síntese: tratamento discriminatório sem uma justificção racional é a causa primordial de violação do direito em questão.

## 2.2.3 Direito Fundamental ao Contraditório

A noção tradicional de contraditório sempre foi a seguinte: direito de conhecer as alegações feitas no processo, tendo a possibilidade de contraditá-las.<sup>49</sup> No entanto, atualmente, é importante que se amplie essa noção, a fim de que o direito ao contraditório assuma um novo papel.

O contraditório, na seminal lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, é um princípio que serve para estimular o debate entre as partes e o juiz, a fim de aumentar as chances de uma decisão justa e, sobretudo, legítima.<sup>50</sup> Isso significa que o contraditório assume um papel destinado a possibilitar que o interessado efetivamente participe da formação da decisão que, ao fim e ao cabo, irá lhe atingir.

Corolário de tal entendimento é o de que as partes não podem ser surpreendidas com tese jurídica nunca antes debatida nos autos.<sup>51</sup> Assim, na hipótese de o jul-

---

48 MITIDIERO; SARLET; MARINONI, op. cit., p. 641.

49 Idem, p. 647.

50 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A Garantia do Contraditório. Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

51 Idem.

gador entender por resolver o litígio aplicando fundamento jurídico jamais debatido no caso concreto, deve, antes, possibilitar que os interessados externem seus fundamentos sobre o tema proposto.

Nesse diapasão, o direito ao contraditório não deixa de ser uma projeção do princípio democrático aplicado aos processos administrativos e judiciais, na medida em que, no âmbito de um Estado Constitucional, os membros da sociedade não podem ser atingidos por atos estatais dos quais não tenham tido a oportunidade de participar, direta ou indiretamente.

#### 2.2.4 Direito Fundamental ao Duplo Grau de Jurisdição

O direito ao duplo grau de jurisdição assegura que sejam proferidos, no mínimo, duas decisões acerca da matéria submetida a julgamento<sup>52</sup>. Trata-se, claramente, de um direito à revisão dos pronunciamentos oficiais<sup>53</sup>.

A existência de tal direito justifica-se por conta de duas constatações bastante evidentes: em primeiro lugar, diante do natural inconformismo da parte que recebe uma decisão desfavorável; em segundo lugar, diante da indissociável falibilidade dos julgadores.

Como consequência da observância do direito ao duplo grau de jurisdição, está, certamente, a obtenção de decisões dotadas de um grau mais elevado de aceitação e, por conseguinte, de legitimação.

#### 2.2.5 Direito Fundamental à Ampla Defesa

A ampla defesa é um direito de quem está sendo demandado ou acusado<sup>54</sup>. Não se confunde com o direi-

---

52 PORTANOVA, op. cit., p. 264.

53 A doutrina não é unânime acerca da existência, no Brasil, de um direito ao duplo grau de jurisdição que decorra do texto constitucional. A esse respeito vide, por todos, Luiz Guilherme Marinoni. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 505.)

54 MITIDIERO; SARLET; MARINONI, op. Cit., p. 651.

to ao contraditório, haja vista ser o direito de resistir a uma pretensão. É direito de resistência<sup>55</sup>.

São desdobramentos do direito à ampla defesa, em primeiro lugar, ter o conhecimento exato das razões apresentadas pelo autor ou, enfim, por aquele que está fazendo uma acusação; e, ainda, ter a possibilidade de exercer, em condições adequadas e livres, o enfrentamento dos argumentos de defesa por meio de advogado.

### 2.2.6 Direito Fundamental à Motivação das Decisões

Toda a decisão judicial deve ser motivada, sob pena de invalidade. Essa imposição decorre da Constituição Federal, especificamente contida no inciso IX do artigo 93 da Carta Magna. Trata-se de norma cogente que deve ser observada em todos os pronunciamentos judiciais.

O dever de motivação (correlato ao direito à motivação) parece uma decorrência indissociável do devido processo legal procedimental, haja vista sua inexistência tornar inócuos os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Assim, mesmo que não exista disposição expressa na Constituição Federal reconhecendo tal direito também no âmbito dos processos administrativos, pelo inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna se pode chegar a esta conclusão<sup>56</sup>.

---

55 Idem, p. 641.

56 Rafael Maffini chega à mesma conclusão partindo das seguintes premissas: □ Trata-se de princípio que se vê fundamentado por vários outros princípios constitucionais, embora não tenha previsão expressa na Carta Magna. Incontroversamente, contudo, é-lhe reconhecido o status de princípio constitucional. Como asseverado, vários são os princípios constitucionais que lhe dão conformação, podendo-se entendê-lo como resultado da conjugação das seguintes normas constitucionais: a) princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, parágrafo único); b) princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV); c) princípio da moralidade (art. 37); d) princípio da publicidade (art. 37); e) regra de obrigatoriedade da motivação das decisões administrativas exaradas pelos Tribunais (art. 93, X), que somente atipicamente desempenham a função administrativa, impondo, *a fortiori* que assim também o seja em relação a quem desempenhar tipicamente tal espécie de função estatal. (MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscila. **Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

A motivação das decisões, segundo Michele Taruffo, apresenta duas funções, chamadas pelo autor de endoprocessual e extraprocessual<sup>57</sup>. A primeira ressalta a importância da motivação como instrumento útil às partes e também ao órgão de revisão da decisão prolatada. A crítica ao decisum, seja pelas partes (com a interposição de recurso), seja pelo órgão superior (destinatário do recurso), somente é possível quando se sabe, exatamente, quais os fundamentos determinantes do provimento apreciado<sup>58</sup>.

Já a função extraprocessual é uma decorrência da democratização do Poder. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, o Poder se legitima quando se submete ao controle externo, isto é, à fiscalização da sociedade. Esse controle somente pode ser exercido se os fundamentos das decisões forem explicitados pública e claramente pelo julgador<sup>59</sup>.

Feita a exposição do conteúdo de alguns dos mais importantes direitos fundamentais processuais, cabe responder à seguinte pergunta: Qual a consequência de se desrespeitar tais direitos?

A resposta é a seguinte: deve ser aplicada a sanção de invalidade contra o ato processual que ocasionou o desrespeito.

A invalidade é uma sanção aplicada pelo órgão julgador quando diante de ato processual praticado em desconformidade com os direitos fundamentais processuais.

---

57 "In proposito si può far capo alla distinzione che viene ampiamente accolta in dottrina e in giurisprudenza, sia pure con qualche eccezione rinvenibile in qualche autore ed anche in qualche decisione della corte di cassazione, tra la c.d. funzione endoprocessuale e la c.d. funzione extraprocessuale della motivazione." (TARUFFO, Michele. La Motivazione della Sentenza. In: **ESTUDOS de Direito Processual Civil**, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 167).

58 MARDER, Alexandre S. **Das Invalidades no Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131-132.

59 "In questo senso l'obbligo di motivazione viene inteso come una espressione importante (ovviamente non l'unica) della concezione democratica del potere, ed in particolare del potere giudiziario, in base alla quale una condizione essenziale per il corretto e legittimo esercizio del potere consiste appunto nella necessità che gli organi che lo esercitano si sottopongano ad un controllo esterno, il che può avvenire soltanto fornendo le ragioni per le quali quel potere è stato esercitato in quel modo." (Idem, p. 167).

ais. A invalidade não se confunde com o vício que o ato processual apresenta. Enquanto não aplicada a sanção, o ato, mesmo que viciado, continuará produzindo efeitos<sup>60</sup>.

Em obra específica sobre o tema, tivemos a oportunidade de escrever que

Uma sanção, por sua vez, pode se apresentar de diversas formas. Por exemplo, no Direito Penal, a sanção, no mais das vezes, tem a forma de restrição da liberdade do condenado; No Direito Administrativo, a sanção aplicada contra o funcionário público infrator é, muitas vezes, de perda do cargo; No Direito Tributário, a sanção pelo não recolhimento do tributo tem a forma, no mais das vezes, de uma multa lançada contra o contribuinte. Especificamente no que se refere à invalidade processual, tem-se que apresenta a característica de retirar os efeitos jurídicos do ato processual considerado inválido. Ou seja, a invalidade apresenta-se (forma) como uma sanção que retira (parcial ou totalmente; retroativamente ou não) os efeitos jurídicos do ato considerado inválido. Essa é a forma da sanção de invalidade<sup>61</sup>.

### **2.3 Implicações no Direito Administrativo – Lei Federal n. 9.784/99 e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Nos tópicos acima se pretendeu demonstrar, a partir de uma breve pesquisa histórico-evolutiva, o que se entende por devido processo legal. Objetivou-se, também, reforçar que a Constituição Brasileira de 1988 previu expressamente tal princípio dentre os direitos e garantias fundamentais. Por fim, almejou-se definir quais os principais direitos fundamentais processuais que decorrem do referido princípio.

---

60 MARDER, op. cit., p. 73.

61 Idem, p. 72.

No presente tópico, a ideia é expor algumas das principais influências que o princípio do devido processo legal exerce no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro.

Primeiramente, é interessante observar a influência na legislação. A organização do processo administrativo no âmbito da administração pública federal brasileira consta na Lei Federal n. 9.784/99. Trata-se da denominada Lei Federal do Processo Administrativo.

A partir da leitura de seus dispositivos, verifica-se que o legislador se preocupou em incorporar e especificar diversos direitos fundamentais processuais que decorrem diretamente do devido processo legal procedimental.

Vejamos, exemplificativamente, a exposição de alguns dos dispositivos em que se verifica tal incorporação.

Os direitos fundamentais ao Contraditório, Ampla Defesa e à obtenção de Decisão Motivada estão expressamente previstos no artigo 2º da Lei Federal n. 9784/99<sup>62</sup>.

Ao passo que o Direito a um juiz imparcial é expressamente assegurado no artigo 18 da Lei, que institui o instituto do “impedimento”, tal qual já fizera o legislador quando da elaboração do Código de Processo Civil<sup>63</sup>.

Diferentemente do que se verifica no Processo Civil, não há a distinção, no dispositivo acima transcrito, distinção entre impedimento e suspeição. Assim, agrupa-se no gênero “impedimento”, tanto situações subjetivas (inciso I), como hipóteses bastante objetivas (incisos II e III).

Impende comentar, todavia, que no âmbito dos processos administrativos, o julgador é, em regra, um servi-

62 Art. 2. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

63 Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrerem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

dor público. E servidor público vinculado ao ente administrativo que tem interesse na solução da controvérsia.

Não é falacioso afirmar que a Administração Pública decide sobre interesses próprios. Desse modo, poder-se-ia questionar acerca da real possibilidade de se ter um julgamento imparcial no processo administrativo.

Na verdade, o que o legislador acaba assegurando é que o julgador não tenha interesses próprios (pessoais) na solução da controvérsia. Essa realidade é confirmada por Priscilia Sparapani<sup>64</sup> ao afirmar que:

a disposição contida no art. 18 da Lei n. 9.784/99 preocupa-se com o impedimento de servidor ou autoridade no âmbito do processo administrativo. Referida previsão legal relaciona-se com o devido processo legal administrativo, que será ofendido quando a condução do processo e sua decisão forem de atribuição de agentes públicos não isentos ou não desinteressados.

O problema é que muito embora o servidor possa não ter interesse pessoal na solução do processo, é difícil que consiga agir de forma isenta por estar vinculado ao ente público interessado. Seu comprometimento, desse modo, pode até não ser consciente, mas por fazer parte da Administração certamente terá dificuldades de exarar juízo totalmente imparcial. Não raras vezes é o ato praticado por um colega que está sendo questionado no processo; ou, anda, uma diretoria administrativa que de algum modo convém a todos os servidores que sejam mantidos. Tais circunstâncias certamente dificultam a promoção do estado ideal de coisas trazido pelo princípio da imparcialidade.

A intenção do legislador, todavia, ao criar o instituto do impedimento, é de buscar, na medida do possível, um julgamento imparcial.

---

64 MAFFINI; HEINEN; SPARAPANI. **Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 168.

Já no bojo do artigo 56 se constada a previsão expressa do direito ao duplo grau de jurisdição. Vide a redação que prevê o direito ao recurso no processo administrativo: “[...] Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”.

Comentando o referido artigo, Priscilia Sparapani traça interessante comparação entre as possibilidades que assistem ao recorrente no processo administrativo e judicial: “Há certas vantagens em se interpor recurso na esfera administrativa: é possível alegar em instância superior o que não foi arguido de início; possível reexaminar a matéria de fato; admissível, inclusive, produzir novas provas”<sup>65</sup>.

Feitas essas considerações acerca da legislação, cumpre demonstrar como o Supremo Tribunal Federal aplica o princípio do devido processo legal em temas de Direito Administrativo.

Primeira observação importante diz respeito a uma postura da Corte Suprema, de todo criticável, no sentido de considerar que recursos que pretendam o reconhecimento da violação do devido processo legal não devem ser admitidos, haja vista supostamente se constatar, em tais casos, possível violação apenas reflexa da Constituição Federal.<sup>66</sup>

Esse entendimento não parece correto na medida em que o princípio do devido processo legal é inequivocamente uma norma constitucional. O fato de o legislador infraconstitucional repetir ou, por vezes, especificar os direitos fundamentais processuais que do devido

65 MAFFINI; HEINEN; SPARAPANI, op. cit., p. 378.

66 Os precedentes nesse sentido são diversos: RE 673911 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 05/08/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma; ARE 709758 AgR / PA - PARÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 15/10/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma; ARE 734049 AgR / PB - PARAÍBA AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 29/10/2013 Órgão Julgador: Segunda Turma; ARE 782937 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 04/02/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma; ARE 751045 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 29/04/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma

processo legal decorem, é uma mera contingência. Não precisaria ser assim. Isso porque da mera redação do inciso LIV do artigo 5º da Constituição já se pode reconhecer tais direitos.

O Supremo Tribunal Federal está, com essa postura, se afastando de sua missão constitucional de interpretar, em última instância, os institutos constitucionais.

Superada a crítica inicial, é digna de destaque a posição unânime do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à necessidade de observância ao devido processo legal procedimental sempre que o ato administrativo a ser exarado puder atingir direito de terceiro. Note-se que não é exigido o cumprimento apenas nos procedimentos administrativos disciplinares, mas em qualquer processo que, de algum modo, possa afetar a esfera jurídica alheia<sup>67</sup>.

Por fim, merece destaque a posição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro acerca do devido processo legal substantivo.

Nesse ponto, percebe-se que o Pretório Excelso segue linha doutrinária que identifica o devido processo legal substantivo com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Para o Supremo, portanto, é possível o controle do mérito dos atos estatais oriundos do Executivo e do Legislativo. Trata-se de controle de razoabilidade e proporcionalidade, que encontrariam

---

67 EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.10.2002. A Corte Regional não divergiu da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal no sentido da necessidade de instauração de processo administrativo onde sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, para a revogação de ato administrativo que repercuta no campo de interesses individuais. Precedentes. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 743336 AgR / AL - ALAGOAS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 26/08/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma)(grifo nosso) DEVIDO PROCESSO LEGAL - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO -SUSPENSÃO - DIREITO DE DEFESA. Existente situação jurídica constituída, a alteração pressupõe a observância do devido processo administrativo. (AI 551685 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 17/09/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma)

fundamento exatamente na faceta substancial do princípio do devido processo legal.

## CONCLUSÃO

A guisa de conclusão pode-se afirmar que o Princípio do Devido Processo Legal segue sendo, desde sua remota origem medieval, um anteparo fundamental contra atos estatais que atentem contra a vida, a liberdade e a propriedade dos membros da sociedade.

Com o passar dos séculos, o conteúdo do princípio foi sendo ampliado e sua interpretação ganhou em sofisticação por conta da atividade dos tribunais, em especial da Suprema Corte Americana.

O Princípio do Devido Processo Legal foi expressamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1988, estando no rol dos direitos e garantias fundamentais.

No Brasil, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o Devido Processo Legal outorga direitos fundamentais processuais aos litigantes, tanto em processos judiciais, como em processos administrativos. Não há, todavia, na doutrina, uma unanimidade no que se refere a sua faceta substancial.

Como um direito fundamental, o Princípio do Devido Processo Legal produz consequências em todos os ramos do direito, e, no que mais interessa ao presente ensaio, no Direito Administrativo.

A interferência no Direito Administrativo é percebida, com clareza, a partir da redação de diversos artigos da Lei Federal 9784/99 (Lei Federal do Processo Administrativo).

Constata-se, ainda, por meio da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a atividade administrativa é sancionada com a invalidade quando desrespeita o Devido Processo Legal Procedimental. E mais: atos administrativos não podem, segundo o Supremo Tribunal Federal, violar a proporcionalidade.

de e a razoabilidade, haja vista serem decorrências do Devido Processo Legal Substancial.

## REFERÊNCIAS

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 113. \_\_\_\_\_ . **A Garantia do Contraditório. Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ÁVILA, Humberto. O que é o Devido Processo Legal? **Revista de Processo**, São Paulo, n.163, p.50-59, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: RT, 1973.
- MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscila. **Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo**. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2015.
- MARDER, Alexandre S. **Das Invalidades no Direito Processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4. Ed. São Paulo RT, 2005.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- TARUFFO, Michele. La Motivazione della Sentenza. In: **Estudos de Direito Processual Civil, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. \_\_\_\_\_ . **Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

# ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

RELEVANT ASPECTS OF ENVIRONMENTAL  
ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY

Aline dos Santos Stoll<sup>68</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo elencar e esclarecer alguns pontos relevantes que, provavelmente, surgem, para o aplicador do Direito, quando da apuração da responsabilidade administrativa ambiental. A inexistência de procedimentos específicos traz a necessidade de preenchimento das lacunas, através de construção jurídica. Na análise do caso concreto, faz-se necessária a interpretação da legislação vigente, sob a ótica dos preceitos que regem o Direito Ambiental, o Direito Administrativo, a Responsabilidade Civil e até a utilização de preceitos de Direito Penal. A metodologia utilizada para a formação deste trabalho foi a pesquisa de doutrina e de jurisprudência, envolvendo os questionamentos surgidos ao longo do exercício do cargo de Procuradora Municipal, na Secretaria Municipal do Meio Ambiente. Os estudos demonstraram que o Direito Ambiental encontra-se em fase de construção de procedimentos específicos, de uniformização de entendimentos pelos doutrinadores e juristas, para que, especialmente, na apuração da responsabilidade administrativa ambiental, a Administração Pública possa efetivar o comando contido no art. 225, caput, da

---

68 Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procuradora-chefe na Procuradoria Municipal/ Setorial 07 – Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.

Constituição Federal de 1988, qual seja, a promoção da defesa do Meio Ambiente e a sua conservação para a presente e para as futuras gerações.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente. Direito. Responsabilidade administrativa ambiental.

**Abstract:** *This work aims to list and clarify some relevant points that probably arise for the applicator of law, when determining the environmental administrative responsibility. The lack of specific procedures brings the need to fill the gaps, through legal construction. In other topics, it is necessary to make the interpretation of the current legislation, from the perspective of the principles governing the Environmental Law, Administrative Law, Civil Liability and even precepts of Criminal Law. The methodology used for the formation of this work was the doctrine research and jurisprudence, involving the questions that arose in the course of my work, in the Sectorial Prosecutorial of the Environmental Municipal Secretariat. Studies have shown that environmental Law is under specific procedures construction, uniformity of understanding by scholars and jurists that, especially in the determination of environmental management accountability, the Public Administration can carry out the command contained in art. 225, caput, of the Federal Constitution of 1988, namely, to promote the defense of the environment and conservation for present and future generations.*

**Keywords:** *Environment. Law. Responsibility administrative environmental.*

## INTRODUÇÃO

No Brasil, pode-se dizer que a construção da legislação ambiental teve início na década de 60, a partir de leis, como o Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/64), o Código Florestal (Lei nº. 4.771/65), a Lei de

Proteção da Fauna (Lei nº. 5.197/67), a Política Nacional do Saneamento Básico (Dec. nº. 248/67) e a criação do Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental (Dec. nº. 303/67).

Na década de 80, a legislação ambiental brasileira teve maior impulso. O ordenamento jurídico, até então, tinha o objetivo de proteção econômica/patrimonial, e não ambiental. São quatro os marcos legislativos que passaram a orientar a tutela jurídica do Meio Ambiente, no Brasil, visando alterar o cenário de descaso ambiental: a Lei Federal nº. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, conceituando Meio Ambiente e instituindo o Sistema Nacional de Meio Ambiente; Lei nº. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, a qual constitui-se de um instrumento processual de defesa do Meio Ambiente e dos demais interesses difusos e coletivos; a Constituição Federal de 1988, que impôs, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender o meio ambiente (art. 225, caput) e listou como direito fundamental, de todos os cidadãos brasileiros, a proteção ambiental, determinada no art. 5º, LXXIII (Ação Popular); e a Lei nº. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas, derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Ressalta-se que, antes da Constituição Federal de 1988, a tutela jurídica sobre o Meio Ambiente restringia-se ao âmbito infraconstitucional, tendo, portanto, a Carta Magna sido inovadora no que tange à tutela do meio ambiente.

Diante de tais fatos, pode-se dizer que a preocupação com as questões de cunho ambiental é recente, assim como a legislação que rege a matéria. A doutrina e a jurisprudência estão na fase de formação de entendimentos e diretrizes.

Neste artigo, portanto, serão abordadas algumas questões que foram surgindo durante o trabalho realizado na Procuradoria Municipal.

# 1 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

## 1.1 O Meio Ambiente como Direito Fundamental

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora em matéria ambiental, já que foi a primeira a dedicar um capítulo exclusivo para tratar do tema. O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado, constitucionalmente, como direito fundamental de terceira geração ou dimensão (direitos coletivos, transindividuais).

O direito ao meio ambiente surge como direito fundamental de tríplice dimensão: individual, social e intergeracional. Individual, porque, enquanto pressuposto de sadia qualidade de vida, interessa a cada pessoa, considerada na sua individualidade, como detentora de direito fundamental à vida sadia. Social, porque o meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o patrimônio coletivo. Intergeracional, porque a geração presente tem o dever de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações.

O art. 225 da Constituição Federal de 1988 instituiu ferramenta essencial de ampliação dos mecanismos judiciais, para a preservação do meio ambiente. Isto porque, até a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), o meio ambiente não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, como um direito tutelado de forma autônoma.

Assim sendo, a consciência de que os recursos ambientais são passíveis de esgotamento ganhou importância e visibilidade, a partir da proteção dada pela Constituição Federal de 1988. Todavia, o texto constitucional, ao cuidar da matéria, também contemplou o fato de que a atividade econômica está intrinsecamente interligada com os recursos naturais, razão pela qual reconheceu que a sua utilização deve se dar de forma adequada, a fim de se resguardar, às presentes e futuras gerações, a sadia qualidade de vida, através da ma-

nutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## **1.2 Instrumentos para a Proteção ao Meio Ambiente**

O artigo 225 da Constituição Federal não foi o único a tratar do meio ambiente, no âmbito constitucional. Além das questões atinentes à competência legislativa, encontra-se a sua menção nos mais variados capítulos da Carta Magna, o que demonstra a conexão da matéria ambiental com outros ramos do direito.

Essa relação do Direito Ambiental com diferentes ramos da ordem jurídica comprova o seu caráter de transversalidade.

Nesse ponto, ressalta-se a relação do Direito Ambiental com o Direito Administrativo. Este último desempenha papel essencial para a eficácia das normas ambientais.

A utilização do Direito Administrativo como ferramenta para a efetivação dos direitos e deveres, previstos na Constituição Federal de 1988 e nas demais normas de caráter ambiental, é imprescindível, já que é através do Direito Administrativo que o Poder Público pode impor aos particulares e, até mesmo, aos órgãos da própria Administração Pública, os deveres de recuperação ambiental, preservação e conservação do meio ambiente. De igual forma, é através do Direito Administrativo que o Poder Público legitima a aplicação das penalidades, determinadas em lei, quando constata o descumprimento das obrigações de cunho ambiental, estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

O modelo jurídico brasileiro baseia-se no modelo romano-germânico, no qual a norma escrita tem papel fundamental, caracterizando-se por ser um direito positivado.

Todavia, a jurisprudência desempenha papel relevante nas resoluções dos conflitos envolvendo o meio ambiente, já que é imprescindível considerar a dinâmi-

ca da evolução do conhecimento científico de ordem ambiental, as normas existentes no ordenamento jurídico e a diversidade de casos apresentados.

Os princípios, de igual forma, constituem-se de instrumentos fundamentais para a resolução destes conflitos.

Os princípios jurídicos podem ser implícitos ou explícitos. Explícitos são aqueles que estão claramente escritos nos textos legais e, fundamentalmente, na Constituição da República Federativa do Brasil; implícitos são os princípios que 'decorrem' do sistema constitucional, ainda que não se encontrem escritos. É importante frisar que tanto os princípios explícitos quanto os princípios implícitos são dotados de positividade e, portanto, devem ser levados em conta pelo aplicador da ordem jurídica, tanto no âmbito do Poder Judiciário, como no âmbito do Executivo ou do Legislativo. Os princípios jurídicos ambientais devem ser buscados, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, em nossa Constituição e nos fundamentos éticos que iluminam as relações entre os seres humanos.

[...]

Os princípios jurídicos (constitucionais ou não) servem de base para sustentar os direitos positivamente reconhecidos. E mais: em determinadas situações, mesmo a inexistência de uma lei não servirá de obstáculo para que um direito possa ser exercido.<sup>69</sup>

O dever constitucional de conservação e de proteção ao meio ambiente, obrigação do Poder Público e do povo, não pode estar sujeito ao cenário político e econômico do país. A importância do bem jurídico tutelado necessita que os atos normativos que lhe servem de salvaguarda estejam protegidos do chamado 'retrocesso na proteção ambiental', ou seja, é proibida a modificação de regras e procedimentos, em Direito Ambiental,

69 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

que reduza a proteção existente ou torne inoperantes as regras em vigor.

O Princípio do não-retrocesso é um dever, imposto à Administração Pública.

A garantia constitucional da proibição do retrocesso, aplicada à matéria ambiental, também ampara tal entendimento, estabelecendo uma espécie de 'blindagem normativa' à atuação regressiva do legislador. Tudo isso está em consonância com os princípios estruturantes que balizam o direito ambiental, impondo-se, ao legislador, o dever de atuar no sentido de criar padrões normativos que promovam a melhoria progressiva da qualidade, do equilíbrio e da segurança ambiental. Existiria, nessa perspectiva, a busca do aprimoramento da proteção ambiental, rumo à melhoria da qualidade ambiental, o que, necessariamente envolve o aperfeiçoamento da legislação ambiental sob o prisma de uma maior proteção dos bens ambientais. A redução do patamar normativo de proteção ambiental, por sua vez, atentaria contra os princípios que orientam o direito ambiental. Por aí já se tem certa fundamentação inicial para justificar a legitimidade de determinada medida legislativa – independentemente do ente federativo que a venha editar – que aumente os padrões normativos de proteção ambiental. Todavia, cumpre reiterar que o ambiente é apenas um dos tantos bens fundamentais protegidos pelo nosso sistema constitucional e, de tal sorte, haverá sempre que se contextualizar qualquer conflito legislativo para identificar os bens jurídicos em questão, de modo a assegurar uma resolução constitucionalmente adequada para o litígio legislativo posto, evitando-se, por certo, o discurso que prega uma 'ditadura ecológica'. Não há como considerar tal prevalência em 'abstrato', mas, como já sinalizamos anteriormente, deve ser feita a análise 'hermenêutica' de tal conflito a partir do caso concreto. Em linhas gerais, tomando por base os argumentos lançados até aqui, o Estado e o Município devem

respeitar o padrão normativo estabelecido na norma geral e tomar tal 'standard' de proteção ambiental como 'piso legal protetivo mínimo', de tal modo que – a prevalecer esse argumento – apenas estaria autorizado a atuar para além de tal referencial normativo, e não para aquém. Ao legislar de forma 'menos protetiva' em relação ao padrão estabelecido pela norma geral editada pela União, o legislador estadual ou municipal subverte a sua competência legislativa suplementar e incorre em prática inconstitucional. A aplicação do princípio (e postulado hermenêutico) da prevalência da norma mais benéfica à tutela ecológica na hipótese de conflito normativo existente entre a norma geral federal e a legislação estadual ou municipal reforça a tese de que no âmbito do dever de proteção ambiental do Estado, no exercício da sua competência legislativa ambiental, impõem-se tanto o 'dever de progressiva melhoria da qualidade ambiental (dever de promoção), quanto um reforçado dever de proteção, os quais, por sua vez, guardam relação com as correlatas noções de proibição de retrocesso e insuficiência de proteção'.<sup>70</sup>

A Política Nacional do Meio Ambiente foi instituída pela Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 é importante marco legislativo em matéria ambiental. Através desta lei que foi criado o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, o qual é formado por órgãos e instituições federais, estaduais e municipais, de diversos níveis do Poder Público, vinculados ao Poder Executivo, que têm por finalidade a proteção do meio ambiente.

As atuações dos entes federativos, dentro do SISNAMA, não possuem hierarquia, ou seja, o IBAMA, instituto federal, não possui poder hierárquico sobre as atuações de uma Secretaria Municipal do Meio Ambiente, por exemplo. Por outro lado, o sistema per-

---

70 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental à luz do "federalismo cooperativo ecológico" consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 90, jul./set. 2013.

mite que, na ausência de lei municipal ou estadual, sobre determinada matéria ambiental, o Município possa se valer de lei federal que discipline a matéria, para fins de fiscalização e autuação, no âmbito municipal.

O objetivo principal da Política Nacional do Meio Ambiente é a integração das políticas públicas, no Brasil, visando à proteção, à preservação, à melhoria e à recuperação do meio ambiente, a fim de manter a sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações.

O CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) e o CONSEMA (Conselho Estadual do Meio Ambiente) integram a estrutura do SISNAMA. Esses órgãos emitem resoluções, definindo padrões de qualidade ambiental e procedimentos para a sua verificação. Destaca-se, por oportuno, que as resoluções, expedidas por estes órgãos, definem parâmetros, não tendo caráter normativo, por si só, para a autuação do agente infrator. Há a necessidade de vinculação de suas determinações com outro ato normativo, observando-se, assim, o Princípio da Legalidade. Além do mais, as resoluções não definem (nem poderiam, de acordo com o Princípio da Legalidade) as penalidades aplicáveis aos infratores.

### 1.3 Competência em Matéria Ambiental

A “regra geral” para o exercício da competência legislativa, em matéria ambiental, é a competência legislativa concorrente <sup>71</sup>.

71 A razão para tal assertiva é bastante simples. Muito embora o extenso rol de atribuições legislativas privativas da União trazido pelo art. 22 da CF/1988, conforme tratado no tópico antecedente, não há qualquer previsão legal (geral ou específica) para o exercício da competência legislativa no tocante à matéria ambiental. Há sim, consoante já apontado, matérias de ‘interesse ambiental’ – como, por exemplo, atividades nucleares, mineração, energia, populações indígenas -, mas não há no rol no art. 22 qualquer dispositivo específico dispendo sobre matéria ambiental, ao contrário do que verificamos no art. 24 da CF/1988, que trata da competência legislativa concorrente. O art. 24, IV, da CF/1988 consagra, como matéria atinente à competência legislativa concorrente, ‘a competência para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição’. O dispositivo em questão expressa, sem dúvida, a ‘regra geral’ a que nos referimos anteriormente, dado que, pela amplitude do seu conteúdo, ao trazer expressões como ‘conservação da natureza’, ‘proteção do meio ambiente’ e ‘controle de poluição’, o mesmo comporta toda a matéria ambiental possível a ser considerada. [...]. A fórmula ‘vertical’ de dis-

No que tange aos Municípios, o art. 1º da Constituição Federal de 1988 os inseriu na condição de ente político autônomo, integrante da Federação brasileira.

A competência administrativa dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição é indiscutível. Embora o art. 24 da Constituição Federal de 1988 não tenha arrolado o Município, para o exercício da competência legislativa concorrente, o inciso I, do art. 30<sup>72</sup>, do texto constitucional abre a possibilidade para que o ente federado legisle sobre assuntos de interesse local.

Importante mencionar, também, o inc. II, do art. 30, da Constituição Federal de 1988, no qual consta que ao Município cabe complementar a legislação federal e estadual no que couber. De forma clara, portanto, este dispositivo traz a autorização constitucional para que os Municípios exerçam a competência legislativa concorrente em matéria ambiental.

Tal posição favorável ao reconhecimento da competência legislativa do Município encontra amparo não só na doutrina, quanto na jurisprudência também:

---

tribuição da competência legislativa ambiental, conforme consagrado no art. 24, ampara um sistema cooperativo e, portanto, descentralizado para o exercício de tal competência legislativa constitucional, alicerçando as bases normativas um 'constitucionalismo democrático-participativo'. No âmbito da competência legislativa concorrente, a norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios, no âmbito de suas competências. [...] A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), muito embora tenha sido editada antes da Constituição Federal de 1988, nos parece um bom exemplo de norma geral tal como preconizada no §1º do art. 24. O estabelecimento dos princípios (art. 2º), objetivos (art. 4º) e instrumentos (art. 9º) da Política Nacional do meio Ambiente pelo diploma em questão assume a condição de uma norma geral. De igual maneira, o delineamento da estruturação federativa do sistema Nacional do Meio Ambiente (art. 6º) exemplifica de forma bastante clara um modelo cooperativo de distribuição de competências, recortando o papel de cada ente federativo, com o propósito, por exemplo, de estabelecer a criação de órgãos administrativos ambientais especializados no âmbito de todos eles, inclusive no plano municipal. A partir da diretriz normativa geral traçada pela Lei 6.938/1981, cabe a cada ente federativo exercer a sua competência legislativa complementar na matéria, adaptando a norma geral às realidades regional e local (SARLET, FENSTERSEIFER, 2013, p. 69-71).

72 Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local; (BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988\\_07.05.2015/art\\_225\\_.asp](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_225_.asp)>. Acesso em: nov. 2016.)

CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL SUPLETIVA. POSSIBILIDADE. [...] Atribuindo, a Constituição Federal, a competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, cabe, aos Municípios legislar supletivamente sobre proteção ambiental, na esfera do interesse local<sup>73</sup>.

Destaca-se a Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, como importante marco regulatório das competências ambientais comuns entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Esta lei foi criada para atender ao comando contido no parágrafo único, do art. 23 da Constituição Federal de 1988<sup>74</sup>.

Dentre as competências regulamentadas pela lei complementar, foi mantida a competência originária dos Municípios para licenciar as atividades com impacto ambiental local.

## 1.4 A Sanção Administrativa

A sanção administrativa está inserida no universo do Direito Público Punitivo<sup>75</sup>.

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 29.299-6/RS da Primeira Turma. Relator: Demócrito Reinaldo. [Brasília?]: 28 de setembro de 1994.

74 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Fonte: BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/Emendas/Emc/emc53.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc53.htm#art1)>. Acesso em: nov. 2016.

75 Quando se trata de analisar a evolução histórica da teoria da sanção administrativa, o que se observa é uma migração da pena administrativa do campo do Poder de Polícia para o campo do Poder sancionador. Noutras palavras, o que se verifica é que a teoria da sanção culmina por englobar duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e sanções administrativas, além de outras possíveis categorias menos relevantes ou impactantes no meio social. Daí a pertinência da sanção administrativa no universo do Direito punitivo, por suas conexões e paralelos com a teoria da sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81.).

Via de regra, cabe ao Poder Judiciário a aplicação de penalidades. Todavia, a competência, concedida ao Poder Executivo, para a aplicação das sanções administrativas, decorre da dinâmica da relação Administração Pública x administrado, considerando a necessidade de ações céleres de caráter preventivo ou repressivo.

Pode-se dizer, portanto que o Poder Administrativo Sancionador do Estado decorre, em última análise, do denominado Poder de Polícia.

O Estado, através do Poder de Polícia, tem a capacidade de deter a atividade dos particulares, que se revelam contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

Neste ponto, cabe observar que a polícia administrativa incide sobre bens, direitos e atividades, enquanto a polícia judiciária e a polícia de manutenção de ordem recai sobre as pessoas.

Paulo Affonso Lemes Machado define o poder de polícia ambiental como:

[...] a atividade da administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, a conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.<sup>76</sup>

O Poder de Polícia Ambiental é o fundamento da atuação da Administração Pública, para limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, regulando a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à saúde da população, a conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do

---

76 MACHADO, Paulo Affonso Lemes. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 309-310.

mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam resultar poluição ou agressão à natureza.

O art. 70 da Lei 9.605/98 descreve a infração administrativa ambiental como “[...] toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.”<sup>77</sup>

Em síntese, para a configuração da responsabilidade administrativa basta a comprovação do nexo de causalidade da conduta ilícita com o agente.

As transgressões às normas de caráter ambiental ensejam a responsabilização do agente nas esferas administrativa, civil e penal.

Na doutrina, Édis Milaré ensina que:

[...] a reparação civil do dano ambiental é a manifestação mais evidente do princípio do poluidor-pagador, embora este também alcance medidas de cunho preventivo e repressivo, assim como os custos correspondentes à própria utilização de recursos naturais.

Por fim, as responsabilidades administrativa e penal classificam-se como instrumentos de ‘repressão’ às condutas e às atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, diferenciando-se, assim, da responsabilização civil.<sup>78</sup>

Além do dever de reparação do dano, resultante da atividade, o legislador, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, na Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) elencou alguns instrumentos de ordem preventiva e repressiva, de cunho administrativo.

No que diz respeito à prevenção, cita-se os padrões de qualidade ambiental, estabelecidos nas licenças

77 BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: nov. 2016.

78 MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 684.

ambientais. Já, no caráter repressivo, foram determinadas penalidades pecuniárias, por exemplo, a fim de evitar e coibir a renovação da prática de condutas em desacordo com a legislação ambiental.

Cumprido destacar que, na esfera administrativa, a configuração de uma irregularidade prescinde da configuração de um prejuízo, isso porque a legislação traz punição para os casos em que a conduta ou a omissão expõe o meio ambiente ou à qualidade de vida das pessoas em risco.

### 1.5 A Flexibilização do Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. No que tange ao Direito Administrativo Sancionador, conclui-se que tal previsão é encontrada no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, determinando que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Na doutrina, Hely Lopes Meirelles ensina que “[...] a legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”<sup>79</sup>

Por certo, o Princípio da Legalidade tem a função de garantir a segurança jurídica aos administrados, evitando, assim, a discricionariedade por parte do Poder Executivo.

Todavia, diferentemente das condutas tratadas em matéria penal, admite-se certa flexibilidade no campo das atuações estatais sancionadoras, amparadas no Direito Administrativo.

---

79 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

Tal posição, consagrada, inclusive, na Lei Federal nº 9.605/98 e no seu decreto regulamentador (Decreto Federal nº 6.514/08) também encontra amparo na doutrina e na jurisprudência.

Fábio Medina Osório refere que:

Não se desconhece que a legalidade da atividade sancionadora que se fundamenta no Direito Administrativo possui uma certa flexibilidade. Isso decorre da ausência de algumas 'amarras' que normalmente escravizam as normas penais. É uma consequência, inclusive, da maior elasticidade competencial do Estado nesse terreno, embora seja, sobretudo, fruto de toda uma carga histórica comprometida com normas sancionadoras garantistas de direitos individuais. A evolução do Direito Penal certamente remete os sistemas punitivos à observância de um conjunto universal de direitos humanos e direitos fundamentais positivados. A nota de maior flexibilidade do Direito Administrativo Sancionador fica por conta, desde logo, de um abandono histórico a que submetido esse conjunto de normas, que ficaram à margem do desenvolvimento do Direito Punitivo, este identificado como Direito Penal. Assim, as normas de Direito Administrativo Sancionador eram manejadas e tratadas historicamente no bojo do chamado poder de polícia da Administração Pública, cujas principais características remetiam, e ainda remetem, à discricionariedade das autoridades competentes. Daí decorre, em boa medida, a flexibilidade de uma legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público. Eis uma nota diferenciadora importante a apartar a legalidade administrativa da legalidade penalista<sup>80</sup>.

O nobre professor continua sua dissertação, referindo que:

---

80 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011. p. 215.

Todavia, vale destacar que é possível proibir comportamentos através de cláusulas gerais, especialmente no Direito Administrativo. A legalidade que passa a operar, em tais casos, é bem diversa. Atende finalidades superiores abrigadas na Constituição e outorga espaços generosos de movimentação à Administração. Cada vez mais frequentes, tais espaços resultam de demandas sociais e necessidades pragmáticas da coletividade. Os poderes discricionários aumentam sensivelmente, diante da profusão de dispositivos repletos de elementos normativos ambíguos. Em atais hipóteses, a Administração atua amparada pelo poder de polícia, na prevenção de ilícitos, ou na interpretação de dispositivos consubstanciados em cláusulas gerais, princípios ou regras de elevada generalidade descritiva. A liberdade de opções é uma decorrência lógica dessas aberturas. Em geral, associa-se essa capacidade ampla de exercer poderes punitivos à importância dos bens jurídicos em jogo e, mais ainda, à especialidade e intensidade da relação de sujeição entre o estado e a pessoa. Tais fatores devem ser comprovados através de processos decisórios motivados. Nesse panorama, quando existe a característica de um poder punitivo mais concentrado e intenso, mais expansivo e audacioso, com menor previsão abstrata em dispositivos legais, também é comum que haja, para a respectiva proteção desses valores, outorga de espaços amplos na tipicidade permissiva da Administração. É curial que o administrador possa, dependendo da situação, atuar com maior liberdade na prestação de serviços ou na restrição de direitos, através de competências não punitivas, mas eventualmente até mesmo coercitivas. Exemplo desse jaez ocorrem e se multiplicam diuturnamente, seja nas relações entre o Estado e os presidiários, seja nas relações entre o Estado e os agressores do meio ambiente ou de outros valores reputados vitais.<sup>81</sup>

---

81 Ibid., p. 229.

Édis Milaré, por sua vez, afirma que:

[...] a incidência do princípio da legalidade, salvo disposição legal em contrário, não implica o rigor de se exigir que as condutas infracionais sejam previamente tipificadas, uma a uma, em lei, tal como ocorre no direito penal. Basta, portanto, a violação de preceito inserto em lei ou em normas regulamentares, configurando o ato como ilícito, para que incidam sobre o caso as sanções prescritas, estas sim, em texto legal formal.

Neste sentido averbam Vladimir e Gilberto Passos de Freitas: 'O estudioso deverá, sempre que se deparar com a imposição de uma sanção administrativa, verificar se ela possui fundamento na lei, seja ela federal, estadual ou municipal. Poderá acontecer que um artigo de lei seja genérico e atribua à autoridade administrativa o poder de definir as hipóteses em que ocorrerá a infração. Aí, é preciso fazer-se a distinção. A delegação pura e simples das hipóteses é possível, pois nem sempre se consegue, na lei, relacionar todas as situações passíveis de sanção. O que não se admite mesmo é que uma simples portaria ou resolução crie uma figura infracional e imponha multa'.<sup>82</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já considerou, inclusive, a utilização de tipo penal, previsto na Lei nº 9.605/98, que, combinado com o art. 70 do mesmo diploma legal configuraria sustentação legal suficiente à imposição de penalidade administrativa, sem se falar em violação ao Princípio da Legalidade. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RECEBIMENTO DE MADEIRA SERRADA, SEM LICENÇA DO IBAMA. ART. 70 DA LEI 9.605/98. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.

---

82 MILARÉ, 2004, p. 686.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
2. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que: (a) somente o juiz criminal, após regular processo penal, pode impor penalidades pela prática de crime cometido contra o meio ambiente; (b) é ilegal a tipificação de infrações administrativas por meio de decreto.
3. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.
4. Hipótese em que o auto de infração foi lavrado com fundamento no art. 46 da Lei 9.605/98, pelo fato de a impetrante, ora recorrida, ter recebido 180 m<sup>3</sup> de madeira serrada em prancha, sem licença do órgão ambiental competente.
5. Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.
6. O art. 46 do mesmo diploma legal, por seu turno, classifica como crime ambiental o recebimento, para fins comerciais ou industriais, de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.
7. Conquanto se refira a um tipo penal, a norma em comento, combinada com o disposto no art. 70 da

Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.

8. Recurso especial provido, para denegar a segurança anteriormente concedida<sup>83</sup>

AMBIENTAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. CAMPO DE APLICAÇÃO. LEI 9.605/1998. TRANSPORTE IRREGULAR DE CARVÃO VEGETAL DE ESPÉCIES NATIVAS. INDÚSTRIA SIDERÚRGICA. INFRAÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA. MULTA. LEGALIDADE. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SANÇÃO PENAL. LEGITIMIDADE DO DECRETO REGULAMENTADOR.

1. Cuida-se de Ação Ordinária proposta com o fito de afastar multa aplicada em razão de transporte irregular de carvão vegetal. O juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, mas o Tribunal regional reformou a sentença e declarou nulo o auto de infração.

2. A multa aplicada pela autoridade administrativa é autônoma e distinta das sanções criminais cominadas à mesma conduta, estando respaldada no poder de polícia ambiental.

3. Sanção administrativa, como a própria expressão já indica, deve ser imposta pela Administração, e não pelo Poder Judiciário, porquanto difere dos crimes e contravenções.

4. A Lei 9.605/1998, embora conhecida popular e imprecisamente por Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, a rigor trata, de maneira simultânea e em partes diferentes do seu texto, de infrações penais e infrações administrativas.

5. No campo das infrações administrativas, exige-se do legislador ordinário apenas que estabeleça as condutas genéricas (ou tipo genérico) consideradas

---

83 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.091.486 - RO (2008/0213060-6) da Primeira Turma. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis. Recorrido: GM Madeiras Ltda. Relatora: Denise Arruda. Brasília, 2 de abril de 2009.

ilegais, bem como o rol e limites das sanções previstas, deixando-se a especificação daquelas e destas para a regulamentação, por meio de Decreto.

6. De forma legalmente adequada, embora genérica, o art. 70 da Lei 9.605/1998 prevê, como infração administrativa ambiental, “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. É o que basta para, com a complementação do Decreto regulamentador, cumprir o princípio da legalidade, que, no Direito Administrativo, não pode ser interpretado mais rigorosamente que no Direito Penal, campo em que se admitem tipos abertos e até em branco.

7. O transporte de carvão vegetal sem prévia licença da autoridade competente caracteriza, a um só tempo, crime ambiental (art. 46 da Lei 9.605/1998) e infração administrativa, nos termos do art. 70 da Lei 9.605/1998 c/c o art. 32, parágrafo único, do Decreto 3.179/1999, revogado pelo Decreto 6.514/2008, que contém dispositivo semelhante.<sup>84</sup>

O Tribunal Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 5027708-45.2011.404.7100/RS, pela Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler também já se posicionou no mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. IBAMA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E DAS PENALIDADES IMPOSTAS. NÃO-CABIMENTO. INDEFERIMENTO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. A Lei 9.605/1998, embora conhecida popular e imprecisamente por Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, a rigor trata, de maneira simultânea e em partes diferentes do seu texto, de infrações

---

84 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.137.314 - MG (2009/0081174-5) da Segunda Turma. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Recorrido: Siderúrgica Valinho S/A. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 17 de novembro de 2009.

penais e infrações administrativas. Assim, a multa decorrente do auto de infração está respaldada no poder de polícia ambiental

2. O sistema instaurado pela Lei nº 9.605/98 não tipifica cada uma das condutas infracionais administrativas contrárias ao direito ambiental, mas apenas define, genericamente, a infração administrativa como violação às leis de proteção ambiental, sendo, na verdade, um tipo aberto. É o que basta para, com a complementação do Decreto regulamentador, cumprir o princípio da legalidade.

3. O entendimento majoritário da jurisprudência é de que não cabe ao Poder judiciário substituir-se ao administrador, sob pena de invasão no mérito do ato administrativo. A atuação do judiciário está limitada, assim, à análise da legalidade do ato administrativo, que, no caso, observou estritamente o parâmetro estabelecido pela Lei<sup>85</sup>.

Diante do exposto, pode-se concluir que a jurisprudência e a doutrina não pretendem afastar o Princípio da Legalidade estrita, a que está vinculada a Administração Pública, pelo art. 37, caput, da Constituição Federal, uma vez que entendem que a previsão das sanções administrativas, em lei *stricto sensu*, é indispensável. O que se admite é a existência de uma norma geral, genérica.

No caso, o art. 70 da Lei 9.605/98, serve como um “guarda-chuva” para a descrição das infrações administrativas, em atendimento ao Princípio da Legalidade, permitindo que as descrições das condutas irregulares estejam previstas em decretos e, até mesmo, como verificado no julgado acima, complementadas por tipo penal.

Pode-se dizer, portanto, que a flexibilidade das descrições de infrações administrativas ambientais decorre do bem jurídico tutelado, sendo possível utilizar para

---

85 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5027708-45.2011.404.7100/RS da Terceira Turma. Apelante: Juelci Martins da Silveira. Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 25 de setembro 2013.

o Direito Administrativo, a figura da norma penal em branco, conforme se observou no exemplo acima.

Outro aspecto importante a ser esclarecido é a responsabilidade administrativa ambiental. Segundo o Princípio da Responsabilidade Pessoal (Princípio da Pessoaalidade, Princípio da Personalidade ou Princípio da Intranscendência da Pena) a sanção não pode ultrapassar a pessoa do infrator, sendo que apenas o condenado pode ser submetido à pena aplicada pelo Estado, não sendo possível a sua substituição por outrem, nem mesmo quando se tratar de pena de multa (pena pecuniária).

Assim, por exemplo, o adquirente de um imóvel, no qual, anteriormente, existia a operação de atividade, que necessitava de licenciamento ambiental para funcionar e que tenha sido alvo de fiscalização e de regular processo administrativo, para a apuração da infração, resultando na aplicação da penalidade de multa, não deve ser imputado como o responsável pelo pagamento da multa, caso não tenha dado continuidade à atividade de forma irregular.

Na doutrina, Fábio Medina Osório ensina que “[...] a pena somente pode ser imposta ao autor da infração penal. A norma deve acompanhar o fato. Igual exigência acompanha o Direito Administrativo Sancionatório. Incabível responsabilidade objetiva, eis uma das consequências do princípio da pessoaalidade da sanção administrativa.”<sup>86</sup>

Édis Milaré aponta que “Por conta do seu caráter repressivo e, por isso, ‘pessoal’, as sanções administrativas podem alcançar ‘apenas’ aquele que efetivamente tenha concorrido para o desenvolvimento do comportamento infracional.”<sup>87</sup>

Neste sentido, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

---

86 OSÓRIO, 2011, p. 382.

87 MILARÉ, 2004, p. 692.

AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO.

1. Trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal ajuizado pelo ora recorrente por figurar no polo passivo de feito executivo levado a cabo pelo Ibama para cobrar multa aplicada por infração ambiental.

2. Explica o recorrente - e faz isto desde a inicial do agravo de instrumento e das razões de apelação que resultou no acórdão ora impugnado - que o crédito executado diz respeito à violação dos arts. 37 do Decreto n. 3.179/99, 50 c/c 25 da Lei n. 9.605/98 e 14 da Lei n. 6.938/81, mas que o auto de infração foi lavrado em face de seu pai, que, à época, era o dono da propriedade.

3. A instância ordinária, contudo, entendeu que o caráter propter rem e solidário das obrigações ambientais seria suficiente para justificar que, mesmo a infração tendo sido cometida e lançada em face de seu pai, o ora recorrente arcasse com seu pagamento em execução fiscal.

4. Nas razões do especial, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 3º e 568, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC) e 3º, inc. IV, e 14 da Lei n. 6.938/81, ao argumento de que lhe falece legitimidade passiva na execução fiscal levada a cabo pelo Ibama a fim de ver quitada multa aplicada em razão de infração ambiental.

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência

invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual “[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

11. O art. 14, caput, também é claro: “[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]”.

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não

reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).

14. Mas fato é que o uso do vocábulo “transgressores” no caput do art. 14, comparado à utilização da palavra “poluidor” no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a

responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.

15. Recurso especial provido.<sup>88</sup>

Por outro lado, importante destacar que a pessoalidade das sanções administrativas não implica na impossibilidade da responsabilização da pessoa jurídica.

---

88 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.251.697 - PR(2011/0096983-6) da Segunda Turma. Recorrente: José Antônio Magarinos Bello. Recorrido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 12 abr. 2012.

O Direito Administrativo Sancionador possui, como já se disse em várias oportunidades, regime jurídico próprio e distinto do regime normalmente dispensado ao Direito Penal. Uma das grandes peculiaridades do regime sancionador administrativo, nos mais diversos sistemas do Direito comparado, é, justamente a histórica possibilidade de se responsabilizarem pessoas jurídicas nesse terreno.

É pacífico em doutrina, até mesmo na voz dos radicais defensores da ‘penalização’ do Direito Administrativo Sancionador, que a pessoa jurídica é passível de responsabilização nessa esfera, devendo a culpabilidade adaptar-se a essa realidade.

A pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo direito, não possui, naturalmente, vontade ou consciência, circunstância que afasta do alcance da culpabilidade, pessoalidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção, nos moldes tradicionais. Tais princípios resultam ligados a uma específica capacidade humana de obrar, tendo por pressupostos atributos exclusivamente humanos, na sua evolução histórica consolidada na dogmática tradicional. Somente o homem pode evitar comportamentos proibidos através da consciência e da vontade, somente ele pode receber censuras e reorientar subjetivamente seus comportamentos rumo ao ajuste com a lei. As pessoas jurídicas, por seu caráter fictício, atuam sob o domínio dos homens, em geral de uma pluralidade de vontades, sendo que, em si mesmas, não estão dotadas desses atributos humanos. Tão óbvia essa afirmação que, em realidade, dispensariam maiores comentários, embora seu substrato não se revele nada evidente.

[...]

O Direito Administrativo, muito mais próximo à realidade social e à necessidade de tutela do interesse público, depara com o concreto problema gerado por pessoas jurídicas que atuam ilicitamente em detrimento de importantes valores tutelados

e protegidos pela ordem jurídica e, não raro, pela Administração Pública, à qual os interesses gerais estão confiados pela sociedade. Na ótica do Direito Punitivo, nessa esfera, a atuação, essa objetiva capacidade de atuar das pessoas jurídicas, resulta da personalidade jurídica dessas entidades, que podem, portanto, manifestar uma vontade juridicamente relevante, embora fictícia, na vida de relações, sem que se identifiquem, muitas vezes, as pessoas físicas que realmente comandam e ditam essas decisões com pleno domínio dos fatos e dos seus desdobramentos. A pessoa jurídica, por essa realista perspectiva, atua ilícitamente, pratica fatos objetivamente proibidos pela ordem jurídica, mas não se ignora que, necessariamente, haverá uma vontade humana por trás do atuar da pessoa jurídica.<sup>89</sup>

Com efeito, o art. 3º da Lei nº 9.605/98 prevê 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.”<sup>90</sup>

Ainda, é possível aplicar a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica, quando esta obstaculizar o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente<sup>91</sup>.

No que diz respeito às penalidades aplicáveis, no âmbito administrativo ambiental, destaca-se que inexistente hierarquia ou ordem de preferência para a aplicação das sanções, ou seja, não há óbice à aplicação de multa, mesmo que o infrator não tenha sido advertido.<sup>92</sup>

---

89 OSÓRIO, 2011, p. 385-386.

90 BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: nov. 2016.

91 Art. 4º. Será possível a desconsideração da pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. (BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: nov. 2016).

92 De índole essencialmente pedagógica e preventiva, a advertência não era prevista no revogado art. 14 da Lei 6.938/81. Essa penalidade, conforme reza o §2º do art. 72

Oportuno mencionar, também, que as penalidades podem ser aplicadas de forma isolada, simultânea ou cumulativamente.

Neste sentido, colaciona-se decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. TRANSPORTE DE MATERIAIS SEM DISPOSITIVO DE PROTEÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. OCORRÊNCIA EFETIVA DE DANO AMBIENTAL. PRESCINDIBILIDADE. MULTA. DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO PRÉVIA DE ADVERTÊNCIA.

1. A materialidade e a autoria da infração estão suficientemente comprovadas pelo auto de infração e pelo relatório de constatação, já que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e legitimidade e o autor não produziu prova suficiente para afastar essa presunção.

2. A comprovação de danos efetivos ou potenciais não é pressuposto para configuração de infração administrativa ambiental. O mero descumprimento da legislação ambiental, ainda que ausente o dano,

---

da Lei 9.605/98, será aplicada pela inobservância da legislação ou dos regulamentos (p. ex. lançamento de efluentes fora dos padrões), sem prejuízo das demais sanções aplicáveis. O que ocorre, na prática, em geral, é que, no próprio auto de infração ambiental, a autoridade consigna, desde logo, prazo para que o infrator ajuste as suas atividades aos termos da legislação ambiental, sob pena de aplicação de sanções mais severas, como a multa, por exemplo. A interpretação literal desse dispositivo, sem considerar o disposto no art. 6º da Lei 9.605/98 tem levado ao equivocado entendimento de que, em toda e qualquer infração, a advertência deveria sempre preceder a aplicação das penalidades mais graves e, ainda, que jamais seria aplicada isoladamente. O bom senso repudia esse entendimento. O art. 6º da Lei 9.605/98 e o art. 6º do Decreto 6.514/08 deixam muito claro que a aplicação de qualquer penalidade há de considerar a gravidade do fato e os antecedentes do infrator. Por esse motivo, conforme as características do caso, nada impede que a autoridade aplique diretamente a multa ou outra sanção que entender cabível, independentemente da incidência de uma advertência anterior. Por sua própria natureza, a penalidade de advertência cabe nas 'infrações mais leves' ou cometidas por 'infratores primários', não tendo sentido aplica-la nos casos de infrações graves ou para punir infratores recalcitrantes. Já a sua imposição, juntamente com outra penalidade, tem sentido em duas hipóteses: (i) quando esta última tenha também caráter cautelar, como é o caso típico do embargo de obra, da apreensão de animais, entre outros; (ii) nos casos em que, além da imposição de sanção por dano verificado, como a multa, deva o infrator tomar medidas emergenciais para fazer cessar ou corrigir a irregularidade, o que não se confunde com a reparação do danos. (MILARÉ, 2004. p. 700-701).

constitui fato gerador da infração. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente (art 70 da Lei 9.605/98), independentemente da emergência de dano.

3. A advertência prévia não é requisito para a aplicação de qualquer penalidade de caráter ambiental, incluindo a multa, sendo, portanto, ato discricionário da Administração<sup>93</sup>.

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. MULTA. INOBSERVÂNCIA DE PRAZO PELA ADMINISTRAÇÃO. MERA IRREGULARIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. AGENTE AUTUADOR. POLÍCIA MILITAR. CONVÊNIO. INCOMPETÊNCIA DO AGENTE PARA FISCALIZAÇÃO ANTERIORMENTE À LEI 11.357/06. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADVERTÊNCIA ANTERIOR À APLICAÇÃO DA MULTA. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Embora o art. 71, II, da Lei nº 9.605/98 mencione o prazo de 30 dias para o julgamento do auto de infração, trata-se de mera irregularidade. Deve prevalecer o direito maior ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme art. 5º, LXXIII e 225 da Constituição Federal.

2. Em caso de infração à legislação ambiental, a eventual responsabilização da pessoa jurídica não afasta nem prejudica a imputação de responsabilidade independente ao sócio, que é quem efetivamente age com violação da lei.

3. A lavratura de auto de infração ambiental pela autoridade policial militar é possível, pois está amparada, na hipótese, no Convênio 76/01, celebrado entre o IBAMA e o Estado de Santa Catarina, por intermédio de sua Polícia Militar. Em

93 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5003969-43.2011.404.7100/RS da Quarta Turma. Apelante: Construtora Queiroz Galvão S/A. Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 17 de setembro de 2013.

razão disso, esse ato é válido mesmo se expedido antes da vigência da Lei nº 11.357/2006.

4. A advertência prévia não é requisito para a aplicação de qualquer penalidade de caráter ambiental, incluindo a multa, sendo, portanto, ato discricionário da administração.

5. Os honorários advocatícios de sucumbência devem ser fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, somente afastando-se desse critério quando tal valor for excessivo ou restar muito aquém daquilo que efetivamente deveria receber o advogado. Honorários advocatícios majorados para o percentual de 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado pela UFIR e, após a sua extinção, pelo IPCA-E, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

6. Sentença parcialmente reformada.<sup>94</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Administrativa Ambiental tem por fundamento o §3º, do art. 225, da Constituição Federal de 1988, o qual disciplinou que “[...] as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”<sup>95</sup>

A proteção ao meio ambiente, desde a década de 1980, vem ganhando destaque no cenário mundial, através da assinatura de Protocolo de Intenções e da realização de Convenções entre diversos países.

A rapidez da descoberta de novas tecnologias, de novas técnicas e a evolução do conhecimento e da ciência

---

94 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5000045-06.2011.404.7203/SC da Quarta Turma. Apelante: ILCEU LUIZ MACHADO. Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 23 de junho de 2013.

95 BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988\\_07.05.2015/art\\_225\\_.asp](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_225_.asp)>. Acesso em: nov. 2016.

diferencia o tratamento dado ao direito Ambiental, no aspecto da formalidade, em relação aos demais ramos do Direito. Os inúmeros decretos, que definem as condutas irregulares e determinam as penalidades, especialmente, quanto aos parâmetros mínimo e máximo de valores de multas, são exemplos dessa maior flexibilidade, na esfera administrativa ambiental.

Esta característica de generalidade dos dispositivos legais, inerentes ao direito administrativo ambiental, tem a finalidade de acompanhar a evolução do conhecimento em relação ao meio ambiente. Esta flexibilização, contudo, não permite que o tipo sancionador não contenha um grau mínimo de definição e previsibilidade da conduta reprovada, mas permite certa abstração, possibilitando a adequação das normas ambientais à realidade atual.

Portanto, a doutrina e a jurisprudência possuem papel fundamental para o Direito Administrativo Ambiental, no sentido de suprir as lacunas procedimentais e legais existentes no nosso ordenamento jurídico. De igual forma, são utilizadas as regras do Direito administrativo e, até mesmo, preceitos do Direito Penal.

Os princípios de Direito Ambiental, também, são grandes ferramentas para elucidar as dúvidas surgidas, quando da aplicação do Direito. A importância do bem protegido, o meio ambiente, dá escopo à utilização dos princípios para a sua proteção, conservação e recuperação.

A consciência da necessidade de preservação, conservação e reparação ambiental ainda tem de ser trabalhada não só com a sociedade, mas também com os agentes políticos. A importância da educação ambiental é indiscutível como ferramenta para a dispersão dos conhecimentos técnicos, objetivando a melhoria dos procedimentos industriais e empresariais, das atitudes dos membros da sociedade em relação ao meio ambiente, a fim de proporcionar, também, o avanço legislativo em matéria ambiental.

Atualmente, em âmbito nacional, a apuração da responsabilidade administrativa ambiental encontra seus pilares na Lei nº 9.605/98, que trata da Responsabilidade

Administrativa Ambiental, a partir do art. 70, e no seu decreto regulamentador, qual seja, o Decreto nº 6.514/08, o qual define as condutas irregulares e as sanções específicas.

É bem verdade que o Brasil possui um bom número de atos normativos que tratam das questões ambientais, todavia, a sua grande maioria traz diretrizes, preceitos, parâmetros, proibições, sem, contudo, abrigar em seu texto, as penalidades específicas, aplicáveis à violação dos dispositivos legais. Por exemplo, podemos citar a Lei nº 12.651/12 (conhecido como “Novo Código Florestal”) e as Resoluções do CONAMA. Esta técnica legislativa reforça, ainda mais, a necessidade de construção doutrinária e jurisprudencial, para tornar eficaz a proteção ambiental pretendida.

A construção da legislação ambiental capaz de gerar efeitos práticos na vida dos indivíduos é essencial para a manutenção da integridade do meio ambiente e, conseqüentemente, para tornar concreto os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, constitucionalmente previstos.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988\\_07.05.2015/art\\_225\\_.asp](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_225_.asp)>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm#art1)>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: nov. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.091.486 - RO (2008/0213060-6) da Primeira Turma. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis. Recorrido: GM Madeiras Ltda. Relatora: Denise Arruda. Brasília, 2 de abril de 2009.

\_\_\_\_\_. Recurso especial nº 1.251.697 - PR (2011/0096983-6) da Segunda Turma. Recorrente: José Antônio Magarinos Bello. Recorrido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 12 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Recurso especial nº 29.299-6/RS da Primeira Turma. Relator: Demócrito Reinaldo. [Brasília?]: 28 de setembro de 1994.

\_\_\_\_\_. Recurso especial nº 1.137.314 - MG (2009/0081174-5) da Segunda Turma. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Recorrido: Siderúrgica Valinho S/A. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 17 de novembro de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5027708-45.2011.404.7100/RS da Terceira Turma. Apelante: Juêlci Martins da Silveira. Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 25 de setembro 2013.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 5003969-43.2011.404.7100/RS da Quarta Turma.

Apelante: Construtora Queiroz Galvão S/A. Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 17 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 5000045-06.2011.404.7203/SC da Quarta Turma. Apelante: ILCEU LUIZ MACHADO. Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 23 de junho de 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Lemes. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glosário. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental à luz do "federalismo cooperativo ecológico" consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 55-11, jul./set. 2013.

# NECESSIDADE DE CONFIANÇA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

CONFIDENCE IN NEED JURISDICTION  
CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH OF  
EFFECTIVE

André Santos Chaves<sup>96</sup>

**Resumo:** A judicialização da política em saúde trouxe o debate, no seio do sistema jurídico, a respeito da efetivação do direito à saúde previsto na Constituição. Como fazer que uma decisão judicial seja compreendida como um direito e como um valor pelo sistema do direito e pelo sistema da política, respectivamente, será compreender que esta decisão judicial precisa ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal como organização centralizadora ou de centro do sistema do direito e esta compreensão será dada por meio do instituto da repercussão geral como mudança da estrutura do sistema do direito para garantir aquisição evolutiva do sistema jurídico.

**Palavras-chave:** Teoria dos Sistemas. Confiança. Tribunais. Saúde. Constituição.

**Abstract:** *The judicialization of health policy has brought the debate within the legal system concerning the realization*

---

96 Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Procurador do Município de Porto Alegre.

*of the right to health in the Constitution . How to make a judgment to be understood as a right and as a value for the right system and the political system , respectively , will understand that this judicial decision must be handed down by the Supreme Court as a centralized organization or legal system center and this understanding will be given through the institute of general repercussion as change of law system structure to ensure evolutionary acquisition of the legal system.*

**Keywords:** Systems Theory. Confidence. Courts. Health . Constitution.

## INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 foi um marco no tocante à saúde, uma vez que a sociedade brasileira, a partir de cinco de outubro daquele ano, optou por incluir como um direito de todos o direito à saúde. A inclusão deste direito evidenciou a existência de uma parcela significativa da população sem o gozo de “saúde”, entendida como o mais completo bem estar e também evidenciou a necessidade do sistema político, representado pelo Estado brasileiro, efetivar políticas públicas que pudessem efetivar o direito à saúde e os princípios contidos nos artigos 6º e 196, ambos da Constituição.

Todavia, a realidade da sociedade brasileira mostrou que a implementação de políticas públicas relativas à positivação dos novos direitos na Constituição esbarrava em questões orçamentárias, ou seja, havia a previsão legal, porém não eram efetivados ou operacionalizados pelo sistema da política sob a alegação de ausência de verba necessária para devida implementação.

Juntamente com a positivação do direito na Constituição, surgiu para o Poder Judiciário, quando acionado, necessidade de julgamento e prolação de

uma decisão com intuito de garantir ao jurisdicionado o gozo de seu direito à saúde. Por meio de organizações do Poder Judiciário, principalmente, a Defensoria Pública, assistiu-se a um aumento expressivo do número de ajuizamento de ações judiciais cobrando dos entes federados (União, Estados-membro, Municípios e o Distrito Federal) o cumprimento da Constituição e o cumprimento e efetivação do direito à saúde que pode ser traduzido na efetivação de políticas públicas, na compra de medicamentos, na exigência de intervenções cirúrgicas etc. Esse fenômeno foi denominado de judicialização da política ou judicialização da saúde e trouxe o debate acerca da possibilidade do Poder Judiciário efetivar o direito à saúde por meio de decisões judiciais que ordenassem o cumprimento de políticas públicas, exemplificativamente.

O que se assistiu inicialmente com o ajuizamento de ações contra o Poder Público exigindo o cumprimento do direito à saúde do jurisdicionado foi uma massiva quantidade de decisões proferidas pelos juízes (de primeiro grau) e tribunais (de apelação) com a consequente repercussão no sistema da política. Foram decisões judiciais ordenando que o Poder Executivo cumprisse uma política pública de vacinação, de fornecimento de medicamentos não previstos na listagem do SUS (RENAME), de intervenção cirúrgica para casos urgentes, de sequestro de verbas públicas para aquisição de fármacos, enfim foram decisões judiciais que tiveram a capacidade de interferir, de impor perigo ao sistema da política, tendo o sistema da política, em muitos casos, absorvido as decisões judiciais e transformando-as em risco.

Não obstante à garantia constitucional de livre acesso ao Poder Judiciário, o que se observou é que o expressivo número de ações judiciais cujo pedido era de cumprimento do direito à saúde, o sistema do direito não conseguia diminuir a complexidade do entorno, na medida que as decisões judiciais proferidas pelos juízes

(de primeiro grau) e pelos tribunais (de apelação) não eram passíveis de generalização e aplicação em casos semelhantes, o que acabou prejudicando a confiança e a racionalidade do sistema do direito.

Neste artigo, a intenção é analisar a evolução das estruturas do sistema do direito que permitiram o retorno da confiança (como categoria sistêmica), da racionalidade e da centralidade do Supremo Tribunal Federal no tocante à aplicação do direito à saúde.

Que estruturas foram alteradas ou criadas que permitiram que o sistema do direito absorvesse a complexidade do entorno e mantivesse a sua autopoiese de maneira que os códigos do sistema do direito e do sistema da política continuassem hígidos, ou seja, o sistema do direito evoluiu para continuar decidindo de maneira autopoietica (código direito/não-direito) e o sistema da política igualmente evoluiu e, mesmo irritado, absorveu o risco provocado pelo sistema do direito com o código que também lhe é próprio (governo/oposição), ou seja, as decisões judiciais continuaram a ser consideradas decisões jurídicas e as decisões políticas continuaram a ser consideradas decisões tomadas de maneira coletivamente vinculantes.

Para este estudo, a teoria sistêmica, de matriz luhmanniana, é apropriada para captar a complexidade do entorno, a mudança das estruturas do sistema do direito e a maneira como a autopoiese será mantida, uma vez que cada sistema manterá seu fechamento operativo e sua abertura cognitiva.

Para esta seara, optou-se por trabalhar a Constituição como um aquisição evolutiva (item 1), a inexistência ou a dificuldade, antes da Constituição de 1988, do sistema do direito em operacionalizar a positivação dos novos direitos sociais plasmados na Constituição (item 2), a criação do instituto da repercussão geral como fenômeno da auto-observação do sistema do direito (item 3), o instituto da repercussão geral como mudança estrutural do sistema do direito que devolveu o papel centrali-

zador ou central do Supremo Tribunal Federal (item 4) e, por fim, no item 5 a evolução do sistema do direito no tocante à efetivação do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal por meio do instituto da repercussão geral.

## 1 A CONSTITUIÇÃO COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA ENTRE OS SISTEMAS DO DIREITO E DA POLÍTICA

A atual complexidade da sociedade faz com que seja necessária a existência de sistemas sociais, ou subsistemas sociais, capazes de absorver a complexidade por meio de um código próprio (fechamento operativo). Não obstante os sistemas serem fechados operativamente, há necessidade de que se mantenham abertos (abertura cognitiva) por meio de estruturas que permitam que o “ruído do entorno” (complexidade) seja absorvido com o código próprio de cada sistema, estas estruturas são responsáveis por manter os sistemas sociais em constante deriva estrutural, nas palavras de Maturana e Varela<sup>97</sup>, ou seja, ligados, porém separados.

A Constituição é a estrutura que permite conectar e separar os sistemas do direito e da política, vez que é considerada uma aquisição evolutiva<sup>98</sup> da modernidade atual.

Basta imaginar que nem sempre foi assim. O julgamento dos conflitos envolvendo os súditos, durante a Idade Média e Moderna, era uma função do rei<sup>99</sup>, do so-

97 MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2011.

98 LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechthistorisches Journal*, [S.l.], v. IX, 1990.

99 A justiça, o Poder Judiciário, o Sistema do Direito, era, inicialmente, uma função do que hoje se denomina Poder Executivo. Foi a evolução da sociedade que criou a necessidade de distinção entre a função de julgar e a função de governar. (□Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-rogas as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro,

berano. As desavenças eram levadas ao rei, que então era encarregado de distribuir justiça julgando os casos de acordo com as normas e costumes da época. Ocorre que a quantidade de demandas, a quantidade de conflitos envolvendo os súditos foi crescendo ao longo dos anos, fazendo com que, nas vésperas da Revolução Francesa, já existisse, em diversos países, um corpo de funcionários encarregados de aplicar a justiça em nome do rei. Foi necessário, portanto, para poder-se distinguir o que seria uma decisão do rei em relação a questões envolvendo “governar” e decisão do rei envolvendo “julgar”, uma vez que ambas eram decisões proferidas pelo rei.

Os tribunais surgem, neste contexto, como uma diferenciação<sup>100</sup> necessária a ponto de garantir um procedimento diferente para se tomar decisões judiciais e um procedimento diferente para se tomar decisões não judiciais. A possibilidade de o derrotado poder questionar a decisão do funcionário do rei perante outra instância tem o condão de incluir, no âmbito do sistema do direito, o risco de tornar a decisão judicial contingente.

---

pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 201). Aliás, a noção de que o Poder Judiciário é uma função do Poder Executivo, no sentido de “executar” a lei criada pelo Poder Legislativo também se encontra em Locke quando afirma “Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura” para a qual apelar “com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; [...] E aqui deparamos com a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas até que pondo se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde os danos do exterior devem ser vingados; e em um e outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade. [...] juiz esse que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados. E, sempre que houver qualquer número de homens, associados embora, que não possuam tal poder decisivo para o qual apelar, estes ainda se encontrarão em estado de natureza”. (LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 249-250).

100 Todo sistema, como sistema parcial, tem que ser distinto internamente, tem que marcar uma unidade da diferença interna e externamente. Veja-se a seguinte passagem de Luhmann: “Tanto las reflexiones de la teoría de sistemas como las investigaciones empíricas sugieren la hipótesis de que el proceso de diferenciación de un sistema requiere del desarrollo simultáneo de una diferenciación interna.” (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Mexico: Herder, 2005. p. 359).

Essa evolução foi necessária para se conseguir visualizar uma distinção entre o sistema da política e o sistema do direito: a decisão política esgota-se numa decisão do soberano, numa decisão de quem possui poder e seguindo-se um procedimento legislativo, enquanto a decisão judicial esgota-se quando uma das partes conforma-se com a decisão judicial proferida pelo juiz ou quando suporta o fato de haver uma última instância de julgamento em determinado momento do processo. Criada, portanto, uma diferenciação interna no âmbito do sistema do direito: hierarquização por meio dos tribunais, sendo possível separar o sistema da política e o sistema do direito.

A ideia da separação dos poderes é suficiente para compreender que havia limites, na nascente sociedade industrial (pós revolução francesa) entre o sistema da política e o sistema do direito, não existindo uma estrutura capaz de conectá-los (acoplamento estrutural) e por isso o sucesso da ideia de Montesquieu, adequada a uma sociedade ainda pouco complexa.

Todavia, as mudanças sociais (aumento da complexidade) ocorridas com a industrialização da sociedade provocaram evolução nos sistemas do direito e da política, e a ideia de Constituição (constitucionalismo moderno) responde atualmente como a estrutura que permitiu que os sistemas (do direito e da política) possam novamente se unirem e manterem-se separados<sup>101</sup>, para que possam evoluir.

A ideia de Constituição e a positivação de novos direitos advinda da complexidade atual trouxe para o seio do sistema do direito a noção de saúde, positivada como direito à saúde e trouxe a noção de direito à saúde, positivada como saúde para o sistema da política, respectivamente, ou seja, a Constituição é responsável por fazer com que o sistema do direito suporte a positivação de valores e princípios e é responsável por fazer com que o sistema da política suporte a inclusão

---

101 LUHMANN, 1990.

de direitos nos valores e princípios. Ambos os sistemas operam no que Maturana e Varela<sup>102</sup> denominaram de ponto cego.

Existindo a estrutura que permite a “reconexação” entre os sistemas do direito e da política, necessário compreender as mudanças estruturais que ocorreram no sistema do direito para que esta complexidade possa operacionalizar-se no atual contexto social brasileiro.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE ESTRUTURAS OPERATIVAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No Brasil, a constitucionalização da saúde (como direito e como valor), quando da promulgação da Constituição de 1988, nos artigos 6º e 196, precipuamente, trouxe a tentativa de diminuição da complexidade por meio da noção, para o sistema do direito, de que a saúde agora era um direito de todos<sup>103</sup> e de que a saúde agora é uma política pública que deverá ser implementada para todos, ou seja, é um direito e é um valor ou princípio, simultaneamente, dependendo do ponto de vista que é observada a Constituição, ou melhor, dependendo de que sistema social a Constituição é observada.

A constitucionalização do direito à saúde trouxe como consequência, no âmbito do sistema do direito, a possibilidade de pessoas que até então eram ou estavam excluídas das políticas públicas governamentais a respeito da aquisição de medicamentos, intervenções cirúrgicas e outras necessidades vinculadas ao bem estar (saúde) pudessem exigir do Poder Judiciário uma decisão que lhes fosse favorável ou lhes garantissem o cumprimento do direito social positivado (direito à saúde) que se resume numa típica obrigação de fazer por parte dos gestores públicos.

102 MATURANA; VARELA, 2011.

103 LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 47.

O que antes da Constituição de 1988 era tratado como um valor ou princípio quando contido na Constituição e, portanto, não auto-aplicável, é visto atualmente como um direito social constitucionalizado e, portanto, passível de ser exigido do Estado, seja por meio do sistema da política (tomada de decisões coletivamente vinculantes) ou por meio do sistema do direito (decisão judicial), não sendo mais possível, conseqüentemente, alegar a tese ventilada em Montesquieu a respeito da rígida separação de poderes.

A experiência de países com situação política semelhantes a do Brasil, como Portugal e Espanha, fizeram com que no Brasil se construísse a ideia de que seria possível a efetivação e o cumprimento da Constituição, no tocante aos novos direitos positivados, sendo o direito à saúde um deles, por meio de decisões judiciais, por meio do que se convencionou denominar de jurisdição constitucional<sup>104</sup>. A despeito da nomenclatura e eventuais discussões teóricas a respeito do que seria “jurisdição constitucional” o certo é que se passou a acreditar que seria possível que o sistema do direito pudesse resolver, por meio da decisão de juízes, o cumprimento das “promessas” (direitos, valores e princípios) contidas na Constituição, dentre estas o direito à saúde.

Assistiu-se no Brasil o que se convencionou denominar de judicialização da saúde<sup>105</sup>, ou seja, a enorme gama de excluídos da prestação de serviços de saúde por parte do Estado brasileiro (sistema da política), dirigiu-se ao poder judiciário, por meio de ações patrocinadas pela Defensoria Pública, para exigir do Poder Executivo que lhes fossem garantidos fármacos, intervenções cirúrgicas e outras demandas ou serviços vinculadas à saúde (enquanto valor ou princípio) como forma de cumprimento do direito à saúde contido na Constituição de 1988.

Nesse momento, – explosão de demandas judiciais e decisões proferidas pelos juízes (de primeiro grau), em

---

104 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

105 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

relação ao cumprimento do direito à saúde (artigos 6º e 196, da Constituição) – convém observar o sistema do direito, ou melhor, auto-observar o sistema do direito no tocante à operacionalização do direito à saúde.

Esta observação poderá ser feita por meio da análise dos temas relativos ao instituto da repercussão geral. Os temas de números 234<sup>106</sup>, 289<sup>107</sup> e 542<sup>108</sup> são um recorte neste momento suficiente para compreensão a respeito da inexistência de estruturas normativas no período anterior à emenda constitucional número 45/2004 e o conseqüente prejuízo à autopoiese do sistema do direito.

As questões jurídicas envolvidas no tocante ao cumprimento do direito à saúde contido na Constituição, anterior ao surgimento do instituto da repercussão geral, contidas nos temas 234, 289 e 542 são questões ca-

---

106 **Tema 234:** RE-602324: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º, caput, XXXVI, LV, § 2º; 37, caput; 195, § 10º; 197; e 199, § 1º, da Constituição Federal, o direito, ou não, ao reajuste das tabelas dos serviços hospitalares e ambulatoriais prestados ao Sistema Único de Saúde “ SUS, em virtude das diferenças decorrentes da conversão monetária operada quando da implantação do Plano Real”. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Secretaria Judiciária. Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos. **Relatório Trimestral Sintético:** Resolução CNJ nº 160/2012: estoque de Processos Suspensos ou Sobrestados ao final do período-base aguardando julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), em processos de Repercussão Geral [planilha eletrônica]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/demandas-repetitivas/RepercussoGeraITJDFT.xls>>. Acesso em: nov. 2016).

107 **Tema 289:** RE-607582: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos.” (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Lista dos Processos Leading Case com Repercussão Geral Reconhecida e com Mérito Pendente de Julgamento** [planilha eletrônica]. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/merito\\_pendente.xls](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/merito_pendente.xls)>. Acesso em: nov. 2016).

108 **Tema 542:** RE-842844: “Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz do artigo 2º; do inciso XXX do art. 7º; do caput e dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, bem como da letra “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias “ ADCT, o direito, ou não, de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.” (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Secretaria Judiciária. Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos, 2016).

pazes de gerar uma procura dos excluídos por prestação jurisdicional no tocante à possibilidade de obtenção de um medicamento com custo elevado, ou de gerar um aumento expressivo no orçamento público em decorrência de sucessivos bloqueios judiciais nas contas públicas dos entes federados para compra de medicamentos ou para o reajuste da tabela de serviços do Sistema Único de Saúde (SUS), ou a possibilidade de extensão do benefício previdenciário de licença maternidade e aplicação da estabilidade provisória às gestantes contratadas temporariamente ou para cargos de confiança com o conseqüente impacto financeiro para administração bem como para organização administrativa do órgão de lotação da gestante.

A operacionalização deste direito era feita pelo juiz de primeiro grau, pelo juiz lotado na comarca onde a ação foi ajuizada. Percebe-se, ajuizada a ação, que há ao menos duas ou mais possibilidades de julgamento (contingência), a complexidade do entorno obrigará que o juiz tome uma decisão, faça uma escolha para que seja possível diminuir a complexidade do entorno causada pela (dupla) contingência.

Podia ocorrer que um juiz, fundamentando sua decisão por meio do código direito/não-direito (sistema do direito), entendesse que a tabela de preços e valores dos serviços do SUS tivesse que ser reajustada pelo índice denominado IPC, outro pelo IGP-m e um terceiro juiz pelo INPC. Poderia ocorrer, igualmente, que um juiz de um Estado-membro do Brasil tomasse uma decisão, no seio do julgamento da ação, no sentido de que gestantes contratadas pelo regime temporário ou pelo regime de confiança (cargo em comissão) não teriam direito à estabilidade prevista na Constituição e não teriam direito à licença-maternidade. Por outro lado, existe a possibilidade de juízes lotados nas mais diversas comarcas dos Estados-membros do Brasil decidirem de maneira favorável às gestantes no sentido de lhes garantir o gozo de licença-maternidade e a estabilidade provisória prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

As decisões tomadas pelos juízes, na sistemática anterior à emenda constitucional número 45/2004, era questionada por meio de recursos às instâncias superiores no tocante ao que se denominou chamar de controle difuso de constitucionalidade. Havia uma decisão prolatada pelo juiz (sentença), posteriormente, abria-se a possibilidade de recorrer a um tribunal que prolataria um acórdão e, depois dos tribunais de segundo grau, havia possibilidade de se recorrer ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF), ou, a ambos.

O fato que toda a decisão judicial aportava ao Supremo Tribunal Federal uma vez que inexistia qualquer tipo de “filtro” que permitisse que o STF previamente se manifestasse a respeito da possibilidade de admitir, ou não, o recurso extraordinário. A anterior sistemática permitia que o Supremo Tribunal Federal, mesmo já tendo decidido uma situação semelhante, fosse obrigado a decidir novamente sobre o mesmo assunto e assim sucessivamente, uma vez que o derrotado não encontrava limites na interposição de recursos no tocante à obrigatoriedade de conhecimento da matéria pelo STF.

A parte derrotada (em geral o Poder Público) tinha sempre a possibilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento (atualmente, agravo) e utilizando essa faculdade processual obrigava o STF a conhecer da matéria. O Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula, era obrigado a conhecer todos os recursos, era obrigado a se manifestar a respeito da constitucionalidade, ou não, da interpretação dada pelas outras organizações pertencentes ao Poder Judiciário, ou seja, o STF não conseguia fazer e observar a diferença da unidade, não conseguia, ser o órgão de cúpula (topo da pirâmide), ou, em termos sistêmicos, não conseguia ser a organização de centro ou central do sistema do direito.

A possibilidade de que fossem tomadas decisões, com base no código direito/não-direito e todas fundamentadas no direito à saúde, previsto nos artigos 6º e 196, ambos da Constituição, fazia com que a a auto-poiese do sistema do direito ficasse comprometida ou

prejudicada pelo fato de o sistema funcionar de maneira não racional e sem confiança.

Esse funcionamento não racional e sem confiança ocorria porque o sistema do direito não conseguia generalizar suas decisões (aplicação para futuras demandas semelhantes), isto porque a complexidade do entorno não era reduzida por meio de uma estrutura operacional capaz de retomar a confiança abalada do sistema do direito.

A ausência de confiança, como um conceito pertencente à teoria sistêmica, fez com que as decisões dos juízes não fossem consideradas aptas a ser generalizadas e aplicadas para demais ações com temas iguais ou semelhantes. Um sistema sem confiança é um sistema cuja autopeiose estará prejudicada, pois a possibilidade de existência de “uma decisão para cada caso” retira do sistema, além da confiança, a autorreferencialidade<sup>109</sup>, elemento necessário, igualmente, para que a autopeiose seja mantida.

### 3 INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL COMO ESTRUTURA OPERACIONAL QUE AUMENTA A CONFIANÇA DO SISTEMA DO DIREITO

A confiança é um conceito da teoria sistêmica que responde de maneira eficaz (diminuição da complexidade) quando do aumento da complexidade da atual sociedade, uma vez que permite agir como um critério de antecipação de uma futura decisão. A função do sistema do direito é estabilizar as expectativas normativas, por meio de decisões (jurídicas), ou seja, o sistema do direito decide num determinado sentido e se decide num determinado sentido é porque poderia ter decidido de maneira diferente, ou seja, a contingência<sup>110</sup> é um fator de risco. A confiança pode reconquistar a segu-

---

109 LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos. 1998, p. 395-396.

110 Convém lembrar que a base da teoria sistêmica diz respeito com a complexidade da atual sociedade. A complexidade gera necessidade de decisão, decisão é geradora de riscos e decidir é contingenciar, é escolher entre uma das possíveis possibilidades. (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 9).

rança jurídica que a dogmática tentou, porém não mais consegue atualmente.

Se o sistema do direito decide é importante saber que possível decisão o sistema tomará, ou seja, a confiança traduz-se na antecipação do futuro, na previsibilidade de uma possível decisão futura no presente. A mudança de paradigma é notada sob o ponto de vista da decisão judicial, se antes era importante se voltar para o passado como passado e como um modelo decisório<sup>111</sup> – dogmática jurídica – a modernidade não suporta este paradigma, uma vez que não é possível, com base no passado<sup>112</sup> diminuir a complexidade causada pelo risco da decisão contingente e, portanto, a confiança é um fator capaz de lidar de maneira mais eficaz com o futuro.

O futuro sempre comporta muito mais riscos que poderiam ser concretizadas no presente e a confiança ajuda a reduzir a complexidade na medida que induz a uma tomada de decisão no presente com base na confiança de que esta decisão repetir-se-á no futuro<sup>113</sup>. Em termos de mudança de paradigmas é sintomático imaginar que o direito, enquanto sistema, estrutura-se não mais no passado, porém no futuro.

A confiança tem como característica aumentar a generalização das experiências<sup>114</sup>, ou seja, estende a repetição da experiência a casos semelhantes, tendo como condão estabilizar a indiferença ante a variação. Para o sistema do direito, a confiança terá o condão de estabilizar as expectativas jurídicas com base em três características: deslocamento da problemática do ‘externo’

---

111 Todo o passado é complexidade reduzida e por este motivo pouca valia tem para o futuro, na medida que não é possível aumentar-se a complexidade com base no passado. Eis a seguinte passagem: “El pasado no tiene otras posibilidades; éste es siempre complejidad ya reducida.” (LUHMANN, 2005, p. 32).

112 Para teoria sistêmica, o passado é sempre complexidade reduzida. (LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Mexico: Herder, 2007, p. 698).

113 “Mostrar confianza es anticipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fuera cierto. Uno podría decir que a través de la confianza, el tiempo se invalida o al menos se invalidan las diferencias de tiempo. Esto es quizá la base para la enseñanza de la moral que aparte del antagonismo oculto para con el tiempo, recomienda una actitud de confianza como un camino hacia la atemporalidad a través de la independencia del paso del tiempo.” (LUHMANN, 2005, p. 15).

114 LUHMANN, 2005, p. 44.

para o 'interno', um processo de aprendizagem e uma resolução simbólica dos resultados do entorno<sup>115</sup>.

No caso do julgamento dos temas ligados ao direito à saúde, toda certeza externa advinda do perigo criado pelo sistema da política é substituída pela certeza interna do sistema do direito em relação a uma possível decisão que repetirá outra decisão já tomada anteriormente<sup>116</sup>. Toda complexidade externa, todo ruído é substituído pela certeza interna criada pelo próprio sistema. Esta certeza interna que a confiança tem o condão de gerar no sistema ajuda à racionalidade do mesmo, uma vez que ajuda a autoapoiese do sistema do direito, no caso. A troca da certeza externa pela certeza interna por meio da confiança é a maneira como o sistema absorve o ruído, as irritações do entorno, processando-as por meio do código binário<sup>117</sup>.

---

115 "Las decisiones acerca de la confianza generalizan experiencias, las extienden a otros casos similares y estabilizan la indiferencia ante la variación, en la medida en que rinden satisfactoriamente la prueba. Este proceso de generalización de expectativas posee tres aspectos que son importantes y dignos de una consideración mayor: indica el desplazamiento parcial de la problemática de lo <externo> a lo <interno>, un proceso de aprendizaje y una resolución simbólica de los resultados en el entorno." (LUHMANN, 2005, p. 44).

116 O Tema de número **793** (Recurso Extraordinário Constitucional e Administrativo. Direito à Saúde. Tratamento Médico. Responsabilidade Solidária dos Entes Federados. Reafirmação de Jurisprudência. Recurso Extraordinário Desprovido). O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. (Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde). Bem exemplifica a absorção do ruído, da irritação do sistema da política (perigo) pelo sistema do direito (risco). O sistema da política toma uma decisão coletivamente vinculante de não pagamento de um determinado tratamento médico com base na divisão interna de funções dos entes federados no tocante ao Sistema Único de Saúde. O sistema do direito processa o perigo (ruído) com o código direito/não-direito e decide que os entes federados são solidários no tocante ao pagamento de despesas relativas a tratamento médico, transformando doravante em risco "dano contingenciável" eventual expectativa das partes na obtenção de decisões judiciais que confirmem a decisão já tomada por meio do julgamento da repercussão geral relativa ao Tema 793. O risco é transferido ao sistema do direito que deverá se vincular às suas próprias decisões.

117 As expectativas cognitivas e as expectativas jurídicas precisam de confiança de que as decisões tomadas no presente serão tomadas no futuro, ou seja, precisam confiar que é possível contingenciar o futuro por meio de decisões no presente, tornando a certeza do entorno uma certeza do sistema. "El caso de la confianza, la reducción de la complejidad adopta formas especiales a causa de su naturaleza subjetiva. Tales formas pueden describirse como cambios en el nivel en que se absorbe, o se hace tolerable, la incertidumbre. El sistema sustituye la certeza externa por la certeza interna, y al hacerlo eleva la tolerancia de la incertidumbre en

Como processo de aprendizagem a confiança desempenha papel importante, pois é por meio da confiança que será possível aprender e apreender o comportamento que deve ser tomado para que uma decisão tenha reflexos no futuro. O processo de aprendizagem para o sistema do direito é um processo que se desenvolve lentamente em suas organizações e tem como característica o fato de poder passar confiança não somente numa determinada operação, mas quando da realização de novas operações o processo de aprendizagem tentará outorgar confiança a novas decisões<sup>118</sup>.

A confiança tem, como terceira característica, o condão de simbolizar o entorno, fixando o sentido de maneira a criar complexos simbólicos<sup>119</sup>. É uma relação frágil que tende a se desestruturar com uma mentira ou um questionamento a respeito da veracidade da informação. O sistema do direito trabalha muito com estes complexos de símbolos para gerar confiança e diminuir a complexidade. Alusões ao significado de interesse público da administração, ao significado de bom pai de família e outras expressões desta natureza<sup>120</sup> remetem a uma fixação simbólica do sentido e é necessário para que se possa decidir e diminuir a complexidade que se tenha confiança de que inexistam dúvidas a respeito da conduta da pessoa envolvida seja uma conduta de um bom pai de família ou que o administrador, ao decidir, visou o melhor para o interesse público da administração.

A confiança como uma das maneiras de se visualizar a evolução do sistema do direito mostra que a segu-

---

las relaciones externas. Debido a esto el problema de como reducir la complejidad, relativo a su presencia en el entorno, es cambiado para ser parte de los problemas secundarios de esta certeza interna." (LUHMANN, 2005, p. 45).

118 LUHMANN, 2005, p. 47.

119 "Las personas y las disposiciones sociales en las que uno pone la confianza, se convierten en complejos de símbolos que son especialmente sensibles al disturbio y que por decirlo así, registran cada suceso en términos del problema de la confianza." (LUHMANN, 2005, p.48)

120 Para Viehweg, seria o resgate da tópica aristotélica, abandonada na aurora do Iluminismo e resgatada atualmente. (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 21-46). No mesmo sentido, Sousa Santos ao trabalhar com a retórica da decisão judicial. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 17-29).

rança jurídica atualmente não poderá ser buscada com base no passado e, portanto, a dogmática jurídica perde muito de sua importância. Em se tratando de decisões envolvendo direito à saúde é importante observar que a confiança será necessária a fim de se conseguir repetir decisões jurídicas no presente com intuito de estabilizar o futuro. Se o paradigma anterior fazia com que o passado se insinuasse no futuro, o paradigma atual faz com que o futuro se insinue no presente.

Outra importante contribuição da retomada de estruturas aptas a operacionalização da confiança no sistema do direito é o resgate do papel do Supremo Tribunal Federal em relação à organização do sistema do direito. Luhmann propõe que se trabalhe com a noção de centro e periferia ao invés da noção hierárquica advinda da tradição. Para Luhmann, a hierarquia é uma das maneiras que as organizações se distribuem, porém, atualmente, deve-se observar que a dicotomia centro/periferia consegue responder pela diminuição da complexidade de maneira sistêmica.

## **4 INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL COMO RESGATE DA CENTRALIDADE NO SISTEMA DO DIREITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalhar com a noção centro/periferia<sup>121</sup> contida na teoria sistêmica é admitir que a complexidade oriunda da atual contingência poderá ser reduzida por meio de organizações que exerçam o papel central no sistema, no caso do sistema do direito, o Supremo Tribunal Federal seria a organização central e todas as demais organizações terão que se vincular ao tribunal para que a autopoiese do sistema do direito seja mantida.

A centralidade é resgatada porque na sistemática anterior à mudança legislativa relativa ao instituto da repercussão geral (Emenda Constitucional número 45/2004) os juízes (de primeiro grau) poderiam julgar as

---

121 Os tribunais, no caso as cortes constitucionais ou os tribunais que ocupam esta função, são considerados centro do sistema do direito (LUHMANN, 2005b, p. 359-399.)

demandas com base no texto constitucional sem qualquer tipo de vinculação com alguma decisão anterior proferida pelo Supremo Tribunal Federal, poderiam, inclusive, julgar de maneira que sequer precisariam observar as decisões anteriores tomadas por outros juízes.

Igualmente, os tribunais de segundo grau poderiam julgar as demandas com base no direito à saúde sem que haja a estrita necessidade de se vincularem as decisões já tomadas pelo tribunal em casos semelhantes, ou seja, tanto as decisões proferidas pelos juízes (sentenças) como as decisões proferidas pelos tribunais de segundo grau (acórdãos) não eram passíveis de generalização, não geravam confiança e ainda abordavam questões relativas a valores ou princípios, vez que decidiam apenas com base no texto constitucional positivado.

Segundo a teoria sistêmica, há necessidade de existência de um órgão (enquanto organização) central ou centralizador capaz de dissipar ou capaz de trabalhar e omitir os paradoxos existentes entre os sistemas quando estão acoplados estruturalmente.

Existindo na Constituição, conforme já trabalhado no início deste trabalho, posituação de direitos e posituação de valores e princípios, forçoso concluir que se abre, paradoxalmente, para o sistema do direito a possibilidade de se trabalhar com valores e princípios e para o sistema da política com direitos, todavia ambos os sistemas não podem compreender que estão trabalhando com códigos diversos, pois haveria o risco de comprometer a autopoiese destes mesmos sistemas.

Como resolver esta equação no âmbito da teoria sistêmica: organização central ou centralizadora capaz de operar no ponto cego, no paradoxo, sem contudo causar estranhamento. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula, o órgão de centro e o órgão (entendido como organização) capaz de operar com os direitos e valores positivados na Constituição sem, contudo, causar estranhamento para o sistema da política e para o sistema do direito.

De nada adiantava a existência da menção na Constituição de 1988 ao STF como órgão de cúpula, como órgão centralizador (organização, para teoria sistêmica) se não havia estrutura que permitisse que o STF exercesse esse poder. Atualmente, o instituto da repercussão geral permite que o Supremo Tribunal Federal se autorreferencie, se auto-observe e decida a respeito de processos ligados à aplicação do direito à saúde, como os temas já elencados (Temas 234, 289 e 542) e esta decisão além de ser obrigatória para os membros da própria organização, será obrigatória para as demais organizações do Poder Judiciário. Acaso haja descumprimento por parte das organizações periféricas, há estruturas que garantem a operacionalização das decisões do STF, impondo sempre uma garantia de que o futuro está sempre se insinuando no presente.

O instituto da repercussão geral permite que o Supremo Tribunal Federal possa selecionar, previamente, que processos irá julgar, que processos são dignos de ser julgados pela corte. Agora é possível que o STF selecione uma causa dentre tantas que estão tramitando no seio do Poder Judiciário e, com base numa decisão, evitam-se que diversas outras ações idênticas ou semelhantes sejam rejuizadas pelo Supremo Tribunal Federal. A resposta não deixa de ser interessante e deve ser analisada como uma evolução do sistema do direito para que não ocorresse a perda da racionalidade e para que não tivesse – o sistema do direito - a todo momento repetir (por meio do controle difuso quando do julgamento pelo STF de recurso extraordinário) as mesmas decisões já tomadas anteriormente, o que faria com que o sistema do direito tivesse a confiança<sup>122</sup> abalada. Confiança reconquistada pelo sistema do direito ao se auto-observar, vez que as diversas decisões judiciais no tocante ao direito à saúde e as possibilidades de mudança das decisões pelos tribunais locais contribuíam apenas para que pudesse ocorrer frustração no tocan-

122 Já foi abordado a respeito da necessidade de um sistema ser e ter confiança. Não é possível que para cada decisão já tomada sobre os mesmos assuntos o sistema do direito tenha que se repetir de maneira exaustiva e até mesmo abundante. A repetição, a tautologia é uma característica dos sistemas sociais, porém ela não pode ser exagerada, sob pena de perda de confiança e racionalidade. (LUHMANN, Niklas. **Confiança**. Barcelona: Anthropolos, 2005).

te à estabilização das expectativas jurídicas. Em sendo o Supremo Tribunal Federal organização considerada central do sistema do direito, nada mais natural que fosse encarregada desta estabilização das decisões, propiciando ao sistema do direito que possa autorreferenciar-se por meio de suas próprias decisões.

A generalização na aplicação da mesma decisão em casos idênticos ou muito assemelhados resgata a confiança e devolve o papel centralizador do Supremo Tribunal Federal, papel este que lhe possibilita efetivar o direito à saúde.

## 5 EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Se a Constituição é a solução artificial que permite que o direito observe o sistema da política e a política observe o sistema do direito e faça com que as decisões jurídicas possam remeter-se a questões políticas e, mesmo assim, continuarem jurídicas e vice-versa, é importante observar como esta operação acontece, como este paradoxo ocorre e como o sistema (do direito e da política) não consegue visualizar o acoplamento estrutural - ponto cego - entre os sistemas.

Este ponto cego, este acoplamento estrutural responde por Constituição, operacionalizando-se por meio de conceitos indeterminados<sup>123</sup>. Observados os Temas de número 262<sup>124</sup> (discute-se a legitimação do Ministério Público em ajuizar ação civil pública para compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia), 289<sup>125</sup>

123 Embora exista vasta literatura a respeito, as definições e conceitos são retirados do pensamento de English (ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004).

124 **Tema 262**: RE-605533: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz artigos 2º; 127; 129, II e III; 196; e 197, da Constituição Federal, a legitimidade, ou não, do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que visa compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia”. (**Direito Processual Civil e do Trabalho**). (BRASIL. **Lista dos Processos Leading Case que Tiveram Andamento de Repercussão Geral Reconhecida** [planilha eletrônica]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/temasrg.xls>>. Acesso em: nov. 2016.)

125 **Tema 289**: RE-607582: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos

(discute-se a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos) e 312<sup>126</sup> (discute-se a possibilidade de o Poder Judiciário realizar interpretação extensiva no tocante aos critérios de concessão de benefício assistencial), do instituto da repercussão geral<sup>127</sup>, percebe-se que a própria Constituição permite que o juiz tome decisões cujos fundamentos reportem-se a códigos de outros sistemas e, mesmo assim, a decisão continua sendo entendida pelo sistema do direito como uma decisão jurídica. Os conceitos indeterminados possuem valores e princípios obrigando o administrador a fornecer saúde por meio de políticas e gastos públicos para aquisição de medicamentos é que permitem que os juízes façam ilações, façam referências alopoiéticas, façam referências a princípios e valores e mesmo assim as decisões continuem sendo consideradas como jurídicas, uma vez que estão baseadas na Constituição, as decisões são fundamentadas nos artigos da Constituição.

Por outro lado, os mesmos conceitos indeterminados existentes na Constituição no sentido de fornecer saúde, de realizar políticas sociais e econômicas que visem a diminuição de doenças é o que permite ao Administrador, na pessoa do Presidente da República, do Governador de Estado, do Prefeito ou de algum Ministro ou Secretário tomar decisões de realizar uma vacinação em massa em relação a algum tipo de doença ou um vasto programa de medicação para pessoas soropositivas e estas ações serão consideradas decisões políticas, mesmo que a referência seja à Constituição e aos conceitos indeterminados.

---

100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. □ (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**). (BRASIL, 2016b).

126 **Tema 312:** RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93". (**Direito Previdenciário**). (BRASIL, 2016c.)

127 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45/2004, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: nov. 2016.

É nesse espírito que se deve compreender a função do Supremo Tribunal Federal, como organização central do sistema do direito: efetivação do direito à saúde.

A efetivação do direito à saúde ocorrerá quando do julgamento dos temas vinculados à operacionalização do referido direito à saúde, isto porque a decisão do STF terá o condão de participar de dois sistemas jurídicos simultaneamente. Para o sistema do direito, para as organizações periféricas (juízes, tribunais de segundo grau, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, Defensoria Pública entre outras) a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos temas apontados neste artigo serão decisões jurídicas, mesmo que os fundamentos da decisão reportem-se a valores ou princípios. Para o sistema da política, a decisão tomada pelo STF em relação aos mesmos temas será considerada uma decisão coletivamente vinculante e fará com que o sistema da política absorva esse risco por meio do código (fechamento operativo) que lhe é peculiar: governo/oposição.

Percebe-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal participam ou têm a possibilidade de participar de dois sistemas simultaneamente sem, contudo, causar estranhamento, isto porque cada um dos sistemas absorve as decisões do STF de maneira a manter hígida a autopoiese do sistema do direito (decisão jurídica tomada com base no código direito/não-direito) e do sistema da política (decisão política tomada com base no código governo/oposição) e ambos os sistemas continuam operando de maneira independente, embora acoplados estruturalmente pela Constituição.

Atualmente, esta é a mudança estrutural que ocorreu no sistema do direito para que se pudesse efetivar o direito à saúde.

## **CONCLUSÃO**

A teoria sistêmica, de matriz luhmaniana, permitiu a observação da complexidade da atual sociedade e como esta complexidade foi absorvida pelo sistema do direito por meio de mudanças em sua estrutura.

A positivação do direito à saúde na Constituição de 1988 trouxe como consequência a necessidade do sistema da política tomar decisões coletivamente vinculantes que pudessem ofertar esse serviço público à totalidade da população e fez com que o sistema do direito necessariamente tivesse de decidir, quando acionado por meio de ação, pela aplicação do referido direito à saúde ao jurisdicionado.

Ocorre que em países como o Brasil, de baixa operacionalidade do sistema da política (política simbólica), o Poder Executivo que deveria investir no cumprimento da Constituição no tocante à oferta de serviços públicos vinculados à saúde a toda população, omitiu-se, fazendo com que o fenômeno conhecido como judicialização da política ou judicialização da saúde se tornasse uma das formas de também efetivar o direito à saúde.

A crença de que o Poder Judiciário poderia “fazer política” por meio de decisões judiciais não se evidenciou ao longo dos anos posteriores à promulgação da Constituição de 1988. O que se viu foi o sistema do direito alterando suas estruturas para que pudesse manter sua autopoiese e, assim, evoluir.

A possibilidade dada aos juízes de primeiro grau e aos tribunais de apelação de proferirem decisões judiciais com fundamento no direito à saúde contido na Constituição (artigos 6º e 196, precipuamente) mostrou que o sistema do direito, inicialmente, não conseguiu absorver a complexidade do entorno que lhe garantisse a higidez de sua autopoiese. Essa complexidade não era absorvida porque as decisões judiciais não eram passíveis de generalização porque elas – decisões judiciais – não continham, sob o enfoque sistêmico, confiança.

O sistema do direito não conseguiu (e não conseguia) emprestar confiança as suas decisões e não emprestando confiança nas decisões tomadas pelos juízes e tribunais, era um sistema cuja racionalidade estava comprometida, na medida que cada ação ajuizada por um cidadão poderia gerar uma decisão diferente quando se tratasse a respeito de fornecimento de algum fármaco, por exemplo. O sistema do direito não conseguia contingenciar o futuro, não conseguia diminuir o risco de

decisões conflitantes ou divergentes porque a estrutura existente não emprestava confiança às decisões judiciais dos juízes e tribunais.

Foi necessário que o sistema do direito se auto-observasse para que pudesse criar estruturas – mudança – capaz de absorver a complexidade do entorno, capaz de reduzi-la num primeiro momento e capaz de dotar confiança de que seria possível decidir da mesma maneira em casos semelhantes.

O instituto da repercussão geral no atual momento histórico de “judicialização da política” ou “judicialização da saúde” foi a mudança estrutural que permitiu a evolução do sistema do direito no tocante à operacionalização da Constituição como aquisição evolutiva. O instituto da repercussão geral garantiu que o sistema do direito operacionalizasse o Supremo Tribunal Federal como organização centralizadora, permitiu que o fechamento operativo e a abertura cognitiva proporcionada pela Constituição se revelasse e se apagasse, mantendo o paradoxo do sistema do direito suportar decisões proferidas pelo STF contendo valores e princípios e estas decisões sirvam de referência (generalização) a todas as demais organizações (periféricas) do sistema do direito para que possam gerar a necessária confiança na jurisdição constitucional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45/2004, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Lista dos Processos Leading Case com Repercussão Geral Reconhecida e com Mérito Pendente de Julgamento** [planilha eletrônica]. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/merito\\_pendente.xls](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/merito_pendente.xls)>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. **Lista dos Processos Leading Case que Tiveram Andamento de Repercussão Geral Reconhecida** [planilha eletrônica]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/temasrg.xls>>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Secretaria Judiciária. Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos. **Relatório Trimestral Sintético**: Resolução CNJ nº 160/2012: estoque de Processos Suspensos ou Sobrestados ao final do período-base aguardando julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), em processos de Repercussão Geral [planilha eletrônica]. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/demandas-repetitivas/RepercussoGeralTJDFT.xls>>. Acesso em: nov. 2016.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. Mexico: Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. **La Sociedad de la Sociedad**. Mexico: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sistemas Sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

\_\_\_\_\_. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, **Rechtshistorisches Journal**, [S.l.], v. IX, 1990.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A Árvore do Conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 17-29

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Fabris, 2008.

# O JULGAMENTO DE EICHMANN EM JERUSALÉM: UM RELATO SOBRE A BANALIDADE DO MAL E SOBRE A URGÊNCIA EM SE RECONHECER A EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA DOS DIREITOS HUMANOS COMO CONDIÇÃO AO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

THE EICHMANN TRIAL IN JERUSALEM: A REPORT  
ON THE BANALITY OF BADNESS AND THE URGENT  
NEED TO RECOGNIZE THE HORIZONTAL DIRECT  
EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS AS A CONDITION  
FOR THE EXERCISE OF DEMOCRACY

Cláudio Hiran Alves Duarte<sup>128</sup>

**Resumo:** O artigo tem o objetivo de examinar o que Hannah Arendt chama de banalidade do mal e suas implicações para o regime democrático. Apoiar-se em pesquisa doutrinária e utiliza o método dialético para testar a hipótese de a eficácia direta dos direitos humanos ser uma forma de libertar o dissenso necessário à construção do ser humano democrático. Termina confirmando essa hipótese sob a forma de esperança.

---

128 Procurador do Município de Porto Alegre, RS, especialista em Direito Internacional pela UFRGS e em Direito Tributário pela PUC/RS.

**Palavras-chave:** democracia; direitos; humanos; eficácia; horizontal.

**Abstract:** *The article aims to examine what Hannah Arendt called banality of evil and its implications for democratic rule. Based on doctrinal research and uses the dialectical method to test the hypothesis of direct effectiveness of human rights being a way to release the dissent is necessary for the construction of the democratic human being. It ends confirming that hypothesis in the form of hope.*

**Keywords:** *democracy; rights; humans; effectiveness; horizontal.*

## INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é investigar as implicações entre a banalidade do mal, apresentada por Hannah Arendt em seus últimos estudos, e o regime democrático.

A construção do problema parte da seguinte interrogação: há democracia onde não se pode discordar? Evidentemente não. A resposta surge facilmente e é aceita sem dificuldades quando a pergunta é feita assim, mas quando a mesma pergunta é formulada com outros termos, as dificuldades começam a aparecer: haveria democracia sem a possibilidade de dissenso? E havendo a possibilidade de a democracia coexistir com a exclusão do dissenso, como ela poderia ser exercida? Qual seria a sua forma? E, talvez a mais importante das perguntas: quais seriam as condições necessárias à existência e ao desenvolvimento do ser humano democrático?

Essas “dúvidas que surgem na mente” tecem o problema geral que se multiplica em problemas específicos: a) existe a interdição do dissenso, quando, onde, de que maneiras e com quais justificativas? b) Caso ela exista, a eficácia horizontal direta dos direitos humanos surgiria como um requisito, uma condição imprescindível ao exercício da democracia na sociedade de auste-

ridade, sob o risco de se substituí-la pelo simulacro que esconde a interdição?

O método de abordagem é o dialético. Como se sabe, a palavra “dialética” é de origem grega e se compõe do prefixo dia, que indica intercâmbio, e do verbo legein ou do substantivo logos, o que significa que ela tem a mesma origem que a palavra “diálogo” (KONDER, 1988, p. 1).

Não pretendo encontrar a essência da democracia, nem acredito que tal coisa exista, mas identificar as condições para a existência do ser humano democrático, tema que se desenvolve na primeira parte, e, a partir do diálogo com ele, saber como ele participa da partilha do sensível<sup>129</sup>, tema da segunda parte onde o estudo se concentra nos direitos humanos e na importância de sua eficácia horizontal, acentuada pela crise do Estado Democrático e Social de Direito.

A crescente assimetria entre o cálculo econômico (potencializado com o uso da estatística e do cálculo atuarial) e o cálculo democrático (que conta os que não podem contar) vem interditando o dissenso e, assim, resumindo a política ao Direito.

O que justifica o artigo é a urgência em estudar a relevância da democracia e dos direitos humanos no momento em que o discurso do possível (ou o que alguns chamam de “pós-política”<sup>130</sup>) sequestra e resume a realidade ao que é mera necessidade, apresentando-a como uma verdade indiscutível e com urgência em ser atendida. Os sintomas disso são evidentes e se apresentam no cotidiano como paradoxo e como tragédia.

---

129 Jacques Rancière denomina “[...] partilha do sensível o sistema de evidências sensíveis que revela, ao mesmo tempo, a existência de um *comum* e dos recortes que nele definem lugares e partes respectivas. Uma partilha do sensível fixa, portanto, ao mesmo tempo, um *comum* partilhado e partes exclusivas.” (RANCIÈRE, 2005, p. 15).

130 Cfe. Slavoj Žižek (2016, p.220) a “pós-política” pode ser apresentada ironicamente com um antigo lema de ninguém menos que Deng Xiaoping, que data de 1960: “Não importa se o gato é vermelho ou branco; o que interessa é que ele cace os ratos.”. Com esse mesmo espírito os defensores das boas ideias sustentam que elas devem ser aplicadas sem que se pergunte de onde partem. Mas o que são essas “boas ideias”? A resposta é óbvia: são as que funcionam. E quais são as ideias que funcionam numa sociedade com economia de mercado? A resposta também é óbvia: só funcionam as ideias que estão de acordo com o regime (nada democrático) de mercado. Assim o círculo se fecha e expulsa o dissenso saltando para a pós-política.

Como paradoxo: no momento em que mais se percebe que a economia de mercado domina e controla a política, mais forte aparece o discurso que afirma a “necessidade” de haver superávit primário para criar um cenário de confiança capaz de acalmar o mercado. E como a tragédia: dos imigrantes, dos desempregados, dos jovens sem escola, dos sem-teto, dos doentes à espera de tratamento, das vítimas de violência, da crise ambiental...

Quais as causas disso? Como enxergá-las, debatê-las e deliberar sobre elas?

São questões complexas que justificam qualquer esforço para estudá-las, examinadas de maneira muito limitada e breve, devido às limitações de quem escreve, no decorrer do estudo como mera aproximação ou início de algo que precisa ser aprofundado.

## **1 O SER HUMANO DEMOCRÁTICO EM HANNAH ARENDT E EM KARL MARX**

Hannah Arendt e Marx são pensadores muito distintos e que partem de premissas diversas. Estão longe um do outro. São conhecidas as críticas de Arendt a Marx, em especial as feitas em sua obra “A Condição Humana”. Distintos e densos, com uma profundidade capaz de apresentar e tornar visíveis problemas incontornáveis e, por consequência, aproximar o que eles enxergaram. É dessa aproximação, respeitando a distância e as diferenças que há entre eles, que passo a tratar.

Início pelo contrário do ser democrático, com dois antidemocráticos: o nazista Karl Adolf Eichmann, julgado em Jerusalém em 1961, e o personagem Joseph K., de Franz Kafka em “O Processo”, obra escrita entre 1914 e 1915. O que eles teriam em comum? Ambos habitavam o mundo que a leitura de Kafka feita por Günther Anders demonstra ser regido por um imperativo categórico monstruoso: “[...] cumpra com precisão os deveres que não conhece!” (ARANTES, 2014, p. 395). Um imperativo claro: não pense, obedeça, renuncie à sua humanidade.

Eichmann obedecia ao Führer, “a lei na Terra”, como ele sustentava em sua defesa; Joseph K. obedecia já naquela época ao capital financeiro, resumindo a sua vida ao trabalho em um banco, único lugar em que se sentia seguro até ser tocado pela realidade não pensada por ele. Ambos acreditavam que a obediência os manteria de mãos limpas atrás de suas escrivatinhas e que seus distintos trabalhos não interagiriam socialmente. Hannah Arendt afirma que Eichmann renunciava ao pensar para seguir o que conhecia “[...] os mandos do Imperativo Categórico do Terceiro Reich: ‘Aja de tal modo que o Führer, se souber de sua atitude, a aprove.’”. (ARENDR, 2000, p. 154).

Para muitos pode parecer destituído de sentido comparar Eichmann com Joseph K., personagem que nasce da imaginação de Franz Kafka e vive no pesadelo da racionalidade absurda em que o mundo se encontrava nos anos 1914 e 1915. Não haveria a menor possibilidade de comparar um criminoso, acusado e condenado por genocídio, com uma suposta vítima condenada e executada sem sequer conhecer a acusação que lhe fora feita. Mas não nos apressemos com as diferenças fáceis. O interesse aqui é verificar a existência de situações que interditem o dissenso, que afastem a possibilidade de alguém se sentir incomodado, entrar em conflito e manifestá-lo, o que remete à busca pela presença de uma semelhança muito mais fácil de ser constatada entre Eichmann e Joseph K. e que é inerente a toda humanidade: a faculdade de pensar, a capacidade que Bertolt Brecht apresenta de forma potente e bela no poema “Reflexões a um General”:

O vosso tanque General  
 É um carro forte:147  
 Derruba uma floresta e esmaga cem homens,  
 Mas tem um defeito:  
 -Precisa de um motorista

O vosso bombardeiro General  
 É poderoso:  
 Voa mais depressa que a tempestade

E transporta mais carga que um elefante,  
Mas tem um defeito:  
-Precisa de um piloto

O homem, meu General, é muito útil:  
Sabe voar e sabe matar,  
Mas tem um defeito;  
-Sabe pensar!

A renúncia, forçada ou consentida, à faculdade de “pensar” produz uma interdição do “dissenso” e, por omissão, a adesão ao que é hegemônico em determinado momento. É essa renúncia, também existente em Joseph K, que Hannah Arendt identifica em Eichmann e por isso lhe julga culpado (ARENDDT, 2000, epílogo):

Você [...] afirmou nunca ter agido por motivos baixos, que nunca teve inclinação para matar ninguém, que nunca odiou os judeus, que, no entanto, não podia ter agido de outra forma ... que qualquer pessoa podia ter tomado o seu lugar [...] O que você quis dizer foi que onde todos [...] são culpados, ninguém é culpado. Essa é uma conclusão bastante comum, mas que não estamos dispostos a aceitar [...] Pois política não é um jardim da infância, em política, obediência e apoio são a mesma coisa.

É inquestionável que no âmbito penal a obediência é causa de exclusão de ilicitude quando se constata a impossibilidade de conduta diversa (a impossibilidade de desobedecer). Não se pode exigir que o soldado que dirigia um tanque nazista apontasse o canhão para o nariz do Führer, mas se poderia esperar dele que, uma vez confrontado com uma ordem para realizar um massacre, ao menos, pensasse em sabotá-lo. Algo semelhante se esperava de Eichmann. Infelizmente ele se negou a pensar e a agir de maneira semelhante aos que de alguma forma e em diversos níveis de intensidade resistiram ao regime porque se perguntaram se poderiam

continuar vivendo caso colaborassem com ele (pensaram e julgaram não poder).

Eichmann colaborou com o regime e o fez com entusiasmo. As análises que Hannah Arendt fez de suas declarações ao tribunal de Jerusalém revelaram ao mundo do pós-guerra algo assustador: um homem pouco belicoso, obediente funcionário público, pôde praticar atrocidades inconcebíveis, respaldado pela consciência tranquila de quem cumpre seu dever a serviço de um pretenso projeto maior (KEHL, 2002, p. 90), e, após condenado, pôde caminhar de maneira serena para a morte, que ocorreu na noite de 31 de maio de 1962, pedir uma taça de vinho e calmamente pronunciar cheio de orgulho as suas últimas palavras (PEREIRA, [201-]:

Longa vida à Alemanha. Longa vida à Áustria. Longa vida à Argentina. Esses são os três países com os quais tive laços mais próximos. Eu não os esquecerei. Cumprimento minha mulher, filhos e amigos. Foi exigido de mim obedecer às leis da guerra e da minha bandeira. Eu estou preparado.

Genocida orgulhoso de ter cumprido seus deveres com o genocídio que jurava desconhecer, Eichmann não obedecia simplesmente “às leis da guerra”, ele foi o responsável pela logística de transporte de judeus para a “Solução Final”, nome dado à decisão de massacrar milhões de judeus em campos de concentração, tomada na Conferência de Wannsee pelos maiores líderes nazistas. A conferência ocorreu em janeiro de 1941 e nos conta ARENDT (2000, p.129) que:

A discussão voltou-se primeiro para as ‘complicações legais’, como o tratamento a ser dispensado aos que eram meio ou um quarto judeus: eles deveriam ser mortos ou apenas esterilizados? Em seguida, houve uma discussão franca sobre os ‘vários tipos de solução possível para o problema’, o que queria dizer os vários métodos de matar, e aqui também houve

mais do que 'alegre concordância dos participantes'; a Solução Final foi recebida com 'extraordinário entusiasmo' por todos os presentes [...].

Debateram-se apenas as questões administrativas que podiam causar algum dissenso sobre como (jamais sobre o sentido de) cumprir um dever imposto pela realidade limitada à necessidade de se encontrar uma "solução possível" (uma "ideia que funcione", como virá a ser dito na pós-política). O "possível" sugere o método de análise da realidade que mais tarde veio a ser conhecido como realismo cínico e que tem como referencial teórico o texto de Friedrich Hayek de 1944, "O Caminho da Servidão", apresentado seis anos mais tarde noutra conferência, a que criou a Sociedade de Mont Pèlerin na Suíça, em 1947. Essa conferência, evidentemente, não teve como tema o nazismo, mas nela se estabeleceram as bases do discurso que atacará o Estado de Bem-Estar e agora, na pós-política, o qualifica como "uma ideia que não funciona" e, portanto, que não deve ser cogitada, pensada. Esse discurso tem consequências devastadoras para a maioria economicamente pobre porque ele interdita o dissenso que permite pensar sobre a distribuição da riqueza.

E para Hannah Arendt "pensar" significa buscar o "sentido" daquilo que conhecemos. Pensar e conhecer são coisas muito distintas, ela nos ensina. É de extrema importância fazer a distinção, conforme demonstra Vanessa Almeida em sua leitura da última e inacabada obra de Hannah Arendt, "A Vida do Espírito" (ALMEIDA, 2010, pp. 853-865):

[...] o pensar não é definido a partir de seu objeto, ele o é por aquilo que procura: o sentido, em contraposição à cognição, que busca o conhecimento. [...] O conhecer busca resultados seguros e verificáveis tanto no quadro da ciência como no âmbito do senso comum. [...] O pensar, em oposição a isso, não produz nenhum resultado sólido, mas diz respeito ao sentido que sempre

procuramos novamente naquilo que nos ocorre. [...] Seus 'resultados' só continuarão válidos na medida em que forem repensados. [...] A autora ressalta a importância do pensar não apesar de sua falta de resultados definitivos, os quais poriam em perigo a própria atividade do pensar. Com isso, ela não descarta a importância das obras de grandes pensadores, mas sublinha que estas só se tornam significativas quando perguntamos sobre o seu sentido, de modo que as repensamos.

À renúncia ao “pensar”, a buscar o “sentido” de uma ação que pode causar sofrimento, Hannah Arendt chama de “banalidade do mal” porque ela significa desapego à vida e renúncia à condição de ser humano. Essa renúncia transforma a mais cruenta racionalidade<sup>131</sup> em mera questão administrativa ou em simples “complicação legal”, como ocorreu na Conferência nazista de Wannsee.

Coisas não pensam e nem se comprometem. Mesmo as máquinas chamadas de inteligentes não são capazes de pensar. A inteligência artificial pode conhecer e armazenar muito mais conhecimentos que a mente humana, mas não é capaz de se questionar sobre o “sentido” desses saberes. Essa faculdade, ao menos até agora, é um privilégio dos seres humanos e é o que os distingue dos demais seres vivos. Como diz ARENDT (1995, p. 11):

Somos o que os homens sempre foram - seres pensantes. Com isso quero dizer apenas que os homens têm uma inclinação, talvez uma necessidade de pensar para além dos limites do conhecimento, de fazer dessa habilidade algo mais do que um instrumento para conhecer e agir.

Uma vida sem pensamento não é apenas sem “sentido”, ela não é totalmente viva. “Homens que não pensam são como sonâmbulos.” (ARENDT, 1995, p. 143) ou como “dentes da engrenagem” de uma máquina ou de um sistema. Foi a compreensão desse fato que o jul-

131 Desde Hegel sabemos que toda realidade, por mais absurda ou caótica que seja, é sempre racional.

gamento de Eichmann despertou em Hannah Arendt (ARENDR, 2004, p. 94):

O julgamento de Eichmann [...] teria sido desprovido de todo interesse se não tivesse transformado o dente da engrenagem [...] num homem. Só por essa operação ter sido realizada com sucesso antes do início do julgamento é que a questão da responsabilidade pessoal, e, portanto, da culpa legal, pôde surgir. E mesmo essa transformação de um dente da engrenagem num homem não implica que algo como ser dente da engrenagem - o fato de os sistemas transformarem os homens em dentes de engrenagem, o que os sistemas totalitários fazem de forma mais cabal que os outros - estivesse em julgamento.

A essa compreensão Hannah chamou de a “cura posterior” que lhe permitiu revisar suas ideias sobre o totalitarismo, conforme comentou à sua biógrafa Elisabeth Young-Bruehl (CHAVES, 2009, pp. 155-6). Não há mal que não possa ser compreendido e julgado, não há regime totalitário que não deva ser superado. A “cura posterior” lhe permitiu também (d)enunciar, conforme RANCIÈRE (2014, p. 27), que os direitos humanos eram uma ilusão porque eram os direitos do “[...] homem nu, desprovido de direitos. São os direitos ilusórios dos homens que foram expulsos de suas casas, de sua terra e de qualquer cidadania por regimes tirânicos.” Para reconstruí-los no pós-guerra era preciso o que mais tarde o seu ex-aluno Celso Lafer<sup>132</sup> veio a sistematizar, propondo os seguintes temas com base em Hannah Arendt:

[...] - a cidadania concebida com o “direito a ter direitos” [...]

- a repressão ao genocídio concebido como um crime contra a humanidade e fundamentado na tutela da condição humana da pluralidade e da diversidade que o genocídio visa destruir;

- o estudo da obrigação política em conexão: [...] com o direito à autodeterminação dos povos; [...] com a resistência à opressão, através da desobediência civil, que em situações-limite pode resgatar a obrigação política da destrutividade da violência;
- o direito à informação, como condição essencial para a manutenção de um espaço público democrático, e o direito à intimidade, indispensável para a preservação do calor da vida humana na esfera privada.

Como o ser humano está nu é preciso cobri-lo com direitos, torná-lo um cidadão bem informado que possa se apresentar no espaço público e exercer a política, tratar das coisas públicas (“mundo comum”, para Hannah), o que para os gregos era considerado a primeira obrigação do cidadão. Sem dúvidas é uma grande e generosa proposta.

Ocorre que talvez o ser humano não esteja nu, mas embrulhado na forma mercadoria, uma espécie de segunda pele que o sufoca em sua intimidade e limita sua potência para desenvolver a sua singularidade (tão esquecida e substituída pelo simulacro individualidade). Disso nos falam Karl Marx (1818 - 1883) e Franz Kafka (1883 - 1924).

Primeiro Marx, que (diferente de Hegel) viu além dos aspectos positivos do trabalho a negativa interação social chamada “trabalho abstrato” e nos faz pensar na vida dentro de uma antiga e grande feira comercial movida pelo redemoinho consumista e alimentada por uma produção sem sentido. Marx nos mostra que no lugar de se produzirem bens que atendam necessidades através de seu valor de uso, são produzidas mercadorias para serem trocadas pelo seu valor de troca. Nessa feira quem olha à volta enxerga um amontoado de mercadorias e ao olhar para o espelho enxerga uma mercadoria singular: a única que produz todas as outras, a força de trabalho humano. Não é difícil descobri-la, basta fazermos uma pergunta simples: - Quem não tem nada, a não ser o próprio corpo, o que poderia trocar na grande feira? A resposta é óbvia: - Poderia trocar

apenas a si próprio, alienar-se por uma remuneração. Não é isso o que acontece todos os dias? Não é embrulhada na forma mercadoria que a maioria dos humanos entra e vive na grande feira?

Foi o que aconteceu com Franz Kafka, conforme ele anotou em seu diário<sup>132</sup>:

Estou empregado numa agência de seguros sociais. Ora, estas duas profissões [refere-se à de escritor também] não se podem nunca conciliar, nem se conformar de um modo equitativo. A menor felicidade numa delas equivale a uma grande desgraça na outra. Se de noite escrevo algo bom, no dia seguinte queimo no escritório e não posso fazer nada. Este ir e vir é-me cada dia mais nocivo. No escritório cumprio exteriormente com minhas obrigações, mas não com minhas obrigações íntimas; e cada obrigação íntima não cumprida se converte numa infelicidade duradoura.

O trabalho<sup>133</sup> na agência de seguros lhe permitia sobreviver na grande feira, mas ao custo de parti-lo em dois. Esse desdobramento da vida só é percebido por quem pensa sobre as condições de sua existência, assim como fez Kafka, e percebe que além de estar embrulhado em uma segunda pele, ainda está dividido. Divisão que não existe em seu personagem Joseph K., que não cogita ter vida íntima e sente-se bem apenas em seu trabalho no banco, até ser tocado pela burocracia judiciária. Quando isso acontece Joseph K. lamenta não estar no banco, seu único solo firme (VAZQUEZ, 1978, p. 160)<sup>134</sup>, não pensa em romper com sua existência buro-

---

132 VAZQUEZ, 1978, p. 150.

133 Trabalho como *meio de vida*, não como *atividade vital* do ser humano. Hermann Kafka, pai de Kafka, dizia que o trabalho do filho na agência de seguros era o seu *ganha-pão*. Nos últimos registros de Kafka em seu diário ele lamenta o tempo perdido nesse trabalho e na loja da família, angústia que pode ser percebida na obra *A Metamorfose*.

134 Joseph K. diz "Está-se tão pouco preparado! No banco [...] eu estaria sempre preparado, nada disso poderia ocorrer. Ali tenho um mensageiro à minha disposição, o telefone [...] encontro-me sempre em pleno trabalho [...] teria um verdadeiro prazer em encontrar-me ali numa situação semelhante[...]"

crática e alienada, mas em reafirmá-la, chegando a comemorar o fato de poder voltar ao banco mesmo após ouvir do inspetor que estava preso. O seguinte trecho de “O Processo” é esclarecedor (KAFKA, 1985, p. 17):

[...] O senhor está preso, nada mais [...] Suponho que agora vá para o banco [...] “Para o banco?” perguntou K. “Pensei que estivesse preso [...]” “Como posso ir para o banco se estou preso? [...]” É evidente que está preso, mas isso não o impede de tratar de seus negócios. [...] “ Então o fato de estar preso não é assim tão ruim, disse K. aproximando-se dele [do inspetor].

A prisão da vida na existência alienada e sem sentido da burocracia “não é assim tão ruim” para Joseph K., ele não conhece e nem cogita a possibilidade de outra existência e sua única ação é expor-se sozinho aos golpes da burocracia judiciária, até ser eliminado “Como um cão!”, conforme ele afirma em suas últimas palavras ditas enquanto se afastavam os dois inspetores que o executaram (KAFKA, 1985, p. 172). Não podia morrer de outra forma porque, ao renunciar o pensar sobre o que conhece e a buscar o sentido de seu trabalho, renunciou à condição de ser humano e o fez para celebrar a sua existência alienada. Nisso assemelha-se a Eichmann, ambos interditam o “dissenso” e são culpados por banalizarem o mal que a redução do “real” ao “possível” produz. Ambos celebram a vida dentro do realismo cínico descrito por RANCIÈRE (1996, p. 131):

[...] O realismo pretende ser a sadia atitude do espírito que se restringe às realidades observáveis. Ele é na verdade coisa totalmente diferente: é a lógica policial da ordem que afirma, em qualquer circunstância, fazer apenas o que é possível fazer [...] O possível é assim o operador conceitual de troca entre a ‘realidade’ e a ‘necessidade’. E é também o último modo de ‘verdade’ [...].

A troca da “realidade” pela “necessidade” faz surgir como universal algo que é particular, o que é muito perigoso porque uma “necessidade”, ao contrário de um direito, por definição, é sempre algo particular e específico (CHAUÍ, 1995, p. 431), é a necessidade sentida por alguém ou são as necessidades do Terceiro Reich (no caso de Eichmann), do sistema financeiro ou da Sociedade de Mont Pèlerin ou da economia de mercado e assim por diante. Cumprir (sem conhecer) os deveres que essas “necessidades” ditam significa diminuir a política, prendê-la no “jardim da infância” e ignorar que “[...] em política, obediência e apoio são a mesma coisa [...]”, conforme adverte Hannah Arendt (2000, epílogo).

Na estética Kafka mostra com Joseph K. (Cf. VAZQUEZ, 1978, p. 164) o equívoco de duas posições igualmente unilaterais:

[...] a da comunidade formal, expressa pelo ser abstrato, burocrático, de Joseph K., e a da individualidade abstrata, ou seja, a do homem solitário [isolado], fechado em si mesmo, que se expressa no fracasso da luta de Joseph K. Não se pode enfrentar isoladamente a cabal expressão da alienação que é a burocracia. Joseph K., com sua morte, prova a inutilidade da luta solitária.

O ser humano democrático de Hannah Arendt somente pode ser o oposto de Eichmann e de Joseph K. Para existir ele precisa “pensar” e interrogar o que conhece para buscar o “sentido” dos saberes existentes, rejeitando as limitações impostas pelas verdades do realismo cínico, a exemplo da rejeição que o ser humano democrático de Marx, por oposição, faz da existência alienada.

Nessa caminhada, que não pode ser a do caminhan-te isolado, a eficácia horizontal (principalmente a direta) dos direitos humanos ajuda a tornar visível a segunda

pele que veste o ser humano nu. Também ajuda a “pensar” e a fazer o julgamento da totalidade que transforma, nas palavras de ARENDT, “[...] os homens em dentes de engrenagem [...]” (2004, p. 94), o que será feito continuando o diálogo com Marx.

## 1.1 Marx e a Questão Judaica

Nesse texto de 1843 Marx faz a crítica à tese de Bruno Bauer que sustentava a necessidade de os judeus renunciarem ao judaísmo para se emanciparem politicamente. Marx refuta a tese e demonstra que a renúncia não é necessária porque a emancipação política, a cidadania, coexiste com a cisão (ou a “desintegração”) do ser humano e é precisamente a “cisão” o que a possibilita. Em suas palavras (1991, p. 29):

[...] A cisão do homem na vida pública e na vida privada [...] A desintegração do homem no judeu e no cidadão, no protestante e no cidadão, no homem religioso e no cidadão, não é uma mentira contra a cidadania, não é a evasão da emancipação política; representa, isto sim, a própria emancipação política, o modo político de emancipação da religião.

O interesse aqui não é fazer a crítica à cidadania, mas apresentar a sua construção pelos modernos e como eles a diminuem ao diminuírem a possibilidade de “dissenso”. E para apresentá-la é preciso apresentar o Marx esquecido, o que saúda e considera positiva a emancipação política: “Não há dúvida que a emancipação política representa um grande progresso. Embora não seja a última etapa da emancipação humana em geral [...]” (1991, p. 28). O Marx que se ocupa do capital como relação social<sup>135</sup> que se desenvolve com “[...] a relação tautológica do trabalho abstrato consigo próprio, que

---

135 E não como “coisa” ou objeto que dividiria a humanidade entre os que o possuem (“burgueses”) e os que não o possuem (“proletários”) e por isso são explorados.

na sequência produz os sujeitos sociais.” (JAPPE, 2006, p. 94).

Sujeitos cindidos, divididos, cegos que não se reconhecem no que fazem: o sujeito que compra a mercadoria força de trabalho acredita que está dando empregos ou remunerando serviços, quando está explorando (e, paradoxalmente, diluindo-se em uma existência banal); e o sujeito explorado não se reconhece nos produtos de seu trabalho, muito menos quando eles se apresentam sob a forma de “trabalho morto” (máquinas, tecnologia etc.).

É evidente que as consequências são bem diversas para ambos. Os primeiros podem escolher entre acumular<sup>136</sup> o suficiente e parar para dedicarem tempo ao trabalho praticado como necessidade vital (não como imperioso meio de vida) ou continuar a seguir a ética que Max Weber identificou como sendo a do capitalismo e cujo único “sentido” (não se conhece dissenso sobre isso) é dado pela “[...] ideia do dever de um indivíduo com relação ao aumento de seu capital, que é tomado como um fim em si mesmo [...] [que] não é um mero bom senso comercial [...] mas sim um ethos.” (1994, p. 31).

Já os outros não podem parar porque não se pode viver sem meios para tanto. O problema – o grande problema que esfacela a modernidade- é que a maioria destes últimos é parada, não é mais aceita na grande feira, nem mesmo embrulhada na segunda pele (referida antes) ela consegue entrar. Marx nos mostra, em um texto de 1863, “os efeitos da mecanização sobre o trabalhador”<sup>137</sup>, como as máquinas que deveriam diminuir e até eliminar a fadiga causada pelo trabalho, liberando tempo para “pensar” no “sentido” do tempo vivido, servem a outro propósito:

[...] as máquinas são empregadas e inventadas em oposição direta às exigências do trabalho vivo [...] como uma arma que atira à rua o trabalhador, transformando-o num sujeito supérfluo [...] A

136 Entesourar e viver como rentista, como ocorre no mercado financeiro cotidianamente.

137 *Maquinaria e Trabalho Vivo*. In *Crítica Marxista*, pp. 107-9.

subsunção de seu trabalho ao capital – a absorção de seu trabalho pelo capital- que está no cerne da produção capitalista, surge aqui como um fator tecnológico. A pedra fundamental está posta: o trabalho morto dotado de inteligência e o vivo existindo apenas como um de seus órgãos conscientes. A conexão viva do corpo da oficina não se funda mais na cooperação, mas sim no sistema de máquinas que forma agora [...] a unidade ampla [...] A unidade da maquinaria alcança assim, evidentemente, forma independente e plena autonomia com relação aos trabalhadores, ao mesmo tempo em que se coloca em oposição a eles.

Em 1863, Marx já demonstrava o sistema totalitário que transforma “[...] os homens em dentes de engrenagem [...]” (ARENDDT, 2004, p. 94) e cujo julgamento precisa ser feito. De lá para cá aumentou em muito o número de “sujeitos supérfluos” que andam pelo planeta como imigrantes sem rumo certo, desempregados, jovens sem perspectivas, excluídos pelo verdadeiro sujeito econômico que surge da “[...] relação tautológica do trabalho abstrato consigo próprio [...]” (JAPPE, 2006, p. 94): a empresa capitalista.

Naturalmente que esse sujeito, a empresa capitalista, não é o ser humano democrático de Hannah Arendt ou de Marx. Ao contrário, ele faz a modernidade e a generosa ideia de cidadania se estilhaçarem em tantos fragmentos que a realidade se torna extremamente complexa e nos aparece como algo indecifrável.

Sem a possibilidade de cooperação entre seres humanos livres na produção material do “mundo comum” o consenso na política raramente deixará de ser espúrio ou um simulacro que produz exclusão e interdita o dissenso.

Os excluídos das decisões sobre os processos de produção (sobre o que produzir, como, para quem e com o tempo de quem), os “sujeitos supérfluos”, por sua vez,

são contados no cálculo econômico apenas como custos ou despesas que sobrecarregam o Estado, que, por essa mesma razão, não pode mais produzir bem-estar e necessita –segundo o discurso que reduz a realidade ao que é aceito como possível– cortar despesas sociais e tornar-se um Estado de Austeridade. No cálculo democrático, em regra, eles aparecem como cidadãos desprovidos de meios para exercer as prerrogativas democráticas, salvo a de serem contados (como eleitores) pelos que podem contar: os candidatos e os partidos políticos. Isso quando não estão totalmente excluídos da cidadania ou entregues aos cuidados da ajuda humanitária.

Percebe-se que a crise do Estado de Bem-Estar alimenta a crise democrática, soma-se a ela e forma um círculo vicioso, uma espécie de bolha, que põe em perigo a existência do ser humano democrático e o resume a um pequeno número, se comparado a toda a humanidade. Como sair desse círculo? A hipótese que examino aponta para a eficácia horizontal direta dos direitos humanos como caminho para a democracia desfilar até sair dessa bolha. Ela nos possibilita “pensar” e interrogar o sujeito econômico, a empresa capitalista, sobre o “sentido” do tempo e do trabalho consumidos na produção do que será partilhado. Ela possibilita o “dissenso” sobre os limites do possível.

Por isso a provocação inicial: sem Estado de Bem-Estar, a eficácia horizontal direta dos direitos humanos se torna uma condição urgente à democracia.

## **1.2 A Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Humanos**

Os direitos humanos são internalizados, em regra, como direitos fundamentais porque esse é o caráter do seu conteúdo. No Brasil há norma inscrita no artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal que, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a internalizá-los com caráter de emenda à Constituição, nos casos em que o

respectivo tratado é aprovado com o mesmo quórum que o previsto para estas (3/5 da Câmara e do Senado em dois turnos de votação), e como direitos fundamentais, traduzindo “[...] o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição [...] há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição [...]” (SARLET, 2007, p. 93). Por essa razão acredito que é possível tratar da eficácia dos direitos humanos sem a necessidade de maiores digressões sobre as distinções entre estes e os direitos fundamentais. Para não dar margem à confusão, falarei apenas de direitos humanos internalizados, portanto, de direitos fundamentais.

Ao menos no ocidente a maioria dos Estados inscreve o Princípio Democrático em suas Constituições e considera a democracia um direito fundamental. O Brasil, por exemplo, define-se como um Estado Democrático de Direito que tem entre seus fundamentos a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana” (artigo 1º da Constituição Federal). Sendo assim, democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana (acrescentaria de todos os seres vivos, em razão da norma inscrita no artigo 225, VII, CF) formam “[...] a mesma pauta de valores proposta [...]” (CACHAPUZ, 2006, p. 192) na Constituição, que, pelo seu conteúdo, permite facilmente “[...] a verificação de sua fundamentalidade material [...] sobre a estrutura do Estado e da sociedade [...]” (SARLET, 2007, p. 89).

Da eficácia dessa pauta de valores ninguém duvida, principalmente quando não se trata da dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Nesse sentido é conhecido o caso *Erich Lüth versus Veit Harlan* julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão<sup>138</sup> e como o entendimento que guiou esse julgamento vem sendo aplicado pelo Supremo no Brasil (p.ex.: RE 201.819-8). Aqui, inclusive, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal do

---

138 Lüth realizou e defendeu um boicote ao filme “Unsterbliche Geliebte”, de Veit, por entender que se tratava de uma apologia ao nazismo. Veit procurou o judiciário para que o boicote fosse silenciado, obteve êxito inicialmente, mas ao final o Tribunal Constitucional assentou que a livre manifestação realizada através do boicote deveria prevalecer sobre o interesse privado de Veit.

Brasil é expresso: “[...] As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Continuando pelo caminho facilitado pelos grandes doutrinadores que apresentam o princípio da dignidade como vinculante, também, entre particulares, como faz Ingo Wolfgang Sarlet (2001, pp. 109-15) e Hans Carl Nipperdey<sup>139</sup> (este introduziu no Tribunal Federal do Trabalho Alemão a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, sem a necessidade de mediação legislativa), percebe-se que há esperanças em se poder interrogar o sujeito econômico, identificado no tópico anterior, com base nos direitos humanos.

O problema surge quando se trata de direitos prescricionais. O exame de um fato aleatório noticiado pela imprensa ajuda a compreendê-lo melhor: a Coca-Cola, a Ambev e a PesiCola comunicaram que deixarão de vender refrigerantes a cantinas de escolas frequentadas por crianças de até 12 anos de idade, a partir de agosto deste ano, porque sabem que o sal e o açúcar em excesso que há em seus produtos não é identificável facilmente pelo cérebro na forma líquida<sup>140</sup>, ainda mais em se tratando de um cérebro que abriga uma mente imatura. Pois bem, poderiam ser responsabilizadas pelos danos já causados ou estes deveriam ser suportados pelo Estado e, através do sistema tributário regressivo que existe no Brasil, transferidos aos mais pobres?

Não nos preocupemos neste momento com os aspectos jurídicos e guardemos nossa atenção ao que irá orientá-los: a interpretação desse fato e a resposta à pergunta se dividirão conforme a concepção ética adotada. Se adotada a concepção ética rebaixada, confundida com normas procedimentais de corporações humanas ou empresariais (a “ética” do médico, do advogado, do magistrado, dos bancos...), que a relação so-

---

139 HECK, Luís Afonso, Organizador/ revisor. Direitos Fundamentais e Direito Privado II Textos Clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 62.

140 SISSAÚDE. Disponível in: <http://www.sissaude.com.br/sis/print.php?idnot=27031>

cial chamada capital permite, essas empresas deveriam receber um prêmio de “responsabilidade social” ou de “empresa cidadã” e nem se cogitariam os aspectos jurídicos porque seria impensável eventual condenação. A hipocrisia não tem tamanho, nem número limitado de rótulos. Por outro lado, se adotada a concepção da ética da responsabilidade que a experiência do julgamento de Eichmann despertou em Hannah Arendt, “[...] fundada na atitude de responsabilidade do sujeito para com os outros e com o mundo [...]” (CHAVES, 2009, p. 168), podemos “pensar” que a “banalização” de uma causa de diabetes, pressão arterial alta e de obesidade na infância gera alguma responsabilidade. Os aspectos jurídicos nessa perspectiva passariam, então, a ser cogitados e, assim como Hannah disse a Eichmann, poderíamos dizer a essas empresas: - Não estamos dispostos a aceitar a produção de algo com tanto sal e açúcares para ser ingerido por crianças.

Uma vez cogitados os aspectos jurídicos, resgatados da realidade, podemos “pensar” sobre o fato de o Brasil ser signatário e ter internalizado a Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe em seu artigo 21, §3º, sobre a necessidade de se reprimir, mediante lei, quaisquer formas de exploração do ser humano pelo ser humano. A exigência de lei, é verdade, retira a eficácia horizontal direta, mas felizmente já há lei que reforça a Convenção e veda banalizar entre crianças uma causa de diabetes e de outras doenças: artigo 187 do Código Civil: “[...] comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé [...]”.

É possível continuar a pensar e citar vários outros dispositivos de convenções, leis, decretos e regulamentos que dispõem sobre saúde. Contudo é preferível parar esse exercício e ressaltar a possibilidade de a eficácia horizontal direta dos direitos humanos (ou fundamentais, quando internalizados) furar a bolha do realismo

cínico que aprisiona o real e nos impede de pensar sobre ele porque estaria supostamente além do possível. Ele não está além, está é aquém da ética.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é mais aceitável a concepção ética que limita a realidade ao possível e nos recomenda: “[...] cumpra com precisão os deveres que não conhece!” (ARANTES, 2014, p. 395).

A mesma banalidade existente no zeloso Eichmann pode ser encontrada em muitos “operários-padrão” do antigo modelo fordista ou nos novos executivos de grandes empresas, bancos ou ainda em burocratas das chamadas carreiras típicas de Estado e nas organizações internacionais que pressionam os Estados, como a Organização Mundial do Comércio e o Fundo Monetário Internacional, para citar apenas dois exemplos. Ela sempre está entre os que antes de agir não pensam sobre o que adverte César Benjamin<sup>141</sup>: convém nunca esquecer, seres vocacionados para a liberdade também são livres para se destruir, podem ser Mozart ou Hitler, produzir belas sinfonias ou cometer genocídios. A humanidade pode tudo, o impossível se transformou em mero por enquanto, por isso ela precisa de abrigo, de uma morada ou do que os gregos antigos chamavam de Ethos, onde a existência individual não se desenvolva em antinomia com a existência da espécie. A necessidade dessa morada como horizonte é inerente à condição humana.

Fora dessa morada a humanidade transforma o mundo em um espaço inabitável para si e para as espécies não humanas, como ocorreu durante os horrores das Grandes Guerras e da ameaça nuclear de extermínio.

Não é por acaso que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surge logo após como um valioso esforço para colocar a humanidade em busca do abrigo do Ethos. Durante algum tempo a construção e, no centro da Europa, a existência do Estado de Bem-

---

141 Rta! (sobre ética, liberdade e verdade). In: Revista Caros Amigos, setembro de 2005.

Estar assegurou um espaço público para o exercício da democrática. Esse espaço está cada vez menor, com a possibilidade de dissenso cada vez mais sufocada pelo realismo cínico. Precisa ser alargado para libertar o dissenso sobre as causas do ambiente de perigo em que nos encontramos e, assim, possibilitar o exercício da democracia e a construção do ser humano democrático. A esperança está em que isso ocorra através da eficácia horizontal direta dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vanessa Sievers de. A distinção entre conhecer e pensar em Hannah Arendt e sua relevância para a educação. **Revista Educação e Pesquisa**, São Paulo, v.36, n.3, p.853-865, set./dez.2010.

ARANTES, Paulo Eduardo. **O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência**. São Paulo: Boitempo, 2014.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Tradução de Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Reelume-Dumará, 1995.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade pessoal sob a ditadura. Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BENJAMIN, César. Rta! (sobre ética, liberdade e verdade). **Revista Caros Amigos**, setembro de 2005.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

CHAVES, Rosângela. **A capacidade de julgar: um diálogo com Hannah Arendt**. Goiânia: Ed. da UCG Cânone Editorial, 2009.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 1995.

HECK, Luís Afonso, Organizador/revisor. **Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos Clássicos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

JAPPE, Anselm. **As Aventuras da Mercadoria: para uma nova crítica do valor**. Lisboa, Portugal: Antígona, 2006.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Clube do Livro, 1985.

KEHL, Maria Rita. **Sobre Ética e Psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KONDER, Leandro. **A Derrota da Dialética**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1988.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: a contribuição de Hannah Arendt. **Revista Estudos Avançados** 11 (30), 1997.

MARX, Karl. **A Questão Judaica**. São Paulo: Editora Moraes Ltda., 1991.

\_\_\_\_\_. Maquinaria e Trabalho Vivo. **Crítica Marxista**, Vol. 01, n. 1. São Paulo: Brasiliense, 1994.

PEREIRA, Wagner Pinheiro. O Julgamento de Nuremberg e o de Eichmann em Jerusalém: o cinema como fonte, prova documental e estratégia pedagógica. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <wagner.pinheiro@uol.com.br> em [201-]

RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento**. São Paulo: Ed. 34, 1996

\_\_\_\_\_. **A partilha do sensível**: estética e política. São Paulo: Ed. 34, 2005.

\_\_\_\_\_. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. **As ideias estéticas de Marx**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1994.

ZIZEK, Slavoj. **O Sujeito Incômodo**: o centro ausente da ontologia política. São Paulo: Boitempo, 2016.

# CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E IMPOSTOS FEDERAIS: UM ESTUDO COMPARADO SOBRE SEU IMPACTO FINANCEIRO

SOCIAL CONTRIBUTIONS AND FEDERAL TAXES:  
A COMPARATIVE STUDY ON THEIR FINANCIAL  
IMPACT

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira<sup>142</sup>

Tatiane Schaurich<sup>143</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo identificar o impacto financeiro que os impostos federais e as contribuições sociais representam no resultado da empresa. O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica aplicada ao estudo de caso concreto. O estudo demonstrou que o valor dispendido pela empresa em contribuições sociais é mais significativo que os impostos federais.

**Palavras-chave:** impostos, contribuições, fato gerador, base de cálculo.

**Abstract:** *This study aims to identify the financial impact that federal taxes and social contributions represent to the company's results. The work was developed based on literature applied to a case study. The study showed that the*

---

142 Procuradora do Município de Porto Alegre/RS, Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Diretora Geral da Escola Superior de Direito Municipal-ESDM. Correio Eletrônico: oliveira.cristianecatarina@gmail.com

143 Contadora. Graduanda em Direito. Correio Eletrônico: tatiane.schaurich@yahoo.com.br

*company's cost related to the social contributions is more significant than federal taxes.*

**Keywords:** *taxes, contributions, taxable event, the calculation basis.*

## INTRODUÇÃO

A estrutura do sistema tributário brasileiro está definida na Constituição de 1988, em seus artigos 145 a 149, estabelecendo a cada ente Federativo a competência para instituir impostos, taxas e contribuições de melhorias nos termos dos artigos 153 a 156. Compete exclusivamente à União o poder de instituir empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

O foco da pesquisa tem por base a diferença entre os impostos de competência da união, cujo valor da arrecadação é necessariamente repartido entre as demais entidades da federação e as contribuições sociais instituídas pela união, cujos valores serão exclusivos da união, ainda que, por definição, vinculados a uma destinação específica. É em razão de sua destinação específica que o valor arrecadado a título de contribuição não será repartido entre as demais entidades da federação. A repartição de receitas no caso dos impostos é disposição expressa e, segundo Martins (2014, p.126), o atual sistema tributário é rígido, pois não possibilita ao legislador que estabeleça regras diferentes do previsto na Constituição.

Além disso, outra diferença entre a arrecadação dos impostos e das contribuições sociais está na transparência, isto é, em geral os impostos podem ser rastreados na atividade econômica, pois incidem sobre valores conhecidos dos contribuintes. Pelo menos esse é o exemplo típico do Imposto sobre Produtos Industrializados, apenas sendo menos evidente a transparência a terceiros no imposto de renda. Ao contrário, as contribuições incidem sobre dados da pessoa jurídica que em geral não são de forma alguma acessíveis pelo contribuinte que adquire produtos ou serviços.

Sob estas duas óticas, o presente estudo tem como objetivo geral examinar e apresentar o estudo realizado, com base no exame de dados apurados pela empresa que atua no segmento industrial de componentes eletrônicos, o resultado da diferença do impacto financeiro entre o valor pago a título de contribuição social e de impostos federais.

Desenvolvido através da pesquisa bibliográfica e estudo de caso, pretende-se responder o seguinte questionamento: qual a diferença de impacto financeiro para uma empresa entre o valor pago a título de contribuição social e de impostos federais? Portanto, a fonte de recursos mais relevante para a união parece ser os impostos ou as contribuições sociais.

O presente artigo estrutura-se em três partes, sendo que na primeira parte serão apresentados os aspectos conceituais com base na legislação e vigente e aplicada aos impostos federais e as contribuições sociais aplicadas ao caso concreto, a saber: Impostos sobre produtos industrializados (IPI), Imposto sobre a renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Programa de Integração Social (PIS).

A segunda parte versa sobre os fundamentos jurídicos e constitucional aplicado aos impostos e contribuições sociais objeto deste estudo. Também se apresenta a distinção entre impostos e contribuições, identificando suas características, elementos do fato gerador e base de cálculo.

Na terceira parte serão apresentados os resultados do estudo comparativo realizado em uma empresa segmento de componentes eletrônicos, referente aos dados apurados no período 2014 e 2015.

## **1 ASPECTOS CONCEITUAIS**

A definição de tributo está fundamentada no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa

exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Segundo Paulsen (2014, p.44), a classificação dos tributos se dá em cinco espécies: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios. Reconhecida pelo STF<sup>144</sup>, esta classificação também é conhecida como teoria pentapartida ou quinquipartida (DUARTE, 2015, p.113). Sendo inclusive este modelo de classificação adotado por vários países como Itália, Espanha, Alemanha e Portugal (PAULSEN e VELOSSO, 2010, p.13-18).

Portanto, as contribuições e os impostos são categorias de tributos, ainda que com diferenças significativas como se verá.

## 1.1 Impostos Federais

Os impostos são tributos que incidem, necessariamente, sobre a relevância de riqueza do contribuinte, sendo de competência da União<sup>145</sup>, conforme outorga o art. 153, CF/88, dos Estados e Distrito Federal<sup>146</sup> disposto no art. 155, CF/88 e dos Municípios<sup>147</sup> no art.156, CF/88, a competência de instituir e classificá-los em uma das espécies tributárias sob pena de invalidade (PAULSEN, 2014, p.45).

---

144 RE 138284-8, CE, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.08.92

145 Art. 153, da CF, compete a União à instituição de impostos sobre : I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

146 Art. 155, da CF, Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores;

147 Art. 156, da CF, Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

No entendimento de Martins (2014, p.88), imposto é todo aquele obrigatório, independe da vontade pessoa de pagar, seja pessoa física ou jurídica. Complementa ainda que seu objetivo é atender aos interesses da coletividade.

O Art. 146, III, a, CF/88, determina que impostos devem respeitar uma estrutura jurídica, esclarecendo seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, além disto devem estar regulamentados por lei complementar federal, desta forma, disciplinou o Código Tributário Nacional, a estrutura jurídica para maioria dos impostos (BARTINE, 2015, p. 181).

Sobre os impostos federais, de acordo com a legislação vigente, temos atualmente oito impostos: Imposto de Importação (II); Imposto de Exportação (IE); Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF); Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR); e Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), este último ainda depende de regulamentação.

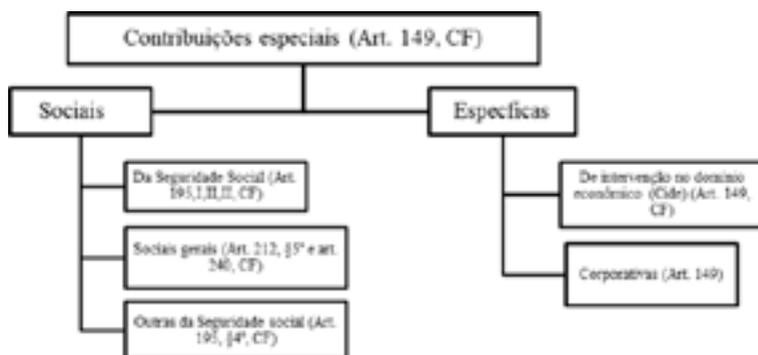
Cada um destes impostos deve respeitar a regra-matriz de incidência tributária, para serem considerados perfeitamente válido, são eles: material (fato); espacial (local que ocorreu o fato gerador); temporal (momento da ocorrência do fato gerador); pessoal (sujeitos da obrigação tributária) e quantitativo (base de cálculo e alíquotas); (BARTINE, 2105, p.182-183).

## 1.2 Contribuições

As contribuições tem objetivo de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social<sup>148</sup>, sendo de competência exclusiva da União, exceto aquelas cobradas dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para o custeio de seus próprios regimes previdenciários, e também a Contribuição de iluminação pública (COSIP).

148 Art. 194, CF, A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

As contribuições são divididas em 3 categorias: contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas<sup>149</sup>, alguns doutrinadores classificam as contribuições em: contribuições sociais e contribuições especiais (DUARTE, 2015, p.139), esta última classificada pelo STF em contribuições parafiscais<sup>150</sup>.



Fonte: DUARTE, Francisco Leite. Direito Tributário. 2ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2015.

Os recursos desta arrecadação passaram a ser administrada pela Receita Federal a partir de 2007, com o advento da Lei 11.457/2007, ficando sob responsabilidade desta a administração dos tributos federais (RIBEIRO, 2013, p.51).

Sendo a principal característica das contribuições a vinculação do tributo à destinação legal<sup>151</sup>, ou seja, o produto arrecadado deve ter destinação específica, a

149 Art. 149, CF, Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

150 RE 138284-8, CE, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.08.92

151 Art. 4º, II, CTN, A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:... II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

União promove a desvinculação provisória de 20% das receitas<sup>152</sup> à sua finalidade constitucional, e nas palavras de Ribeiro (2013, p.52), a consequência desta mutação desvirtua sua função legal atribuindo o status de imposto e não contribuição.

Desta forma, as contribuições sociais podem se desvincular da razão de sua existência e o valor arrecadado ser destinado ao tesouro da União sem repartição com as demais entidades da federação, como devem ser os impostos em sua natureza não vinculada à destinação específica.

## 2 FUNDAMENTOS LEGAIS

### 2.1 Impostos Federais

#### 2.1.1 Imposto Sobre Produto Industrializado – IPI

O Imposto sobre produto Industrializado (IPI) é de competência tributária da União, previsto no art. 153, IV, CF/88 e regulado pelo Decreto n. 7.212/2010, também chamado de Regulamento do IPI (RIPI).

A definição do que deve ser considerado produto industrializado, ficou sob a responsabilidade de lei complementar, Código Tributário Nacional e RIPI, onde se estabeleceu que para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

Da mesma forma, para o fato gerador, em seu art. 46, CTN:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

---

152 Art. 76, ADCT

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

As alíquotas constam na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) e variam de 0 (zero) a 330%, respeitando o princípio da seletividade e essencialidade do produto.

Conforme relatado anteriormente, havendo fato gerador, que segundo Ribeiro (2013, p.123) caracteriza-se pela circulação da mercadoria, ocorrerá a incidência do IPI, onde deverá ser apurada a base de cálculo, nos termos do art. 47, CTN:

Art. 47. A base de cálculo do imposto é:

I - no caso do inciso I do artigo anterior, o preço normal, como definido no inciso II do artigo 20, acrescido do montante:

a) do imposto sobre a importação;

b) das taxas exigidas para entrada do produto no País;

c) dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis;

II - no caso do inciso II do artigo anterior:

a) o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;

b) na falta do valor a que se refere a alínea anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente;

III - no caso do inciso III do artigo anterior, o preço da arrematação.

O IPI operacionaliza-se na modalidade da não cumulatividade, que significa dizer que no momento de sua apuração compensa-se com o valor pago nas operações anteriores, daqueles produtos consumidos no processo produtivo.

Em 2015, a arrecadação do IPI representou 11% do montante arrecadado com impostos, sendo o 2º imposto que mais gera receitas<sup>153</sup>, portanto uma parcela importante no orçamento público. Do produto desta arrecadação é realizada repartição entre Estados, que fica com 21,5%, Distrito Federal e aos Municípios, fica com 23,5%, conforme o art. 159, I e II da CF/88.<sup>154</sup>

### 2.1.2 Imposto sobre Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ

Excluindo as empresas optantes pelo Simples Nacional, que estão sob um regime jurídico diferenciado e sob as regras da Lei Complementar n. 116/03, as demais pessoas jurídicas têm o seu lucro tributado sob as modalidades de lucro real, lucro presumido ou arbitrado.

O Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) está previsto no art. 153, III, CF/88. A Lei nº 8.981/95 e 9.430/96 disciplina o Imposto sobre a Renda

153 Informação extraída do Portal da Transparência, disponível em: <http://transparencia.gov.br/#>>. Acesso em 06/06/2016.

154 I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

da Pessoa Jurídica (IRPJ) e o Decreto n. 3.000/99 (RIR) regulamenta a fiscalização, arrecadação e administração tanto do Imposto de Renda Pessoa Física como Jurídica.

Amparado pelo conceito legal constante no art. 43, I, CTN onde a renda pode ser “entendido como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”. Assim como pelo art.153, III, CF/88 que disciplina sendo da União a competência para instituição do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza., o imposto de renda se estrutura em 3 princípios constitucionais: generalidade, universalidade e progressividade.<sup>155</sup>

Para Fabretti (2009, p.75), considera-se fato gerador a concretização da incidência tributária prevista em lei. Desta forma, conforme a opção do período de apuração no ano calendário, o fato gerador das pessoas jurídicas, poderá ser trimestral ou anual, com antecipações mensais. Ainda de acordo com o dispositivo do art. 43, CTN, conceitua o fato gerador como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica<sup>156</sup>.

A base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica o lucro real, arbitrado ou real<sup>157</sup>, ou seja para Carneiro (2013, p. 436), a base de cálculo do imposto de renda está pautada no acréscimo patrimonial.

Desta forma, para as pessoas jurídicas optantes pelo regime de tributação lucro real, a base de cálculo será apurada a partir do lucro líquido, onde o lucro líquido é o resultado das receitas descontado os custos e despesas da empresa, ajustado pelas adições, exclusões e compensações, desta forma, terá o lucro real, a base de cálculo para aplicação das alíquotas de 15% e do adicio-

---

155 Art. 153, I, §2º, CF/88.

156 Art. 43, CTN. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. § 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

157 Art. 44, CTN. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

nal de 10% sobre a parcela do lucro real que exceder o valor de R\$ 240.000,00/ano.

O valor arrecadado com este imposto, é repassado na sua integralidade para os Estados e ao Distrito Federal, nos termos do art. 157, I<sup>158</sup>, CF/88. Em 2015, este valor ultrapassou o valor de R\$ 113 bilhões de reais, o que representa 25% do montante arrecadado com este imposto no ano.<sup>159</sup>

## 2.2 Contribuições Sociais

A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido o Estado, na economia capitalista, para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica (MACHADO, 2015, p.24).

Assim, conforme dispõe o art. 195, CF/88, a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, recaindo a obrigatoriedade sobre empregadores, trabalhador, importador e sobre receita de concursos de prognósticos.

Destarte a abrangência do assunto, o presente trabalho se limitará ao estudo da incidência das contribuições da seguridade social aplicada aos empregadores sobre a receita e sobre o lucro, conforme dispõe o art. 195, I, b, c, CF/88, a saber:

Art. 195[...]

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

[...]

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

[...]

158 Art. 157, I, CF/88. Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

159 Informação extraída do Portal da Transparência, disponível em: <http://transparencia.gov.br/#>>. Acesso em 06/06/2016.

As contribuições incidentes sobre a receita e o faturamento são: Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), já sobre o lucro incide a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

### 2.2.1 Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS

De competência da União, cada uma das contribuições possui lei específica, sendo a Lei nº 10.637/02 regulamentar o PIS e a Lei nº 10.833/03 a COFINS. As duas contribuições incidem sobre receita bruta auferida pela pessoa jurídica, sendo este seu fato gerador, razão pela qual em virtude da igualdade de base de cálculo, foram agrupadas em um mesmo título.

No entendimento de Paulsen (2014), nos traz o alerta de que nem todo ingresso ou lançamento contábil a crédito constitui receita tributável. Assim, valendo do novo conceito advindo com a Lei n. 12.973/2014, a receita bruta compreende:

Art.2º

[...]

“Art. 12”. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendida nos incisos I a III.

§ 1º A receita líquida será a receita bruta diminuída de:

I - devoluções e vendas canceladas;

II - descontos concedidos incondicionalmente;

III - tributos sobre ela incidentes; e

IV - valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei

no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta.

Atualmente possuímos dois regimes de apuração do PIS e da COFINS, um deles é a sistemática da cumulatividade onde a base de cálculo será o total de receita auferido pela pessoa jurídica, sendo que nesta modalidade se aplica as alíquotas de 0,65% para o PIS e 3% para a COFINS. Esta forma de apuração, aplica-se a empresas optantes pelo regime de apuração do imposto de renda com base no Lucro Presumido, Arbitrado ou optante do Simples Nacional.

A outra forma de apuração do PIS e da COFINS é o sistema da não cumulatividade, onde sobre a base de cálculo, total de receitas auferido pela pessoa jurídica, aplica-se a alíquota de 1,65% e 7,6% respectivamente, porém deste valor compensa-se os valores antecipadamente com a aquisição de insumos aplicado ao processo produtivo. Aplica-se esta sistemática as empresas optantes pelo regime do Lucro Real.

Parcela importante na arrecadação da União, o valor total arrecado com o PIS e a COFINS representou 37% do total arrecadado, isto representa mais de R\$ 250 bilhões de reais aos cofres públicos.

### 2.2.2 Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituída a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), sendo regulamentada através da Lei n. 7.689/1988.

O art. 195, I, c, CF/88, estabelece a União como o ente competente para instituir esta contribuição. Importante frisar que esta contribuição incide apenas sobre aquelas empresa que auferirem resultado positivo na atividade econômica, ou seja, lucro.

Pela semelhança com a base de cálculo do imposto de renda, chegou a ser considerando inconstitucional a cobrança desta contribuição, no entanto esta tese foi

repelida pois a base de cálculo da contribuição é o lucro contábil, já para o imposto de renda da pessoa jurídica é o lucro real, afastando assim a tributação bis in idem (DUARTE, 2015, p. 144).

Assim preceitua o art. 2º da Lei 7.689/88, estando a empresa sujeita ao regime de tributação pelo lucro real, a base de cálculo da CSLL é a apuração do exercício, antes da provisão para o IRPJ, que será apurado nos termos do §1, c, do mesmo artigo.

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§1º Para efeito do disposto neste artigo:

[...]

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base;

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base.

Para as empresas optantes pelo regime de lucro presumido ou arbitrado, também estão sujeito ao pagamento do CSLL, conforme a IN 390/04<sup>160</sup>.

A alíquota da CSLL é de 9% nos termos do art. 3º da Lei 7.689/88, redação dada pela Lei nº 11.727/08:

Art. 3º A alíquota da contribuição é de: (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008)

I -15% (quinze por cento), no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, das de capitalização e das referidas nos incisos I a VH, IX e X do § 19 do art. 19da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; e (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

II - 9% (nove por cento), no caso das demais pessoas jurídicas. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

### **3 ANÁLISE E APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DO ESTUDO DE CASO**

A empresa analisada é do segmento industrial e está localizada no município de Canoas no estado do Rio Grande do Sul e está constituída sob a forma de sociedade empresária Ltda com capital nacional, iniciando suas atividades em meados de maio/2012.

Entre outras, uma das atividades econômicas é a fabricação de componentes eletrônicos. No período em análise, anos 2014 e 2015 seus impostos foram calculados sob o regime de apuração Lucro Real e apura seus impostos e contribuições sob a sistemática do não cumulativo, onde conforme legislação vigente se aplica as seguintes alíquotas sobre os tributos que serão estudados:

---

160 IN 390/04, Dispõe sobre a apuração e o pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

**Tabela 1**  
*Alíquotas aplicadas*

Nome do Tributo	Alíquota	Base de Cálculo
IPI	5% a 20%	Valor mercadoria
PIS	1,65%	Faturamento ou Receita
COFINS	7,60%	Faturamento ou Receita
IRPJ	15%	Lucro Real
Adicional do IRPJ	10%	Excedente do Lucro Real
CSLL	9%	Lucro Real

### 3.1 O IPI e as Contribuições Sociais sobre o Faturamento: PIS e COFINS

O quadro abaixo representa o faturamento correspondente a venda de produtos revendidos e de fabricação própria. Em 2014, este faturamento representou 49% do faturamento total de produtos, já em 2015 esta participação reduziu em 2%.

**Tabela 2**  
*Faturamento total de Produtos (R\$)*

	2014	%	2015	%
Revenda de Mercadorias	460.245,43	51%	667.158,16	53%
Produtos de Fabricação própria	445.942,53	49%	590.808,69	47%
<b>Total</b>	<b>906.187,96</b>	<b>100%</b>	<b>1.257.966,85</b>	<b>100%</b>

O fato gerador do IPI ocorre no momento que o produto sair de estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial. A base de cálculo será o valor total da operação, ou seja, o preço de venda. As alíquotas do IPI aplicadas aos produtos industrializados estão em conformidade com a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produto Industrializado (TIPI) e no estudo aplicado podem variar de 5 a 20%, conforme sua classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).

Desta forma, na tabela abaixo se observa que o valor do IPI representa na média 11% do valor do total da

receita da venda dos produtos de fabricação própria, contra 7,85% das contribuições sociais, ou seja, os IPI tem impacto de 28,63% superior que as contribuições.

**Tabela 3**  
Valores apurados do IPI, PIS e COFINS (R\$)

	2014		2015	
Receita da Venda Prod. Fabricação própria	445.942,53		590.808,69	
Base de cálculo IPI	401.861,55		520.700,73	
Valor do IPI s/ vendas	44.080,98	10%	70.107,96	12%
Base de cálculo do PIS e COFINS	371.353,97		511.073,58	
Valor do PIS s/vendas	6.127,34	1,4%	8.432,71	1,4%
Valor do COFINS s/ vendas	28.222,96	6,3%	38.841,59	6,6%
<b>TOTAL IPI e CONTRIBUIÇÕES</b>	<b>78.411,22</b>	<b>18%</b>	<b>117.382,27</b>	<b>20%</b>

Importante ressaltar, que a diferente entre as bases de cálculo deve-se ao da legislação permitir a dedução dos valores pagos a título de IPI e de ICMS-ST, destacados em nota fiscal, da base de cálculo do PIS e da COFINS.

### **3.2 As Contribuições Sociais sobre o Faturamento: PIS e COFINS e sobre o Lucro: CSLL**

Independente do regime de apuração adotada pela empresa, o empregador deverá contribuir com no mínimo três contribuições sociais, conforme dispõe o art.195, I, CF: a contribuição patronal sobre a folha de pagamento; a contribuição sobre o faturamento PIS e COFINS e por último a contribuição sobre o lucro, a soma dos percentuais totaliza 38,25% incidente sobre as diversas operações da empresa.

Na tabela abaixo e nas seguintes, como forma de uniformizar a análise, foi adotada como referência a receita bruta total<sup>161</sup> para valorizar o impacto financeiro em relação aos tributos apurados. Importante ressaltar

<sup>161</sup> Faturamento total da empresa, considerando a venda e revenda de produtos e a prestação de serviço.

que a base de cálculo para apuração do PIS e a COFINS é o faturamento, e para o CSLL o lucro da empresa.

**Tabela 4**  
Valores de contribuições sociais (R\$)

	2014	%	2015	%
Receita Bruta Total	6.911.024,10		8.144.281,92	
PIS	111.036,29	1,6%	131.385,28	1,6%
COFINS	511.243,30	7,4%	605.155,69	7,4%
CSLL	86.958,68	1,3%	60.187,64	0,7%
<b>Total</b>	<b>709.238,27</b>	<b>10,3%</b>	<b>796.728,61</b>	<b>9,8%</b>

Desta análise, interpretamos o alto impacto que a contribuição do PIS e da COFINS tem sobre o resultado da empresa, a incidência de 9%, contra apenas 1,3% da CSLL. Pois a soma destas duas contribuições totaliza 10,3%. Importante enfatizar que deste produto nenhuma parcela é repassada para Estados, Distrito Federal ou Municípios, o produto desta arrecadação é de uso exclusivo da União.

### 3.3 Os Impostos Federais versus Contribuições Sociais sobre o Faturamento e o Lucro

No cenário abaixo apresentado, é possível diagnosticar o real impacto que os impostos federais e as contribuições representam no resultado financeiro da empresa.

**Tabela 5**  
Impacto dos impostos federais e contribuições Sociais (R\$)

	2014	%	2015	%
Receita Bruta Total	6.911.024,10		8.144.281,92	
<b>Impostos Federais</b>				
IPI	44.080,98	0,6%	70.107,96	0,9%
IRPJ	144.859,69	2,1%	100.296,54	1,2%
Adicional do IRPJ	72.578,13	1,1%	42.884,36	0,5%
<b>Total</b>	<b>261.513,80</b>	<b>3,8%</b>	<b>213.288,85</b>	<b>2,6%</b>
<b>Contribuições Sociais</b>				
PIS	111.036,29	1,6%	131.385,28	1,6%
COFINS	511.243,30	7,4%	605.155,69	7,4%
CSLL	86.958,68	1,3%	60.187,64	0,7%
<b>Total</b>	<b>709.238,27</b>	<b>10,3%</b>	<b>796.728,61</b>	<b>9,8%</b>

Apresentados de forma agrupada, por tipo de tributo, identificamos que no ano de 2014 as contribuições sociais representaram 171% mais que os impostos federais no resultado. Da mesma forma que o ano de 2015, onde aos valores apurados com esta contribuição superou os 279%.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arrecadação de tributos é fundamental para a existência do Estado. Tanto é assim que as receitas correntes, oriunda das receitas tributária e de contribuições, representam 42% do total de receitas da União em 2015<sup>162</sup>, sendo a principal fonte de receita da União.

Todavia, os impostos arrecadados pela união têm suas receitas repartidas mas as contribuições sociais, que por mecanismos legais contrariam o princípio geral da sua destinação específica, têm elas valor totalmente destinado à união.

E daí porque a união o impacto financeiro do pagamento de contribuições sociais foi mais sentido na pessoa jurídica analisada, como o é, em demais casos. A união foca sua arrecadação com mais vigor nas contribuições sociais porque não tem o valor do produto arrecadado repartido.

E mais, sendo as contribuições sociais o foco da arrecadação, não há transparência para os contribuintes que adquirem produtos e serviços. As pessoas jurídicas, como esta objeto do estudo, contribuem com valores muito superiores ao impostos que poderiam dar retorno na comunidade local, e as pessoas físicas, cidadãos, não têm meios de rastrear o impacto financeiro dessas contribuições sociais.

Nesse sentido é que se traz à luz o problema da Lei n. 12.741/2012, editada com o objetivo de disciplinar o art. 150 §5º da CF/88, para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços e minimizar os anseios da socie-

---

162 Informação extraída do Portal da Transparência, disponível em: <http://transparencia.gov.br/#>>. Acesso em 06/06/2016.

dade e alterar o inciso III do art. 6º da Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor.

O art. 1º, § 5º, também indica quais os tributos que deverão ser informados impressos em notas ou cupons fiscais, ICMS, IPI, IOF, PIS, COFINS e o CIDE. No entanto, esta informação não reflete a realidade, pois conforme foi apresentado, apenas três tributos dos seis tributos estudados possuem como base de cálculo o preço de venda, são eles: IPI, PIS e COFINS, todos os demais impostos não são possíveis precisar no momento da emissão da nota ou cupom fiscal, pois requerem cálculos complexos, com dados da atividade econômica da pessoa jurídica.

Portanto, caso a ideia de reforma tributária seja examinada, devem ser abordados, como se fez aqui, com dados empíricos, pontos como a transparência real da tributação e a possibilidade de os cidadãos poderem rastrear as fontes de arrecadação. É preciso chamar a atenção, com vistas a alterar esse estado de coisas, para o impacto financeiro até 279% maior das contribuições sociais sobre a atividade econômica em relação aos impostos, tudo arrecadado exclusivamente pela união, sem a devida destinação específica das contribuições.

Conclui-se que as pessoas jurídicas pagam impostos, mas pagam muito mais contribuições sociais sobre sua atividade econômica para a união, valores que não são repartidos com as entidades federativas locais que realmente executam as políticas públicas como de saúde, educação, segurança.

## REFERÊNCIAS

BARTINE, Caio. **Prática Tributária**. 3ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2014.

CARNEIRO, Claudio. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Francisco Leite. **Direito Tributário**. 2ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2015.

FABRETTI, Láudio Camargo. e FABRETTI, Dilene Ramos. **Direito Tributário para os Cursos de Administração e Ciências Contábeis**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito Machado. **Curso de Direito Tributário**. 36ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do Direito Tributário**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 16ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PAULSEN, Leandro; VELOSSO, Andrei Pitten. **Contribuições: teoria geral. Contribuições em espécie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Tributos - Teoria Geral e Espécies**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

# INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: NATUREZA JURÍDICA, PRESSUPOSTOS E PROCEDIMENTO.

INCIDENT REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION: LEGAL NATURE, ASSUMPTIONS AND PROCEDURE.

Hélio Fagundes Medeiros<sup>163</sup>

**Resumo:** A recente aprovação do Novo Código de Processo Civil apresentou uma significativa mudança em relação ao julgamento de casos repetitivos em nosso sistema processual. A nova legislação positivou o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas como técnica de solução de processos de litigiosidade de massa, somando-se a outros já existentes, tais como: a) a súmula vinculante; b) o recurso extraordinário repetitivo, c) recurso especial e recurso de revista repetitivos; d) a improcedência liminar do pedido, dentre outros. O fenômeno de litigância de massa é muito comum em relação à Fazenda Pública, razão pela qual o estudo desta nova técnica ganha relevância neste momento.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

**Abstract:** *The recent approval of the new Civil Procedure Code introduced a significant change in relation to the trial of repetitive cases in our court system. The new legislation positive the repetitive demands Resolution incident as mass litigation process solution technique, adding to the existing ones, such as: a) the binding precedent; b) repetitive extra-*

---

163 Procurador Municipal de Porto Alegre, Especialista em Direito Municipal. E-mail: heliofm@dmae.prefpoa.com.br

*ordinary appeal, c) special appeal and repeated the appeal; d) the injunction refusing the application, among others. The mass claims phenomenon is very common in relation to the Treasury, which is why the study of Repetitive Demand resolution of incident becomes relevant at this time.*

**Keywords:** *New Code of Civil Procedure. Repetitive Requests Incident*

## INTRODUÇÃO

O fenômeno da litigância em massa tem se intensificado nas últimas décadas, com acentuada sobrecarga do Poder Judiciário, provocando, por sua vez, inúmeros problemas. Em grande parte dessas demandas, a Fazenda Pública figura como parte na relação processual, o que a caracteriza como litigante habitual. Este quadro patológico de massificação de processos implicou na positivação de diversas técnicas processuais no intuito de dar solução coletiva às demandas em que houvessem similitude fática e jurídica, de forma a impedir a aplicação não isonômica do direito.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a necessidade de atender uma crescente litigiosidade, positivou em seu art. 976 o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, coexistindo com diversos mecanismos similares já existentes, tais como: a) a súmula vinculante; b) o recurso extraordinário; c) recurso especial e recurso de revista repetitivos; d) a improcedência liminar do pedido, dentre outros. Diante da relevância da matéria é necessário estudar o conceito, os critérios de aplicação, o procedimento de instauração e de julgamento deste novo instrumento processual.

O presente artigo tem por objetivo estudar o perfil dogmático do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sem perder atenção aos direitos e garantias processuais fundamentais. Para tanto, será feita breve incursão no quadro de demandas repetitivas no Brasil, demonstrando o grau endêmico de litigiosidade em nosso país. Após a fixação do panorama estatístico

referido, será feita uma abordagem teórica sobre o incidente, estabelecendo seu conceito, seu objeto, seus requisitos e, por fim, seu processamento.

## 1 DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL

O Brasil vem passando por grandes transformações na economia e em sua estrutura social, caracterizando-se por uma sociedade massificada e de relações jurídicas complexas.<sup>164</sup> Tais mudanças causaram uma significativa multiplicação de processos judiciais, desafiando o Poder Judiciário e colocando à prova o direito processual civil como instrumento importante na prestação da tutela jurisdicional.<sup>165</sup>

Atualmente tramitam 99,7 milhões de processos no Poder Judiciário brasileiro, em sua ampla maioria em primeiro grau, problema que o Estado tem encontrado dificuldade em solucionar.<sup>166</sup> Recentemente o Conselho Nacional de Justiça publicou o Edital de Seleção nº 01/2009, através do qual propôs uma parceria entre o Poder Judiciário e a comunidade acadêmica. Formou-se dessa forma uma parceria com a finalidade de realizar tanto um diagnóstico sobre os problemas na prestação jurisdicional quanto obter propostas para seu aperfeiçoamento. Essa soma de esforços deu origem ao trabalho intitulado de “Demandas Repetitivas e a Morosidade da Justiça Brasileira”, que diagnosticou as causas de aumento de demanda judiciais cíveis.

No estudo, realizou-se o mapeamento das demandas repetitivas e ainda a proposta de soluções processuais e gerenciais à morosidade da justiça.<sup>167</sup> A pesquisa realizada ainda diagnosticou que, além da conscienti-

164 CARNEIRO, Leonardo. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 204.

165 CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.150.

166 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisducao/dados-estatisticos-priorizaca>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

167 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisducao/dados-estatisticos-priorizaca>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

zação dos cidadãos sobre seus direitos, existem outros canais que incentivam a judicialização de conflitos no Brasil, tais como o setor público, criando direitos sem a devida regulamentação; a advocacia, buscando novos campos de atuação; e a mídia, exercendo o seu papel no esclarecimento aos cidadãos sobre os seus direitos.

Dentro deste quadro endêmico de demandas ajuizadas, existe um grande número que reflete uma homogeneidade fática e/ou jurídica em seu conteúdo que colocam em risco a aplicação uniforme do direito e, conseqüentemente, a sua credibilidade. Nas ações dessa natureza, o Estado não deve proporcionar uma solução individualizada dos conflitos subjetivos, visto que pode criar um ambiente de incerteza por meio de decisões judiciais divergentes, dando origem à chamada jurisprudência lotérica.<sup>168</sup>

Atualmente, em plena vigência de um Estado constitucional, “o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa, a formação e o respeito aos precedentes<sup>169</sup>”. A par deste entendimento, tem-se que admitir que o direito de ação possui um conteúdo muito mais complexo do que supomos, tendo, na verdade, uma acepção material de acesso à justiça.

Segundo Nelson Nery Júnior, “pelo princípio constitucional do direito de ação, além do processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada<sup>170</sup>”. O acesso à justiça não representa, portanto, o simples poder de ajuizar uma ação ou de apresentar defesa, mas sim o direito a uma tutela jurisdicional efetiva na sua dimensão qualitativa.

Os autores Mauro Capelletti e Bryant Garth indicam três soluções para o acesso à justiça, denominadas de ondas renovatórias. A primeira trata da assistência ju-

---

168 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 186, abr. 2001, p.108-128.

169 MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19.

170 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 174.

diciária; a segunda, da representação jurídica para interesses difusos; e a terceira recebeu o nome de enfoque de acesso à justiça.<sup>171</sup>

A terceira onda renovatória deteve a concepção mais ampla de acesso à justiça, e teve por escopo instituir técnicas processuais adequadas a fim de preparar melhor os aplicadores do direito. Percebe-se claramente que o acesso à justiça nada mais representa que o direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva,<sup>172</sup> alcançada principalmente pela instituição de técnicas processuais capazes de dar amparo à pretensão levada a juízo.

Partindo dessa compreensão, a adoção de técnicas processuais capazes de contingenciar o crescente surgimento de demandas repetitivas vem atender ao anseio de propiciar ao cidadão o acesso a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. O Estado, para prestar uma tutela jurisdicional adequada, deve concretizar o tratamento isonômico a todos que estiverem em posições idênticas, atendendo à segurança jurídica, cujas premissas repousam na previsibilidade e na cognoscibilidade do direito.<sup>173</sup>

A nossa legislação processual tem sido sensível às necessidades acima descritas, razão pela qual vem progressivamente positivando técnicas de resolução de conflitos de massa como meio de combater a pulverização de conflitos desta natureza.<sup>174</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 já contemplava diversos mecanismos no sentido de combater processos repetitivos, tais como a) técnicas de recursos repetitivos; b) improcedência liminar do pedido; c) pedido de uniformização de interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Federais; d) pedido de uniformização da lei no âmbito dos Juizados Especiais da

---

171 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 1-15.

172 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 743.

173 CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 155.

174 TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 37.

Fazenda Pública; e) suspensão de segurança em várias liminares em casos repetitivos.<sup>175</sup>

O Novo Código de Processo de Processo Civil avançou, uma vez que criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com previsão no art. 976 e seguintes. O recente instituto possui um perfil dogmático próprio, cujas bases científicas merecem estudo para que a sua aplicação não seja desvirtuada, ou confundida com outros métodos de resolução de demandas repetitivas já existentes.

## 2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE

Antes de adentrarmos no estudo sobre o IRDR, tem-se que ter conhecimento do significado de demanda repetitiva. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 928, assim dispõe:

Art. 928. Para fins deste Código considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

- I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
- II - recurso especial e extraordinário repetitivos [...].<sup>176</sup>

O enunciando do art. 928 não contribuiu com maiores esclarecimentos sobre a matéria, uma vez que abordou tão somente o conceito de julgamento de casos repetitivos, cujas premissas teóricas não podem servir como critério para estabelecer conceito de demanda repetitiva. A ausência de uma definição técnica para esse tema também perdura nas demais disposições do có-

175 CARNEIRO, Leonardo. **A fazenda pública em juízo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 209/2011.

176 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/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2016.

digo, gerando insegurança para quem pretenda instaurá-lo.

Embora não haja um conceito legal expresso, é possível, através do estudo mais minucioso dos artigos sobre IRDR, extrair a sua finalidade, por conseguinte estabelecer o conceito de “demanda repetitiva”. Para fins de instauração do incidente são consideradas demandas repetitivas todas aquelas que apresentarem a existência de questões comuns, de direito processual ou material, ainda que estas questões não representem a principal controvérsia do conflito subjetivo.<sup>177</sup>

Percebe-se que não há exigência de uma relação jurídica padrão e muito menos de similitude entre pedido e causa de pedir. Apenas é relevante que a controvérsia sobre uma questão unicamente de direito se repita em vários processos.

O termo “demanda repetitiva” utilizado pelo Código possui pouco rigor científico, visto que para a instauração do IRDR não é imprescindível que haja identificação entre a causa de pedir e o pedido. Somente é necessária a existência de questões jurídicas de origem comum/homogêneas, as quais poderão ser totalmente desvinculadas de quaisquer dos elementos da demanda.

Assim, o nome mais adequado para o instituto seria “Incidente de Resolução de Questões Repetitivas”. Estabelecido o conceito de demanda repetitiva, cabe referir que o novo instituto não possui natureza jurídica de ação autônoma ou recurso, mas sim de um verdadeiro incidente processual, razão pela qual não serve para julgamento de “demanda”.

Embora o Novo Código de Processo Civil não adote um enunciado explícito é possível, por meio de um estudo minucioso de seus artigos, afirmar que o objeto do IRDR é unicamente fixar tese jurídica, tratando-se de um processo meramente objetivo.

José Miguel Garcia Media refere que “busca-se com o incidente, a definição, a fixação (ou afirmação) e a

---

177 TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 69.

adoção de uma tese<sup>178</sup>. Este entendimento também é compartilhado por José Maria Rosa Tesheiner porquanto afirma que “no incidente de demandas repetitivas, nada se julga, apenas fixa-se a interpretação sobre determinada tese<sup>179</sup>”. Logo, há apenas a fixação da tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto.

Este entendimento decorre dos seguintes fundamentos: a) no IRDR apenas há resolução de questão de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da causa; b) a desistência do que seria a “causa-piloto” não impede o julgamento do incidente, o que demonstra total desvinculação da relação jurídica de direito material que deu origem ao litígio; c) a natureza objetiva é mais adequada para a fixação da tese às demandas fundadas na mesma questão.<sup>180</sup> Marcos de Araújo Cavacalti também advoga no sentido de que o julgamento do incidente decorre de uma decisão abstrata que apenas fixa a tese jurídica.<sup>181</sup>

O argumento mais contundente, entretanto, é justamente a sua natureza de incidente processual, e como tal não se dedica a julgar a pretensão das partes. Somente se tivesse a natureza de ação autônoma ou de recurso, o IRDR teria a possibilidade de julgar a causa. No processo que lhe deu origem haverá a decisão que julgará a causa com a aplicação da tese firmada. Haverá, portanto, uma decisão no incidente, esta abstrata, e outra decisão no processo principal, esta concreta, ou seja, haverá uma divisão cognitiva.

Portanto, estamos tratando de um incidente processual que não encerra qualquer litígio, isto é, não confere o bem da vida à parte, mas apenas fixa a tese jurídica de questão unicamente de direito em julgamento de casos

---

178 MEDINA, José Miguel García. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1414.

179 ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; LEITE, Eduardo Arruda (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1130.

180 TERMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 72.

181 CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 228.

repetitivos, não havendo julgamento do pedido.<sup>182</sup> Em resumo, o IRDR provoca o julgamento coletivo e abstrato das questões unicamente de direito, que sejam homogêneas, identificadas em casos repetitivos.

### 3 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 976, estabeleceu como pressupostos para instauração do IRDR os seguintes requisitos: a) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No entanto, o Novo Código também estabeleceu como requisito necessário a pendência de julgamento de causa repetitiva no Tribunal. Quanto à primeira exigência, temos a dizer que não se exige um grande volume de processos em tramitação.<sup>183</sup>

A exigência de efetiva repetição de processos está diretamente relacionada com a necessidade de que a questão de direito controvertida tenha sido amplamente debatida. A efetiva repetição de processos também deve coexistir com o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica decorrente de decisões judiciais díspares, caso contrário não haverá o que prevenir.<sup>184</sup> A nossa legislação processual também aponta como requisito para a instauração do IRDR que a questão seja unicamente de direito.

Um dos temas mais tormentosos no direito processual civil se refere justamente em estabelecer uma precisa distinção entre questões de fato das questões de direito, uma vez que a própria estrutura das normas jurídicas possui um suporte fático. Não existem questões

---

182 TERMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 68.

183 FPPC, Enunciado nº 87: "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de segurança jurídica".

184 NERYJÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 68.

unicamente de direito, tendo em vista que o fenômeno jurídico é composto de fato e de direito.

Embora as questões de direito e de fato sejam partes integrantes do mesmo fenômeno jurídico, o aspecto problemático deste quadro pode incidir sobre questões que sejam preponderantemente de fato ou de direito, o que permite fazer uma distinção entre ambas, aceitando a existência de um juízo de preponderância de uma e outra em cada situação.<sup>185</sup> Esse juízo é um critério seguro para análise se a questão jurídica considerada como repetitiva for classificada como unicamente de direito ou de fato.

Para fins de instauração do IRDR, uma questão será unicamente de direito se o magistrado estiver voltado para análise de uma questão jurídica que seja preponderantemente de direito.<sup>186</sup> Será possível, portanto, identificar uma questão de direito pelo juízo de preponderância.

Pode-se dizer que uma questão é unicamente de direito quando apresentar as seguintes características: a) a controvérsia for sobre como deve ser entendido o texto normativo e quais as consequências jurídicas daí extraídas; b) qual é norma aplicável a determinada situação fática; e c) a compatibilidade entre o texto normativo e outras normas da Constituição.<sup>187</sup>

A par do critério acima citado, também é possível afirmar que uma questão é exclusivamente de direito quando o fundamento posto em dúvida no processo é de direito, e os fatos com ele relacionados não necessitam ser provados, valorados ou não são controvertidos.<sup>188</sup> Logo, no IRDR não serão apurados se ocorreram determinados fatos e circunstâncias, mas apenas a apli-

185 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Distinção entre questões de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.43, p.33, out. 2006.

186 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1552

187 DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 527.

188 MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Decisão de Questão Idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 83.

cação do texto normativo e as suas consequências, ou seja, não pode haver controvérsia sobre os fatos; a controvérsia é apenas sobre o direito.<sup>189</sup>

Outro pressuposto para a instauração do IRDR é a necessidade de causa pendente no Tribunal, o que decorre de sua própria natureza de incidente processual, que necessariamente deverá estar vinculado a um causa pendente de julgamento. Neste sentido, o Enunciado nº 344 do Fórum Permanente Processualistas Civis: “A instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pressupõe a existência de processo pendente no Tribunal”.

Para uma melhor compreensão dos requisitos explicados, citamos o seguinte exemplo: no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tramitam 1.700 ações judiciais, cuja pretensão é a condenação do Município de Porto Alegre ao pagamento de diferenças remuneratórias decorrentes da conversão dos vencimentos dos servidores em URV, cujos pronunciamentos judiciais têm oscilado ora pela aplicação da prescrição de fundo de direito, ora pela prescrição quinquenal.

As decisões divergem sobre questão unicamente de direito (prescrição), são repetitivas (1.700 ações), causam violação à isonomia e à segurança jurídica (decisões conflitantes), e também muitas delas já se encontram em fase recursal, havendo, portanto, causa pendente no Tribunal.

Diante desse caso emblemático e de grande repercussão no Município de Porto Alegre, a Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre suscitou, de forma pioneira, a instauração do primeiro IRDR proposto pelas partes no Estado Rio Grande do Sul.<sup>190</sup>

---

189 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio. Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1035.

190 A tramitação do Incidente de resolução de demandas repetitivas recebeu o número Themis: 70071388250, podendo ter a sua tramitação acompanhada pelo seguinte endereço eletrônico: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>

## 4 PROCEDIMENTO

O pedido de instauração poderá ser requerido pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, por petição; pelo Ministério Público e Defensoria Pública, também por petição (art. 977 do CPC/2015). Também não há impedimento para que o Colegiado delibere pela instauração do incidente, ainda que o relator reste vencido.<sup>191</sup>

O pedido de instauração deverá ser instruído com os documentos indispensáveis para demonstração do preenchimento de seus requisitos. É importante salientar que havendo mais de um pedido de instauração sobre a mesma questão de direito todos deverão apensados e processados conjuntamente.<sup>192</sup>

O incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal (art. 977 do CPC/2015), que distribuirá o incidente a um relator que compõe o órgão colegiado de uniformização de jurisprudência (art. 978 do CPC/2015).

Feita a distribuição, o colegiado fará o juízo de admissibilidade, momento em que será feita a delimitação provisória do objeto do incidente.<sup>193</sup> No juízo de admissibilidade, o colegiado não poderá restringir a admissão do IRDR a determinadas questões de direito em detrimento de outras.<sup>194</sup> A decisão deverá ser necessariamente colegiada e irrecorrível, salvo a possibilidade de interposição de embargos de declaração.<sup>195</sup>

191 TALAMINI, Eduardo. Incidente de resolução de demandas repetitivas: pressupostos. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047/Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 25 set. 2016.

192 FPPC, Enunciado nº 89: “Havendo mais de um pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo Tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas”.

193 TERMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 68.

194 FPPC, Enunciado nº 89: “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por fundamento, restrinja seu cabimento”.

195 FPPC, Enunciado nº 91: “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão

É importante que nessa fase seja dada a oportunidade para que se manifestem tanto às partes integrantes do processo originário quanto aos legitimados à tutela de direitos dos excluídos, visando a oferecer espaço para delimitação da questão logo no início do processo, porquanto qualquer desvirtuamento poderá ensejar violação ao contraditório.<sup>196</sup>

Se o relator verificar que os documentos anexados são insuficientes, mas que indiquem fortes indícios de que as alegações sejam verdadeiras, poderá, neste caso, aplicar por analogia o art. 982, inciso II, colhendo informações como forma de complementar o acervo probatório. Tal postura encontra fundamento nos poderes instrutórios do juiz e na primazia do julgamento de mérito.

Admitido o incidente, o relator adotará três medidas: a) suspenderá os processos pendentes individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na Região, conforme caso; b) poderá requisitar informações ao órgão cujo juízo tramita o processo no qual se discute o objeto do incidente.

A suspensão dos processos é decorrência automática da admissão, prescindindo do preenchimento de qualquer outro requisito, cuja extensão atinge os juizados especiais.<sup>197</sup> Embora a suspensão seja efeito automático do juízo de admissibilidade, é necessário, no entanto, que as partes sejam intimadas pelo juízo titular do processo antes da suspensão propriamente dita.

A intimação tem por finalidade dar chance aos afetados de demonstrarem a distinção de seus casos, bem como dar plena ciência do incidente,<sup>198</sup> visto que o ob-

---

monocrática”.

FPPC, Enunciado nº 556: “É irrecurável a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, rejeita a instauração de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento de embargos de declaração”.

196 MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Decisão de Questão Idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 61.

197 FPPC, Enunciado nº 93: “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo Estado ou Região

198 FPPC, Enunciado nº 348: “Os interessados serão intimados da suspensão de seus

jeto do incidente poderá não corresponder à matéria debatida no processo de determinado litigante. Logo, a intimação permitirá à parte que realize o pedido de distinção, cuja decisão poderá ser atacada por agravo de instrumento.<sup>199</sup>

Realizada a admissão, haverá ampla divulgação do IRDR para que a sociedade saiba que determinada questão de direito está sendo submetida a debate, possibilitando a participação dos interessados na elaboração da tese jurídica (art. 978 do CPC/2015).

Após à ampla divulgação haverá a delimitação definitiva do objeto, tendo em vista que somente nesse momento o colegiado terá melhores subsídios para identificar com precisão a questão de direito debatida.<sup>200</sup> Entretanto, cabe mencionar que o colegiado deve respeitar o princípio da congruência, sendo vedado ao órgão julgador conhecer teses sobre outras questões diversas, caso contrário a decisão será nula por violação ao contraditório.<sup>201</sup>

Estabelecida a delimitação definitiva do objeto, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 983 do CPC/2015).

O relator ouvirá as partes do processo originário; os legitimados dos direitos dos litigantes excluídos, denominados de representantes adequados, os interessados, que intervirão como *amicus curiae*.<sup>202</sup>

O Novo Código é digno de crítica em relação à atenção que dispensou à participação dos sujeitos proces-

---

processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou Tribunal onde tramitem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos”.

199 TERMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 122.

200 TERMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 127.

201 CABRAL, Antônio Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.1439.

202 MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Decisão de Questão Idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

suais no procedimento do incidente, tema que deveria, na verdade, ser o “coração” do procedimento. Sem a devida participação dos sujeitos processuais, será aberto um perigoso caminho para desvirtuamento do instituto e para violação de direitos e garantias processuais fundamentais. A fase de instrução e de debate foi tratada praticamente em um único dispositivo (art. 983 do CPC/2015), o que representa uma grave aglutinação da atividade de cognição, entrando em contradição com a próprio finalidade do instituto.

Nem a previsão de audiência pública não elide a possibilidade de desvirtuamento do IRDR, visto que nem toda questão de direito é passível de investigação diferenciada, com a necessidade de esclarecimento de especialistas.<sup>203</sup> Assim, mesmo com a previsão de realização de audiência pública, há grandes chances de violação ao contraditório e conseqüente nulidade da decisão.

Ouidas as partes e realizadas a diligências necessárias, será designada pelo relator a sessão de julgamento do IRDR. No julgamento, relator fará exposição breve sobre o objeto do incidente, dando, em seguida, a possibilidade ao Ministério Público, às partes e aos demais interessados a possibilidade de realizarem sustentação oral (art. 984 do CPC/2015).

No entanto, deverá o relator descrever não somente a questão que será objeto do incidente, mas também os fundamentos que foram lançados pelas partes. Caso o colegiado pretenda resolver a controvérsia apoiado em outro fundamento, deverá, neste momento, explicitá-lo de modo que possibilite às partes o exercício do contraditório, evitando a chamada decisão surpresa, combatida explicitamente no Novo Código de Processo Civil (art.10 do CPC/2015).<sup>204</sup>

Outro ponto de grande relevância se refere à fundamentação do acórdão que fixar a tese no IRDR. A deci-

---

203 \_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Decisão de Questão Idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

204 \_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Decisão de Questão Idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.

são deverá enfrentar todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, ao resultado do julgamento<sup>205</sup> (art. 984, § 2º do CPC/2015). No entanto, o dever de fundamentação tal como exigido na decisão que julga o incidente não será o mesmo em relação às decisões que aplicarem a tese firmada.<sup>206</sup>

Julgado o incidente, será aplicada a tese a todos os processos individuais e coletivos, presentes e futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na mesma área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 985 do CPC/2015), inclusive aos juizados especiais. Contra a decisão que desrespeitar a tese firmada, caberá reclamação ao Tribunal (art. 985, § 1º do CPC/2015).

Convém ressaltar que o respeito à tese não retira a liberdade do juiz, visto que continuará julgando seus processos com ampla discricionariedade, analisando os demais argumentos das partes e as provas dos autos. Quer dizer, aplicar a tese firmada não significa que haverá solução do litígio, retirando a liberdade do juiz, tendo em vista que a questão de direito pode se referir a apenas um aspecto do processo, como, por exemplo, a necessidade ou não de produção de prova pericial.

Da decisão que julgar o incidente, caberá recurso especial ou extraordinário, os quais impedirão que a decisão produza seus efeitos, uma vez que são dotados de efeito suspensivo (art. 987 do CPC/2015). Por fim, a tese poderá ser revisada de ofício ou a requerimento dos legitimados (art. 986 do CPC/2015).

## CONCLUSÃO

A crescente demanda de ações judiciais tem sido um grande desafio na prestação da tutela jurisdicional.

205 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1564.

206 FPPC, Enunciado nº 524: “O art. 489, § 1º, inciso IV não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”.

Após décadas de profundas mudanças na sociedade, a massificação de litígios judiciais se intensificou, tornando-se algo comum e aparentemente sem solução.

O Estado se mostrou impotente, visto que mesmo diante deste quadro endêmico continuou a tratar o tema sem planejamento e de forma individualizada. Adotou durante muito tempo uma postura conservadora frente à massificação de processos, fornecendo soluções díspares para litigantes de casos idênticos, causando um desprestígio do Poder Judiciário.

Diante deste quadro de profunda instabilidade jurídica e de massificação de litígios judiciais, o legislador deu início à positivação de diversas técnicas de solução de demandas repetitivas. Assim, a nossa legislação começou a alterar de paradigma, evoluindo de um método de solução individual de litígios para técnicas coletivas. O Novo Código de Processo Civil manteve os avanços do Código de 1973, entretanto avançou ao criar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O IRDR é um incidente processual que se destina a fixar tese jurídica sobre determinada questão de direito repetitiva que coloque em risco a segurança jurídica e a isonomia. O IRDR, portanto, não se destina a julgar a causa, mas fixar a tese jurídica aplicável, tratando-se de um processo de natureza objetiva, cujo processamento foi disciplinado nos arts. 977 e seguintes do Novo Código de Processo Civil.

O resultado do julgamento do incidente é a fixação de uma tese jurídica sobre questão unicamente de direito, que será aplicada em toda área de jurisdição do Tribunal, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais.

Não há dúvida de que pelo menos teoricamente o IRDR veio para atender aos anseios de uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Contudo, tal objetivo somente será alcançado se a sua aplicação ocorrer em harmonia com os direitos e garantias processuais fundamentais.

Caso seu processamento seja sumário e concentrado ao ponto de se construir uma tese “às escuras”, haverá apenas um “estelionato jurídico”. Será um instrumento parcial que se revelará em descompasso com a

Constituição Federal de 1988. Deste modo, somente o tempo nos revelará se o IRDR, efetivamente, atingirá a sua finalidade.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; LEITE, Eduardo Arruda (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1130.

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/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2016.

CABRAL, Antônio Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Leonardo. **A fazenda pública em juízo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAVALCANTI, Marcos Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.186, abr. 2001.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_; TALAMINI, Eduardo et al. Coords. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**: de 01, 02 e 03 de maio de 2015. Salvador: JusPodivm, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizaca>. Acesso em: 28 ago. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 68

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Decisão de Questão Idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: Pressupostos. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 25 set. 2016.

TERMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Distinção entre questões de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.43, out. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2016.

# CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: SISTEMA A SERVIÇO DO INDIVÍDUO, DA SOCIEDADE E DO DIREITO

JUDICIARY CONTROL OF CONSTITUTIONALITY:  
SYSTEM AT THE SERVICE OF THE INDIVIDUAL, THE  
SOCIETY AND THE LAW

Simone da Rocha Custódio<sup>207</sup>

**Resumo:** A proposta deste artigo é tratar do tema do controle de constitucionalidade com vistas à reflexão sobre as consequências da utilização desse importante mecanismo, na via judicial, para o mundo jurídico, para o indivíduo e para a sociedade. Noções gerais sobre Constitucionalismo e a consagração da Supremacia da Constituição serão, de início, abordadas. Com o objetivo de enfrentar questões, tais como a convivência com leis válidas no ordenamento jurídico, porém “declaradas” inconstitucionais e o fato de que a mesma lei pode ser aplicada para alguns e para outros ser afastada, por inconstitucionalidade, far-se-á análise geral do Sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade, por meio de apresentação de conceitos, modelos existentes, origens e pressupostos. A convivência entre controle judicial de constitucionalidade e os princípios da harmonia e separação dos poderes será trazida em seu contexto histórico. O controle na Constituição Federal de 1988, com especial enfoque no meio incidental ou difuso de

---

207 Especialista em Advocacia Pública e Direito do Estado □ Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procuradora do Município de Porto Alegre. Contato: simone@previmpa.prefpoa.com.br. Telefone (51) 3289 3536

controle de constitucionalidade e os efeitos dessas decisões e reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, o crescimento de meios a permitir o controle de constitucionalidade em tese, fortalecendo o controle abstrato, bem como o caráter expansivo das decisões do STF e a aproximação entre os modelos do sistema constituem pontos de estudos apresentados neste artigo. Breve abordagem será feita em relação ao regramento processual do novo Código de Processo Civil, de 2015, a normatizar o controle de constitucionalidade pela via difusa. Por fim, a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, constitui fonte essencial e especial a ser visitada.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Separação de Poderes. Modelo Difuso. Questão Incidental. Reserva de Plenário.

**Abstract:** *The purpose of this article is to address the control of constitutionality aiming to bring to a reflection on the consequences of the use of this important mechanism in the courts, either to the legal world, as well as to the individual and the society as a whole. General information on Constitutionalism and the acclaim of the Supremacy of the Constitution shall be initially addressed. In order to approach issues such as living with laws that are valid in the legal order, but are "declared" unconstitutional, and the fact that the same law can be applied to some while it may be ruled out as unconstitutional to others, a general analysis of the Judicial Control System of Constitutionality will be made, through the presentation of concepts, of existing models, backgrounds and assumptions. The coexistence of the judicial review of constitutionality with the principles of harmony and separation of powers will be approached in its historical context. There are important issues addressed in this article, such as the control in the Federal Constitution of 1988, with special focus on incidental or diffuse means of judicial review and the effects of those decisions and how they reflect on the Brazilian legal system; the growth means to allow the judicial review in theory, strengthening the abstract control, as well as the expansive character of the Supreme Court decisions and the rapprochement be-*

*tween the system models. A quick approach will be made in relation to the procedural rules enclosed in the new Civil Procedure Code (2015) to regulate the constitutional control by diffuse means. Finally, the jurisprudential interpretation of the Supreme Court on the subject is an essential and special source of study.*

**Keywords:** *Constitutionality Control. Separation of Powers. Diffuse Model. Incidental Question. Plenary Reserve.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, no intuito de buscar respostas e propostas para intrigantes questões que rondam o tema, em especial: a quem deve servir o controle judicial de constitucionalidade? o modelo adotado pelo Brasil está de “mãos dadas” com princípios eleitos pela sociedade?

Tendo aqui como premissas que: se a Constituição é a lei suprema de um Estado; se o ordenamento jurídico do Estado deve com ela estar em conformidade e se o Estado Democrático de Direito se rege por normas democráticas que visam ao bem comum (da sociedade) e têm como princípio a garantia dos direitos fundamentais da pessoa, por que ainda podemos conviver com leis válidas no ordenamento jurídico, porém “declaradas”<sup>208</sup> inconstitucionais? Por que a lei pode ser aplicada para alguns e para outros ser declarada inaplicável? Afinal, como lidar com sistema de controle que permite essa disparidade ao tempo em que sua própria aplicação busca preservar direitos?

O controle de constitucionalidade constitui meio para garantir a supremacia da Constituição Federal. Todavia, quando se está a tratar de normas constitucionais cuja interpretação dá margem a divergências ainda não dirimidas, de forma definitiva, pelo Corte Suprema do País (STF), temos que o julgamento de casos concretos,

208 Aqui me refiro à declaração no caso concreto, onde os efeitos da decisão alcançam somente as partes envolvidas, permanecendo a norma no ordenamento jurídico.

mediante aplicação do controle de constitucionalidade, via meio difuso, muito embora possa atender a anseios individuais de uma das partes (e porque não, efetivamente, alcançar a justiça buscada), derrama no sistema jurídico infraconstitucional “gotas insolúveis” que lá ficarão destacadas, até que (e se) o conteúdo diferencial que as colocam nessa condição seja dissolvido. Na presença de tais ocorrências fica fácil identificar situações à margem dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. Nesse ponto, estaria o atual modelo de controle difuso a permitir a escolha dos direitos individuais em detrimento da preservação de princípios constitucionais? Ou, ao contrário, está o judiciário a cumprir com seu papel de prestação jurisdicional e a abrir caminho para a integral preservação de valores escolhidos pela sociedade?

Para reflexão das questões postas, serão apresentadas noções gerais de Constitucionalismo, far-se-á análise geral do Sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade, por meio de apresentação de conceitos e modelos existentes, origens e seus pressupostos. A partir do sistema de controle judicial de constitucionalidade adotado pelo Estado Brasileiro, conforme a Constituição Federal de 1988, atenção especial será dada ao tradicional meio incidental ou difuso de controle judicial e aos efeitos dessas decisões e reflexos no ordenamento jurídico. A normatização do Controle incidental no Código de Processo Civil de 2015 e a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema de controle de constitucionalidade darão fecho à pesquisa exposta no presente artigo.

## **1 CONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Em sua essência, o termo constitucionalismo significa limitação de poder e supremacia da lei. Embora o nome sugira, nem sempre está ligado à existência de uma constituição escrita, a exemplo do que ocorre no Reino Unido. O ideal constitucionalista pode estar pre-

sente em Estado sem constituição escrita, bem como ausente em locais onde exista.<sup>209</sup>

Em um Estado constitucional:

[...] existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (checks and balances). Por fim, há as limitações processuais: órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, [...].”<sup>210</sup>

Somente por meio da história dos povos e de cada Estado é possível dizer da existência e em que estágio está o constitucionalismo.

Certo é que as marcas deixadas pela violência da segunda guerra mundial despertaram na grande maioria dos seres humanos a consciência de que a pessoa humana deve ser reconhecida como o primeiro dos valores. A liberdade e a igualdade das pessoas devem ser protegidos por toda a sociedade, como direitos inerentes à condição humana.<sup>211</sup>

O constitucionalismo é um movimento social

[...] implantado e desenvolvido através da história, tendo recebido a contribuição de elementos resultantes das elaborações de teoria política e

209 BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

210 Ibid., p. 27-28.

211 DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos**: da Idade Média ao Século XXI. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.139-140.

jurídicas, sendo hoje um instrumento fundamental para a implantação de sociedades humanistas e democráticas. O constitucionalismo não foi o resultado de alguma proposição teórica abstratamente formulada, mas resultou do reconhecimento de peculiaridades da pessoa humana, de necessidades e aspirações comuns a toda a humanidade, percebidos e explicitados, gradativamente, a partir de situações concretas.<sup>212</sup>

Após discorrer sobre o conceito polêmico de Constituição escrita, ligada à doutrina liberal, diz o professor Ferreiro Filho que o movimento político e jurídico, denominado Constitucionalismo

[...] visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas. Confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha para o século XIX e nos primeiros três lustros do século XX foi triunfal. Ou pela derrubada dos tronos, ou pela “outorga” dos monarcas, um a um, todos os Estados europeus adotaram Constituição.”<sup>213</sup>

Em artigo sob o título “Divisão do Poder e Partidos Políticos”, Jorge Miranda, recorda para nós, independentemente das disputas doutrinárias, as grandes aquisições do constitucionalismo moderno, do Estado de Direito ou do rule of law:

[...]  
- o princípio representativo, por envolver dissociação entre titularidade e exercício do poder (ao contrário do que se verifica na democracia directa e na monarquia absoluta);

---

212 Ibid., p. 349

213 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.37.

- a pluralidade de órgãos da função pública;
  - a independência dos tribunais e a sua reserva da função jurisdicional;
  - a atribuição das grandes decisões legislativas do Parlamento – tanto pelo seu carácter electivo e pluralista quanto pelo seu procedimento;
  - o controlo judicial da legalidade dos actos administrativos e da constitucionalidade das leis.
- [...].”<sup>214</sup>

A supremacia constitucional foi consagrada a partir do surgimento das Constituições escritas. Em período anterior, porém, já era possível identificar a supremacia de determinadas leis sobre outras. Das características do constitucionalismo antigo podemos ressaltar: texto não codificado; surgimento do Parlamento; não responsabilização do Soberano por descumprir normas constitucionais; exigência de normas pelo “povo” (nobres); noção restrita: garantia exclusiva dos direitos fundamentais (limitados); prevalência do Parlamento (“impossibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares”). Do Constitucionalismo moderno vale salientar: texto escrito; existência de Poder constituinte originário e proteção dos interesses de uma comunidade (social); vinculação de todos os Poderes do Estado à supremacia da Constituição; responsabilização dos atos “soberanos”; necessidade de maior aproximação entre a Constituição real e Constituição formal; força normativa do texto constitucional; surge a ideia de controle de constitucionalidade.<sup>215</sup>

O Direto Constitucional tem na supremacia da Constituição sua verdadeira sustentação. A Constituição é superior a todas as normas jurídicas e nenhum ato que com Ela seja incompatível poderá manter-se no sistema. Está na jurisdição constitucional os mecanismos para fazer valer, por meio do judiciário, esta suprema-

214 TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.27.

215 MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11, 15, 21.

cia. O controle de constitucionalidade possui exatamente a finalidade de “[...] declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.”<sup>216</sup>

## 2 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo permite a verificação da conformidade de seus comandos com os princípios, direitos, garantias e valores eleitos na Constituição Federal. A averiguação dessa conformidade pode se dar antes<sup>217</sup> ou depois<sup>218</sup> da entrada da norma no mundo jurídico.

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.<sup>219</sup>

No sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade *preventivo* é exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo e, de forma excepcional, pelo Poder Judiciário (“[...] nos casos de inobservância do devido processo legislativo constitucional”). O Poder Judiciário “[...] é o principal responsável pelo controle repressivo [...]”, porém, em casos pontuais, no âmbito federal, poderá ser exercido pelo Poder Legislativo, sendo, ainda, admitido pela doutrina, com divergências, o controle pelo Poder Executivo, na hipótese em que o Chefe do

---

216 BARROSO, 2013, p.106-107.

217 Controle *a priori* – *preventivo*.

218 Controle *a posteriori* – *repressivo*.

219 FERREIRA FILHO, 2013, p.64.

Executivo nega cumprimento à lei que entenda ser inconstitucional.<sup>220</sup>

Admite-se, ainda, a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público pelos Tribunais de Contas, na condição de órgãos auxiliares do Poder Legislativo.<sup>221</sup> O atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é classificado como “jurisdicional misto ou combinado”, já que admitido “[...] pelas vias difusa ou concentrada”.<sup>222</sup>

O controle judicial preventivo de constitucionalidade no Brasil pode ser feito somente por meio da via concreta, de forma incidental, durante o procedimento de elaboração das normas legais pelo parlamento, para garantia de respeito à constituição durante o processo legislativo. Não há no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes existentes na França e Portugal, forma de controle preventivo abstrato.<sup>223</sup>

O controle repressivo de constitucionalidade pelo poder judiciário, na Constituição de 1988, pode ser feito por via de ação direta (controle abstrato) ou por via de exceção (controle difuso).

## 2.1 Origem e Pressupostos do Sistema

Considerando-se a natural *imperfeição* dos homens e, por sua vez, de suas criações, incluindo-se as leis, não sealaria em controle posterior<sup>224</sup> pelo Judiciário acaso não se admitisse a possibilidade de existirem no ordenamento jurídico leis vigentes, porém, viciadas por nulidade.

Em capítulo sob o título “Juizes Desconfiados” – “Juiz soldado da lei: um paradigma obsoleto”, o professor

---

220 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2009, p. 220-223.

221 *Ibid.*, p. 222.

222 *Ibid.*, p. 225.

223 MORAES, 2013, p. 216 e 217.

224 Também chamado pela doutrina de [repressivo].

André Ramos Tavares refere a distinção entre “juiz conforme a lei e juiz da lei”, alertando que:

[...] o exercício clássico das funções judiciais (juiz segundo a lei) pressupõe um estado de Direito formal e uma separação (divisão funcional) de Poderes, como observou Calamandrei. Mas o exercício *da função de controle da lei* pressupõe algo mais, pois essa postura judicial só pode se estabelecer no marco do Estado Constitucional de Direito, e não de qualquer Estado.<sup>225</sup>

Vasco Della Giustina, em sua obra “Controle de Constitucionalidade das Leis”, informa que “[...] as Constituições escritas datam da segunda metade do século 18. Mais precisamente, Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776, foi a primeira a publicar regras básicas.”<sup>226</sup> Também nos Estados Unidos, nasce o controle de constitucionalidade.<sup>227</sup> Importante referir que na Constituição Federal dos Estados Unidos não há menção expressa ao controle de constitucionalidade. Foi por meio de construção lógico-jurídica do sistema que o juiz Marshall, ao decidir sobre o caso *Marbury versus Madison*, demonstrou que se ao Judiciário cabe “[...] dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da constitucionalidade de uma lei.”<sup>228</sup>

Sobre a origem do sistema nos Estados Unidos vale referir que, diferentemente do que aconteceu na França, onde a desconfiança e o *medo do arbítrio judicial* vivido antes da revolução levou à limitação da atividade do judiciário, a herança inglesa do *common law*, onde juízes progressistas preocupavam-se em proteger o indivíduo contra abusos do poder governamental, permi-

---

225 TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-20.

226 DELLA GIUSTINA, Vasco. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.27.

227 Trata-se de controle judicial, por meio de julgamento de caso concreto.

228 FERREIRA FILHO, 2013, p. 64.

tiu aos americanos criar um direito livre de medo e com confiança no judiciário.<sup>229</sup>

Como pressupostos à existência de sistema de controle de constitucionalidade, alguns elementos são essenciais: Constituição Escrita (codificada ou não-codificada); rigidez constitucional; e existência de Órgão Controlador.<sup>230</sup> Por constituição escrita Jorge Miranda ensina: “[...] uma constituição escrita equivale, antes de mais, à reivindicação de que as normas constitucionais se contenham num texto ou documento visível, com as inerentes vantagens de certeza e de prevenção de violações.”<sup>231</sup>

A rigidez de uma constituição (escrita<sup>232</sup>) está diretamente vinculada aos formalismos legais necessários para a sua modificação. A partir dessa “rigidez” pode-se concluir que os mandamentos e os princípios constantes da Constituição “rígida” de um Estado, embora não “imutáveis”, são supremos. Trata-se da “lei maior” do Estado. Todas as outras à Ela se subordinam e não podem contrariá-la. A Constituição rígida é Suprema. Tal supremacia decorre de sua origem, pois fruto do denominado “Poder Constituinte (poder fonte de todos os demais, que constitui o Estado)”.

## 2.2 O Controle sob o Prisma da Separação dos Poderes

O professor Jorge Miranda ao tratar dotema da separação dos poderes, em artigo intitulado “Divisão do Poder e Partidos Políticos” refere, por sua importância, dois postulados base: o primeiro a de que “[...] nenhum Estado existe sem um mínimo de limitação do poder pelo Direito – porque é sempre o Direito que o constitui e legitima e porque a própria lei decretada pelos gover-

229 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 885-888.

230 SIMÃO, Calil. **Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92-109.

231 MIRANDA, [20--?] apud SIMÃO, 2014, p.94.

232 Nem toda constituição escrita é rígida; todavia, para ser rígida, a constituição há de ser escrita.

nantes obriga-os enquanto estiver em vigor e pode adquirir dinamismo próprio que o ultrapassa.”; o segundo vem no sentido de que “contra o poder só o poder”, exaltando a permanente atualidade de Montesquieu. Ensina: “[...] só existe liberdade onde o poder aparece distribuído por vários centros ou sujeitos.”<sup>233</sup>

Essencial lição histórica é dada pelo professor Marinoni, ao tratar do *judicial review* diante do princípio da separação dos poderes. Alerta que as revoluções francesa e americana, muito embora tendo em suas raízes a separação dos poderes de Montesquieu, o papel dos juízes seguiram rumos distintos nos Estados Unidos e na França.<sup>234</sup>

Na França, antes da revolução, os juízes (cargos “comprados ou herdados”) julgavam de acordo com os interesses daqueles para os quais “serviam”.

A necessidade da separação dos poderes, na linha defendida por Montesquieu, apresentou-se forte a partir do momento em que latente a necessidade de “um novo direito” para uma nova sociedade. Neste momento a preocupação principal era impor clara distinção entre as funções do legislativo e executivo e limitar a atividade do judiciário. “De acordo com Montesquieu, o poder de julgar deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de direitos novos. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o poder de julgar.”<sup>235</sup>

A conclusão de Montesquieu foi de que o poder de julgar seria um poder nulo. Criar o direito cabia exclusivamente ao legislativo. Ao judiciário cabia declarar a lei, por meio de decisões judiciais executadas diretamente pelo executivo. Importante era separar o poder de criar o direito do poder de julgar.

A Revolução Francesa idealizou que o direito francês seria calcado em legislação tão clara que não seria ne-

---

233 TAVARES, LEITE, SARLET (Orgs), 2010, p. 27.

234 MARINONI, [20--?] apud MEDINA, 2008, p. 883.

235 Ibid., p.884

cessário ao juiz interpretar a regra e, na excepcional necessidade, deveria levar a dúvida ao legislativo para que este, legítimo detentor do poder de interpretação das leis, esclarecesse a questão. Ao contrário do ocorrido na França, na Inglaterra o judiciário preocupava-se com a proteção do indivíduo e com o controle de abusos por parte dos governos.

A Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art.10), mas também que os tribunais “reportar-se-ão ao corpo do legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art.12).<sup>236</sup>

Também em 1790, e na linha da total limitação do poder dos juizes, foi criada na França uma Corte de Cassação, com a função de cassar as decisões judiciais que estivessem em “desacordo” com as leis, ou seja: que dessem à lei interpretação “indesejada”. Essa Corte não fazia parte do judiciário. Tratava-se de órgão destinado a proteger a “supremacia da lei”. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao contrário, não existia medo da interferência judicial. Todavia, importante referir que o princípio da separação dos poderes também compôs a base da revolução americana, “desencorajando contaminações recíprocas e previsões de controle de um poder sobre o outro.” Todavia, os americanos tinham visão muito clara sobre a Constituição, qual seja: Carta que contém os direitos fundamentais para o desenvolvimento do homem e que, por isso, não poderia ser negada ou violada por qualquer dos poderes, inclusive pelo Legislativo. Nesse contexto, os constituintes americanos, não obstante a separação dos poderes, “apos-

---

236 Idem p. 886

taram no texto da Constituição para fazer brotar, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o poder judicial de revisão da constitucionalidade das leis."<sup>237</sup>

A preocupação dos americanos em garantir a supremacia da Constituição conferiu ao poder judiciário, na linha de pensamento de Montesquieu - muito embora para este a atividade judicial não fosse dotada de qualquer poder (poder nulo) - função de controle de validade das normas.

No Brasil, o controle de constitucionalidade pelo judiciário também sofreu resistências e foi visto como interferência do poder judiciário sobre o poder legislativo, violador, portanto, do princípio da separação dos poderes. Rui Barbosa, um dos principais autores da primeira constituição republicana do país (1891), então senador do Estado da Bahia, defendia a separação dos poderes e o controle de constitucionalidade.

Do acervo da Biblioteca Digital do Supremo Tribunal Federal - Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência - nº identificador 767, v.30, t.87, extrai-se trechos de acórdão que muito elucidam o debate à época:

"[...]

E tudo visto, examinado e discutido.

Considerando que, a sentença recorrida baseia-se normalmente nos principios de direito que regem a materia da constitucionalidade das leis dos povos civilisados, leis estas que fazem parte do nosso direito constitucional e privado; e Considerando que, contra as deliberações do Congresso os tribunaes não dispõem de auctoridade revogatoria e sim tão somente contra sentenças de tribunaes; e quanto aos actos inconstitucionaes dos outros poderes, o Legislativo e o Executivo, o que fazem os tribunaes é desconhecel-os, mas os deixando, subsistir no corpo das leis; porem a cada individuo por elles agravado, que vem requerer contra elles protecção,

---

237 Idem, p. 888 a 890.

que pede a restituição de um direito estorquido, **os magistrados têm obrigação de ouvir e deferir em homenagem á lei violada pelo governo ou à Constituição violada pelo Congresso (Ruy BARBOSA, actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo) ; [...]**

**Aliás, censurada assim, ela não é destruída: reduz-se-lhe a força moral, mas o efeito material não fica suspenso.** Pouco a pouco sob os amiudados golpes da jurisprudencia, é que ella vem afinal a perecer.; e diz também LEON DONNAT, **não se contraria a lei rosto a rosto, seria contrario á harmonia e divisão dos poderes**; o individuo lesado queixa-se e sobre sua queixa o juiz decide que a lei é inapplicavel, porque a Const. o protege contra as disposições desta lei. Se outros intentarem o mesmo meio, sentença idêntica será proferida e para, diz DONNAT, sabir da duvida **ou o povo modifica a sua Constituição, ou o legislador revoga sua lei. [...]**” (Bahia e sala de sessões do Tribunal de Conflitos, aos 5 de Outubro de 1899.)<sup>238</sup> (Grifo nosso)

Sob a vigência da Constituição Federal de 1988, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, e em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. Todavia, há de se levar em conta que as atividades dos Poderes são distintas. Pela ordem acima referida, ao primeiro compete assegurar os valores e promover os fins constitucionais através da elaboração e aprovação das leis. Ao segundo, via atividade administrativa, dá efetividade à Constituição. Ao terceiro, Poder Judiciário, via resolução de conflitos, diz o Direito. Não sendo, portanto, o Judiciário o único poder a interpretar a Constituição, deve ter atitude de deferência com a interpretação dada

238 ACCORDAM do Tribunal do Estado. **O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**, Rio de Janeiro, v. XXX, t. 87, p. 633-634, jan.-abr. 1902. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RevistaODireito/352043\\_v30\\_t87/PDF/352043\\_v30\\_t87.pdf#search=30 revista legislação doutrina jurisprudência mensal jurisprudencia 767 767 30 Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RevistaODireito/352043_v30_t87/PDF/352043_v30_t87.pdf#search=30%20revista%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20doutrina%20jurisprud%C3%ancia%20mensal%20jurisprudencia%20767%20767%2030%20Revista%20Mensal%20de%20Legisla%C3%A7%C3%A3o,%20Doutrina%20e%20Jurisprud%C3%ancia)>. Acesso em: nov. 2016.

pelo Legislativo e Executivo, em prol da independência e independência e harmonia dos Poderes.<sup>239</sup>

O Ministro Barroso alerta que a presunção de constitucionalidade das leis é decorrência do princípio da separação dos poderes e funciona como autolimitação da atuação judicial. Por isso, juízes e tribunais não devem, em regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando:

- a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma;
- b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação do ato de outro poder;
- c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a constituição.<sup>240</sup>

### **2.3 Delimitação dos Modelos: Concentrado, Difuso e Misto**

O controle de constitucionalidade pelo Judiciário pode ser, nos termos das denominações mais usadas pela doutrina, “difuso” ou “concentrado”. Quando qualquer juiz de Direito tem competência para apreciar a alegação de inconstitucionalidade, viacaso concreto, temos controle difuso. Toda vez que a competência para o julgamento for “reservada a um único órgão” temos controle concentrado.<sup>241</sup>

O controle difuso ocorre quando a verificação da conformidade da lei ou do ato normativo com a norma constitucional é feita pelo próprio juiz singular que julga a causa, ainda, pelos tribunais – o que está em jogo é o direito subjetivo das partes. A regra legal apreciada e julgada inconstitucional não é retirada do ordenamento jurídico, “apenas” restará inaplicável. O alcance da de-

---

239 BARROSO, 2013, p. 324.

240 BARROSO, loc. cit.

241 TAVARES, LEITE, SARLET (Orgs), 2010, p.27.

cisão, também neste “supremo” aspecto (invalidação da norma vigente), limitar-se-á às partes envolvidas no contencioso (efeito *inter partes*).

Por outra via, mais conhecida como controle concentrado (originário da doutrina do austríaco Hans Kelsen), a verificação da constitucionalidade está a cargo de um único órgão – o que está em jogo é a própria regra positivada. Somente esse órgão terá competência para invalidar a lei ou o ato normativo, os quais deixarão de fazer parte do ordenamento jurídico, alcançando todos os seus sujeitos (efeito *erga omnes*). O controle difuso, marco do próprio sistema de controle de constitucionalidade na via judicial, nasceu nos Estados Unidos, ao passo que o denominado controle concentrado tem origem europeia, mais especificamente na Áustria.

Nas palavras do professor Luiz Guilherme Marinoni:

O sistema estadunidense de controle de constitucionalidade das leis costuma ser equiparado ao dito controle difuso de constitucionalidade, isto é, ao sistema em que o controle de constitucionalidade das leis é deferido a todo e qualquer juízo, independentemente da sua posição na estrutura do Poder Judiciário, sem que para tanto seja necessária uma ação específica, já que neste caso a aferição da constitucionalidade da norma é realizada *no curso* do raciocínio judicial tendente à resolução do litígio.<sup>242</sup>

O professor Carlos Reverbel apresenta o estudo do controle de constitucionalidade partindo de uma teoria dos fins e funções do Estado. Para tanto, prefere trabalhar seguindo terminologia do constitucionalista espanhol Ferreres Comella: “[...] modelos de jurisdição cumulada e de jurisdição separada”. Aponta vários termos utilizados para denominar o sistema: monista ou dualista, centralizado ou descentralizado, cumulado ou

---

242 SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p.873.

separado, difuso ou concentrado, por via de ação direta ou por via de exceção, em abstrato ou em concreto.<sup>243</sup>

Trata-se de verificar se a função de controle da lei está “cumulada” ou “separada” da função de aplicação da lei. Aos *finis últimos do Estado* a função (do *juiz constitucional*) de controle da lei e aos *finis próximos* a função (do *juiz ordinário*) de execução - aplicação da lei.<sup>244</sup> Alguns países adotam o modelo de controle de origem norte-americana (difuso) e outros o de procedência austríaco-europeia (concentrado). Há ainda aqueles que preferiram uma forma intermediária entre os dois principais modelos, modelo denominado na doutrina ibero-americana de misto.<sup>245</sup>

Revelação importante encontramos nas lições do professor Reverbel acerca do nascimento do controle concentrado:

A *Colômbia* e a *Venezuela* possuem a peculiaridade de terem sido os primeiros países do mundo a adotarem controle concentrado-separado de constitucionalidade, antecipando-se inclusive ao modelo concentrado Kelseniano, que idealizou, doutrinariamente, a concentração da função de controle no Tribunal Constitucional austríaco, como verdadeiro legislador negativo. A Venezuela internalizou referido controle, em 1858, já a Colômbia, pela reforma constitucional de 1910. Cumuladamente com este controle a técnica difusa-cumulada opera normalmente, e os juízes e tribunais de ambos os países podem deixar de aplicar uma lei por entende-la contrária à Constituição.<sup>246</sup>

No controle judicial difuso não há declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, mas sim afastamento da lei tida por inconstitucional, pelo juiz ou por

---

243 COMELLA, [20--?] apud REVERBEL, 2012, p.13.

244 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 13 e 23.

245 Ibid., p. 11.

246 REVERBEL, 2012, p. 230.

Tribunal. A verificação da alegada inconstitucionalidade é apreciada como matéria prejudicial ao julgamento do pedido principal. “A pretensão principal fica condicionada à solução sobre a constitucionalidade da norma impugnada”<sup>247</sup>

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao tratar das Especificidades do Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro assinala que:

[...] tal como observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.”<sup>248</sup>

Ensina o Ministro Luis Roberto Barroso:

No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.<sup>249</sup>

Muito embora, efetivamente, a jurisdição constitucional seja exercida de forma ampla, existe substancial

---

247 SIMÃO, 2014, p.121.

248 MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.2.

249 BARROSO, 2013, p. 409-410.

diferença entre o controle de constitucionalidade realizado pelos Juízes de primeiro grau e pelos Tribunais.

Enquanto que para os Tribunais a “declaração” de inconstitucionalidade somente é válida quando apreciada e julgada por todos os seus membros, ao juiz singular é permitido reconhecer a inconstitucionalidade individualmente.

Trata-se de curiosidade que para o professor Araken de Assis pode assim ser explicada:

Sucedem que o entendimento oposto conduziria a consequências altamente indesejáveis, obrigando o órgão judiciário de primeiro grau a desrespeitar a Constituição e aplicar leis inconstitucionais. Por tais razões, cristalizou-se a tese de que juízes monocráticos apreciam, irrestritamente, questões constitucionais, e, de outro lado, a repercussão intensa do pronunciamento dos tribunais impõe o quórum qualificado.<sup>250</sup>

## 2.4 O Controle na Constituição Federal de 1988

O controle judiciário de constitucionalidade no Brasil é, em princípio, de caráter difuso, produzindo efeito *inter partes*. Qualquer juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Nos Tribunais, por sua vez, somente pela maioria absoluta de seus membros.<sup>251</sup> Trata-se do controle (concreto-difuso de origem norte-americana) exercido a partir da propositura de ação judicial que não tem por objeto principal a verificação de constitucionalidade da lei, porém, o direito subjetivo a ser tutelado fica na dependência do reconhecimento da inconstitucionalidade.

No sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal

[...] nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de

250 ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.325 e 326.

251 FERREIRA FILHO, 2013, p. 70.

constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal nº 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concreto, se fossem manifestamente inconstitucionais.<sup>252</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil admite, ainda, o controle *abstrato-concentrado* (de origem doutrinária austríaco-europeia), exercido pelos Tribunais. Nesse contexto, o Brasil possui um sistema misto, já que, usando terminologia preferida pelo professor Reverbel, cumula técnicas do modelo “centralizado” (jurisdição separada) e “descentralizado” (jurisdição cumulada).<sup>253</sup>

A Constituição de 1988 ampliou e aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade. Conforme Vasco Della Giustina:

Observou, a respeito, o eminente constitucionalista Clèmerson Merlin Clève: “Com a Constituição de 1988, o sistema brasileiro (combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal) de fiscalização da constitucionalidade foi aperfeiçoado”. Com efeito, (I) ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (II) admitiu-se a instituição, pelos Estados-membros, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual; (III) instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; (IV) exigiu-se, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal; (V) exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender, na

252 MORAES, 2013, p. 203.

253 REVERBEL, 2012, p.13, 77.

qualidade de verdadeiro curador, o ato impugnado; (VI) não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que, criado pela Emenda Constitucional 7/77 (*pacote de abril*), foi suprimido pela nova Lei Fundamental; (VII) previu a criação de mecanismos de arguição de descumprimento de preceito fundamental; e, finalmente, (VIII) alterou recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional.<sup>254</sup>

O Ministro Gilmar Mendes refere que:

[...] até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo *dowrit of error* americano e introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida local contestada em face de lei federal (CF, art.102, III, *a ad*). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.<sup>255</sup>

Em 1993, por meio da Emenda nº 03, foi introduzida a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (não cabe quanto a atos estaduais ou municipais), de competência do Supremo Tribunal Federal, cuja legitimidade ativa (ampliada por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004) é a mesma da

---

254 DELLA GIUSTINA, 2006, p. 33.

255 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49-50.

ação direta de inconstitucionalidade.<sup>256</sup> A propósito, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe, ainda, importante mecanismo a auxiliar na eliminação de multiplicação de demandas ocasionadas pelas controvérsias, no controle difuso, acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma: trata-se da Súmula Vinculante.<sup>257</sup>

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

De qualquer sorte, o controle abstrato de normas passa agora a ser exercido tanto pela ação direta de inconstitucionalidade, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas, como pela Ação Declaratória de Constitucionalidade.<sup>258</sup>

A criação da ação declaratória e seu aperfeiçoamento, bem como a ampliação dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade constituem marcos de redução do controle difuso e da consolidação do controle abstrato no atual sistema brasileiro.<sup>259</sup>

Sob o regime da Constituição de 1988, o sistema de controle concentrado foi, como se sabe, acentuadamente valorizado e ampliado. Foi mantida a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e novos instrumentos foram agregados, nomeadamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e, a partir da EC 3/1993, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). São ações caracterizadas pela sua natureza dúplice, a significar que as sentenças de mérito nelas proferidas, julgando procedente ou improcedente o pedido, têm aptidão para afirmar ou negar a legitimidade da norma questionada, além de natural eficácia erga omnes e efeito vinculante. É o que se depreende,

---

256 FERREIRA FILHO, 2013, p. 72.

257 *Ibid.*, p.76.

258 *Ibid.*, loc. cit.

259 MENDES, 2012, p. 61.

relativamente à ADI e à ADC, dos artigos 26 e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999, e, relativamente à ADPF, dos artigos 10, § 3º e 13 da Lei 9.882/1999.<sup>260</sup>

## 2.5 Reflexos no Ordenamento Jurídico

Com enfoque nos dois principais sistemas de controle de constitucionalidade existentes, o norte-americano e o austríaco-europeu, faz-se importante entender a situação da norma legal após sua declaração de inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema,

[...] ao proceder apenas um controle concreto-difuso, declara a inconstitucionalidade da lei para o caso concreto e, por força do precedente vinculante, a lei se torna não impositiva, mas não é abolida, juridicamente falando. No caso dos tribunais constitucionais, ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade significa a abolição imediata da lei pelo Tribunal Constitucional (idéia do legislador negativo de Kelsen).<sup>261</sup>

Como visto, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é misto, porquanto congrega características dos dois sistemas (americano e europeu). Todavia, tais modelos não se ajustam perfeitamente (diferem quanto ao processo e quanto aos efeitos).<sup>262</sup>

Ao contrário, eventual aproximação, ainda que de forma genérica, é imprecisa:

Em síntese, pode-se estabelecer que, quando se fala em precedente constitucional nos modelos de Direito legislado e com Tribunais Constitucionais ou equivalentes (salas constitucionais e cortes

---

260 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335 ACRE**. Relator: Gilmar Mendes. P.160. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

261 TAVARES, 2012, p. 95.

262 DELLA GIUSTINA, 2006, p.34.

supremas com função de controle abstrato de constitucionalidade) não se trata propriamente de precedente como é conhecido e praticado nos países de *common law*, especialmente nos EUA.<sup>263</sup>

No Brasil, o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foi introduzido por meio de Emenda Constitucional em 1993, exclusivamente para as ações de controle abstrato (foi considerado um *plus* no já existente efeito *erga omnes* das decisões proferidas em controle concentrado).<sup>264</sup>

Também com a Súmula Vinculante, em 2004, tivemos um “alargamento” em relação ao efeito *erga omnes* das reiteradas decisões sobre matéria constitucional em casos concretos. As Súmulas vinculam as decisões dos demais Poderes do Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta nas esferas federal, estadual e municipal.

No controle difuso, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei ou do ato alcançam somente as partes litigantes no processo judicial. Não se trata de declaração de inconstitucionalidade da norma apreciada, mas de negativa de validade da lei ou do ato vigente, de modo a afastar sua aplicação ao caso concreto levado a juízo. Não existe restrição à natureza do ato questionado, podendo ser proveniente do âmbito federal, do âmbito estadual ou do âmbito municipal.

O reconhecimento (pelo juiz ou tribunal) da inconstitucionalidade de uma norma não a retira do mundo jurídico. A norma não é anulada, permanece, “[...] em tese, eficaz e aplicável aos demais casos, salvo se tiver sua execução suspensa, no caso brasileiro, pelo Senado Federal.”<sup>265</sup>

O exame da constitucionalidade da lei ou do ato, cuja aplicação foi negada, não é necessariamente levado ou examinado pelo Supremo Tribunal Federal, embora seja ele o órgão máximo do Poder Judiciário e o com-

---

263 TAVARES, op. cit, p. 95-96.

264 Ibid., p. 96.

265 SIMÃO, 2014, p. 121.

petente para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal. Pelo método de controle cumulativo<sup>266</sup>, o julgamento acerca da constitucionalidade ou não da lei ou do ato apreciado, de forma incidental pelos juízes ou tribunais ordinários, pode ter esta decisão transitada em julgado sem exame pelo STF.

As questões constitucionais suscitadas no controle difuso chegam ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, cabível quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, julgar válidos lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, ou julgar válida lei local (estadual) em face da lei federal. Ainda, desde que demonstrada repercussão geral da questão constitucional debatida (requisito acrescentado pela EC n. 45/04).<sup>267</sup>

No sistema concentrado, por sua vez, a lei ou o ato julgados conflitantes com a Constituição são efetivamente declarados inconstitucionais. A norma jurídica é considerada viciada, nula, sendo, portanto, inaplicável a todas as pessoas, vinculando, inclusive, as decisões dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Duas modificações introduzidas pela EC 45/2004 contribuíram significativamente para acentuar a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas no julgamento de casos concretos. Primeira, a que autorizou a edição de súmulas vinculantes (art. 103-A da CRFB/1988, regulamentado pela Lei pela Lei 11.417/06). Aprovada e publicada na imprensa oficial, a súmula, por si só, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CRFB/1988, art. 103-A), sendo que, "da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação

---

266 Para usar nova terminologia (REVERBEL, 2012).

267 FERREIRA FILHO, 2013, p.75.

ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios de impugnação.” (art. 7º da Lei 11.417/2006). A segunda modificação importante para a eficácia expansiva das decisões do STF, trazida pela EC 45/2004, foi a que instituiu, como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei.” (art. 102, § 3.º da CF, regulamentado nos arts. 543-A e 543-B do CPC). (Grifo nosso)<sup>268</sup>

### 3 CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Também conhecido como *full bench*, o comando constitucional expresso no art.97 estabelece que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos respectivos órgãos especiais os Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A matéria encontra-se sedimentada, por meio da Súmula Vinculante nº 10 do STF, com o seguinte enunciado:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.<sup>269</sup>

Nesse contexto, resta resolvida controvérsia sobre a decisão que “declara”, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Todavia, vale ressaltar: somente no âmbito dos Tribunais.

De precedente para edição da Súmula Vinculante nº 10, extrai-se que:

<sup>268</sup> BRASIL, 2014.

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Diário Oficial da União, Brasília, 27 jun. 2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno. EQUIVALÊNCIA, PARA OS FINS DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO, ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E O JULGAMENTO, QUE, SEM PROCLAMÁ-LA EXPLICITAMENTE, RECUSA APLICABILIDADE A ATO DO PODER PÚBLICO, SOB ALEGAÇÃO DE CONFLITO COM CRITÉRIOS RESULTANTES DO TEXTO CONSTITUCIONAL. Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional.<sup>270</sup>

Mas, afinal, sendo o Supremo Tribunal Federal o “Guardião da Constituição”, competindo a Ele a última palavra em matéria constitucional, e no caso de já ter se manifestado sobre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, os Tribunais estariam desrespeitando o art.97 da CF ao afastar a aplicação de lei, por exemplo, sem

---

270 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 472897 PARANÁ**. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491910>>. Acesso em: nov. 2016. DJ, 26 out. 2007.

submeter a questão ao Plenário ou ao respectivo Órgão Especial?

A questão está longe de ser pacífica. Todavia, importante transcrever alguns trechos de votos proferidos em julgado do STF. Trata-se do acórdão proferido na Reclamação nº 4335-ACRE, publicado em outubro de 2014.

O Ministro Gilmar Mendes, ao pronunciar seu voto, na condição de relator na referida Reclamação, trata da questão acima ao discorrer sobre a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF nas decisões de outros tribunais. Diz o Exmo. Ministro:

Questão interessante agitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição na hipótese de existir pronunciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Ministro Celso de Mello, afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada. [...]

Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no AI-AgR 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio: “Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal -, descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior.”<sup>271</sup>

---

271 BRASIL, 2014, p. 30-31.

Conclui, nesse ponto, o Ministro que referido entendimento

**[...] marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.** A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida incidenter tantum.<sup>272</sup> (Grifo nosso)

O Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto alerta:

Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais.

Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário.

---

272 BRASIL, 2014, p. 32.

A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. [...]

273

Do voto do Ministro Teori Zavaski entende-se por destacar:

Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização.<sup>274</sup>

## 4 O CONTROLE INCIDENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015, com vigência a partir do dia 18 de março de 2016, trata da “declaração” de inconstitucionalidade no livro III - Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, Título Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, Capítulo IV – Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade - via artigos 948 a 950.

No título do Capítulo já encontramos novidade, com a modificação do seu texto, que não mais refere “declaração”. Tal termo foi substituído por “incidente de ar-

---

273 Ibid., p. 94.

274 Ibid., p. 151.

guição”, por evidente inapropriação do termo anterior, posto que não há efetiva declaração de inconstitucionalidade na decisão que afasta a aplicação da norma julgada desconforme à Constituição.

O texto do art.948 apresenta novidade de caráter pedagógico, ao referir a forma de controle: “em controle difuso”, e de natureza principiológica, ao expressar a necessidade de oitiva também das partes, além do Ministério Público, antes do conhecimento do processo.

Note-se que não houve mudança significativa em relação ao texto do art.480 do CPC de 1973, que na visão do professor Araken de Assis “[...] diz menos do que o devido, pois nem o grupo de câmaras nem a seção cível podem pronunciar a inconstitucionalidade, e diz imperfeitamente, porque nem sempre o relator provoca a apreciação da matéria.”<sup>275</sup>

De qualquer sorte, não aproveitada a oportunidade de melhora na redação do texto do artigo 948 do novo CPC, a interpretação a ser dada permanece aquela apontada pelos estudiosos do tema, no sentido de que a análise da questão constitucional pelo órgão fracionário (membros da câmara ou do grupo) é feita em juízo prévio, necessária para envio da questão prejudicial ao Pleno ou ao Órgão Especial.<sup>276</sup>

Da redação do art. 949 foi excluída menção à lavratura do acórdão após o acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Aqui importante lembrar a verdadeira função do órgão fracionário naquele momento: deliberar sobre

[...] submeter, ou não, a inconstitucionalidade ao tribunal pleno (art.481, *caput*, segunda parte, *in fine*). Nenhum vínculo prende o figurante da votação nas etapas subseqüentes do julgamento. Às vezes, o integrante do órgão fracionário inclina-se por acolher a arguição, mas no órgão competente, que também integra, rejeita o vício.<sup>277</sup>

---

275 ASSIS, 2007, p. 328.

276 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.502.

277 ASSIS, op. cit., p. 330.

Em relação ao art.950, equivalente ao art.482 do CPC de 1973, a única alteração que se observa diz respeito à exclusão do Ministério Público da relação das pessoas mencionadas no §1º, a manifestar-se naquele momento, no incidente. O dispositivo tratou de suprimir duplicidade antes existente. Também aqui o professor Araken de Assis já alertava ao referir que “Após a distribuição, no órgão competente, impõe-se colher o parecer escrito do Procurador-Geral da Justiça, atendendo, outra vez, à cláusula do art.480.”<sup>278</sup>

Por pertinente ao tema, evolução importante foi localizada na inclusão de hipótese de reconhecimento direto da existência de repercussão geral quando o recurso impugnar acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art.97 da Constituição Federal. Tal acréscimo encontra-se no inc.III do §3º do art.1035 do novo CPC.

Ainda: o CPC, de 2015, inova ao expressar as formas de controle de constitucionalidade, nos artigos 525, §12, e 535, §5º, que permitem ao executado por quantia certa e à fazenda pública

[...] impugnar a execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.<sup>279</sup>

## 5 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Destaca-se: a inconstitucionalidade nunca de presume. A violação há de ser manifesta, conforme jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal. A dúvida

278 Ibid., p.331.

279 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2015.

milita em favor da validade da lei. Representação 881 /  
MG. Relator Djacir Falcão. 13.12.1972.<sup>280</sup>

Conforme ensinamentos do Ministro Teori Zavascki a jurisdição constitucional deve ser vista de forma ampla, sob três facetas: decisão, ato e norma. Trata-se da relação de conformidade da norma, da decisão ou do ato com a Constituição. Sobre a eficácia temporal das decisões essencial distinguir eficácia normativa e executiva.

É importante distinguir essas duas espécies de eficácia (a normativa e a executiva), pelas consequências que operam em face das situações concretas. A eficácia normativa (=declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera ex tunc, porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada. Todavia, quando se trata da eficácia executiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que o efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina. Decorrendo, a eficácia executiva, da sentença (e não da vigência da norma examinada), seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos. Esses atos, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, não estão submetidos ao efeito vinculante da sentença, nem podem ser atacados por simples via de reclamação. Somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio.<sup>281</sup>

---

280 BARROSO, 2013, p. 324.

281 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 730.462 SÃO PAULO. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 28 maio 2014, p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: nov. 2016.

Sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso para além das partes litigantes destaca-se a decisão proferida na Reclamação 4335.

Do voto-vista do Ministro Teori Zavascki na Recl 4335, p.162-163, extrai-se:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.<sup>282</sup>

Ainda sobre o caráter expansivo das decisões do STF cita-se o RE 501838. AG.REG. NO REXT. MIN. JOAQUIM BARBOSA. Julgado em 22.05.2012. Segunda Turma.

Acerca da convivência dos sistemas de controle concentrado e difuso no STF, consultar Questão de Ordem no AG.REG na Petição 2066- São Paulo. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 02.08.200. Tribunal Pleno.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes.<sup>283</sup>

Como regra geral, não se admite no sistema brasileiro a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade material prévio de atos legislativos. A jurisprudência do STF admite, como exceção, a legitimidade

282 BRASIL, 2014, p. 162-163.

283 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 817564 AgR/MG. Relator: Dias Toffoli. **Informativo nº 693 do STF**, Brasília, **17 a 19 dez. 2012**, n.693.

do parlamentar impetrar mandado de segurança com vistas a coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo.<sup>284</sup>

Na hipótese de afastamento de aplicação de legislação vigente, pelos Tribunais, sob argumento de violação à Constituição, deve-se respeitar a Súmula 10 do STF.<sup>285</sup>

Do Informativo nº 739 do STF faz-se, novamente, referência à Reclamação 4335, diante da riqueza de seu conteúdo para estudo do tema do controle de constitucionalidade.

As distintas e próprias vias para busca da tutela jurisdicional constitucional individual (situações individuais – interesses concretos – processo subjetivo) e coletiva (situações em tese – interesse do “sistema constitucional” – processo objetivo) restam bem definidas e observadas, conforme jurisprudência do STF:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade – em cujo âmbito não se discutem situações individuais, nem se examinam interesses concretos – qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, destinado a viabilizar “o julgamento não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese (...)” (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES), ou, como sucede na espécie, a propiciar decisão “in abstracto” da compatibilidade de uma dada interpretação judicial com o texto da Constituição da República. [...]

- O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa,

---

284 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32.033 Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. Relator p/ Acórdão: Teori Zavascki. Brasília, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: nov. 2016.

285 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 11.760 São Paulo. Relator: Luiz Fux. Brasília, 23 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10481853>>. Acesso em: nov. 2016.

em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

- A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). Doutrina. Precedentes [...] <sup>286</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma sociedade organizada reclama a produção de regras compatíveis com as normas, princípios e valores consagrados na Constituição Federal, Lei Suprema do Estado, inclusive para a solução pacífica dos conflitos. Não há divergência quanto à fundamental importância da existência de mecanismos para permitir a proteção dos valores supremos, eleitos pelo povo em um Estado Democrático de Direito, seja de projetos (controle preventivo) ou de diplomas legais (controle repressivo) que desviem desses valores.

Sem dúvida, a instituição de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos jurídicos constituiu imensurável avanço do Estado e do próprio Direito. O que ainda causa certo desconforto são as diferentes formas e consequências jurídicas, sociais e políticas decorrentes da utilização dessa “ferramenta”.

Dentre os métodos de controle judicial de constitucionalidade o que mais corre risco de causar desigualdades é o difuso, porquanto a negativa de aplicação

286 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 81 Distrito Federal Relator: Celso de Mello. Brasília, 27 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308047641&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: nov. 2016.

da lei ou do ato vigente para a solução de determinado conflito terá, em princípio, efeitos somente entre as partes. E mais: o juiz singular está autorizado a negar aplicação da norma legal (ao menos, do ponto de vista formal) aprovada pelo Legislativo, com base em interpretação individual da lei frente à Constituição e, muitas vezes, para tanto, imprimindo sua interpretação à própria Constituição Federal, em matérias controvertidas e que, necessariamente, precisariam da apreciação do Intérprete Supremo.

Por outro lado, inadmitir-se a apreciação da constitucionalidade da lei pelo juiz da causa, frente ao caso concreto levado pelo indivíduo ao judiciário, seria negar-lhe direito à efetiva tutela jurisdicional constitucional e porque não dizer: renegar-lhe a própria justiça.

No que se refere ao controle difuso pelos Tribunais ordinários, embora existam determinadas exigências e a formação de precedente, os efeitos da decisão também não ultrapassam as partes envolvidas no litígio. Com isso, a probabilidade de desigualdades de direitos é evidente. Tal fato agrava-se, ainda mais, na medida em que não há sequer garantia de apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal (intérprete máximo da Constituição Federal). Ao contrário, com requisitos mais rígidos para admissibilidade do remédio excepcional, os riscos assumidos pelo sistema são maiores.

Se, por um lado, a criação de mecanismos de redução de demandas centralizadas em um único órgão é plenamente justificável, por outro, há de prosseguir-se refletindo com mais afinco sobre alternativas para a manutenção da efetiva prestação jurisdicional (realização do Direito), sem causar na sociedade sentimentos de desigualdades, de injustiças e de insegurança jurídica.

O reconhecimento de que as funções de aplicação e controle das leis são distintas e a introdução de modificações processuais, no sentido de reconhecer-se obrigatória a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso necessário, sem efeito suspensivo) para trânsito em julgado das decisões judiciais que, por *via difusa*, negarem validade (material) à lei, poderá tornar esse

método mais harmônico com o Direito. A ampliação dos casos de admissão da ação declaratória de constitucionalidade também poderá colaborar nesse sentido.

Todavia, não se pode olvidar que a opção pelo modelo de controle abstrato, mediante inserção de mais restrições ao controle difuso, muito embora possa efetivamente trazer ao sistema jurídico mais harmonia e menores riscos de desigualdades e insegurança jurídica, parece caracterizar grande retrocesso aos direitos fundamentais do indivíduo. Isso porque restringir o controle de constitucionalidade pela via difusa seria reduzir as chances do indivíduo alcançar daquele que tem o dever de prestar-lhe tutela judicial a tão sonhada Justiça.

O modelo de constitucionalidade adotado pelo Brasil vem sofrendo modificações, alinhando-se e amoldando-se aos novos conceitos e princípios valorizados pela sociedade brasileira, contrabalançando os pesos de um e de outro (concentrado e difuso), de forma que, muito embora crescente a introdução de meios de controle pela via abstrata, a preservação do controle difuso, ou, nas diversas terminologias utilizadas pela doutrina: monista, descentralizado, cumulado, concreto ou por via de exceção, mantém-se indispensável à preservação do direito fundamental do indivíduo à Justiça Constitucional.

Isso porque os valores da sociedade, aos poucos acolhidos pelo Direito (*latu sensu*), caminham para a proteção da pessoa, enquanto indivíduo integrante de sociedade que não mais se contenta com respostas “feitas”, imutáveis, petrificadas e que, especialmente, deixam extensa margem para a prática de desigualdades, inseguranças e injustiças generalizadas. Nesse contexto, o judiciário ao caminhar em direção aos anseios de uma sociedade com essas características, provoca os outros poderes (legislativo e executivo) a também caminharem na mesma direção, quando apresenta decisões que “sacodem” o próprio sistema jurídico.

Certo é que as modificações ocorridas na sociedade e não recepcionadas pelo ordenamento jurídico reclamam adequações. O controle jurisdicional de constitucionalidade, em especial pela via direta, apresenta-se

como uma das formas de ajuste ao sistema normativo.

A valorização dos precedentes no direito brasileiro vem ao encontro da permanente presença do modelo difuso de controle de constitucionalidade, já que a observância das decisões judiciais faz desaparecer ou, pelo menos, minimiza as desigualdades e a insegurança jurídica.

O constante crescimento dos meios de controle abstrato de constitucionalidade após a Constituição Federal de 1988, aliado ao permanente aperfeiçoamento desse método, bem como a preservação do controle difuso, com observância obrigatória do respeito aos precedentes, certamente colocam o Sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade a serviço de todos: do Indivíduo, da Sociedade e do Direito.

## REFERÊNCIAS

ACCORDAM do Tribunal do Estado. **O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**, Rio de Janeiro, v. XXX, t. 87, p. 633-634, jan.-abr. 1902. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RevistaODireito/352043\\_v30\\_t87/PDF/352043\\_v30\\_t87.pdf#search='30 revista legislaçao doutrina jurisprudencia mensal jurisprudencia 767 767 30 Revista Mensal de Legislaçao, Doutrina e Jurisprudencia'](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RevistaODireito/352043_v30_t87/PDF/352043_v30_t87.pdf#search='30 revista legislaçao doutrina jurisprudencia mensal jurisprudencia 767 767 30 Revista Mensal de Legislaçao, Doutrina e Jurisprudencia')>. Acesso em: nov. 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.**

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 472897 PARANÁ. Relator: Celso de Mello. DJ, Brasília, 26 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491910>>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação 11.760 São Paulo. Relator: Luiz Fux. Brasília, 23 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10481853>>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 817564 AgR/MG. Relator: Dias Toffoli. **Informativo nº 693 do STF.**, Brasília, **17 a 19 dez. 2012**, n.693.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32.033 Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. Relator p/ Acórdão: Teori Zavascki. Brasília, 20 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 81 Distrito Federal Relator: Celso de Mello. Brasília, 27 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?i-d=308047641&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335 ACRE.** Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 20 mar. 2014, p. 160. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 730.462 SÃO PAULO. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 28 maio 2014, p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jun. 2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSúmulaVinculante>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos:** da Idade Média ao Século XXI. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.139-140.

DELLA GIUSTINA, Vasco. **Controle da Constitucionalidade das Leis.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil:** comentado artigo por artigo. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade:** ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2009, p. 220-223.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÃO, Calil. **Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92-109.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012

TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

# EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A IMPORTÂNCIA DOS PODERES HIERÁRQUICO E DISCIPLINAR

EFFICIENCY IN THE PUBLIC ADMINISTRATION:  
THE IMPORTANCE OF BOTH HIERARCHICAL AND  
DISCIPLINARY POWER

Tiago Betat Machado<sup>287</sup>

**Resumo:** O objetivo deste estudo é demonstrar a importância dos poderes hierárquicos e disciplinar na eficiência da Administração Pública. É imprescindível a utilização permanente dos citados poderes para que o serviço público seja realizado com excelência à população.

**Palavras-chave:** Poderes hierárquico e disciplinar. Eficiência. Administração Pública.

**Abstract:** *The aim of this study is to demonstrate the importance of both hierarchical and disciplinary powers in the efficiency of Public Administration. That is, the need for continued use of the aforementioned powers, so that the public service may be performed with excellence to the population.*

**Keywords:** *Hierarchical and disciplinary powers. Efficiency. Public Administration.*

---

287 Graduado em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Público pelo IDC. Especialista em Direito Municipal pela ESDM. Procurador Municipal de Porto Alegre.

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema surgiu diante da ausência de estudos dirigidos acerca da importância da hierarquia e disciplina na prestação do serviço público com eficiência à população.

O objeto central do presente estudo é a relevância dos poderes hierárquicos e disciplinar na eficiência da Administração Pública. O serviço público prestado à população somente poderá ser realizado com presteza, economicidade e qualidade se houver harmonia e organização na estrutura do Poder Público.

Assim, verificar-se-á no decorrer do estudo a necessidade da utilização dos supracitados poderes para que o serviço público seja prestado aos seus destinatários com celeridade, economicidade e qualidade, ou seja, eficiência.

Previamente, será abordado o princípio da eficiência: sua origem expressa no ordenamento constitucional, sua finalidade e a interpretação realizada pela doutrina.

Por fim, será demonstrada a importância dos poderes hierárquico e disciplinar na concretização da excelência na prestação do serviço à população.

### 1 A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública tem como seu mister a prestação de serviços à coletividade. Tais serviços devem ser realizados de maneira eficiente para que o cidadão tenha satisfeita a sua pretensão.

A eficiência, como sabido, foi incluída no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 19/98, fazendo parte, desde então, dos princípios da Administração Pública. Com a inclusão expressa do princípio, ao texto constitucional, pretendeu-se conferir direitos aos usuários dos serviços públicos e, ao mesmo tempo, determinar obrigações efetivas aos prestadores, ficando claro que o motivo desta inclusão no texto constitucional decorreu do descontentamento da sociedade diante do

serviço que vinha sendo prestado, o qual trazia prejuízo ao cidadão.<sup>288</sup>

O princípio assenta-se na procura de produtividade e economicidade, tendo como fundamental a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, impondo, assim, a execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional.<sup>289</sup>

Nesse sentido, o princípio insculpido no artigo 37 da Constituição Federal “[...] determina que a Administração Pública cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes”.<sup>290</sup>

A eficiência se agregou aos princípios da Administração Pública, exigindo resultados positivos ao serviço público e aos cidadãos, uma vez que não mais se admitiria o desempenho das atividades administrativas apenas com legalidade.<sup>291</sup>

Inexiste, assim, a singela aplicação literal da lei. Não se admitindo o emprego da lei em desacordo com a forma mais eficiente de cumpri-la. Isto é, diante das alternativas possíveis, deverá ser realizada aquela que busque os resultados adequados à melhor satisfação da coletividade.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser reconhecido pela maneira de realização das atribuições do agente público, tanto por seu agir com presteza, agilidade e perfeição, quanto pela forma de organização da Administração Pública, ambas com objetivo de melhorar o resultado na prestação do serviço público.<sup>292</sup>

Paulo Modesto, corroborando o tema, refere que “[...] a obrigação de atuação eficiente, portanto, em termos simplificados, impõe: a) ação idônea (eficaz); b)

288 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 31.

289 Ibid., p. 31.

290 FREITAS, Juez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 125.

291 DALLARI, Adilson Abreu. *Privatização, Eficiência e Responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505553174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

292 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 114.

ação econômica (otimizada) e c) ação satisfatória (dotada de qualidade)".<sup>293</sup>

Constata-se, portanto, a imprescindibilidade da eficiência na Administração Pública. Por isso, a sua inserção no texto constitucional e sua obrigatoriedade na realização dos atos administrativos.

Todavia, para que o Poder Público possa exercer as suas atividades com eficiência, visando o interesse da coletividade, são atribuídos a ele poderes instrumentais, como, por exemplo, os poderes hierárquico e disciplinar, os quais apresentam papel fundamental na concretização da excelência na prestação do serviço à população.<sup>294</sup>

## 2 A IMPORTÂNCIA DO PODER HIERÁRQUICO

A organização da Administração Pública é fundamentada na distribuição de competências e na hierarquia. A legislação, assim, define as competências dos órgãos administrativos, cargos e funções, para que existam harmonia e unidade de direção, estabelecendo, inclusive, a relação de coordenação e subordinação entre os diversos órgãos, firmando, dessa forma, a hierarquia.

A hierarquia, nesse passo, determina as diretrizes de atuação dos órgãos dos agentes tendentes à organização da função administrativa, ou seja, propensos ao bom funcionamento dos serviços públicos.

A partir da hierarquia exsurgem vários poderes dentro do Poder Público, tais como: editar atos normativos – com o objetivo de determinar a atuação dos órgãos internos subordinados; dar ordens aos subordinados – implicando o dever de obediência, salvo naquilo que for ilegal; controlar a atividade do órgão subordinado – para verificar a legalidade ou conveniência e oportunidade dos atos, podendo, inclusive anulá-los ou revo-

---

293 MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 10, p. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

294 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 161.

gá-los; aplicar sanções disciplinares, na ocorrência de infrações disciplinares; avocar competências, desde que não sejam exclusivas dos órgãos inferiores; delegar atribuições que não lhe sejam privativas.<sup>295</sup>

O poder hierárquico da Administração possui o efeito ínsito de comando dos agentes de escalão superiores sobre os inferiores e, conseqüentemente, o dever de obediência que estes devem ter em relação àqueles.

Outros elementos vinculados à hierarquia, conforme já assinalado acima, são os deveres de fiscalização e revisão das atividades desempenhadas pelos órgãos e agentes inferiores, buscando verificar a legalidade e conveniência das suas ações em consonância com os mandamentos superiores, podendo, inclusive, revogar os atos quando inconvenientes ou inoportunos.

Há de se observar que a hierarquia pode ser empregada em três sentidos diferentes: 1) técnico político - é um princípio, ou seja, um critério de organização administrativa decorrente da relação de superioridade/inferioridade entre os órgãos; 2) jurídico - no qual a hierarquia se fundamenta no ordenamento hierárquico determinado pela legislação, a qual estabelece as competências dos órgãos administrativos, podendo ser concorrentes ou exclusivas; 3) jurídico - neste, assim como no anterior, o ordenamento hierárquico é determinado pela lei, todavia, dele, resulta a relação de coordenação e subordinação. A hierarquia aparece como relação pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados, isto é, ocorre uma relação de subordinação entre o inferior e superior, implicando o poder de dar ordens e o dever de obediência.<sup>296</sup>

O poder hierárquico da Administração Pública se caracteriza, assim, pela relação estabelecida entre seus órgãos de forma necessária e permanente, tendo como fim a organização da função administrativa e ocorrendo devido à coordenação das condutas administrativas pelos agentes superiores e obediência pelos subordinados.

---

295 DI PIETRO, 2016, p. 127.

296 DI PIETRO, 2016, p. 127-128.

A capacitação dos servidores pela Administração Pública, dessa forma, através de cursos de aperfeiçoamento e, até mesmo, pela simples orientação das chefias a seus subalternos, interfere sobremaneira na prestação do serviço à sociedade, haja vista que qualifica, esclarece e dá segurança àquele que tem que exercer a atividade voltada ao público.

Assim, imperioso que as chefias dos órgãos da Administração Pública sejam ocupadas por servidores que tenham plena capacitação organizacional, conhecimento da matéria do órgão em que coordena e da legislação estatutária, visando a permanente utilização do instituto da hierarquia, de forma adequada, no âmbito das suas coordenações.

E tal instrumento (poder hierárquico), se exercido de forma correta, tem estrita correlação com a eficiência da máquina pública, visto que através do citado poder se estabelece harmonia e unidade nas atividades administrativas, organizando a Administração para o seu mister, que é a prestação do serviço público.

### **3 A RELEVÂNCIA DO PODER DISCIPLINAR**

O poder disciplinar resulta da hierarquia. Assim, se os agentes superiores possuem a prerrogativa de fiscalizar a conduta dos agentes de níveis inferiores, por óbvio, podem [e devem] exigir que a atuação dos fiscalizados se desenvolva com observância da lei, sob pena de incorrerem em transgressões funcionais e, por conseguinte, estarem sujeitos a sanções disciplinares.<sup>297</sup>

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa [...]”.<sup>298</sup>

A disciplina funcional, nesse sentir, nada mais é do que a observância das normas estatutárias pelos agentes públicos, os quais devem realizar as suas condutas

---

297 CARVALHO FILHO, 2016, p. 74.

298 DI PIETRO, 2016, p. 126-128.

em respeito aos deveres e proibições determinados pela sua legislação de regência.

No caso do Município de Porto Alegre, por exemplo, a Lei Complementar nº 133, de 31 de dezembro de 1985, assinala em seus artigos 196 e 197, deveres e proibições que devem ser observados por aqueles que são regidos pelos seus regramentos.<sup>299</sup>

A Administração, desse modo, tendo conhecimento de transgressão praticada por servidor, tem o dever de realizar a sua apuração e aplicar a sanção adequada, caso configurada a transgressão funcional. Não agindo, dessa forma, o responsável em apurar, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no Código Penal e em improbidade administrativa, conforme a Lei nº 8.429, de 2-6-92.79.<sup>300</sup>

Demais, a conduta omissa, daquele a quem compete determinar a apuração do ilícito funcional, irá atingir, conseqüentemente, a prestação do serviço público, visto que, além de ficar as imagens de que “não dá em nada” e “cada um faz o que quer”, as quais geram insatisfação naqueles servidores que vem realizando as suas tarefas com presteza, economicidade e qualidade, dentro do regramento, atinge diretamente a pretensão do cidadão, tendo em vista que aquele que não obedece aos deveres e proibições irá continuar com a sua conduta inadequada, prejudicando a harmonia e unidade do serviço público a ser prestado (eficiência).

Insta ressaltar, que o que se defende não é um poder disciplinar extremamente rígido pela Administração Pública, mas que o instituto seja usado dentro da razoabilidade e proporcionalidade, isto é, sem abusos, no sentido de que vise um serviço público com eficiência à população.

A disciplina na Administração Pública é necessária e tem intrínseca relação com a prestação do serviço aos cidadãos, uma vez que somente com a organização

299 PORTO ALEGRE. Lei Complementar 133, de 31 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000022205.DOCN.&l=20&u=%2Fnethtml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: nov. 2016.

300 DI PIETRO, 2016, p. 126-128.

(harmonia e unidade – observância da legislação estatutária), poderá ser oferecido um serviço eficiente.

Diferentemente, não teria razão para a existência de Estatutos na Administração, os quais visam, sem dúvida, através da harmonia e unidade dos atos administrativos, a organização dos órgãos e, por fim, a prestação do serviço público com presteza, economicidade e qualidade a todos aqueles que necessitam.

Cabe frisar que referido poder não serve a desejos de favorecimentos e perseguições, devendo ser utilizado dentro do limite estabelecido pela legislação em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública.

A utilização do instituto da disciplina, permanentemente, com razoabilidade e proporcionalidade, irá, portanto, influenciar sobremaneira a excelência da prestação do serviço público, visto que aplicará sanção naquele que desobedecer às proibições e os deveres estatutários, orientando-o, assim, a respeitar a harmonia e unidade da prestação à população – eficiência do serviço público.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A função primordial da Administração Pública é a prestação de serviço aos cidadãos, como, por exemplo, serviços de saúde - através de suas unidades de saúde e hospitais - e educação - através de suas creches, escolas e universidades.

No entanto, para que essa função precípua seja realizada, com celeridade, economicidade e qualidade, deve o Poder Público organizar a sua atuação, delimitando a competência de cada órgão, bem como as atribuições de seus agentes.

Referidas delimitações são expressas pela legislação que integra a Administração Pública, a qual distribui as competências de cada órgão, dispõe sobre as atribuições dos seus servidores, bem como assinala sobre os deveres e as proibições funcionais.

Com as distribuições das competências aos órgãos e atribuições aos seus agentes, surge a coordenação e a subordinação, as quais devem ser observadas sob pena de omissão, abuso de poder ou insubordinação, conforme assinalado pela legislação correspondente.

Insta destacar que é o Estatuto, como por exemplo, a Lei 133, de 31 de dezembro de 1985, no Município de Porto Alegre, que é quem vai dispor sobre as faltas funcionais praticadas por aqueles que ocupam cargo público no âmbito da Administração Pública, bem como assinalar sobre o processo administrativo disciplinar.

Assim, se referido servidor deixar de observar, por exemplo, algum dos deveres expostos no artigo 197, da legislação supracitada, incorrerá em prática de ilícito funcional, devendo ser penalizado com uma das sanções disciplinares contempladas pelo respectivo Estatuto.

Tal pressuposto – sanção disciplinar – é instrumento necessário da Administração Pública para fomentar as práticas lesivas ao serviço público, visto que se punirá o servidor infrator, demonstrando a conduta adequada, em observância à função pública.

Cabe destacar que a capacitação dos servidores pela Administração Pública, através de cursos de aperfeiçoamento e, até mesmo, pela simples orientação das chefias a seus subalternos, interfere sobremaneira na prestação do serviço à sociedade, visto que qualifica, esclarece e dá segurança àquele que tem que exercer a atividade voltada ao público, e, nesse sentir, imprescindível seja instigada no âmbito do Poder Público.

Através dos institutos da hierarquia e da disciplina, dessa forma, está sendo almejado um serviço público célere, econômico e de qualidade, haja vista que se orientará ao servidor a forma adequada da prestação das suas atribuições, prevenindo condutas inadequadas, punindo ilícitos funcionais e evitando a continuidade de atos lesivos à prestação de um serviço público de excelência à população.

Mister, nesse compasso, que as chefias dos órgãos da Administração Pública sejam ocupadas por servido-

res que tenham plena capacitação organizacional, conhecimento da matéria pertinente ao órgão, bem como da legislação estatutária, a fim de utilizarem os institutos da hierarquia e disciplina, de forma adequada, no âmbito das suas chefias.

Verifica-se, portanto, a importância da hierarquia e da disciplina na eficiência da Administração Pública, visto que, conforme assinalado, é imprescindível a harmonia e a unidade nas atividades administrativas para que seja prestado um serviço de excelência à população, sendo os poderes hierárquico e disciplinar os instrumentos a corroborar para que os agentes públicos realizem as suas atividades de forma adequada.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. **Privatização, Eficiência e Responsabilidade**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505553174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 10 dz. 2014.

PORTO ALEGRE. Lei Complementar 133, de 31 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000022205.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsiirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: nov. 2016.

# DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CIDADE NO BRASIL

DIMENSIONE COSTITUZIONALE  
DEL DIRITTO ALLA CITTA' IN BRASILE

Vanêsa Buzelato Prestes<sup>301</sup>

**Resumo:** No Brasil, a partir da Constituição de 1988, há uma disciplina constitucional que faz nascer um direito à cidade. Este direito à cidade produziu um processo de diferenciação funcional que separou a dimensão política da dimensão jurídica, significando que temas tratados no sistema anterior como possibilidades passam a ser direitos consagrados e passíveis de serem exigidos. No processo de evolução histórica das cidades são conquistas que significam um novo *locus* e exigências das cidades. Esta construção jurídica que demonstra o processo de evolução significa uma atribuição de sentido normativo e cogente. O reconhecimento do direito à cidade, nessa perspectiva, é decorrente deste processo evolutivo e só se modificará a partir do próprio direito, ou seja, se o direito se modificar. O direito fundamental à cidade constitui um feixe de direitos representado pelo direito à moradia, à gestão democrática, à política urbana e ao meio ambiente.

**Palavras-chave:** Direito à Cidade. Constituição Brasileira (1988). Direito Fundamental à Cidade.

---

301 Doutoranda nella Università Del Salento/Itália, Mestre em Direito PUC-RS, professora em pós-graduações de direito urbanístico, ambiental e municipal, autora dos livros *Temas de Direito Urbano-Ambiental* (Ed. Forum, 2006) e *Direito Urbanístico* (Verbo Jurídico, 2009) e de artigos em revistas especializadas, Procuradora do Município de Porto Alegre - RS.

**Abstract:** *In Brazil, starting with the 1988 Constitution, there has been a constitutional discipline that has brought about a Right to the City. This so-called Right to the City has yielded a process of functional differentiation that has brought apart the political dimension from the legal dimension, meaning that themes treated on the former system as a mere possibility now have become consecrated rights and liable to be demanded. In the process of historical evolution of the cities, they are conquests that mean a new "locus" and demandings of the cities. This legal construction that shows the evolution process means a competence both statutory and mandatory. The acknowledgment of the right to the city, under this perspective, results from this evolution process and shall only change from the right itself, that is, if the right is modified. The fundamental right to the city constitutes a group of rights represented by the right to housing, the right to democratic management, the right to urban policies and the right to the environment.*

**Keywords:** *Right to the City. Brazilian Constitution of 1988. Fundamental Right to the City.*

## 1 CONSTITUIÇÃO E RECONHECIMENTO DE DIREITOS

O ciclo constitucional iniciado no século XX no ocidente é resultado de uma longa evolução sociocultural, segundo a qual, por meio da afirmação do conceito de Constituição como uma reação à diferenciação entre direito e política, faz-se possível, por meio do sistema jurídico, distinguir contínuas operações para apontar o que é direito e o que não é direito<sup>302</sup>. Luhmann aponta que a Constituição é o modo pelo qual ocorre o acoplamento estrutural entre direito e política, isto é, opera-se uma seleção dos temas que deixam de ser da política e passam a ser do direito. E, o direito, é uma forma de proteção da sociedade contra ela mesma, pois os temas selecionados passam a ser de observância universal.

302 Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. La Costituzione come Acquisizione Evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Giulio Einaudi Ed., 1996.

Para Luhmann, a função do reconhecimento de direitos fundamentais é fornecer garantias para diferenciação. Dentre as conquistas da modernidade está o direito universal, no sentido de válido para todos. O direito se organiza e constitui num âmbito no qual as condições de operatividade dependem do próprio direito. O direito é uma técnica de qualificação de sentido e este sentido é normativo. O que está ao redor desta qualificação não tem relação com o direito. Assim como a ciência não trabalha mais com verdades, mas com verificação da falsidade das velhas realidades e assim produz nova ciência, no direito temos um sistema que modifica a partir dele mesmo. O direito positivo moderno e constitucionalizado existe porque é produzido por ele mesmo. Tem no seu interno a igualdade, a justiça, mas não tem a tarefa específica de realizá-las. O direito que realiza a justiça nele mesmo é o dos regimes totalitários, nazistas, religiosos, socialistas. Por isso, o “dever ser” não pode ter uma referência externa, seja ela moral, religiosa ou política. A fusão destes subsistemas (religião, moral, política) torna-se uma ameaça destrutiva ao direito, porque destrói o potencial do direito em realizar o direito. É diverso de todo direito ter sua justiça. O direito nazista, por exemplo, tinha sua justiça que buscava a eliminação das raças inferiores<sup>303</sup>.

No âmbito do direito à cidade isto vai significar que a observância destes direitos não decorre da vontade do governante, do projeto do partido político ou porque estão fazendo um favor, uma liberalidade. Estes direitos existem e devem ser protegidos e observados, porque no processo evolutivo foram diferenciados, isto é, separados da política e da moral, e, por isso, devem ser observados. Moradia, meio ambiente, política urbana, gestão democrática, acessibilidade universal, proteção às diferenças, patrimônio cultural como expressão do feixe de direitos que coexistem nas cidades e que caracterizam o direito à cidade devem ser observados porque são direitos.

---

303 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 11.ed. Milão: Franco Angeli, 2003.

Sarlet aponta que os direitos fundamentais num regime democrático exercem função primordial de garantia das minorias contra desvios de poder, salientando-se ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia.<sup>304</sup> Bello Filho, por sua vez sustenta que “[...] um direito fundamental na pós-modernidade será, necessariamente, um direito que possa substituir a velha equação vertical – Estado/cidadão – por uma nova expressão: a relação hiperssuficiente/hipossuficiente.”<sup>305</sup>

Dessas dicções decorrem as denominadas garantias contra-majoritárias que, na hipótese dos direitos de 3ª dimensão, tal como é o direito à cidade, estão presentes e são relevantíssimos.

Para rememorar, os direitos de 1ª dimensão<sup>306</sup> são tidos como os direitos inerentes à individualidade (igualdade, liberdade, segurança e resistência a diversas formas de opressão). Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo. Laffer<sup>307</sup> sustenta que estes são “[...] direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”. São exemplos destes, o direito ao trabalho, saúde, educação e com estes é identificado o nascedouro do direito sindical. Os direitos de 3ª dimensão são aqueles metaindividuais, coletivos e difusos, direitos de solidariedade e o direito ao desenvolvimento. Estes direitos se expressam no direito ao meio ambiente equilibrado (direitos ecológicos), no direito à cidade e à ordem urbana, no direito à acessibilidade universal, dos idosos, das crianças e adolescentes, consumidores. Os direitos de 4ª dimensão são identificados como a biotecnologia, bioética e a regulação da engenharia genética. Já os de

304 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

305 BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao Ambiente:** da Compreensão Dogmática do Direito Fundamental na pós-Modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

306 Alguns autores utilizam o termo geração de direitos (Bobbio). Na linha dos autores que adotam a terminologia dimensão (Sarlet,), utilizamos este termo para o fim de reconhecer que não há uma sequência linear destes direitos, mas que coexistem .

307 LAFFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** um diálogo com Hannah Arendt. Sao Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.127.

5ª dimensão referem-se à sociedade e tecnologia de informação (internet), ciberespaço e da realidade virtual .

O direito à cidade, portanto, é um direito fundamental de 3ª dimensão e é resultado de um feixe de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, sendo que novos direitos nas cidades e um direito à cidade na perspectiva dos direitos fundamentais traz-se em necessariamente inclusivo. A compreensão do direito fundamental à cidade como uma garantia contra-majoritária para uma cidade plural e inclusiva também é uma decorrência do seu reconhecimento .

Demais disso, a cidade inserida na Constituição Federal de 1988 acarreta consequências jurídicas. Isto porque, a Constituição de 1988, é Constituição Democrática, que tem na dignidade humana o fio condutor e na redução das desigualdades sociais seus objetivo. As cidades como integrantes do contexto federativo e como entes que expressam o esforço do Estado para cumprir com a Constituição tem compromissos com os seguintes aspectos; a) a cidade é um espaço da cidadania; b) expressão do direito à diferença e as políticas públicas precisam ser inclusivas (ex: acessibilidade universal, reconhecimento à mobilidade reduzida que o urbanismo passa a observar); c) função socioambiental; d) funções sociais da cidade, que não se resumem as funções da cidade modernista<sup>308</sup>; e) dimensão de território; f) diálogo com a escassez dos recursos naturais; g) gestão democrática.

Nesta perspectiva é que a estruturação na forma prevista no Brasil transformou em direito situações que no sistema anterior integravam o âmbito da política. Desta forma, produziu uma diferenciação, distinguindo o que é direito e criando meios para sua garantia. Disso resulta uma série de consequências no âmbito dos municípios, que é o *locus*, por excelência, do exercício do direito à cidade.

---

308 Para cidade modernista as funções da cidade eram: recrear, circular, trabalhar e morar (Carta de Atenas). Os planos diretores físico-territoriais prestigiaram estas funções, mesmo que para criar grandes áreas de lazer e circulação, por exemplo, fizessem profundos aterros. Hoje, além destas funções, a cidade da contemporaneidade tem uma série de outras funções, tais como ambiental, saneamento, infra-estrutura urbana, serviços, gestão democrática, etc.

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 direitos, o sistema constitucional prevê a atuação dos entes federativos de forma comum e compartilhada. 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 mercedores 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.<sup>309</sup>

## 2 DIREITO À CIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem no Brasil. Temos um Estado Socioambiental Democrático de Direito, ou seja, um Estado constitucional, democrático e social garantidor do meio ambiente. Esta constatação decorre da concepção ligada às idéias de justiça intergeracional e direitos das futuras gerações presentes e garantidas pela Constituição Federal<sup>310</sup>.

309 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

310 Art. 225 CF. O Estado é hoje concebido como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática. Canotilho assevera que: “O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente.” Citando Kloepfer (1992), explica que “[...] o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito Democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos. O Estado ecológico aponta para formas novas de participação política

O conteúdo socioambiental é a afirmação de uma Constituição do Estado social<sup>311</sup>, que reconhece direitos fundamentais e fornece meios jurisdicionais para sua garantia, ainda tão carentes de aplicação no Brasil, dentre os quais e com prevalência o direito ambiental. Por isso não há exclusão recíproca entre os termos Estado socioambiental e Estado de direito ambiental. No direito à cidade, a abordagem é necessariamente socioambiental, pois representa fusão fundamental, em se tratando de sobrevivência e conservação das espécies, inclusive a humana.

Esta nova fase do constitucionalismo brasileiro está perfilhada à tendência ocidental decorrente de duas Conferências das Nações Unidas para o Meio Ambiente, em Estocolmo e no Rio de Janeiro. Nesta linha, o Brasil, por sua Constituição, assumiu ser um Estado Socioambiental Democrático de Direito.

Inserir uma cidade no conceito de Estado Socioambiental Democrático de Direito, transformando-a em unidade espacial onde o conceito jurídico-dogmático é aplicado produz conseqüências. Não se trata de qualquer cidade; não se trata da cidade feudal que tinha completa autonomia e que respondia pela economia e cultura, tendo inclusive sua moeda; não é o caso da cidade do medievo, na qual o Estado ditava a vonta-

---

sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada". (KLOEPFER, 1992 apud CANOTILHO, 2001). Canotilho ainda afirma que nos tempos mais recentes, a conformação do estado constitucional ecológico aparece ligada às idéias de justiça intergeracional e de direitos das futuras gerações.

Neste sentido:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 3.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Estado Constitucional e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivine; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 3.

\_\_\_\_\_. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, v. IV, 2001, p. 9.

311 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

de do indivíduo; não se está a falar da cidade liberal, na qual a ausência de regras é a tônica; não se fala da cidade modernista, cuja necessidade de “embelezamento”, segundo padrões tecnicamente definidos, com pouco diálogo com a realidade, gerou exclusão e segregação.

A cidade que se insere no discurso do Estado Socioambiental Democrático de Direito é uma cidade que:

- a) tem compromisso com a práxis constitucional, tendo a dignidade da pessoa humana como fio condutor;
- b) se preocupa, respeita e tem na sua política pública a sustentabilidade urbano-ambiental como meta; é uma cidade na qual meio ambiente não é política setorial de um órgão, mas permeia todas as ações da cidade;
- c) a propriedade só tem legitimidade jurídica se observar a função socioambiental estabelecida no Plano Diretor;
- d) é democrática;
- e) respeita e protege as diferenças;
- f) é plural.

Estas preliminares já dão conta do discurso jurídico-político que atribui legitimidade a uma cidade no Estado Socioambiental de Direito. Considerando que já está posta a existência de um direito constitucional à cidade, a partir da Constituição de 1988, deve-se examinar, por necessária relação de consequência, a forma de expressão e de constituição deste direito que se constitui em uma garantia contra-majoritária.

O reconhecimento constitucional se expressa no Capítulo II (Da Política Urbana) do Título VII da Constituição Federal (Ordem Econômica e Financeira). Também é possível observar normas-regras e normas-princípios esparsas na Constituição Federal que realizam a positivação constitucional do ambiente. Destes destacam-se a democracia participativa, em face da ges-

tão democrática que é exigível no Estado Democrático de Direito, como também a função socioambiental da propriedade, o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A coexistência dos direitos protegidos pela Constituição se dá em um ambiente com todas as interações decorrentes de um espaço majoritariamente modificado pelo homem, o que implica na objetivação da cidade como espaço de densificação de comandos constitucionais (art. 225 CF).

Cavalazzi<sup>312</sup> leciona que o direito à Cidade pode ser entendido como expressão do direito à dignidade da pessoa humana, constituindo o núcleo de um sistema composto por conjunto de direitos incluindo o direito à moradia – implícita a regularização fundiária –, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos – implícito o saneamento –, ao lazer, à segurança, ao transporte público, a preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado – implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis, bem como o direito à gestão democrática, entre outros.

A natureza do conjunto de direitos que estrutura o direito à cidade, à exemplo dos direitos do consumidor, do meio ambiente, à paz, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade é a sua titularidade indefinida, vez que se desloca da clássica prerrogativa da titularidade individual, de matiz liberal, para alcançar o conjunto da sociedade segundo a perspectiva solidária da justiça distributiva (direitos fundamentais de terceira dimensão).

No âmbito infraconstitucional o direito à cidade está densificado no Estatuto da Cidade. Já no âmbito do direito ambiental, nas legislações estaduais e locais que manejam a perspectiva da sustentabilidade urbano-ambiental. Concretiza-se aliando o clássico conceito dos elementos do ambiente natural (ar, água, flora, fau-

312 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi (Orgs.). **Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

na e solo) ao conceito de ambiente construído inerente às cidades (aspectos relativos a infra-estrutura urbana, ao social, ao econômico, ao patrimônio histórico-cultural, à cultura local, etc.).

Dos Tratados Internacionais que o Brasil é signatário e que tratam do deste conteúdo, destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – A Cúpula da Terra – Agenda 21 – Rio de Janeiro/1992. Se referiu sobre o tema ao dedicar um capítulo aos Assentamentos Humanos. Já a Agenda Habitat, decorrente da segunda Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – Habitat II realizada em Istambul, Turquia, em 1996, aborda profundamente este conteúdo.

A Carta Mundial do Direito à Cidade, aprovada no Fórum Social das Américas, realizado em Quito, no Equador, em julho de 2004, no Fórum Mundial Urbano realizado em Barcelona, na Espanha, setembro de 2004 e no V Fórum Social Mundial, realizado em Porto Alegre, no Brasil, em janeiro de 2005<sup>313</sup>, coloca o direito à cidade como uma expressão do direito à dignidade da pessoa humana. O artigo I, item 2 da Carta Mundial, estabelece o que segue:

O Direito à cidade é definido como o usufruto eqüitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social; é um direito que confere legitimidade à ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. O Direito à cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente e inclui direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Inclui também o direito à liberdade de reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade ética, racial, sexual e cultural; o

---

313 O Brasil, por intermédio do Ministério das Cidades foi firmatário e se comprometeu com o conteúdo da Carta Mundial do Direito à Cidade.

respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural.<sup>314</sup>

A partir da expressão constitucional referida é que se perfaz a concepção jurídico-constitucional do direito à cidade. Este direito à cidade decorre da dignidade humana, contempla os desafios apontados na Agenda Habitat, na Agenda 21 e na Carta Mundial do Direito à Cidade, tem regras próprias e constitui-se em um direito fundamental.

Importante destacar a disciplina constitucional da política urbana. Nos termos do art. 182 da CF, o plano diretor é a lei que disciplina o cumprimento da função social da propriedade no âmbito das cidades e é obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes. É lei em sentido material e formal, portanto sujeita aos requisitos jurídicos inerentes, tanto ao processo legislativo, quanto ao controle de constitucionalidade das leis.

A seleção operada, exigindo que planos diretores sejam leis formais e materiais com fundamento na Constituição Federal, estabelece um claro limite entre o direito e a política no ordenamento urbano. A superação dos Planos Diretores físico-territoriais implica em compreender que hoje são planos de gestão, responsáveis pela articulação de uma série de instrumentos a serem utilizadas de forma compatibilizada, observados os princípios do Estado Socioambiental, representam modo de seleção para redução da complexidade<sup>315</sup>.

A cidade inserida no Estado Socioambiental Democrático de Direito também assume os desafios da contemporaneidade. Romper com a fragmentação, modificar o paradigma da ciência onipotente e onipotente que, no urbanismo, inspirou políticas de comando e controle insuficientes e por consequência excluídas, adotar políticas e práticas que dialoguem com a

---

314 CARTA Mundial do Direito à Cidade Fórum Social das Américas. Disponível em: <[http://www.confex.org.br/media/carta\\_direito\\_cidade.pdf](http://www.confex.org.br/media/carta_direito_cidade.pdf)>. Acesso em: nov. 2016.

315 Sobre o tema da complexidade ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 11.ed. Milão: Franco Angeli, 2003, p. 40.

exclusão socioambiental e com a escassez dos recursos naturais são desafios postos às cidades da contemporaneidade. A dicotomia campo-cidade, urbanismo e meio ambiente, urbano e rural há que ser superada, a partir da visão da cidade como um todo. Um urbanismo que proteja as diferenças, que contemple a acessibilidade universal, a polícia de edificações para ocupações de índios urbanos, de verticalmente prejudicados, que contenha espaços para exercício dos cultos religiosos das mais variadas espécies. Uma cidade efetivamente inclusiva e plural, o que significa externar, permitir conviver com todas as diferenças que se expressam no tecido social, bem como desenvolver mecanismos de proteção àqueles grupos sociais que precisam de proteção. Dito de outro modo, significa superar a visão de homem médio, de ideal de urbanismo planejado e homogeneizado que tinha por reflexo padrões ideais e lineares que muitas vezes não dialogavam com a realidade com a qual estava incidindo.

Ao longo da história, as cidades desempenharam uma série de funções, tiveram conteúdos distintos e representaram projetos jurídico-políticos diferenciados, dependendo do contexto a que estavam vinculadas. Disso resulta que as cidades são fruto do processo sócio-cultural, estando inseridas em um contexto jurídico-político. Por isso, a cidade do medievo não é a mesma do período liberal, que por sua vez não tem as mesmas funções que as cidades da modernidade, pois a sociedade é diferente. O direito à cidade no Estado Socioambiental Democrático de Direito é um conceito em construção e tem na leitura de um direito constitucional à cidade o seu nascedouro.

O conceito jurídico de direito à cidade na contemporaneidade, a nosso ver, se expressa nos seguintes elementos: (a) pelo planejamento e gestão de todo o território, englobando o urbano e o rural; (b) pela compreensão de que a cidade é o todo, congregando urbanismo e meio ambiente; (c) pela identificação de um direito fundamental síntese de outros direitos fundamentais expressos no direito à moradia, à gestão democrática, à política urbana e ao meio ambiente; (d) tra-

duz-se em direito fundamental como um todo, expressando-se como garantia, defesa e procedimento. Como consequência, decorrem direitos e deveres fundamentais e a existência de garantias contra-majoritárias para eventuais mudanças legislativas. E, como decorrência da caracterização como direito fundamental, emerge proibição de retrocesso, nos aspectos que compõem o denominado núcleo duro, intangível, do direito.

Par e passo com a identificação da dimensão constitucional do direito à cidade tem-se o reconhecimento do direito fundamental à cidade. Nem tudo que está na Constituição é direito fundamental. Há critérios dogmáticos a serem observados para a identificação de um direito fundamental.

No Brasil, temos uma identificação expressa dos direitos fundamentais no art. 5º da Constituição, e, uma cláusula expressa de abertura, permitindo a identificação de outros direitos fundamentais fora do catálogo, a teor do que dispõe o art. 5º em seu parágrafo 2º<sup>316</sup>. A partir desta cláusula de abertura é que torna-se possível a identificação de um direito fundamental fora do catálogo, o direito fundamental à cidade.

O direito fundamental à cidade consiste em um feixe de direitos fundamentais que comporta direitos fundamentais, que são necessariamente subjetivos e normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva. Isto implica o fato de que este direito síntese representa um conjunto de posicionamentos de matriz constitucional que se revelam como garantias contramajoritárias, em razão de não poderem ser modificadas pela maioria dos cidadãos representados pelo legislativo. A síntese compõe-se de um conjunto de posições dogmáticas cujo o solo material é a cidade tomada como o espaço total de vivência. Deste feixe de direitos, sem prejuízo de outros, identificamos o direito fundamental

316 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: nov. 2016.)

à cidade como síntese do direito à moradia, à gestão democrática, à política urbana e ao meio ambiente.

Os direitos fundamentais são garantias contramajoritárias, que são atribuídas a legitimados através de normas de direitos fundamentais expressadas por enunciados normativos fundamentais. As normas de direitos fundamentais podem atribuir direitos a diversos legitimados, ou podem, apenas, estabelecer deveres, que são tarefas estatais e privadas. Quando se fala de normas que expressam deveres se está constatando a existência de normas de eficácia meramente objetiva, que não atribuem posições subjetivas a nenhum legitimado. Estas posições subjetivas podem ser de diversas formas, e quando se está diante de um direito que se realiza desde todas as possibilidades existentes em um dado modelo dogmático, como é o direito à cidade, será o caso de se constatar a existência de um direito fundamental como todo, ou direito fundamental em sentido amplo.

A existência de direito fundamental traz consequências jurídicas e o reconhecimento deste direito apresenta-se em duas dimensões: a subjetiva e a objetiva. O direito fundamental à cidade assume relevo na sua dimensão objetiva. Esta dimensão impõe um dever geral de efetivação, bem como uma possibilidade de reação de agressões provindas de outros particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Disso decorre que o exame articulado do feixe de direitos que gera o direito fundamental traz consequências distintas no exame tópico. O direito ao ordenamento urbano, decorrente da política urbana, pontualmente visto, p. ex., não possibilita visualizar a cidade como um todo. Ou, o direito à moradia pontualmente considerado traz consequências substanciais na dimensão subjetiva deste direito fundamental. Porém, na perspectiva do direito à cidade, o direito fundamental à moradia, integrando o feixe de direitos fundamentais síntese, pode ir além desta dimensão, exigindo planejamento para a moradia, órgãos que sejam promotores deste direito, a partir do dever geral de efetivação que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamen-

tais. Nesta mesma quadra, eventual proposição que fulmine órgãos estatais relacionados a proteção deste direito poderiam estar amparados pela proibição de retrocesso. Enfim, a interpretação possível, a partir da compreensão das possibilidades abertas pela doutrina dos direitos fundamentais, são múltiplas cabendo identificá-las.

Frise-se que na perspectiva objetiva os direitos fundamentais são sempre transindividuais e legitimam restrições aos direitos subjetivos individuais com base em interesse coletivo ou comunitário prevalente. Neste particular, para o direito à cidade, a dimensão objetiva assume especial relevo, dado aos conflitos existentes entre direitos fundamentais.

Ainda, importante anotar a motivação da identificação de um direito fundamental síntese que congrega direitos fundamentais identificados nos róis de direitos fundamentais da Constituição Federal como é o direito à moradia e outros fora do catálogo, mas perfeitamente identificáveis como tal: gestão democrática, política urbana e meio ambiente. Individualmente cada um desses direitos pode ser considerado fundamental: moradia, política urbana ou direito ao ordenamento urbano, meio ambiente e gestão democrática. Todavia, a síntese entre todos se traduz no direito à cidade que não se cinge ao urbano, mas a todo o território, inserido no Estado Socioambiental de Direito e que tem no direito intergeracional sua raiz, na moradia o seu desafio e na gestão democrática a expressão da cidadania na sua acepção ampla. Por isso este feixe de direitos fundamentais, considerados de forma articulada e integrada é que expressam o conceito de direito fundamental à cidade.

Identificadas as formas que se apresentam o direito à cidade em sua dimensão constitucional, emergem as formas de densificação deste direito. Ou, dito de outro modo, a forma de realização deste direito, de concretude do mesmo.

No Brasil, o Estatuto da Cidade é uma lei que densifica este direito, trabalha o planejamento para todo o

território, a complementação entre o urbano e o rural, os instrumentos que perfectibilizam o direito à moradia e a gestão democrática, além de elencar uma série de princípios que informam o direito à cidade.

De outra parte, dentre as hipóteses de manifestação de um direito fundamental está o direito ao procedimento, que implica na posição subjetiva que permita exigir do Estado a realização de procedimentos específicos para a construção de decisões públicas. No direito à cidade este aspecto assume relevo especialmente na perspectiva da gestão urbano-ambiental e democrática.

Para exemplificar, tratemos da questão da participação na gestão. Na densificação deste direito há uma série de atos administrativos (forma que a Administração Pública realiza a sua função executiva) e atos legislativos (leis) que precisam ser qualificados pela participação popular, sob pena de estarem eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nesta seara estão expressamente o Plano Diretor (ato legislativo), o EIA (estudo de impacto ambiental) – resultado exame EIA é a licença ou a negação de licença ambiental, o que é ato administrativo –, o EIV (estudo de impacto de vizinhança)<sup>317</sup>, as operações urbanas consorciadas, o orçamento público, sendo que existem outros implícitos tais como a regularização fundiária. Veja-se que esta qualificação – existência de gestão democrática, critérios para análise de impactos, inserção dos moradores e usuários do território nas operações consorciadas – modificam certos paradigmas do direito administrativo. A licença para construir é um deles. Seguir reproduzindo que a licença para construir consiste em ato meramente declaratório, porque declara direito pré-existente decorrente do regime urbanístico é um deles, e precisa ser repensado à luz dos princípios do Estado Socioambiental, em especial precaução, prevenção, gestão democrática e sustentabilidade urbano-ambiental. Avaliar impactos implica analisar a viabilidade da atividade ou empreendimento proposto, sendo possível mitigá-los, por intermédio da exigência de medidas que minimizem os impactos gerados ou compensá-los. Ainda, é possível não permitir

---

317 Mesma observação que consta entre parênteses quanto ao EIA.

a implantação da atividade ou empreendimento da forma pleiteada, se da avaliação resultar análise contrária ao proposto de modo inarredável. Nesta linha, em uma sociedade na qual a avaliação de impactos decorre da Constituição, o direito a construir não pode ser considerado pré-existente, sendo a licença ato declaratório deste. O direito a construir nasce da concertação de diversos fatores, refletindo a relação da cidade com o empreendimento e do empreendimento com a cidade, sendo o regime urbanístico um destes fatores. Mudança similar se dá na análise do EIA e do EIV. O âmbito dos estudos EIA e EIV como se fossem instrumentos autônomos, mesmo que estudem os mesmos aspectos só que solicitados por órgãos distintos da Administração Pública ocorre situação que merece ser repensada. O princípio da integração é vetor para a necessária atuação interdisciplinar, sendo que não há nenhum sentido em solicitar dois estudos para análise de questões similares, sob o fundamento de o serem exigidos por órgão distintos da mesma Administração Pública.

O mesmo se diga para as políticas de regularização fundiária que não podem ser específicas de um órgão, mas do todo da Administração Pública, externando todas as necessidades da política pública em espécie. Além disso, a regularização fundiária, de um lado, recupera um tempo perdido tratando do passivo ambiental e, de outro, exige do gestor apontar locais adequados para a habitação popular de modo que a irregularidade não se perpetue no tempo, por absoluta falta de alternativas. Este é o fio condutor do exame do tema a partir do princípio da sustentabilidade urbano-ambiental, exigindo o desenvolvimento de uma concepção de cidades socioambientalmente inclusivas e não somente de cidades tecnológicas que economizam energia e conservam recursos naturais.

Das cidades do Estado Socioambiental emergem parâmetros legais para interpretação de possibilidades de densificação do direito fundamental. Destaca-se a função socioambiental da propriedade que não se apresenta como uma contraposição ao direito de proprie-

dade. É um alinhamento decorrente do Estado Social, expresso na Constituição Federal de 1988 que tem na despatrimonialização, no pluralismo e na solidariedade seus princípios fundantes. Para além de limitar direitos, exige a determinação do conteúdo da propriedade.

Função socioambiental da propriedade é vetor econômico e social de uma sociedade solidária, sendo um compromisso entre a ordem liberal e a ordem social de modo a realinhar práticas e conceitos. Assimilados estes aspectos é necessário romper com o discurso jurídico da propriedade que está presente no imaginário popular, nos cursos de direito, nos meios de comunicação social e na prática dos operadores do direito. Uma sociedade solidarista se constrói, não se estabelece por lei.

O Estatuto da Cidade, o novo Código Civil e a legislação ambiental têm dispositivos que se alinham perfeitamente com estes novos ares. Contudo, a sua concretização depende muito da forma de aplicação prática dos conceitos jurídicos. Por isso, o direito, por meio de seus intérpretes, tem a oportunidade ímpar de efetivamente contribuir para este processo em construção, interpretando-os a partir da Constituição e não de modo inverso. Ao mesmo tempo, explicitando que a propriedade só é juridicamente reconhecida no Brasil ao cumprir com sua função socioambiental, o que nas cidades implica subordinação ao Plano Diretor. Para alguns, esta subordinação ao Plano Diretor implica propriedade adentrar ao campo do direito público. Entendemos, todavia, que não é disso que se trata. Trata-se, isto sim, de uma superação da dicotomia público-privado, sendo que há a constitucionalização do direito de propriedade, a partir da interpretação conforme a Constituição.

No ambiente das cidades esta compreensão assume relevância, em face do enorme valor da terra. De hectares passa-se a pensar e cobrar em metros quadrados, portanto, qualquer norma que afete, limite, restrinja ou estabeleça de modo diverso o conteúdo de determinada propriedade incidirá sobre este aspecto onerando ou desonerando-a. E, o fundamento para tanto, não é nem do direito público nem do direito privado, se é

ainda possível diferenciá-los, mas encontra amparo na Constituição.

Ademais, a partir do conteúdo jurídico do Plano Diretor, é possível combinar os diversos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade e nas demais legislações infraconstitucionais pertinentes, de modo a tratar as cidades com a pluralidade que exigem e de forma que possam efetivamente construir a sustentabilidade urbano-ambiental exigida pela contemporaneidade.

Em suma, a partir da Constituição de 1988, no Brasil, há uma disciplina constitucional que faz nascer um direito à cidade. Este direito à cidade produziu um processo de diferenciação funcional que separou a dimensão política da dimensão jurídica, significando que temas tratados no sistema anterior como possibilidades passam a ser direitos consagrados e passíveis de serem exigidos. No processo de evolução histórica das cidades são conquistas que significam um novo *locus* e exigências das cidades. Esta construção jurídica que demonstra o processo de evolução significa uma atribuição de sentido normativo. Significa dizer, que o conteúdo produzido é normativo e cogente. O reconhecimento do direito à cidade, nessa perspectiva, é decorrente deste processo evolutivo e só se modificará a partir do próprio direito, ou seja, se o direito se modificar.

## REFERÊNCIAS

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao Ambiente:** da Compreensão Dogmática do Direito Fundamental na pós-Modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: nov. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Estado Constitucional e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivine; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, v. IV, 2001.

CARTA Mundial do Direito à Cidade Fórum Social das Américas. Disponível em: <[http://www.confex.org.br/media/carta\\_direito\\_cidade.pdf](http://www.confex.org.br/media/carta_direito_cidade.pdf)>. Acesso em: nov. 2016.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi (Orgs.). **Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LAFFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com Hannah Arendt**. Sao Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come Acquisizione Evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Giulio Einaudi Ed., 1996.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 11.ed. Milão: Franco Angeli, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PA  
RE  
CE  
RES







# PARECERES INDIVIDUAIS

## **CONTRADIÇÃO ENTRE LEIS. ANTINOMIA. ARTIGO 18 DA LEI MUNICIPAL 11.979/15**

Maren Guimarães Taborda<sup>318</sup>

PARECER INDIVIDUAL N. 1197/2016

PROCESSO N. 16.0.000000399-2

INTERESSADO: Coordenação das Procuradorias  
Setoriais e Especializadas Autárquicas / Departamento  
Municipal de Habitação/ Secretaria Municipal de  
Administração/Procuradoria-Geral do Município de  
Porto Alegre

**EMENTA:** Antinomia - superação por via interpretativa necessidade de o executivo municipal declarar a ineficácia de regra válida em razão da impossibilidade de execução - solução, por conta própria, de problemas de fundamentação e aplicação de normas orientação pelos preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade e pelo princípio da eficiência.

Veja a íntegra do [parecer](#).

## ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA . ANÁLISE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Eleonora Braz Serralta<sup>319</sup>

PARECER INDIVIDUAL N. 1198/2016

PROCESSO N. 16.0.000014292-5

INTERESSADO: Secretaria Municipal do Meio Ambiente  
– SMAM/ Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

**EMENTA:** Áreas de Preservação Permanente em zona urbana e licenciamento edilício - faixas marginais de cursos d'água - Lei Federal n. 12.651/12 - "Novo Código Florestal" - o art. 4º, I, é a regra geral - casos em que ocorre a descaracterização como APP - utilização de instrumentos como licenciamento, zoneamento ambiental e edição de lei municipal para adequação da regra geral à cidade existente e consolidada - competência municipal para tratar de matéria urbano-ambiental de interesse local - critérios a serem observados pelo licenciador.

Veja a íntegra do [parecer](#).

---

319 Procuradora do Município

## REVISTA PESSOAL EM SERVIÇOS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO

Carlos Rogério Guedes Pires <sup>320</sup>

PARECER INDIVIDUAL N. 1199/2016

PROCESSO N. 16.0.000016154-7

INTERESSADO: Secretaria Municipal da Saúde/  
Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre

**EMENTA:** Revista pessoal em serviços de saúde do Município. Colisão normativa. Segurança e Intimidade e vida privada. Princípio da proporcionalidade. Meio necessário, adequado e menos restritivo. Preferência por meios menos invasivos, tais como detectores de metais, identificação de usuários e sistemas de videomonitoramento. Distinção entre busca pessoal e “revista privada”. Poder de polícia. Atribuição da Guarda Municipal de proteger os bens, serviços e instalações do Município. Excepcionalidade. Possibilidade da Guarda Municipal promover revista pessoal superficial e coletiva, bem como busca pessoal, por fundada suspeita, na proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Possibilidade de emprego de agentes de segurança privada no monitoramento de aparatos tecnológicos de revista indireta.

Veja a íntegra do [parecer](#).

## **PRESCRIÇÃO DA COBRANÇA JUDICIAL DE HONORÁRIO SUCUMBENCIAIS ANÁLISE FRENTE AO NOVO CPC**

Gustavo Moreira Pestana <sup>321</sup>

PARECER INDIVIDUAL N. 1200/2016

PROCESSO N. 16.0.000043159-5

INTERESSADO: Município de Porto Alegre

**EMENTA:** Honorários advocatícios sucumbenciais. Natureza jurídica. Verba privada. Titularidade do procurador municipal prescrição. Cumprimento de sentença e pretensão executória. Súmula 150 do stf. Não aplicabilidade. Relações de direito material distintas. Artigo 25, ii, da lei 8.906/94 e 206, § 5o, ii do código civil.

Veja a íntegra do [parecer](#).

---

321 Procurador do Município

# PARECERES COLETIVOS

## REGIME JURÍDICO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

Vanêsa Buzelato Prestes<sup>322</sup>

PARECER COLETIVO N. 210/2016

PROCESSO N. 16.0.000039017-1

INTERESSADO: CONTROLADORIA GERAL DO  
MUNICÍPIO. PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

**EMENTA:** Revisão do parecer 767/93. Regime Jurídico da Advocacia Pública Municipal. Previsão na Lei Municipal 701/12, regulamentada pela Lei N. 11.979/15. Exercício da atuação por procuradores do quadro efetivo. Carreira de Estado. Impossibilidade de outorga de procuratório e decorrente percepção de verba de representação. Derrogação da Lei Municipal 6172/88, no que diz com a percepção de verba de representação por procuradores municipais. Previsão de atuação de cargo comissionado jurídico, previsto na Lei Complementar 701/12. Procurador-Geral Adjunto e excepcional e motivadamente de Chefia de órgão de execução. Possibilidade. Exceções cujas condições decorrem das respectivas leis municipais.

Veja a íntegra do [parecer](#).



# DO CU MEN TOS





PRÊMIO INNOVARE 2016:  
REGULARIZAÇÃO  
FUNDIÁRIA:  
ADVOCACIA PÚBLICA  
ATUANDO PARA O  
RECONHECIMENTO DE  
DIREITOS

Vanêscia Buzelato Prestes<sup>323</sup>,  
Cristiane da Costa Nery,<sup>324</sup>  
Andréa Teichmann Vizzotto,<sup>325</sup>  
Simone Somensi,<sup>326</sup>  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira,<sup>327</sup>  
Valnor Prochinski Henriques<sup>328</sup>

---

323 Procuradora do Município

324 Procuradora-Geral do Município

325 Procuradora-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente

326 Procuradora do Município

327 Procuradora do Município

328 Procurador do Município

## PRÊMIO INNOVARE 2016

**Categoria: Advocacia**

### **REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: ADVOCACIA PÚBLICA ATUANDO PARA O RECONHECIMENTO DE DIREITOS**

**Criatividade:** a partir da estrutura permanente, contínua e com procedimentos estáveis, inserir norma que estabilizou o tema na Administração de Porto Alegre e permitiu que ao longo das várias gestões a regularização fundiária, na sua dimensão jurídica, fosse tratada de forma impessoal, técnica e permanente, independente das pessoas.

**Ineditismo:** uma procuradora municipal incluir nas atribuições legais dos procuradores a atribuição de ajuizar ações em nome de terceiros para regularização fundiária.

**Alcance social:** milhares de famílias beneficiadas em toda cidade, tendo garantida sua propriedade. As ações foram decorrentes de usucapião individual – quando não havia a hipótese coletiva -, de More Legal, que por uma ação se resolve a situação de muitas famílias.

## DETALHAMENTO DA EXPERIÊNCIA

A Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre (PGM/POA) atua em regularização fundiária desde 1994. Nas comunidades que pleiteavam a regularização da área no orçamento participativo (OP), o Município fazia as obras, porém a titularidade seguia indefinida, causando incerteza jurídica aos possuidores, bem como impossibilidade de exercício de outros direitos decorrentes do reconhecimento da propriedade, tais como contrair empréstimo para financiamento da casa própria. Nesse cenário, surge a atuação da PGM.

Da necessidade de garantir a propriedade e da compreensão dos princípios da segurança da posse que já naquela época eram propagados pela ONU/Un-Habitat, a PGM/POA assumiu essa tarefa, sendo a única procuradoria municipal de capital no País a ter nas suas atribuições a regularização fundiária de interesse social. O fato de procuradores municipais incluírem nas suas atribuições legais o ajuizamento de ações em favor de terceiros, em matéria de regularização fundiária, especializando-se nessa área e assumindo postura proativa de articulação institucional em busca de estratégias para superar os impasses e buscar a regularização fundiária na sua plenitude consiste na natureza inovadora da prática.

A evolução da regularização fundiária em Porto Alegre acompanhou as alterações legislativas. Ao longo desses mais de 20 anos, foram entregues mais de 1600 matrículas individuais por meio das ações de usucapião individuais, coletivas e Provimento More Legal, beneficiando milhares de pessoas. Processos de regularização de outros 3284 lotes estão em tramitação.

Os resultados obtidos e a consistência do trabalho realizado demonstram que, para PGM/POA, regularização fundiária é função de estado e não de governo. É uma tarefa pública que foi incorporada às atribuições legais da Procuradoria-Geral do Município como política pública permanente, que tem resgatado a cidadania de milhares de pessoas.

## DETALHAMENTO DA PRÁTICA

Em 1994, foi aprovada a lei municipal Nº 7433/94, que previu nas atribuições dos procuradores municipais atuar na defesa dos interesses dos cidadãos e entidades municipais necessitados, em questões relativas à regularização fundiária de terrenos urbanos, fornecendo orientação jurídica promovendo ações, contestando, reconvidando e recorrendo. Assim nasce a Equipe de Assistência Jurídica Municipal (EAJM), no âmbito da PGM/POA, sendo que os procuradores municipais passaram a representar as pessoas nas ações judiciais atuando em usucapiões. As usucapiões passaram a ser ajuizadas pelos procuradores municipais em benefício das pessoas que moravam nas áreas que o Orçamento Participativo (OP) definia como de regularização fundiária.

Em 1996, foi criado o Núcleo de Regularização de Loteamentos, embrião do tratamento coletivo da regularização fundiária. Regularizar um loteamento exigia aprovação de lei municipal instituindo área especial de interesse social, pois os padrões urbanísticos (tamanho de lote, existência de equipamentos públicos, tamanho da via) não eram os do entorno. Esse aspecto denomina-se dimensão urbanística da regularização fundiária e foi trabalhado a partir do advento do Estatuto da Cidade em 2001 e da alteração da lei federal 6766/79, incluindo a previsão das zonas especiais de interesse social. Ainda, para realização das obras, os proprietários que venderam os lotes foram notificados, foram ajuizadas ações judiciais exigindo a implantação das obras



Atuação da Procuradoria garantiu continuidade à regularização fundiária como política permanente de estado.

Foto: Cristine Rochol/PMPA

de sua responsabilidade, pois o tratamento da questão precisava ser na sua integralidade.

O Núcleo de Regularização de Loteamentos era coordenado pela PGM e tinha a presença de outras secretarias, em especial da Secretaria de Planejamento Municipal, que atuava par e passo com a PGM, e uma forte articulação com a comunidade interessada. Os passos da regularização são lentos, quebram paradigmas, envolvem uma série de atores internos ao município e externos (Ministério Público, Judiciário, Registro de Imóveis). Tratar da irregularidade significa atuar no anticonvencional, nos problemas que a institucionalidade não responde com o tratamento uniformizado. Na medida em que as fases da regularização iam avançando, surgiam novos entraves, pois a administração pública e o registro de imóveis não estavam burocraticamente preparados para processos anticonvencionais como estes.

Em dezembro de 2006, por meio do Decreto 15.432, foi criada a Gerência de Regularização de Loteamentos, com atuação de procuradores e engenheiro, e estes coordenavam uma comissão intersecretarias responsável pela emissão de diretrizes para a aprovação dos projetos urbanísticos nas áreas de regularização fundiária.



Instrumento previsto pelo Minha Casa, Minha Vida, legitimação de posse está sendo utilizada para a regularização do Residencial Mariante.

Foto: Divulgação PMPA

Em 2013, por meio do Decreto 18.471/13, foi criada a PARF – Procuradoria de Regularização Fundiária, órgão que unificou a Gerência de Loteamentos e a EAJM.

Em 2016, no âmbito da alteração de estrutura da PGM, criou-se a Gerência de Arquitetura e Engenharia (GEAR), órgão integrante da estrutura oficial da PGM/POA, nos termos do Decreto 19.303/16, que tem por atribuição prestar assessoria aos projetos urbanísticos, às comissões, audiências e todas as demais necessidades para construção dos projetos específicos e das diretrizes gerais.

A evolução da regularização fundiária na PGM de Porto Alegre acompanhou as alterações legislativas. Na medida em que foram sendo introduzidos novos instrumentos (Estatuto da Cidade 2001, Minha Casa Minha Vida 2009), estes foram sendo aplicados e disso decorreu a ampliação da equipe, a incorporação de técnicos de outras áreas e a atuação interdisciplinar e interórgãos que existe em Porto Alegre.

A grosso modo, em 1994, usucapião era o único instrumento que podia ser utilizado para regularização de áreas privadas nas quais não ocorreu a compra e venda, mas sim ocupação. O More Legal é utilizado para



Vila Cruzeiro foi uma das primeiras áreas regularizadas via usucapião individual, que resultaram em 850 matrículas já entregues.

Foto: Cristine Rochol/PMPA

os casos em que ocorreram loteamentos clandestinos ou irregulares, regulariza toda a gleba, inserindo-a na cidade.

A usucapião é um instituto que existe para reconhecer a perda de uma propriedade. A pessoa que consta como proprietário em uma matrícula assim é considerado até que se demonstre o contrário (posse mansa, pacífica, para fins de moradia por mais de 05 anos até 250 m<sup>2</sup>, e até 15 anos nos demais tamanhos (posse mansa, pacífica e de boa-fé). Por isso, o processo para reconhecimento da perda da propriedade é complexo. Tem a citação de todos os lindeiros, todos os proprietários e cônjuges que constam nas matrículas e intimação da Fazenda Pública dos três entes federativos. É moroso e não foi pensado para situações coletivas como as trabalhadas nas áreas irregularmente ocupadas. Ao assumir a regularização fundiária como sua atribuição, a PGM/POA deparou-se com áreas ocupadas há mais de 30 e 40 anos, porém sem infraestrutura, pois os moradores não eram os titulares da propriedade. Mas o processo de reconhecimento da perda formal da propriedade precisava passar por todas as etapas. Excessos de citações, intimações e repetição de atos cartorários eram sua característica.

Ao longo do período, foram entregues de 850 matrículas individuais, representando o número de famílias de baixa renda que tiveram sua propriedade reconhecida nas áreas de regularização fundiária assim trabalhadas a partir das prioridades definidas pelo Orçamento Participativo. Estão ainda em tramitação 191 processos.

Após o advento do Estatuto da Cidade, foi prevista a usucapião coletiva. Apesar de todas as dificuldades, a PGM/POA conseguiu concluir um processo coletivo, que reúne 92 lotes. Porém, os entraves das ações individuais repetiram-se na ação coletiva e esta levou mais de quinze anos tramitando até o trânsito em julgado. A grande vitória é que os mandados para registros serão individualizados para cada lote, gerando matrícula especificada para cada moradia.

Nas hipóteses da existência de loteamentos (com venda dos lotes, não ocupação consolidada), desde o

advento dos Provimentos More Legal, estes são utilizados, pois dão celeridade à tramitação. O primeiro Loteamento regularizado foi em 2003: Residencial Vitória, ainda sob o marco do More Legal I. De lá para cá (os dados sistematizados são a partir de 2007), foram regularizados (entregue matrículas) cerca de 10 loteamentos, perfazendo mais de 700 lotes. Em andamento para regularizar pelo More Legal, têm-se já ajuizados 15 loteamentos, perfazendo 1576 lotes. Não estão incluídas nessa base de dados as áreas públicas.

Atualmente, o trabalho mais intenso é nos processos de demarcação urbanística e legitimação da posse, instrumentos previstos pelo Minha Casa, Minha Vida e que visam dar celeridade à regularização. Para tanto, foi desenvolvido um fluxo novo, prevendo contato direto por meio da compatibilização das ferramentas de informática com os registros de imóveis, assinatura digital e outros meios atuais que possibilitam atribuir a segurança e celeridade necessárias aos processos de regularização fundiária. Toda a tramitação da legitimação da posse está sendo em processo administrativo eletrônico (SEI), já em pleno funcionamento e uso. Duas demarcações urbanísticas estão em andamento, perfazendo 1517 lotes.

No processo de evolução da regularização fundiária, a PGM/POA incorporou estrutura técnica, desenvolvendo metodologias e fluxos para agilizar os processos interno e externo de reconhecimento do direito de moradia às pessoas, sendo hoje uma atividade institucional incorporada, consagrada e tarefa permanente dos procuradores municipais de Porto Alegre.

O resumo dos instrumentos utilizados, matrículas entregues, Loteamentos atendidos pela PARF e demarcação urbanística em andamento seguem a seguir:

**LOTEAMENTOS REGULARIZADOS PELO MORE LEGAL**

<b>Nº</b>	<b>Nome do Loteamento</b>	<b>Nº Lotes</b>
1	<i>Cooperativa Max Gueiss</i>	63
2	<i>Loteamento Lydia Sperb</i>	13
3	<i>Loteamento Mirante do Guaíba</i>	40
4	<i>Loteamento Parque União</i>	113
5	<i>Loteamento Túnel Verde</i>	100
6	<i>Loteamento Chicão</i>	200
7	<i>Loteamento Pedreira</i>	29
8	<i>Loteamento Vicente Ciecelsky</i>	40
9	<i>Loteamento Augusto Garcia</i>	54
10	<i>Residencial Vitória</i>	32
<b>TOTAL</b>		<b>684</b>

**LOTEAMENTO COM MORE LEGAL EM ANDAMENTO**

<b>Nº</b>	<b>Nome do Loteamento</b>	<b>Nº Lotes</b>
1	<i>Loteamento Vale do Sol I e II</i>	96
2	<i>Loteamento Beco do Stringhini</i>	98
3	<i>Loteamento Chácara do Bombeiros</i>	234
4	<i>Loteamento Jardim Casacata</i>	364
5	<i>Loteamento Chácara das Peras</i>	74
6	<i>Loteamento Francisca Alves</i>	93
7	<i>Loteamento Ênio de Souza</i>	129
8	<i>Loteamento Lauro Poersh</i>	33
9	<i>Loteamento Gedeon Leite 400</i>	27
10	<i>Loteamento Beco do Jesuíno</i>	49
11	<i>Loteamento Ello Dourado</i>	236
12	<i>Loteamento da Estrada Campo Novo</i>	14
13	<i>Loteamento Jorge Pereira Nunes, 1135</i>	69
14	<i>Loteamento Tomé Antônio de Souza</i>	60
15	<i>Jardim Renascença</i>	429
<b>TOTAL</b>		<b>2005</b>

**LOTEAMENTOS COM DEMARCAÇÃO URBANÍSTICA**

<b>Nº</b>	<b>Nome do Loteamento</b>	<b>Nº Lotes</b>
1	<i>Loteamento Mariante, Sertão I e II</i>	717
<b>TOTAL</b>		<b>717</b>

### LOTEAMENTO COM DEMARCAÇÃO URBANÍSTICA EM ANDAMENTO

Nº	Nome do Loteamento	Nº Lotes
1	<i>Loteamento Quinta do Portal</i>	800
	<b>TOTAL</b>	<b>800</b>

### PROCESSOS DE USUCAPIÃO

Tipo	Situação	Locais
Usucapião coletivo	<i>92 lotes regularizados</i>	<i>Vila Operário</i> <i>Vila Cruzeiro</i> <i>Esmeralda</i>
	<i>850 matrículas entregues</i>	<i>Dona Malvina</i>
Usucapião individual	<i>191 processos judiciais em andamento</i>	<i>Orfanotrófio I</i> <i>Orfanotrófio II</i>
	<i>12 lotes com registro individual em andamento</i>	<i>São Martinho</i> <i>Alto Erechim</i> <i>Chácara Sperb</i>

Correlata a esse trabalho, importante atuação se dá nas comissões que discutem e aprovam as diretrizes e, posteriormente, os processos de regularização urbanística. A atuação em áreas já ocupadas, bastante consolidadas, o cumprimento das exigências das legislações setoriais que não dialogam entre si, os conceitos jurídicos que se concretizam a partir dos projetos específicos previstos nessas leis, aumentam a complexidade e fazem com que o processo de interpretação da legislação e de construção de conhecimento interdisciplinar seja um desafio constante. Neste particular, a função da PGM na interpretação das leis frente aos casos concretos tem sido relevantíssima para destravar situações que pareciam insuperáveis, para estabelecer os limites jurídicos sustentáveis, bem como para formular as hi-

póteses de aplicação dos instrumentos existentes. Os pareceres cujas ementas estão a seguir citadas fazem parte dessa importante função desenvolvida pela PGM ao longo dos anos.

## **PARECERES**

**Data:** 09/09/2014

**Nº/Tipo:** 1187/2014

**Relator:** Maria Etelvina B. Guimaraens

**Equipe:** PAJM

**Origem:** 001.030064.12.0

**Interessado:**

**Ementa:** *Implantação de rede elétrica pela Companhia Estadual de Energia Elétrica em assentamentos, loteamentos irregulares e clandestinos. Interpretação dos dispositivos atinentes da Resolução Normativa 414/2010 da ANEEL à luz dos dispositivos constitucionais que tratam da competência dos entes federativos em matéria urbano ambiental. Diferenciação entre solicitação de implantação de rede e anuência com a implantação de rede. Atribuição do poder público enquanto promotor da regularização e sua competência enquanto regulador do uso do solo urbano. Características do Termo de anuência.*

**Data:** 13/09/2013

**Nº/Tipo:** 1184/2013

**Relator:** Maria Etelvina B. Guimaraens

**Equipe:** PAJM

**Origem:** 001.008038.11.2

**Interessado:** Gerência de Regularização de Loteamentos

**Ementa:** *Regularização de loteamento pelo poder público nos termos do art. 4º da Lei n. 6.766/79 e do Provimento n. 29/2004 da Corregedoria Geral da Justiça/ RS - More Legal III. Lotes que restaram em nome do Município de Porto Alegre poderão ser transferidos aos adquirentes mediante comprovação dos requisitos legais. Possibilidade de titulação em nome do adquirente no caso de comprovação*

*da quitação do contrato. Possibilidade de aplicação dos instrumentos de política urbana para a regularização nos casos de ausência dos requisitos para a transmissão da propriedade. Município desenvolve a política urbana conforme diretrizes gerais fixadas em lei, no exercício de atribuição definida no ordenamento jurídico vigente, quando promove a regularização de loteamento e a regularização jurídica do lote.*

**Data:** 24/04/2013

**Nº/Tipo:** 1183/2013

**Relator:** Maria Etelvina B. Guimaraens

**Equipe:** PAJM

**Origem:** 001.011968.13.3

**Interessado:** Secretaria Especial da Copa

**Ementa:** *Imóvel público abrangido por Área de Interesse Social para fins de regularização fundiária e ocupado para fins de moradia. Necessidade de desocupação e utilização para implantação de obra pública. Indenização decorrente do direito à moradia. Possibilidade de indenização aos moradores desde que comprovado o preenchimento dos requisitos legais à Concessão de Direito Real de Uso ou à Concessão de Uso Especial para fins de moradia.*

**Data:** 26/06/2013

**Nº/Tipo:** 1162/2010

**Relator:** Simone Somensi

**Equipe:** PAJM

**Origem:**

**Interessado:** ONG Estér Mulher, Associação dos Moradores Acesso P7, Câmara de Vereadores do Município, PARF/PGM e CEEE.

**Ementa:** *Parcelamento do solo urbano para fins de interesse social. Regularização fundiária de assentamentos de interesse social localizados em área urbana. Instalação da infraestrutura para implantação da rede elétrica. Requisitos. Procedimentos. Possibilidades. Resolução Normativa n. 384/09, da ANEEL. Aplicação do Estatuto da Cidade, da Lei Federal n. 11.977/09 – Minha Casa, Minha Vida, do Pla-*

*no Diretor de Desenvolvimento Urbano-Ambiental e legislação correlata.*

**Data:** 28/11/2009

**Nº/Tipo:** 1154/2009

**Relator:** Vanêsa Buzelato Prestes

**Equipe:** PUMA

**Origem:** Centro de Educação Ambiental Reciclando Vidas e GT Mato Sampaio/ SPM e Demhab

**Interessado:**

**Ementa:** *Vilas Mato Sampaio, Pinto e Divinéia. Área Especial de Interesse Social instituída pela Lei Municipal Nº 8150/98. Procedimentos para regularização e aprovação das edificações. Cadastramento das vias existentes, viabilizando frente para logradouro público oficial. Possibilidade. Precedentes no mesmo sentido. Aprovação de EVU parcial. Possibilidade. Concessão de direito de superfície às famílias que morarão no sobrado. Possibilidade de utilização. Art. 21 e seguintes do Estatuto da Cidade/Lei Federal 10.257/01. Procedimento para registro no Cartório de Registro de Imóveis. Aprovação de projetos arquitetônicos de edificação de interesse social e respectiva concessão do habite-se. Aplicação da Lei Municipal 548/06.*

**Data:** 18/01/2008      **Nº/Tipo:** 1145/2008

**Relator:** Ana Luisa Soares de Carvalho

**Equipe:** PUMA

**Origem:** 2.235397.00.0

**Interessado:** ODILON FRANCISCO WILDNER

**Ementa:** *Assentamento clandestino em área de risco. Laudo técnico atestando a necessidade de obras de engenharia para eliminação do risco. Obras que incorporam as condições de regularização do parcelamento. Possibilidade. Fiscalização e monitoramento da execução das obras pelo Município. Dever que se impõe ao Poder Público. A responsabilidade civil do Município somente pode ser tratada no plano da omissão. Faute du service. Responsabilidade pela teoria subjetiva que pressupõe o dolo ou culpa.*

**Data:** 18/01/2008

**Nº/Tipo:** 1144/2008

**Relator:** Vanêscia Buzelato Prestes

**Equipe:** PUMA

**Origem:** 004.001280.05.8

**Interessado:** Demhab e SPM

**Ementa:** *Vila Santa Rosa. Aprovação do projeto urbanístico visando à regularização fundiária. Área inserida em zona de possível de restrição de uso do solo por ser entorno do aeroporto. Curva de Ruído 2. Estudos que ainda estão sendo desenvolvidos pela ANAC e que não foram formalizados. Ocupação existente desde 1976. Lei Federal Nº 7565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) e Portaria Nº 1141/GM5 de 1987. Análise da legislação federal incidente. Possibilidade de aprovação do projeto urbanístico, pois não se trata de nova utilização, mas de regularização fundiária. Na análise de eventual incidência do Art. 46 Lei Federal 7565/86. Direito à indenização por se tratar de ocupação pré-existente na impossibilidade de permanência no local. Sugestão de envio de comunicado à ANAC, com base no novo zoneamento já recebido pela municipalidade, considerando tratar-se de regularização jurídica e registrária da gleba e não autorização para novas construções ou utilização da área.*

**Data:** 28/07/2005

**Nº/Tipo:** 1116/2005

**Relator:** Vanêscia Buzelato Prestes

**Equipe:** PUMA

**Origem:** 02.299827.00.0

**Interessado:** Departamento Municipal de Habitação - Demhab

**Ementa:** *Inteligência do art. 77 do PDDUA. Dispositivo que estabelece compensação para a realização da desafetação em bem de uso comum. Princípio da compensação ambiental. Necessidade de laudo para demonstrar a existência do dano, inclusive para hipóteses novas. Dispositivo não aplicável para as áreas inseridas no Programa de*

*Regularização Fundiária à época da entrada em vigor do Plano Diretor, por força do que dispõe o §2º do art. 77.*

**Data:** 13/02/2004    **Nº/Tipo:** 1095/2004

**Relator:** Vanêscia Buzelato Prestes

**Equipe:** PPL

**Origem:** 02.209605.00.6

**Interessado:** Núcleo de Regularização de Loteamentos/PGM e Associação dos Moradores da Vila Viçosa

**Ementa:** *Regularização Fundiária. Passivo ambiental das cidades brasileiras. Necessidade de desenvolver projetos que impliquem na melhoria das condições ambientais do local. Regularização de loteamentos . Inaplicabilidade da Resolução Conama 303/02 . Situações historicamente consolidadas. A aplicação da Resolução Conama 303/02 ocorre a partir da sua publicação. Precedentes na PGM. Parecer nº 1090/04. Aplicação da metragem de área de preservação permanente prevista na época da implantação do loteamento. Possibilidade do órgão ambiental motivadamente indicar metragem maior ou menor em projetos de regularização fundiária, analisada a situação fática concreta.*

**Data:** 08/04/2002

**Nº/Tipo:** 1050/2002

**Relator:** Roberta Irber Redel

**Equipe:** Assessoria Especial

**Origem:** 02.269757.00.2; 02.283623.00.8 e 02.264010.00.4

**Interessado:** Secretaria de Planejamento Municipal - SPM

**Ementa:** *Loteamentos irregulares e clandestinos. Regularização via gravame de AEIS. Possibilidade de utilização do instituto da urbanização progressiva na regularização de loteamentos que necessitam de obras de macrodrenagem. Aplicação do Decreto nº 11.637/96, alterado pelo Decreto nº 11.806/97. Requisitos e procedimentos.*

**Data:** 11/11/1998

**Nº/Tipo:** 1002/1998

**Relator:** Juliano da Costa Stumpf

**Equipe:**

**Origem:** 02.079682.98.7

**Interessado:** Sérgio Octávio Sauer

**Ementa:** *Propriedade. Indenização.Reivindicação. Usucapião. Não deve ser indenizado, em razão de alargamento de via pública, o particular que não conta mais com o direito de reivindicar o bem imóvel face ao decurso do tempo de mais de vinte anos de posse justa do município sobre a área. Para adequada e formal transferência do domínio da área possuída pelo município, é necessário o ajuizamento da ação de usucapião, pois só assim terá a Administração Pública condições e regularizar a sua propriedade. A transcrição no Registro de Imóveis depende de título hábil*

**Data:** 31/12/1996    **Nº/Tipo:** 961/1996

**Relator:** Sérgio Volker

**Equipe:** PAJM

**Origem:** 01.032738.96.0

**Interessado:** Secretaria do Governo Municipal - SGM

**Ementa:** *Desapropriação. A existência de posse "ad usucapionem", por vários anos, gera a desvalorização do valor do imóvel em relação ao proprietário, devendo os possuidores serem citados no processo expropriatório. Os possuidores têm direito a indenização. Instrumento adequado para a regularização fundiária da Vila Cristal.*

**Data:** 03/12/1996

**Nº/Tipo:** 954/1996

**Relator:** Vanêscia Buzelato Prestes

**Equipe:** CAJ

**Origem:**

**Interessado:** Departamento Municipal de Habitação - DEMHAB

**Ementa:** *Vilas situadas em áreas particulares. Possibilidade do Município implantar a infraestrutura necessária. Ha-*

*bitação popular como histórica política pública no Brasil, merecedora da tutela estatal. Possibilidade de utilização de verba orçamentária para regularização. Sugestão de procedimentos que resguardam a ação administrativa.*

**Data:** 24/05/1996

**Nº/Tipo:** 934/1996

**Relator:** Ana Cristina Tópor Beck

**Equipe:** PPDP

**Origem:** 001.020561.96.2

**Interessado:** Departamento Municipal de Habitação

**Ementa:** Áreas doadas à municipalidade, em observância à regra constante da Lei do parcelamento do solo. Bens de uso comum do povo. Desafetação. Possibilidade jurídica. Verificado que tais áreas nunca cumpriram, de fato, com a destinação lhes dada inicialmente, pela lei, o processo de desafetação somente estará regularizando situação já consolidada no mundo dos fatos, sem causar prejuízos à comunidade acerca de sua eventual *desutilização*. *Existência de norma legal expressa disciplinando a matéria: art 2º, § 2º, L. C. nº 242/91*. Estudo de viabilidade urbanística dos programas de regularização fundiária, pelo Conselho do Plano Diretor, criado pela L. C. nº 43/79 e regulamentado pelo decreto nº 6964/79, relativamente à viabilidade da desafetação. Desnecessidade. Em que pese seja da competência exclusiva desse órgão a análise e deliberação quanto aos padrões urbanísticos de projetos e programas, a existência de norma legal expressa impondo a desafetação de áreas dessa natureza, a atribuição desse órgão *fica relegada a segundo plano*.

**Data:** 02/05/1996

**Nº/Tipo:** 931/1996

**Relator:** Armando da Costa Domingues

**Equipe:** PUMA

**Origem:** 002.268120.00.0

**Interessado:** Antonio Justo Roldão

**Ementa:** *Regularização de loteamento clandestino. Inci-*

*dência da Lei Complementar nº 140/86. Atendimentos aos requisitos legais. Interpretação do artigo 2º da referida norma legal.*

**Data:** 23/11/1995

**Nº/Tipo:** 901/1995

**Relator:** Maria Etelvina B. Guimaraens

**Equipe:** CAJ

**Origem:** 1.011082.92.5

**Interessado:** União das Associações de Moradores de Porto Alegre

**Ementa:** *Loteamento aprovado e implantado antes da edição da Lei Federal 6766/79. Aplicação da Lei Compl. n. 140/86, referente a regularização de loteamentos. Encaminhamento a registro da planta aprovada.*

**Data:** 15/09/1995

**Nº/Tipo:** 879/1995

**Relator:** Laura Antunes de Mattos

**Equipe:**

**Origem:** 02.212957.00.4

**Interessado:** Casemiro de Souza

**Ementa:** *Loteamento clandestinamente implantado. Imóvel originado em desmembramento anterior à vigência da Lei complementar nº 43/79 e Lei nº 6.766/79. Promessa de doação de área pelo proprietário que não efetivou-se. Ausência de fundamento legal para a exigência da doação eis que a mesma não mais externa a vontade do proprietário. Possibilidade de regularização do loteamento pelas disposições da Lei Complementar nº 140/86, não sendo da essência desta regularização, a doação.*

**Data:** 05/07/1994

**Nº/Tipo:** 818/1994

**Relator:** Cyntia Assumpção Pohlmann

**Equipe:** EAJ

**Origem:** 02.271694.00.1

**Interessado:** Marcelo Mainioeri Coutinho

**Ementa:** *A Lei Complementar 140/86 é lei de regularização que já contém os requisitos mínimos a serem atendidos para tanto. O espírito da lei é justamente a regularização independente de padrões urbanísticos postos.*

## **PRINCIPAL INOVAÇÃO**

A prática inovadora consiste nos seguintes aspectos:

- a) Procuradores municipais, afeitos à defesa do fisco, dos procedimentos de licitação dentre outras tarefas estruturantes da administração pública, incluïrem nas suas atribuições legais ajuizar ações em favor de terceiros, em matéria de regularização fundiária nas áreas decorrentes das demandas do Orçamento Participativo (OP), tendo procuradores especializados nesta área de atuação;
- b) PGM integrar-se e coordenar grupos de trabalho que aplicam os instrumentos urbanísticos e ambientais na perspectiva da regularização fundiária;
- c) PGM articular com registro de imóveis, Corregedoria da Justiça, Ministério Público e outros interlocutores as estratégias para superar os impasses e buscar a regularização fundiária na sua plenitude (urbanística, jurídica e registraria);
- d) A estrutura da PGM incorporar equipe técnica que atua na regularização fundiária de modo interdisciplinar;
- e) PGM liderar e desenvolver estudos na perspectiva horizontal da administração pública em matéria de direito social (direito à moradia), pensando o direito a partir de sua dimensão sistêmica, produzindo interpretações para temas antes não tratados pela administração pública

## PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO DA PRÁTICA

1. Em 1994, foi aprovada a lei municipal N° 7433/94 que previu nas atribuições dos procuradores municipais atuar na defesa dos interesses os cidadãos e entidades municipais necessitados, em questões relativas a regularização fundiária de terrenos urbanos, fornecendo orientação jurídica promovendo ações, contestando, reconvindo e recorrendo
2. Em 1996, foi criado o Núcleo de Regularização de Loteamentos. Neste período, foram criadas as AEIS – áreas especiais de interesse social, regra urbanística que possibilita o tratamento diferenciado no regime urbanístico para glebas ocupadas. O gravame de AEIS no plano diretor é requisito para as regularizações objetivadas. As primeiras regularizações de loteamentos são desta época, porém ainda com pouca escala. (Em 2003, o Loteamento Vitória foi o precursor).
3. Em 2006, foi criada a Gerência de Loteamentos pelo Decreto n. 15.432/06, com a lotação de engenheiro para atuação nos levantamentos topográficos e projeto urbanístico de cerca de 4.000 lotes, instrumentos necessários à regularização; nesse período, a PGM contratou topografia para aumentar o atendimento à regularização.
4. Em 2013, foi criada a Procuradoria de Assistência e Regularização Fundiária (PARF), unificando a assistência jurídica e a regularização de loteamentos. Novos instrumentos previstos na Lei 11.977 eliminaram obstáculos e criaram facilidades às regularizações coletivas, foco atual da PARF. Nesse período outra contratação foi realizada, incluindo a realização de projeto urbanístico de regularização fundiária, além de levantamento planialtimétrico da ocupação.
5. Ainda, no âmbito do Município e com a presença da PGM, foram criadas comissões de aprovações dos projetos de regularização fundiária. Há um

trabalho interórgãos com o exame da drenagem, das restrições urbanísticas e ambientais, da extensão de água, entre outros requisitos, que fazem parte do processo de regularização.

6. A PARF também aciona os loteadores e demais responsáveis pelos loteamentos clandestinos e irregulares para que cumpram suas obrigações. E, ao mesmo tempo, trabalha na regularização. Já houve casos de comunidades depositarem valor em juízo correspondente aos lotes, que foi liberado para a própria comunidade fizesse as obras. Também houve casos em que foi possível firmar termo de ajustamento de conduta com o loteador, este assumindo a tarefa da regularização em etapas, com acompanhamento par e passo pela PGM/POA. O exame é feito diante a necessidade do caso concreto Atualmente esta prática de acompanhamento da obrigação foi adotada nos processos judiciais em fase de execução de sentença. Município, Ministério Público e Judiciário acompanham o processo por etapas, com realizações de audiências previamente programadas em que as partes levam ao conhecimento dos atores os trabalhos concluídos, o que não foi possível concluir, apresentando os problemas, e, juntos, são pensadas soluções para os entraves e previstos encaminhamentos.

## FATORES DE SUCESSO

1. A atuação permanente, continuada e realizada por carreira de estado da administração pública dá credibilidade, garante a continuidade e possibilita que o tema perpassse governos, pois a complexidade do processo de regularização é grande e não se cinge a 4 anos.

2. O acréscimo das atribuições legais dos procuradores foi o modo de fazer com que os advogados públicos também tenham atribuição para representação e defesa da cidadania, nos processos de acesso à terra; não era tradição a atuação de procura-

dores municipais nesses processos, representando uma profunda mudança de paradigma. Tal acréscimo propiciou a criação da estrutura e a evolução na sua atuação, a fim de atender a finalidade pretendida.

3. A atuação interdisciplinar permite romper a barreira das linguagens herméticas e possibilita a construção de novas sínteses, dialogando com a complexidade de um processo de regularização que trabalha com algo que estava fora do mundo jurídico. A perspectiva de resgate de cidadania só é possível quando o fio condutor se mantém e nas atuações interdisciplinares esse fator se evidencia. Essa interdisciplinaridade se dá na constituição da PARF com profissionais de outras áreas e nas comissões municipais que aprovam os projetos de regularização que são executados e posteriormente levados a registro.

4. A articulação com as comunidades envolvidas, que identificam a PGM e os procuradores como seus advogados para buscar o direito à moradia, para buscar o que é seu, foi e é fator fundamental.

5. A gestão que foi feita pela PGM por um determinado período e a consolidação de estrutura interórgãos para aprovação das diretrizes e dos projetos de regularização hoje existentes, da qual a PGM agora faz parte, dão suporte jurídico para que os técnicos possam ter tranquilidade para a tomada de decisão que difere do comando/controle tradicional na Administração Pública. Decisões concertadas precisam ser motivadas, analisam o caso concreto, consideram a sustentabilidade. E esses elementos é que são cotejados nos casos concretos. A compreensão e debate destes princípios norteadores da decisão administrativa à luz dos casos concretos têm sido tarefa constante da PGM nos órgãos colegiados, a fim de subsidiar a tomada de decisão.

6. A segurança jurídica dos procedimentos adotados para soluções não convencionais proporcionou confiança e deu suporte para os demais profissionais do Poder Público atuarem de forma a



Reunião das diversas Secretarias do município para estabelecer diretrizes urbanísticas e ambientais dos projetos contemplados para regularização em Porto Alegre.

Foto: Luciano Lanes/PMPA

romper paradigmas e apontarem soluções para o que não estava previsto no sistema pensado e construído para a cidade formal. Também deu credibilidade externa com os demais atores envolvidos no processo de regularização fundiária e daqueles que tem por função fiscalizar os atos da administração pública (registradores, órgãos de classe, Defensoria Pública, Ministério Público Estadual e Federal, Tribunal de Contas e Poder Judiciário), criando-se uma rede de contatos e atuação integrada.

## **DIFICULDADES ENCONTRADAS**

1. Quebra de paradigma com a própria advocacia municipal. No início, houve um debate se regularização fundiária poderia ser atribuição de procuradores municipais, pois existe a defensoria estadual e está-se representando terceiros no processo judicial e administrativo. A conclusão foi pela possibilidade de atuação, com base na competência municipal suplementar, haja vista que o direito à moradia, cuja regularização fundiária é espécie, é competência municipal. A Associação dos Defensores Públicos do RS ajuizou Adin contra a lei, e esta não foi conhecida por falta de legitimidade

ativa. Todavia, nos votos os Desembargadores entraram no mérito, dando conta da evolução das funções da administração pública, sobretudo da municipal, a partir da Constituição de 1988. Atualmente, PGM/POA e Defensoria Pública do RS mantêm parceria institucional para o ajuizamento das ações individuais e participam de grupos de trabalho em que dividem tarefas na execução de políticas públicas de regularização fundiária.

2. Complexidade e morosidade do processo de regularização. A lei é feita para as situações usuais, a irregularidade se dá na anormalidade. A escala da irregularidade, de milhares de pessoas e não de situações isoladas, não é compreendida como passivo das cidades, mas como problemas individuais. Uma das funções do Estatuto da Cidade foi trazer instrumentos para quebrar este paradigma, pois a ordem urbanística atualmente é direito difuso.

3. Ao longo dos anos de atuação, a PGM/POA deparou-se com dificuldades das mais variadas ordens. Processo judicial que não trata de causas coletivas (as usucapiões são morosas, envolvem uma série de atos processuais e cartoriais, e a seguir naquele modelo, a escala de resultados seguiria baixa, sem alcançar o necessário impacto nas cidades brasileiras e em Porto Alegre). Registros de imóveis que não tinham o Livro Real atualizado e para as ações necessário identificar os proprietários; juízes que não aceitavam a gratuidade destas ações, porque a PARF não é Defensoria Pública, etc. Com o registro de imóveis, diversas foram as situações: sentenças transitadas em julgado que não eram registradas; complexidade dos registros (a PARF passou a encaminhar também os registros, não bastava entregar a sentença para as pessoas, pois no registro de imóveis praticamente era outra tramitação); não aceitava a gratuidade para abertura de matrícula. Uma das formas de superar os apontamentos, foi cadastrar as vias que de fato já existiam, expedindo um Decreto. A

compreensão dos apontamentos gerou superações das impossibilidades apontadas. Não basta a lei garantir o direito o procedimento precisa viabilizar o usufruir deste.

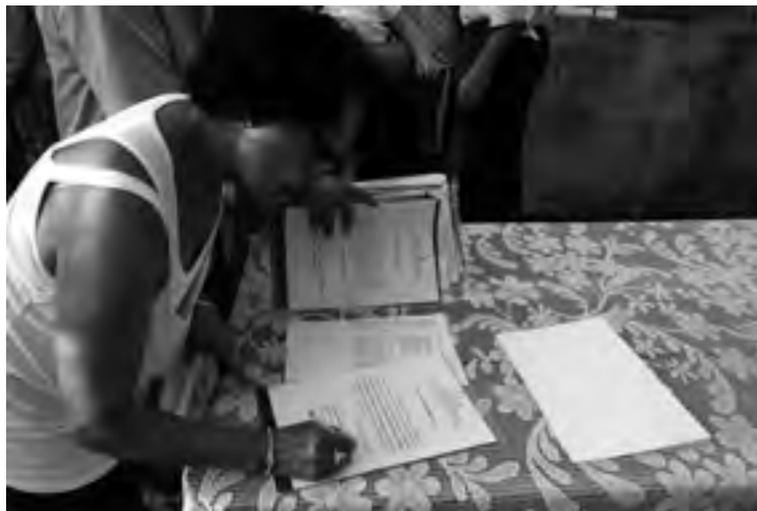
4. Também os Provimentos More Legal foram sendo modificados a partir dos problemas encontrados, das novas situações decorrentes dos processos em andamento e das leis supervenientes. Já estamos no More Legal IV. No início, grande discussão foi travada com os registradores que exigiam o pagamento de emolumentos para registros dos loteamentos via More Legal. Ações judiciais foram propostas com este propósito, mandados de segurança impetrados contra ordem do juiz que mandava registrar gratuitamente. As impugnações eram expedidas como se loteamento formal fosse, muito embora o embasamento legal no Provimento. As exigências cartorárias para registro tinham como fundamento os princípios registrais, que na maioria das vezes não tinham como ser aplicados nos casos propostos. Somente com decisão judicial quebrando estes princípios é que se consegue o registro, ainda hoje, muito embora a previsão de que estes procedimentos deveriam se dar apenas em âmbito registral, sem envolvimento do Poder Judiciário, sendo este mero chancelador dos atos.

5. No âmbito do Município, as divergências, incertezas, dúvidas e desconfiças geraram um vasto rol de problemas que necessitaram ser superados para possibilitar a aprovação de projetos urbanísticos de regularização fundiária de interesse social. Foi necessário desenvolver um trabalho de convencimento legal e jurídico com cada área e setores envolvidos, daí gerando o que se denomina de atuação interdisciplinar e interórgãos.

## ATUAIS ETAPAS

Atualmente, a equipe vem desenvolvendo projetos que visam a aplicação dos novos instrumentos de regularização fundiária previstos na Lei Federal n. 11.977/09, que são a demarcação urbanística e legitimação de posse. O enfoque é a regularização coletiva da ocupação.

A demarcação urbanística nada mais é do que o levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da sua ocupação. Quebra-se o paradigma de regularização por matrícula. Agora, o que vale é a ocupação em si e o perímetro que ocupa no espaço. Cabe ao indutor do processo de regularização fundiária e ao registrador as adequações registrais necessárias para a adequação desta realidade ao título. Já a legitimação de posse é o ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse. A principal consequência da outorga pelo Poder Público Municipal será a possibilidade de conversão desse título em pro-



Matrículas do Loteamento Vila Pedreira foram entregues em 07 de março de 2016.  
Regularização obtida via Provimento More Legal.

Foto: Ivo Gonçalves/PMPA

priedade, por simples requerimento ao Registro de Imóveis, passados 5 anos do registro do título. Segundo previsão legal, estas etapas são realizadas em âmbito administrativo, junto aos órgãos municipais e registro de imóveis, sem necessitar de um processo judicial. Ocorre então, o reconhecimento da propriedade imobiliária de interesse social por ato administrativo e registral.

Além disso, ainda há um remanescente considerável de processos cuja tramitação se desenvolveu sob o enfoque do Provimento More Legal da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e que serão concluídos com base neste procedimento, que prevê a simplificação dos atos cartorários para registro de parcelamento do solo em áreas de situação consolidada. Também há ações de usucapião individual em tramitação que necessitam de acompanhamento até o trânsito em julgado e conseqüente registro do mandato.

Os luxos desenvolvidos para atuação com este instrumento já foram definidos. Adotamos o processo administrativo digital, ou seja, se faz tudo de modo eletrônico e neste formato é enviado ao registro de imóveis.

## **ABAIXO OS FLUXOS JÁ IMPLANTADOS NO PROCESSO ELETRÔNICO:**

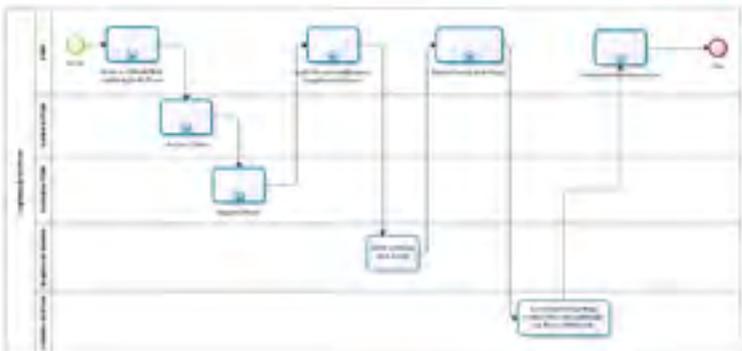


Figura 1 Visão Geral



Figura 2 Analisa Minuta

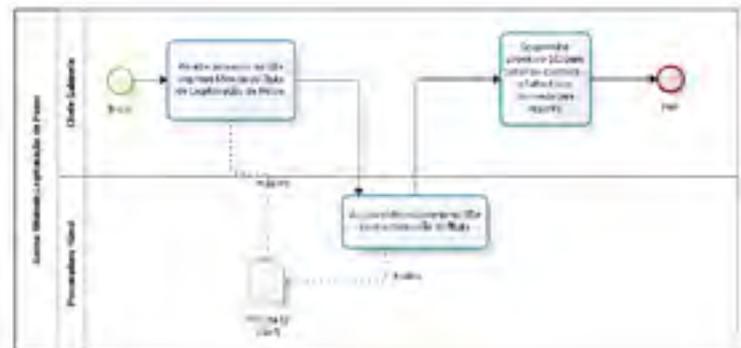


Figura 3 Assina Título



Figura 4 Registra Título



Figura 5 Documentação para RI

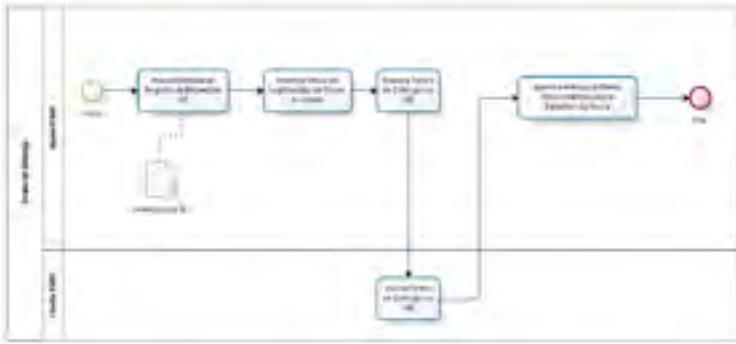


Figura 6 Termo de Entrega

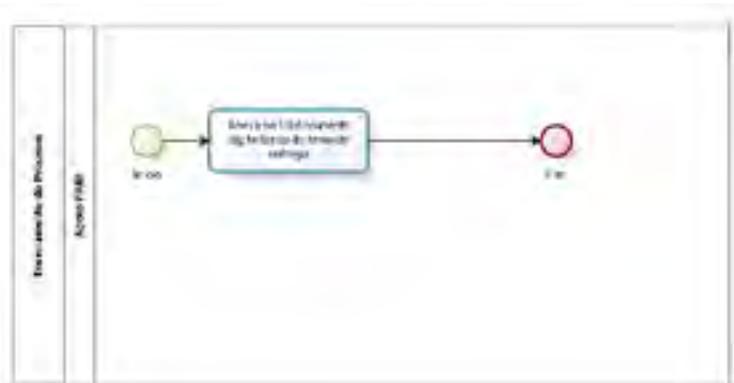


Figura 7 Encerramento do Processo

## RECURSOS

Os recursos materiais a seguir descritos são utilizados pelos procuradores, equipe técnica, estagiários, assessoria comunitária que atuam na PARF.

Equipe:

Procuradoria Jurídica formada por 3 procuradores, 1 assessor técnico, um agente comunitário, 2 assistentes administrativos e 3 estagiários, acrescida do auxílio permanente da GEAR (Gerência de engenharia e arquitetura) que tem 02 engenheiros, 01 arquiteto e 01 estagiário.

- a) Equipamentos:
  - Computadores: 14
  - Impressoras: 07
  - Scanners de alto desempenho: 01
- b) Softwares e sistemas utilizados:
  - e-PGM: sistema de controle de processos judiciais e administrativos da PGM (integra-se com o SEI )
  - SEI: processo eletrônico administrativo utilizado no Município de Porto Alegre. Os fluxos desenvolvidos para legitimação da posse e legislação urbanística foram desenhados para utilização neste sistema Banco de dados de Loteamentos Clandestinos e Irregulares
  - Autocad
- c) Outros recursos:
  - Veículo próprio com motorista para visita aos loteamentos e comunidades, obtido por medida compensatória em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em parceria com o Ministério Público;
  - Equipe de engenharia e arquitetura para apoio técnico.
- d) Parcerias:

- Parceria com Sinduscon e outras entidades para produção de material gráfico sobre loteamento irregulares dirigido à população
  - Parceria com a Defensoria Pública para ajuizamento de ações individuais de usucapião
- e) Orçamento: R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ano para estudos técnicos em regularização fundiária (objetiva estudar a diminuição de área de preservação permanente, na forma prevista na Lei 11.977)

# CENTRAL DE CONCILIAÇÃO NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

Carmem Lúcia de Barros Petersen<sup>329</sup>

Cláudia Padaratz<sup>330</sup>

Hay una cultura dellitigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor, y lo qife permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el numero de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio. " (Elena Highton).

O Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a finalidade de estabelecer uma cultura de planejamento e gestão estratégica, vêm liderando um processo institucional tendente a combater a excessiva litigância e os elevados índices de congestionamento de processos judiciais no país.

Neste contexto e ante a ausência de dados estatísticos confiáveis que expusessem a demanda e a produtividade do Poder Judiciário, a partir de 2003 o STF e, posteriormente a EC n. 45, o CNJ passaram, sistematicamente, a divulgar os relatórios denominados "Justiça em Números" inaugurando uma nova e inovadora concepção de gerenciamento, a partir do conhecimento do funcionamento da Justiça pelos próprios órgão do

---

329 Procuradora Municipal de Porto Alegre, Coordenadora da Central de Conciliação /PGM; especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul

330 Procuradora Municipal de Porto Alegre, Procuradora-Gerente da Gerência de Precatórios da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; especialista em Direito Municipal pela Uniritter <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>

Poder Judiciário, pelas instituições do Estado e pela sociedade civil.

Em decorrência dos constantes avanços tecnológicos, os relatórios, que possuem divulgação anual, vêm sofrendo constantes modificações com a inserção de novas e mais eficientes ferramentas de obtenção de dados, circunstância que permite um detalhamento aprofundado e cada vez mais nítido da litigiosidade no Brasil. Sem dúvida nenhuma essa depuração subsidia não somente a gestão judiciária brasileira, como também impulsiona a busca de mecanismos de pacificação de conflitos.

Analisando dados obtidos no penúltimo levantamento divulgado na 11ª edição do Relatório Justiça em Números do CNJ em 2015 (ano-base 2014)<sup>331</sup>, possível se verificar que tramitavam no Brasil mais de 100 milhões de processos judiciais, o que significava, na média, um processo para cada dois brasileiros.

Além da constatação deste vertiginoso número de demandas levadas ao judiciário, o levantamento, através da inserção de novos indicadores, permitiu a identificação de que o setor público, nos três níveis de governo, figurava como autor ou como réu em 51% das ações em tramitação, secundados pelas instituições financeiras e pelo setor de telefonia, deixando-se apenas 5 milhões para outros atores – litigantes.

Em 18 de outubro de 2016 foi publicada a aguardada 12ª edição do Relatório Justiça em Números (ano-base 2015)<sup>332</sup>, que, embora conclua que a litigiosidade no Brasil permanece em patamares bastante elevados – um estoque de 74 milhões de ações em tramitação – apresenta, pela primeira vez, o resultado da inserção de uma ferramenta capaz de contabilizar o número de processos resolvidos por meio de acordos (11% das sentenças, resultando aproximadamente 2,9 milhões de processos finalizados de maneira autocompositiva.) a saber: índice de conciliação. Este novo elemento permite se quantificar a contribuição – em termos estatísticos – das políticas de estímulo à conciliação e à media-

---

331 <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>

332 <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>

ção no Brasil, uma das linhas de atuação do Conselho Nacional de Justiça desde a sua implantação.

A inserção deste importante indicador na elaboração dos próximos relatórios viabilizará o conhecimento do impacto provocado nas recentes alterações advindas do novo Código de Processo Civil (Lei n 13.105, de 16 de março de 2015) que introduziu como uma de suas principais novidades a promoção da solução consensual dos conflitos. Por certo que restará estatisticamente comprovada a importância das vias consensuais para a diminuição da litigiosidade brasileira.

Importante aqui referir que, no transcorrer da história legislativa recente no Brasil, se vislumbra a introdução gradativa no ordenamento jurídico pátrio de mecanismos de pacificação de conflitos.

Observa-se que a Constituição Brasileira de 1988, tratou de elencar dentre seus objetivos fundamentais, a implementação de alternativas adequadas e céleres para resolução de conflitos (art. 3º, inciso I, e art. 5, LXXVIII)<sup>333</sup>.

Posteriormente, em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), restou consignado que dentre as Políticas Nacionais de Relações de Consumo fosse priorizada a “Criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo (art. 5, IV)<sup>334</sup>”.

Em 1995, com a edição da Lei n. 9.099/95, que regulamentou os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, restou disposto no artigo 2º<sup>335</sup> “que o

333 **“Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

**“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:

**LXXVIII** a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

334 **“Art. 5º** Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

**IV** - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo”

335 **“Art. 2º** O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

No ano de 1996, foi publicada a Lei da arbitragem, a qual dispôs em seu artigo 1º<sup>336</sup> que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, outra via de conciliação.

Em 2001, foi instituída a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (Lei 10.259, de 12-6-2001), a qual também disciplina no artigo 3º<sup>337</sup> a resolução de conflitos de sua competência, a conciliação entre as partes.

O Código Civil de 2002 dispôs no artigo 840<sup>338</sup> que, “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

No ano de 2006 o Conselho Nacional de Justiça, lançou a campanha ‘Movimento pela Conciliação’<sup>339</sup> e vem desde então, em parceria com órgãos do Poder Judiciário, OAB, Conselho Nacional do Ministério Público, Defensoria Pública, Entidades e Universidades, lançando campanhas anuais em prol da utilização do presente instituto na resolução de conflitos.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça lançou a Resolução n. 125<sup>340</sup>, regulamentando a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, sedimentando e apoiando a prática da conciliação e mediação por reconhecer nestes institutos, verdadeiros instrumentos de pacificação social.

---

336 **Art. 1º** As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

337 **Art. 3º** Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

338 **Art. 840.** É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”

339 <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>

340 <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>

Inserido neste contexto histórico, não surpreende que o CPC de 2015 tenha dado destaque e relevância a promoção da solução consensual dos conflitos, estabelecendo expressamente que *“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.”*<sup>341</sup>

O marco legal desta transformação de postura, contudo, foi a edição da Lei nº 13.140/2015 que introduziu a mediação na ordem jurídica como instrumento de solução de conflitos e autorizou a Administração Pública a criar Câmaras para a prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito da sua Advocacia Pública, órgão com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A nova legislação específica busca, de fato, a organização do movimento de implantação destes instrumentos com o objetivo de alterar a cultura na litigiosidade e promover a busca de soluções consensuais de conflitos também na esfera da Administração Pública, ampliando as suas possibilidades de disposição.

Esta mudança de orientação na forma de atuação da Administração Pública muda, também, a forma como se compreende o princípio da legalidade. A necessidade de viabilizar o amplo controle da legalidade dos atos administrativos é uma das principais responsáveis pela burocratização do modo de agir do Estado, mas sem o qual não há como impedir o arbítrio. Entretanto, o ex-

341 **Art. 3º** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 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.

*cesso de burocracia e dirigismo legal inibem mais a gestão do que a corrupção*<sup>342</sup>, segundo Carlos Ari Stundfeld, que propõe a inversão das prioridades como forma de desatrar a gestão pública.

A flexibilização na possibilidade de conciliar é uma destas inversões de prioridade da Administração Pública que tem a sociedade como beneficiária, alargando a noção do princípio da legalidade ao ampliar a sua atuação através da competência outorgada à Advocacia Pública no manejo dos instrumentos administrativos de composição de conflitos.

O Município de Porto Alegre, anteriormente no ano de 1999, já demonstrara vanguardismo no trato da matéria ao criar a Junta Administrativa de Indenizações, através do Decreto n 12.619/99, que conta com um histórico positivo na composição administrativa de conflitos.

Por esta bem sucedida experiência foi possível perceber a relevância do que propõe a Lei n. 13.140/2015, e, mais uma vez, o Município de Porto Alegre assume uma posição pioneira dentre os municípios de agregar estes instrumentos através da criação da Central de Conciliação no Município de Porto Alegre, através da Lei Municipal nº 12.003, de 27 de janeiro de 2016, vinculada à Procuradoria-Geral do Município.

A Central de Conciliação visa a estabelecer a conciliação e a medição como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Municipal, nos termos do inc. III do Caput do art. 5 da Lei Complementar 701/2012, Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município, que dispõe como atribuição da Procuradoria atuar extrajudicialmente para solução dos conflitos de interesse do município, bem como no art. 32 da Lei Federal n.13.140/2015 e arts. 3 e 174 do novo Código de Processo Civil.

É composta de três Câmaras: Câmara de Indenizações Administrativas, Câmara de Mediação e Conciliação e Câmara de Conciliação de Precatórios todas já regulamentadas.

---

342 <http://www.asmetro.org.br/portal/9-artigos?start=144>

A Câmara de Indenizações Administrativas (CIA) foi regulamentada pelo Decreto n. 19.437, de 06 de julho de 2016 e compete o exame dos pedidos administrativos de indenização decorrentes de danos causados pelos órgãos da Administração Municipal a terceiros, segundo preceito previsto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, substituindo a Junta de Indenizações Administrativas, com nova modelagem, com competência ampliada à Administração Indireta, redução de prazos com a diminuição de etapas e sem valor teto estabelecido.

É composta por duas turmas, de três membros cada, com, no mínimo, dois terços de procuradores municipais e uma secretaria. Cada turma atua, no mínimo, com dois membros, sendo um relator e outro revisor.

Contempla a garantia ao direito de defesa e o devido processo legal conciliado com um procedimento célere de forma a dar eficácia ao princípio da eficiência.

O processo administrativo de indenização inicia com requerimento no Protocolo Administrativo da Prefeitura, pelo interessado ou procurador constituído e encaminhado diretamente à Câmara de Indenizações Administrativas. Desde julho de 2016 todos os processos são eletrônicos, via sistema SEI.

Os pedidos de indenização administrativos mais comuns são os de danos em veículos decorrentes de queda em buracos na via pública, queda parcial ou total de vegetal em veículos ou imóveis, alagamentos em imóveis ou veículos, acidentes de trânsito que envolvam veículos do Município, dentre outros.

O requerimento deve ser instruído com a narrativa dos fatos indicando local, data e hora aproximada, documentos necessários que pretende embasar o pedido, elencados no parágrafo único do art. 7 do decreto e especificação de outras provas que pretende produzir, inclusive a testemunhal, limitada ao número máximo de três. Estes elementos serão verificados na secretaria da Câmara que encaminhará para diligências preliminares junto ao órgão municipal responsável pela análise técnica.

Após a verificação dos documentos e elementos necessários e constatada a ausência de um ou mais itens, será diligenciada pela secretaria junto ao requerente a complementação dos mesmos. Com esta instrução prévia o processo é distribuído a um dos membros das turmas que ficará designado como relator, para examinar no prazo máximo de 15 (quinze) dias, ocasião em que poderá solicitar providências complementares, designar audiência ou se entender desnecessárias declarar encerrada a instrução e proferir voto. O voto do relator será submetido ao membro revisor para apreciação, no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

De acordo com a nova sistemática adotada, na hipótese de divergência entre revisor e relator caberá ao terceiro membro o voto de desempate. Da decisão da turma caberá recurso em face de razões de constitucionalidade, de legalidade e de mérito, no prazo de 30 (trinta) dias, o qual será analisado e decidido em instância recursal, monocraticamente, por membro integrante da turma diversa da que apreciou o pedido.

As decisões da CIA são submetidas ao Procurador-Geral do Município e desta decisão não caberá mais recursos.

O valor das indenizações deferidas é corrigido pelo IPCA, a contar da data do protocolo do pedido e por ocasião do pagamento o requerente firma um termo de quitação, modelo anexo ao decreto 19.437/2016, que implicará coisa julgada administrativa e importará renúncia a todo e qualquer direito no qual possa fundar uma ação judicial.

Seguem dados estatísticos dos principais pedidos administrativos nos anos de 2014, 2015 e 2016:

2014:

- 45,76 % buracos via pública/dano veículo
- 16,95 % queda de vegetal sobre veículo
- 11,02 % queda vegetal
- 5,93 % buraco via pública/ dano pedestre
- 5,08 % alagamento/ geral
- 1,69 % acidente veículo PMPA/corte grama/danos veículos dependências PMPA ( cada um)

2015:

- 36,55 % buraco via pública/dano veículo
- 14,48 % queda vegetal
- 13,10 % queda vegetal sobre veículo
- 5,52 % acidente causado por veículo PMPA  
(centralizada)
- 4,83 % alagamento
- 4,14 % buraco via pública/dano pedestre

2016: (até 31/10/16)

- 25,64 % buracos via/dano veículo
- 18,80 % acidentes veículo PMPA ou terceirizada
- 11,97 % queda de vegetal sobre veículo
- 5,98 % queda vegetal
- 5,13 % bueiro/dano veículo
- 3,42 % alagamento
- 3,42 % alagamento/veículo
- 1,71 % buraco via pública/dano pedestre

Pelo exame dos últimos exercícios observa-se que a maioria dos pedidos de indenização dizem respeito a danos decorrentes de buracos na via pública, somados danos em veículos e danos a pedestres alcançaram um total de 51,69 % e 40,69 %, respectivamente, em 2014 e 2015. Em 2016 se observou a redução deste percentual para 27,35 % , no entanto o decréscimo não pode ser atribuído unicamente a melhora na prestação dos serviços, uma vez que houve um considerável acréscimo de processos de acidentes envolvendo veículos da Prefeitura, após a criação da Câmara de Indenizações Administrativas, como por exemplo ambulâncias ou de empresas terceirizadas, nestes, incluídos os processos oriundos do DMLU.

Os dados acima podem e devem ser utilizados pelo administrador público como ferramenta para a verificação de problemas que afetam os cidadãos e consequente melhoria dos serviços prestados.

Importante ressaltar que continuam vigentes as súmulas da Procuradoria-Geral do Município números 02, 03, 04 e 05, todas do ano de 2004 e relativas à Junta de Indenizações Administrativas (JAI), que antecedeu a

Câmara de Indenizações Administrativa. Por força destas súmulas não são apreciados os pedidos de indenização relativos a atos praticados por terceiros como furto, roubo e atos predatórios em vias e prédios públicos, dano moral, pedido indenizatório de empresa seguradora e indenizações decorrentes de estacionamento na Área Azul, nos seguintes termos:

**Súmula 02/2004:** Os pedidos de indenização relativos a atos praticados por terceiros como furto, roubo e atos predatórios em vias e prédios públicos, não serão indenizáveis administrativamente, face a ausência de responsabilidade do Município do Município na guarda de bens privados, ressalvada a apuração de eventual falta funcional, mediante processo administrativo disciplinar.

**Súmula 03/2004:** A ausência de parâmetros seguros para a indenização, a impossibilidade de análise do grau de culpa e quantum devido acarretam a impossibilidade de apuração inequívoca da responsabilidade do Município, para fins de indenização administrativa de **dano moral**.

**Súmula 04/2004:** Não cabe indenização administrativa decorrente de pedido indenizatório de empresa seguradora, pois derivado de relação jurídico obrigacional pré-existente, regulado no plano da responsabilidade civil entre a empresa e o segurado.

**Súmula 05/2004:** A cobrança de taxa estacionamento na área Azul decorre do exercício do poder de polícia voltado a assegurar a rotatividade no estacionamento e aumento do fluxo na sua utilização, não caracterizando prestação de serviço de depósito e, por consequência não gera dever de indenizar pelo Município

A segunda Câmara que integra a Central de Conciliação é a Câmara de Mediação e Conciliação (CMC) regulamentada pelo Decreto 19.519, de 30 de setembro de 2016 e visa a resolução dos conflitos decorrentes de processos administrativos ou judiciais no âmbito da Administração Pública Municipal.

É composta de mediadores e conciliadores previamente cadastrados, coordenador e secretaria e vinculada à Procuradoria-Geral do Município.

Os mediadores e conciliadores serão selecionados, preferencialmente, dentre procuradores ativos e inativos, devidamente capacitados em cursos oferecidos pela Procuradoria-Geral do Município ou em cursos equivalentes oferecidos por instituições reconhecidas na área.

Visando a composição de um cadastro mais amplo e seguindo, neste aspecto critério utilizado para os mediadores judiciais poderão ser cadastrados não advogados, servidores municipais ativos e inativos, que possuam graduação em curso superior, desde que atendam à exigência da capacitação prévia. Ainda, poderão ser aceitos mediadores e conciliadores oriundos de entidades reconhecidas na área, mediante convênios.

A atuação dos mediadores e conciliadores não é remunerada e as sessões ocorrem nas dependências da Central de Conciliação na Procuradoria-Geral do Município, salvo em situações excepcionais.

O início do procedimento ocorre mediante requerimento do Procurador-Geral do Município ou Procuradores-Gerais Adjuntos, oriundos de demandas de quaisquer órgãos municipais, portanto, em matérias que poderão originar-se de diversas áreas.

Não existe um valor teto para as demandas submetidas à Câmara de Mediação e Conciliação, assim como não foram elencadas as matérias objeto de mediação ou conciliação, o que será apreciado nos casos concretos.

Os termos de entendimento decorrentes das mediações e conciliações serão submetidos ao Procurador-Geral do Município e os seus extratos publicados no Diário Oficial do Município de Porto Alegre (DOPA) em observância ao princípio da publicidade.

A Câmara de Mediação e Conciliação, no âmbito da Administração Pública é um desafio a ser enfrentado pelos advogados públicos, uma vez que para sua implementação devem ser harmonizados os princípios da Administração Pública com os princípios contidos na Lei de Mediação e novo Código de Processo Civil.

A terceira Câmara que integra a Central de Conciliação é a Câmara de Conciliação de Precatórios

(CCP) regulamentada pelo Decreto 19.506 de 19 de setembro de 2016.

Compete a CCP compor, mediante acordo direto com os credores titulares, sucessores, procuradores e cessionários, o pagamento de precatórios devidos pelo Município de Porto Alegre, pelas suas autarquias e pelas suas fundações inseridos no regime especial de pagamento de precatórios.



É composta por 3 (três) membros e respectivos suplentes, representantes da Procuradoria-Geral de Município (PGM); da Secretaria Municipal da Fazenda (SMF); e da Secretaria Municipal de Planejamento Estratégico e Orçamento (SMPEO), indicados pelos titulares das respectivas pastas.

Os credores são convocados, por meio de Ato Convocatório publicado no Diário Oficial de Porto Alegre e no Diário da Justiça Eletrônico, com rigorosa observância à ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Os acordos serão realizados com aplicação do seguintes redutores: de 30% (trinta por cento) do valor total para os precatórios inscritos até o Orçamento de 2010; e de 40% (quarenta por cento) do valor total para os precatórios inscritos a partir do Orçamento de 2011.

É facultado ao credor a possibilidade de compensar os créditos provenientes de precatórios com débitos tributários e não tributários, líquidos e certos, inscritos em dívida ativa até 25 de março de 2015 pela SMF, incluindo a Administração Direita e Indireta.

A adesão à proposta de acordo é facultativa, ou seja, o credor que não aderir à proposta do acordo permanecerá na mesma posição da ordem cronológica de apresentação.

Por evidente que a modalidade de pagamento de precatórios, através de acordo, não altera ou exclui os pagamentos pela ordem cronológica de apresentação, que continuarão a ser realizados.

Segue o fluxograma contendo a tramitação do acordo a partir do Ato Convocatório:

O Município de Porto Alegre vem empreendendo esforços para que seja realizada ainda este ano, pelo menos, uma rodada de negociação, estando em adiantado andamento as tratativas junto ao Tribunal de Justiça.

Neste sentido, segundo informação do Setor de Pagamento de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, está reservado e destinado para celebração de acordos no ano de 2016, a importância de R\$ 9.300.000,00, que correspondem a 50% dos valores já depositados pela municipalidade.

A título meramente ilustrativo, reproduz-se uma simulação de acordo elaborada pela Controladoria da SMF contendo dados oficiais fornecidos pelo Setor de Precatórios do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de modo a que se possa vislumbrar de forma mais clara o alcance e a competência da Câmara de Precatórios.

Utilizou-se o precatório de número 72.300, a saber 27º na listagem fornecida pelo Tribunal de Justiça e 1º para a listagem destinada aos acordos. O referido precatório contém 19 credores e considerou-se, para exemplificação, ter havido manifestação favorável para a realização de compensação com dívidas existentes com o ente municipal.

Exemplo Conciliação 1		
Primeira Lista p/Conciliação - nº 27 - ALIMENTAR		
Nº Precatório: 72.300	Ano Inscrição: 2010	
Total Credores: 19		
	VALORES	LEGISLAÇÃO
(a) Valor Total Bruto	R\$ 12.755.850,00	
(b) Compensações	R\$ (755.850,00)	art. 22 - Lei 12003/16
	<b>R\$ 12.000.000,00</b>	
(c) Parcela Preferencial § 2º, art. 100 CF/88 (18 x R\$ 79.000,00)	R\$ (1.425.600,00)	§ 1º, IV, art. 14 Dec. 300/16
	<b>R\$ 10.574.400,00</b>	
(d) Conciliação 30%	R\$ (3.172.320,00)	"a", II, art. 15 - Lei 12003/16
	<b>R\$ 7.402.080,00</b>	
(+) "b"	R\$ 755.850,00	
(+) "c"	R\$ 1.425.600,00	
Valor Conciliado	<b>R\$ 9.583.530,00</b>	Base Descontos Legais
(e) IRRF	R\$ (27.680,00)	IV, art. 15 - Lei 12003/16
(-) "b"	R\$ (755.850,00)	Compensações
<b>(=) Líquido à Pagar</b>	<b><u>R\$ 8.800.000,00</u></b>	
<b>Economia de</b>	<b>R\$ 3.172.320,00</b>	

Resta demonstrado, pois, que a Câmara de Conciliação de Precatório do Município de Porto Alegre, pode vir a representar importante instrumento na consolidação de medidas eficazes para redução da dívida com precatórios.

## CONCLUSÃO

Através da Central de Conciliação o Município de Porto Alegre consolida práticas já realizadas de conciliação administrativa realizadas através da Junta Administrativa de Indenizações, com a ampliação e redução de prazos com a nova Câmara de Indenizações Administrativas.

Se insere ao novo contexto jurídico e contribui no incentivo à cultura de mediação e conciliação, em detrimento da cultura do litígio na resolução de conflitos com a criação da Câmara de Mediação e Conciliação e da Câmara de Conciliação de Precatórios, com expectativa de redução da judicialização de litígios e aproximação do cidadão com a Administração Municipal contribuindo efetivamente para a pacificação social, prevista no artigo 3º, inciso I, da CF/88.





MU  
NI  
CÍPIO  
EM  
JUÍZO





# ÁREA DO DIREITO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO/ MUNICIPAL

**PREVIDÊNCIA SOCIAL PÚBLICA. DIREITO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDO A DUAS COMPANHEIRAS.**

Simone da Rocha Custódio<sup>343</sup>

Ação: 2015/0131817-4

Recurso Especial: nº 1.549.926 - transitado em julgado

Autora: Departamento Municipal de Previdência dos Servidores Públicos do Município De Porto Alegre – Previmpa

Réus: Dependentes previdenciários

São dependentes previdenciários preferenciais de ex-servidor (a) segurado (a) do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre, o cônjuge, a (o) companheira (o), inclusive do mesmo sexo, e o filho não-emancipado de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, nos termos da Lei Complementar nº 478, de 26 de setembro de 2002.

Considera-se companheiro (a) a pessoa que mantenha e comprove união estável com o (a) segurado (a). A união estável a permitir a concessão de benefício previ-

---

343 Procuradora Municipal. Especialista em Advocacia Pública e Direito de Estado pela UFRGS. Coordenadora da Procuradoria Especializada do Departamento Municipal de Previdência- PREVIMPA.

denciário deve ser aquela em que possível sua conversão em casamento, porquanto a ele equiparado, sendo-lhe também estendidos os mesmos impedimentos.

Assim, não sendo possível declarar união estável a relação existente de forma paralela a outra união estável já constituída, também não se mostra possível a concessão de benefício de pensão por morte a duas companheiras, fruto de relações concomitantes.

Ao enfrentar esta matéria e após decisão do Tribunal de Justiça Gaúcho que, ao dar provimento ao recurso de Apelação da parte Autora, condenou o Previmpa a dividir, em cotas iguais, o benefício de pensão por morte entre duas companheiras, a questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça.

O Recurso Especial interposto pela Procuradoria do Previmpa, autuado sob o nº 1.549.926, teve a seguinte decisão transitada em julgado em 31.05.2016:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. RELAÇÃO ENTRE O DE CUJUS E A REQUERENTE. COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. RECONHECIMENTO DE OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PENSÃO POR MORTE INDEVIDA PARA A SOBREVIVENTE DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

É o relatório. Passo a decidir.

A pretensão recursal merece parcial provimento. O Tribunal de origem reconheceu a existência de união estável entre o servidor falecido e a requerente (...). A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão a quo (e-STJ fl. 367): No caso concreto, é incontroverso que o relacionamento do falecido [...] era público e notório e ambos formavam uma entidade familiar reconhecida, tanto que o ex-servidor incluiu os autores como seus dependentes junto ao órgão previdenciário em 4-12-2007. Ressalto que não

apenas foram mantidos no cadastro, conforme registros do Histórico Censo do Servidor impresso em 22-12-2010 (fl. 80), como inexistente requerimento administrativo do segurado solicitando a exclusão ou a alteração dos dados de seus dependentes. Por isso, o acolhimento da pretensão recursal, no tocante à impossibilidade de considerar [...] beneficiária da pensão por morte, depende de prévio exame fático-probatório dos autos com o intuito de aferir se ela e o de cujus não possuíram uma relação familiar de união estável. Essa tarefa não é possível em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ. Porém, a segunda ré - [...] não pode ser considerada beneficiária da pensão por morte. Cabe salientar a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de concessão de benefício de pensão por morte nas hipóteses em que a relação não pode ser convertida em casamento. A propósito, confira-se: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. O IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E, POR CONSEQUÊNCIA, AFASTA O DIREITO AO RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE A COMPANHEIRA E A VIÚVA, SALVO QUANDO COMPROVADA A SEPARAÇÃO DE FATO DOS CASADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. Esta Corte Superior já pacificou o entendimento de que a existência de impedimento para o casamento disposto no art. 1.521 do Código Civil impede a constituição de união estável e, por consequência, afasta o direito ao recebimento de pensão por morte, salvo quando comprovada a separação de fato dos casados, o que, contudo, não configura a hipótese dos autos.2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1418167/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 17/04/2015).

[...]

Tendo em vista a relação de união estável entre [...] e o falecido, o convívio entre o de cujus e [...] não poderia, jamais, ser considerada nova união estável.

Por isso ela não pode ser considerada beneficiária da pensão por morte. A propósito, o Ministério Público Federal em seu parecer (e-STJ fl. 532): Tendo em vista o disposto nos arts. 1.521 e 1.723, § 1º, do CC, essa Corte Superior consolidou o entendimento de que não é possível o reconhecimento simultâneo de mais de uma união estável ou a existência desta de forma concomitante com o casamento quando não há separação de fato. [...]

De maneira que, tendo em vista a impossibilidade de constituição de duas uniões estáveis concomitantes, deve ser afastado o seu reconhecimento em relação à recorrida [...], excluindo-a do rateio do benefício de pensão por morte.

Ante o exposto, dou PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para declarar que [...] não é beneficiária da pensão por morte deixada pelo de cujus.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator.”

# ÁREA DO DIREITO: DIREITO URBANÍSTICO/ MUNICIPAL

## **REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA - COMPETÊNCIA PARA POLÍTICA HABITACIONAL DO DEMHAB - NÃO INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA HABITACIONAL DE LISTA DE ESPERA PARA MORADIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO**

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira<sup>344</sup>

Simone Somensi<sup>345</sup>

Ação: 001/3.15.0001207-1

Recurso nº 71005938956 transitado em julgado

Autora: B.R.A.B.

Réus: Município de Porto Alegre e DEMHAB

Trata-se de uma ação ajuizada buscando a condenação dos réus para que concedam à autora uma moradia.

A sentença reconhece que a política de habitação no Município de Porto Alegre é de competência do DEMHAB e, ainda, que não houve ilegalidade em formar uma fila de espera, em forma de cadastro, para os que demandam receber uma moradia do Poder Público Municipal.

A sentença afirma que o Judiciário não pode intervir individualmente ordenando ao DEMHAB que conceda

A sentença afirma que o Judiciário não pode intervir individualmente ordenando ao DEMHAB que conceda moradias.

---

344 Procuradora Municipal

345 Procuradora Municipal

No seguinte ponto, a sentença é transcrita em sede de decisão do recurso:

A própria autora refere na inicial que está devidamente inscrita em programa habitacional e o réu não o nega. Diante da situação de inscrição regular da demandante, o que poderia autorizar o Poder Judiciário a interferir na via administrativa seria, apenas, a prática de ilegalidade pelo demandado; contudo, esta não foi observada. A autora está, infelizmente, como tantas outras famílias, aguardando uma residência e, havendo políticas públicas pelo Município, a fim de garantir o direito social à moradia, impõe-se aguardar a sua execução, por ordem de inscrição, atendidos os critérios de preferência. Não há, pois, amparo à pretensão da autora, ainda que passe por uma situação especificamente difícil em face do acometimento de doença pela sua filha, de ser contemplada no programa habitacional em questão em detrimento das famílias que se inscreveram anteriormente.

Ademais, a sentença transcreve ementa já decidida em 2012 no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO SOCIAL A MORADIA. INCLUSÃO EM PROGRAMA HABITACIONAL. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE ATENDIMENTO INDIVIDUALIZADO, ALHEIA A Política HABITACIONAL DO MUNIC/PIO. INDEPENDENCIA ENTRE OS PODERES. A família de substituídos já foi incluída em programa habitacional do Município, que não está inerte diante da grave situação que se apresenta nos autos. Contudo, nada, além disso, é possível fazer, pena de indevida ingerência do judiciário na administração pública e de violação ao princípio da impessoalidade. Com imposição de atendimento individualizado. Inteiramente

dissociado das políticas habitacionais desenvolvidas pela municipalidade. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 700487822470itava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 26/0712012) (grifo nosso)

O acórdão no processo em debate foi ementado da seguinte forma:

RECURSO INOMINADO. PRETENSÃO À RECURSO INOMINADO. PRETENSÃO À CONCESSÃO DE MORADIA OU ALUGUEL SOCIAL. CONCESSÃO DE MORADIA OU ALUGUEL SOCIAL. OU ALUGUEL SOCIAL. A parte autora ajuizou ação não para reclamar alguma ilegalidade no procedimento do programa habitacional. Mas sim para obter a moradia ou o aluguel social mediante intervenção judicial. Contudo, na ausência de agir indevido da administração, não se justifica a intervenção do poder judiciário nos critérios adotados pelo DEMHAB na concessão dos benefícios. Ainda que não se olvide das dificuldades enfrentadas pela parte autora, ante a realidade social do país, infelizmente, muitas outras pessoas se encontram em idêntica situação, de modo que os programas são criados justamente para garantir tratamento isonômico aos inscritos. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO DESPROVIDO.

Portanto, já que a parte não ajuizou ação para “reclamar alguma ilegalidade no procedimento do programa habitacional, mas sim para obter a moradia ou o aluguel social mediante intervenção judicial”, não se justifica a intervenção do poder judiciário nos critérios adotados pelo DEMHAB na concessão dos benefícios.

O processo está em fase de devolução à origem, em outubro de 2016.

# ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO/ CONSTITUCIONAL

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INCIDÊNCIA DO CHAMADO EFEITO CASCATA OU REPIÇÃO NA COMPOSIÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE PORTO ALEGRE**

PROCESSO ORIGINAL N.: 001/1.10.0165223-2.

PROCESSO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO  
N.: 001/1.15.0160628-0.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 70068011220.

Clarissa Cortes Fernandes Bohrer<sup>346</sup>

## **APRESENTAÇÃO**

A chamada ação do *efeito cascata* encerra uma das mais emblemáticas discussões em matéria de pessoal estatutário enfrentada pela Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, visto que discute toda a sistemática de remuneração dos mais de vinte cinco mil servidores públicos municipais à luz das disposições do artigo 37, XIV, da Constituição Federal<sup>347</sup>, que assim preleciona: “[...] XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;”.

---

346 Procuradora-Chefe da Procuradoria de Pessoal Estatutário, Matrícula n. 35.933.9.

347 BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 out. 2016.

Sobreleva registrar que a contenda se desenvolve há mais de cinco anos, com um sem número de recursos e contrarrecursos, bem como com a ocorrência de incidentes processuais das mais variadas naturezas.

A ação ora apresentada atingiu seu grau máximo de litigiosidade por ocasião da interposição, por esta PGM, do Agravo de Instrumento n. 70068011220, em função da existência de determinação judicial que colocava em risco o gerenciamento da folha de pagamento e promovia, por vias oblíquas, a drástica redução salarial de todos os servidores públicos de Porto Alegre.

Neste cenário, a PGM não se furtou ao seu papel de coautora de políticas públicas (no caso, política de recursos humanos), apresentando uma atuação que foi publicamente enaltecida pelos membros da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no momento do julgamento do Agravo de Instrumento n. 70068011220, ocorrido no dia 25 de maio de 2016.

Nessa oportunidade, os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do TJ/RS observaram o alto grau de zelo e preocupação com o interesse público desta Casa, ponderando que o desempenho da PGM (tanto na ação judicial quanto na elaboração das leis que alteraram a sistemática de composição dos vencimentos dos servidores) foi de central importância para deslinde favorável da demanda.

## RESUMO DA DEMANDA

Em 2010, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul manejou ação civil pública postulando, em suma, a eliminação do chamado *efeito cascata* ou *repicão* dos vencimentos dos servidores públicos do Município de Porto Alegre.

Devidamente processado o feito, sobreveio sentença julgando improcedente a ação. Contudo, tal sentença foi reformada pelo Egrégio TJ/RS na forma do acórdão que assim foi ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. DMAE. DMLU. DEMHAB. PREVIMPA. FASC. GRATIFICAÇÃO ADICIONAL E GRATIFICAÇÃO POR REGIME ESPECIAL DE TRABALHO. BASE DE CÁLCULO. ART. 37, xiv, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROIBIÇÃO AO EFEITO CASCATA. REVISÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS. IRREDUTIBILIDADE REMUNERATÓRIA.

1. A alteração empreendida pela E.C. nº 19/98 ao ART. 37, XIV, da Constituição Federal teve o escopo de instituir, de forma clara, a regra de que, na remuneração dos servidores públicos, há de prevalecer a transparência e a moralidade, ficando vedado que, por efeito da incidência em repicção, as vantagens pessoais e as gratificações de função incidam sobre outra base de cálculo que não a do vencimento básico do cargo. Exegese do Supremo Tribunal Federal adotada, em repercussão geral, no RE nº 563.708, julgado em 06/02/2013.

2. No caso do Município de Porto Alegre, consideradas a administração direta, autarquias e fundação pública demandadas no presente processo, e no que diz respeito às gratificações adicional por tempo de serviço e por regime de tempo integral, resulta incontroverso que aquela regra constitucional não está sendo cumprida, o que enseja a procedência dos pedidos formulados pelo Ministério Público para que sejam revisados os atos administrativos de concessão de tais gratificações (assim como não mais concedidas segundo o mesmo critério), de forma a que sua incidência se dê somente sobre o básico do cargo do servidor, devendo, entretanto, manter-se o critério de cálculo dessas vantagens para aqueles que a elas fizeram jus anteriormente à promulgação da Emenda nº 19/98, na hipótese em que essa alteração implique redução da remuneração total do servidor.

3. Ação julgada improcedente na origem.

APELAÇÃO PROVIDA.

A par do julgado acima referido, sobreleva registrar que, em setembro de 2015, foram publicadas no Município de Porto Alegre a Lei Complementar Municipal n. 768/2015 e a Lei Municipal n. 11.922/2015 que erradicaram o efeito cascata dos vencimentos dos servidores públicos desta Capital.

Ou seja, desde logo, cumpre observar que o processo manejado pelo Ministério Público perdeu o objeto face à superveniência de leis que determinaram a alteração da sistemática de cálculo do salário do funcionalismo municipal com a completa eliminação de efeito repicção nos valores vencimentais de seus quadros.

Inobstante a superveniência da legislação antes referida, em setembro de 2015, o Ministério Público manejou pedido de cumprimento provisório do acórdão do julgamento da apelação requerendo que o Poder Público adotasse as seguintes providências:

“revisar os atos administrativos de concessão das gratificações adicional e por regime especial de trabalho aos servidores estatutários – excluídos os aposentados e pensionistas -, assegurando-lhes prévios contraditório e defesa para que tais gratificações somente incidam sobre o valor padrão ou básico dos cargos, respeitada somente a preservação de pagamentos em desacordo com tal comando quando iniciados anteriormente à vigência da EC n. 19/98, de forma a, apenas em tais casos, assegurar a irredutibilidade remuneratória; ‘se abster, doravante, de efetuar novas concessões daquelas gratificações com base nos critérios estatuídos nos artigos 113, 125, parte final (expressão “ou remuneração”) e 131, § único, todos da Lei Complementar Municipal n. 133/85, e art. 44, parágrafo único da Lei Municipal n. 6.3309/88, devendo unicamente incidirem sobre o vencimento básico (padrão legal) do cargo do servidor.”

Inicialmente, o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública determinou a revisão postulada pelo MP, fixando multa

para o caso de descumprimento, sendo que tal decisão foi atacada pela PGM por meio de embargos de declaração com pedido de atribuição de efeito infringentes. Tais embargos foram acolhidos com o reconhecimento de que a hipótese envolveria o cumprimento de obrigação de fazer, determinando-se, portanto e em consequência, o afastamento da cominação de multa.

Ato contínuo ao julgamento dos embargos, o MP lançou promoção registrando entendimento de que a publicação da Lei Complementar Municipal n. 768/2015 e da Lei Ordinária Municipal n. 11.922/2015 seria uma forma de burla ao acórdão do Tribunal de Justiça. Neste sentido, pois, sustentou o MP que a Administração estaria descumprindo a decisão judicial arguindo que o “efeito cascata” não estaria mais na base de incidência, mas no percentual aplicado. Nesta oportunidade, o MP inovou o pedido nos seguintes termos:

[...]o prosseguimento do presente cumprimento de sentença provisório, reconhecendo-se que a Lei Complementar Municipal n. 768/2015 e a Lei Municipal n. 11.922/2015 descumprem a acórdão das fls. 624/633 e 656/660v – e, conseqüentemente, o art. 37, inc. XIV, da Constituição Federal – e determinando-se aos réus que revisem os atos administrativos de concessão das gratificações adicional e por regime especial de trabalho aos servidores estatutários – excluídos os aposentados e pensionistas -, assegurando-lhes prévios contraditório e ampla defesa, para que tais gratificações incidam sobre o valor padrão ou básico dos cargos – vedada a aplicação do ‘efeito cascata’ pela via transversa dos percentuais diferenciados estabelecidos nas novas leis -, respeitada somente a preservação de pagamentos em desacordo com tal comando quando iniciados anteriormente à vigência da EC n. 19/98, de forma a, apenas em tais casos, assegurar a irredutibilidade remuneratória.”

Com base em tal pedido, o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública prolatou despacho nos seguintes termos:

Vistos. Com razão o Ministério Público em sua manifestação de fls. 834/837, verso. Em profunda análise acerca das alterações legislativas efetuadas pela Municipalidade (Lei complementar nº 768/15 e Lei Ordinária nº 11.922/15), nota-se claramente que vão de encontro ao que decidido muito anteriormente pela Corte Judicial deste Estado. Assim, resta mantida a determinação de fl. 804, com a posterior exclusão de aplicação de multa, conforme fundamentado na fl. 832. Tendo em vista se tratar de ato complexo, concedo o prazo de 60 dias para a Administração Pública Municipal comprovar trazer aos autos os resultados da referida revisão. Decorrido o referido prazo e com a juntada da documentação, intime-se o Ministério Público. Momento em que o Parquet também deverá informar a atual situação do Recurso Extraordinário interposto sobre a decisão proferida em sede de apelação, bem como da Ação Cautelar nº 3.834. D.L.”

Tal determinação do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública foi objeto de agravo de instrumento que restou provido pelo Egrégio TJ/RS na forma do acórdão que assim foi ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. DMAE. DMLU. DEMHAB. PREVIMPA. FASC. ART. 37, inC. xiv, DA cf. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE AO JULGADO EXEQÜENDO. INTERESSE DE AGIR.

1. A edição da Lei Complementar Municipal nº 768, de 1º de setembro de 2015, que alterou dispositivos da Lei Complementar Municipal nº 133/1985 (Estatuto dos Funcionários Públicos do MPOA), e a edição da Lei Municipal nº 11.922, de 23 de setembro de 2015,

modificando inúmeros dispositivos da legislação de pessoal da Administração Direta e Indireta do Município de Porto Alegre, expressamente excluindo a incidência de avanços, regime de trabalho e funções gratificadas sobre a remuneração e mantendo os níveis remuneratórios dos servidores, alteraram de forma superveniente a legislação que fora examinada no processo de conhecimento, revogando as fórmulas que davam origem ao efeito cascata proibido pelo art. 37, XIV, da CF, na redação da EC nº 19/98, possibilitando que todas as demais vantagens atribuídas ao servidor municipal incidissem também sobre os adicionais por tempo de serviço.

2. Alegações de vícios materiais contidos na legislação superveniente, como a manutenção de um *"efeito cascata interno"* e a falta de isonomia demandam senão um exame em esfera judicial própria, em possível controle concentrado de inconstitucionalidade, não podendo ser conhecidos e reconhecidos na presente execução de sentença, em que incontroverso que a legislação que deu ensejo à obrigação exequenda não mais subsiste.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA EXTINTA.

Irresignado com esse entendimento, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul manejou Recursos Especial e Extraordinário que ainda pendem de apreciação.

Atuaram na demanda os Procuradores Clarissa Cortes Fernandes Bohrer, Edmilson Todeschini, Paula Carvalho da Silva Kleinowski e Simone da Rocha Custódio.

# ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO/ CONSTITUCIONAL

## **TRANSPORTE COLETIVO: REAJUSTE DA TARIFA. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO CALCULO**

Carlos Eduardo da Silveira<sup>348</sup>

Eduardo Gomes Tedesco<sup>349</sup>

STJ – PROC. SLS 2.138/RS (2016/0078145-0)  
PRESIDÊNCIA DO STJ, REL. MIN. LAURITA VAZ,  
VICE-PRESIDENTE, NO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA  
JULG. 28/03/2016, PUBL. DJE 30/03/2016.

ÁREA DO DIREITO: ADMINISTRATIVO

SUSPENSÃO DE LIMINAR. SUSPENSÃO DO REAJUSTE DAS PASSAGENS DE ÔNIBUS E LOTAÇÕES. INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA ESTIPULAÇÃO DAS TARIFAS DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO É PRÉCIPITADA NO ESTADO DO PROCESSO, PODENDO OCASIONAR GRAVE CONSEQUÊNCIA NA BOA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. .

Pedido articulado pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE/RS visando sustar os efeitos da decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 5.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre, Dra. Karla Aveline de Oliveira, que, nos autos da Ação Cautelar n.º 0032733-98.2016.8.21.0001, deferiu a antecipação da tutela para “determinar

---

348 Procurador Municipal

349 Procurador Municipal

a imediata suspensão do reajuste das passagens de ônibus e lotações, devendo a cobrança se dar pelo valor até então praticado". A teor da legislação de regência (Lei n.º 8.437/1992), a suspensão da execução de decisum proferido contra o Poder Público visa à preservação do interesse público e supõe a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sendo, a princípio, seu respectivo cabimento alheio ao mérito da causa. A antecipação da tutela em exame, ou seja, sem cognição completa, pode ter grave consequência na boa prestação do serviço público de transporte, uma vez que se supõe o equilíbrio da equação econômico-financeira. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Município de Porto Alegre. Não se olvida que o tema está sujeito ao crivo do Poder Judiciário, mas a cautela recomenda que a eventual modificação dos valores se dê por motivo de ilegalidade e após instrução completa e trâmite regular do processo. DEFERIDO o pedido para suspender os efeitos da decisão que antecipou a tutela, até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal.

## COMENTÁRIO

No início de 2016, entrou em operação no Município de Porto Alegre o novo serviço de transporte coletivo, decorrente de uma concorrência pública internacional, inédita e muita aguardada pelos munícipes. Após a conclusão do certame, a assinatura dos respectivos contratos, foi dada a ordem de início ao serviço, bem como estabelecida a tarifa do sistema através dos Decretos Municipais n. 19.314 e 19.315/2016, em estrita observância aos contratos firmados e as propostas financeiras apresentadas na licitação.

Irresignados com a nova tarifa do transporte coletivo, alguns políticos desta Capital propuseram ação cautelar, com pedido de tutela antecipada, *inaudita altera pars*, em face do Município de Porto Alegre e a Empresa

Pública de Transporte e Circulação S/A, com a finalidade de impedir a cobrança do novo preço da tarifa de transporte coletivo de Porto Alegre estabelecida por concorrência pública internacional. Postularam que a tarifa do transporte coletivo decorrente do certame (R\$ 3,75) e a das lotações (R\$ 5,60) fosse reduzida ao preço praticado antes da licitação, ou seja, de R\$ 3,25 e R\$ 4,85 respectivamente. Alternativamente, requereram a suspensão da nova operação da licitação, com a consequente suspensão do aumento tarifário em face da desclassificação da única empresa que não opera no transporte coletivo de Porto Alegre.

A ação cautelar, preparatória de ação popular, ataca o procedimento licitatório e contratos de concessão de transporte público, celebrados após concorrência internacional de porte, amplamente fiscalizada pelos órgãos de controle, inclusive com acompanhamento e parecer favorável do Tribunal de Contas.

Contudo, sem oitiva da parte contrária, em que pese a gravidade e cuidado do qual a situação se revestia, haja vista tratar de uma licitação de porte, homologada por todos os órgãos de controle do Estado, foi deferida a antecipação de tutela pela MM. Juíza Karla Aveline de Oliveira, da 05ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre. A decisão centrou-se exclusivamente no argumento dos demandantes de que o Conselho Municipal de Transporte Urbano (COMTU) não teria sido ouvido quando da fixação da tarifa. Por essa razão, entendeu o juízo haver risco de dano irreparável ou de difícil reparação e determinou a suspensão do preço da nova tarifa, *“devendo a cobrança se dar pelo valor até então praticado”*.

Não obstante o conselho tivesse sido ouvido, havendo erro na decisão, a magistrada desconsiderou a tarifa fixada por procedimento licitatório, desrespeitando a lei federal regente. Por tal razão, o Município de Porto Alegre interpôs agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo (70068423334), que restou indeferido pelo Desembargador plantonista. A Desembargadora-Relatora Marilene Bonzanini, da 22ª Câmara, por sua vez, rejeitou pedido de reconsideração

mantendo a proferida decisão e postergando a análise dos documentos quando do julgamento definitivo do recurso pelo Colegiado.

Posteriormente, diante da gravidade da manutenção da liminar, a fim de evitar maiores prejuízos com a permanência de uma tarifa inexistente (já que relacionada a um sistema prestado em caráter precário, que não guardava pertinência com o novo sistema de transporte decorrente de licitação pública), em 25/02/2016, o Município de Porto Alegre convocou reunião extraordinária do COMTU que ratificou expressamente a sua efetiva participação na fixação da tarifa. Restou assentado que o valor final de R\$ 3,75 foi calculado com base no disposto no edital, que aplicou à tarifa resultante das propostas, R\$ 3,46, o índice do dissídio da categoria dos rodoviários (11,81%) aos itens pertinentes ao mesmo, e o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) acumulado desde a entrega das propostas até o início da operação (5,56%) aos demais itens de custo da planilha. Produziu-se, assim, documento oficial declarando exatamente o oposto do afirmado pela julgadora singular, fazendo prova indiscutível da ouvida do Conselho na fixação da tarifa anteriormente ao início do novo sistema de transporte.

O documento foi levado ao conhecimento da Eminentíssima Relatora do agravo de instrumento, acompanhado de pedido de reconsideração, no entanto, esta entendeu que a questão deveria ser examinada pelo juízo de primeiro grau para evitar supressão de instância.

Tal fato foi de igual sorte noticiado à magistrada da 5ª Vara da Fazenda Pública, juntando-se cópia da ata da sessão do COMTU. Entretanto, mesmo estando a decisão liminar alicerçada tão-somente na suposta ausência de participação do COMTU, a magistrada singular postergou a análise do pedido de reconsideração.

Ao invés de examinar, com a urgência que o caso requeria, documento que comprovava cabalmente estar equivocado o entendimento primeiramente esposado, o despacho da julgadora, em ordem sequencial, concedeu (i) primeiro vista aos Autores (para proferir a liminar, esta se deu "inaudita altera parte") por 05 dias, (ii)

posteriormente mandou intimar o Município para atender pleito do MP (que já havia sido cumprido com junta da ata do COMTU?!), também com prazo de 05 dias; (ii) após determinou a concessão de nova vista ao MP, por mais 05 dias, (iv) e apenas então, informou que examinaria a alegação de sua incompetência para julgar o processo e, se fosse o caso, o pedido de reconsideração da decisão liminar.

Tal decisão importava dizer que, antes de 30 dias, considerados o tempo para publicação de intimações e atos cartorários, a magistrada não reexaminaria sua grave decisão, que deferiu injustamente a liminar, levando, por certo, ao colapso o serviço público de transporte municipal.

E não bastasse tal fato, as concessionárias de transporte público, a partir do dia 09.03.2016, passaram a obter judicialmente liminares determinando ao MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE que fizesse o pagamento às empresas do valor equivalente a R\$ 0,50 (cinquenta centavos) por passagem em razão da redução do valor estabelecido nos contratos de concessão, redução esta que foi determinada pelo próprio Poder Judiciário, obrigando o Município a, de ora em diante, SUBSIDIAR o Sistema.

Assim, o mesmo Poder Judiciário que determinou a redução da tarifa, determinava igualmente que o Município recompusesse imediatamente a tarifa. A situação criada, a toda evidência, prejudicava gravemente o Município e as concessionárias e, inarredavelmente, tinha potencial de prejudicar gravemente o munícipe e o usuário do transporte em curto espaço de tempo, (i) quer pela paralisação iminente dos serviços de transporte (ii) quer pela nova precarização por rescisão contratual, (ii) quer pelos riscos de prejuízos econômicos ao Sistema, ao Erário, conseqüentemente ao contribuinte, e ao próprio usuário.

Por estas razões o Município, por conta dos graves riscos à ordem, à economia e à segurança públicos, com o risco concreto do colapso do sistema, requereu a suspensão da liminar ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No entanto, o pedido não foi co-

nhecido, por se entender que a competência, no caso, era do Presidente da Corte Superior (70068681071) haja vista a prévia manifestação de mérito da 22ª Câmara do Tribunal, *verbis*:

“Com efeito, no Agravo de Instrumento, ao indeferir a liminar pretendida pelo Município – suspensão da liminar - e ratificar a decisão de primeiro grau, reiterando, inclusive, que o Conselho Municipal de Transporte não teria sido previamente ouvido, houve, mesmo que de forma sumária, análise do mérito.

Por óbvio não se está a afirmar a impossibilidade de ajuizamento simultâneo do pedido de suspensão e do Agravo de Instrumento. Todavia, havendo decisão de mérito proferida em 2º Grau, não pode o Presidente deste mesmo Órgão funcionar como *ultima ratio* para obtenção da decisão favorável ao ente público.

[...]

Desta forma, competente para análise do pleito de suspensão seria o Superior Tribunal de Justiça.”

Em decorrência de tal decisão, não restou alternativa ao Município de Porto Alegre senão requerer a suspensão da liminar junto ao Superior Tribunal de Justiça (SLS n. 2.138/RS), com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, mormente porque a decisão importava grave violação à Lei de Licitações (Lei Federal n. 8.666/93) e Lei das Concessões Públicas (Lei n. 8.987/95), suspendendo liminarmente a execução de contratos públicos de concessão, regularmente celebrados após concorrência internacional de porte, realizada de forma hídida, sob a mais rigorosa fiscalização dos órgãos de controle do Estado.

Demonstrou o Município que era competente o Presidente do Superior Tribunal de Justiça para o exame do pedido, por envolver matéria a ser atacada por recurso especial e, ainda, por ter havido o exame de

mérito pelo TJRS e a manutenção da liminar hostilizada em sede de agravo de instrumento.

No mérito, sustentou que o indeferimento do pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, levado a efeito pelo DD Desembargador-Plantonista e ratificado pela Desembargadora-Relatora, bem como o não conhecimento do “PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR” pelo Presidente do Tribunal “a quo”, acarretava diariamente grave lesão à economia pública e colocava em risco iminente a ordem e a segurança da população com a previsível e anunciada paralisação dos serviços de transporte.

Sinala-se que a tarifa de R\$ 3,25, “restabelecida” pela decisão do juízo singular não possuía qualquer relação com as propostas financeiras apresentadas pelas licitantes declaradas vencedoras, restando claro que a julgadora havia desconsiderado, por completo, a existência da licitação e dos contratos de concessão firmados. Obviamente, a Concorrência Pública n. 01/2015, além de estabelecer regras claras a serem seguidas pelos concessionários do serviço, promoveu uma gama de alterações no serviço precário anteriormente ofertado, tais como: exigência de 25% da frota com ar-condicionado no início da operação; redução do número de passageiros por metro quadrado e, por conseguinte, ampliação da frota (296 veículos novos); maior número de veículos dotados de acessibilidade; alteração do percentual de participação no mercado de cada lote integrante das bacias operacionais; entre outros.

No sistema anterior à licitação, a tarifa era calculada de acordo com a legislação municipal, observando-se os custos integrantes da operação, sendo possível o seu reajustamento por provocação das delegatárias do serviço, nos termos da lei municipal regente à época. Contudo, a nova tarifa do usuário possuía lastro contratual, decorrente de uma licitação pública internacional que impôs consideráveis alterações no serviço, de modo que se submetia ao edital e aos contratos de concessão.

Nesse sentido, mesmo que se entendesse inaplicável a atualização monetária da tarifa do usuário, prevista

nos contratos de concessão, não haveria possibilidade de retomar a tarifa do serviço prestado anteriormente à licitação, já que tal atualização foi realizada sobre a base de cálculo das tarifas técnicas ofertadas pelos licitantes, “considerando os valores informados nas propostas vencedoras de cada LOTE, calculando-se a média ponderada dos dados informados pelos vencedores pela rodagem de cada LOTE”.

A manutenção da medida liminar afrontava, portanto, as regras estabelecidas na licitação, aos contratos de concessão firmados pelo Município de Porto Alegre e às Leis Federais n. 8.987/95 e 8.666/93, que os regem.

Ainda, a cada dia de operação os possíveis prejuízos a serem suportados só aumentariam frente à impossibilidade de repasse dessa diferença aos usuários do transporte que realizaram o pagamento de uma tarifa menor por força da decisão judicial.

Não bastasse isso, mesmo que o Município não tivesse dado causa à situação e tampouco fosse responsável pelos prejuízos impostos às concessionárias, o Poder Judiciário gaúcho passou a conceder medidas liminares em favor das concessionárias do transporte, obrigando o Município a SUBSIDIAR a diferença concedida pela liminar guerreada. O deferimento de tais decisões implicava prejuízos incomensuráveis ao Erário, simplesmente porque não existiam recursos para esse repasse milionário, já que o transporte público de Porto Alegre é custeado pelos passageiros, não havendo qualquer possibilidade orçamentária para que o Município subsidiasse as empresas enquanto perdurar aquela inaceitável decisão.

Além do risco ao Erário e aos usuários, representando risco à economia pública, havia um risco concreto de paralisação do transporte público, com graves consequências de ordem e à segurança pública. As concessionárias, na ocasião, já haviam noticiado ao Tribunal Regional do Trabalho que não teriam condições de pagar os reajustes estabelecidos em dissídio coletivo aos rodoviários e, por sua vez, o anúncio dos sindicatos era de que paralisaria o serviço caso não houvesse o pagamento do dissídio, o que indubitavelmente ocasionaria

um caos aos munícipes e prejuízos graves à economia pública e privada, à ordem e à segurança do cidadão.

No mais, o prosseguimento da tarifa reduzida possivelmente culminaria na rescisão dos contratos públicos firmados, pois não seria possível mantê-los com preço inferior ao licitado, o que resultaria em uma das duas situações: (i) interrupção total dos serviços por falta de prestadoras ou (ii) nova precarização, até que outra custosa e complexa licitação seja concluída, o que exigiria a boa vontade das concessionárias.

Depois de todo o esforço empreendido para a realização do procedimento licitatório para concessão do serviço de transporte coletivo, estando o Município escudado em um contrato público legítimo, voltar-se à estaca zero em razão de uma total má compreensão do processo e da lei, seria inadmissível. Não se podia desconstruir um certame deste porte liminarmente, sem aprofundar o exame dos documentos e do caso concreto. Ademais, a decisão atacada afrontava o princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos, dando maior credibilidade a alegações irresponsáveis dos autores de uma ação cautelar do que à homologação realizada pelo Município de Porto Alegre de uma concorrência internacional vultuosa, amplamente fiscalizada e legalmente constituída, que veio em benefício da ordem jurídica e da sociedade, com melhorias nos serviços e sua correta contratualização.

Destarte, acolhendo os argumentos do Município de Porto Alegre, a Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, no exercício da Presidência, acolheu o pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.138/RS, suspendendo os efeitos da decisão que antecipou a tutela nos autos da Ação Cautelar n.º 0032733-98.2016.8.21.0001, em trâmite na 5.ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal, com fulcro no art. 4º, § 9º, da Lei n.º 8.437/92 e do art. 271 do RISTJ, conforme decisão abaixo transcrita.

Tal decisão foi de extrema relevância para a manutenção em operação do sistema de transporte coletivo de Porto Alegre e para a ulterior reforma da decisão do

juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, em julgamento de mérito do Agravo de Instrumento n. 70068423334.

Por fim, cabe informar que, paralelamente à propositura do pedido de suspensão da liminar supramencionado, o Município requereu, com fundamento no art. 4º e §8º, da Lei n. 8.437/92, à Presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a suspensão das decisões liminares proferidas nas ações de obrigação de fazer propostas pelas concessionárias do serviço de transporte coletivo por ônibus, que determinavam a obrigação do Município subsidiar o sistema, no valor correspondente a R\$ 0,50 (cinquenta centavos) por passageiro (processo n. 70068778505). Referido pedido restou acolhido pelo Presidente do TJRS, de modo que o Município não aportou qualquer subsídio ao sistema de transporte coletivo por ônibus.

# ÁREA DO DIREITO: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO

## **JULGAMENTO DA ADPF 190: A GUERRA FISCAL MUNICIPAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. ISSQN**

Roberto Silva da Rocha<sup>350</sup>

Processo: ADPF/190

Assunto: ISS/Imposto sobre Serviços

Supremo Tribunal Federal - STF

O Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 29.09.2016, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 190, proposta pelo Governador do Distrito Federal, para considerar inconstitucional lei do Município da Estância Hidromineral de Poá (SP), que mediante a redução da base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza violava o artigo 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixa a alíquota mínima do ISSQN em 2%.

O Município de Porto Alegre participou deste julgamento na condição de *amicus curiae*, proferindo sustentação oral ao lado da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras (Abrasf) e do Município de São Paulo.

O acórdão, até o fechamento da edição desta revista, ainda não havia sido publicado, apenas o sinopse abaixo:

---

350 Procurador do Município de Porto Alegre  
Assessor no Distrito Federal

o Tribunal, por maioria, conheceu em parte da argüição e rejeitou as demais preliminares, vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia inadequada a ação ajuizada. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deliberou converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento do mérito, vencido o Ministro Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal, por maioria, conhecida parcialmente da argüição, quanto à parte conhecida,  **julgou-a procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 190, § 2º, inciso II; e 191, § 6º, inciso II, e § 7º, da Lei nº 2.614/1997, do Município de Estância Hidromineral de Poá, São Paulo, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ação. Fixada tese nos seguintes termos: “É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. Também é incompatível com o Texto Constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do ADCT, a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tribuante.”** O Tribunal deliberou que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir da data do deferimento da cautelar. Tudo nos termos do voto do Relator. O Ministro Marco Aurélio não fixou tese nem modulou os efeitos da decisão. Falaram: pelo requerente, Governador do Distrito Federal, o Dr. Marcelo Galvão, Procurador do Distrito Federal; pelo interessado, Município de Poá, o Dr. Guido Pulice Boni; pelo *amicus curiae* Município de Porto Alegre, o Dr. Roberto Silva da Rocha, Procurador do Município; pelo *amicus curiae* Município de São Paulo, o Dr. Felipe Granado Gonzáles, Procurador do Município de São Paulo; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, o Dr. Ricardo Almeida; pelo *amicus curiae* Município de Barueri, o Dr. Paulo Ayres Barreto, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das

Empresas de Leasing – ABEL, a Dra. Anna Paola Zonari. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.09.2016.

DJ Nr. 215 do dia 07/10/2016

Trata-se de decisão muito importante no contexto da chamada “Guerra Fiscal” entre os Municípios. Há tempos pequenos Municípios, como forma de atrair grandes grupos econômicos para seus territórios, utilizam artifícios legislativos para oferecer carga tributária abaixo do mínimo permitido pela Constituição. Até então a discussão judicial estava limitada ao âmbito do controle difuso de constitucionalidade, isto é, em casos concretos e com efeitos apenas entre as partes.

Por falta de legitimação dos Municípios para ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, a discussão sobre a guerra fiscal entre Municípios chegava ao Supremo Tribunal Federal somente em sede de recurso extraordinário.

Em que pese o parecer do Procurador-Geral da República - contrário à admissibilidade da ação, por falta de demonstração concreta dos efeitos adversos da lei atacada para o Distrito Federal -, a maioria dos Ministros do STF, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, superou a preliminar de inadequação da via processual em razão da natureza híbrida do Distrito Federal, que cumula características de Estado e Município, bem como reconheceu pertinência da questão proposta pelo Governador do Distrito Federal à luz do princípio federativo previsto no artigo 1º da Constituição.

No mérito, o STF assentou o entendimento de que, ao tratar da base de cálculo do tributo, a legislação municipal incorre em tema de competência da União (Lei Complementar Federal 116/2003), bem como afronta diretamente o artigo 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), segundo o qual a alíquota mínima do ISSQN é de 2%.

Restou definida, assim, a seguinte tese para a ADPF: “É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de

valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional”.

Durante o julgamento, o Ministro Gilmar Mendes mencionou a possibilidade de qualquer Município que se considere prejudicado pela legislação tributária de outro Município provocar o Supremo Tribunal Federal mediante o ajuizamento de Reclamação.

Ocorre que, vale lembrar, para tanto o Supremo Tribunal Federal necessitará revisar seu entendimento a respeito da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que até então vem sendo rejeitada, conforme os precedentes abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. REGIME DA LEI 8.038/90. INSTITUIÇÃO DE FERIADO POR LEI MUNICIPAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Não usurpa, na hipótese, a competência do Supremo Tribunal Federal a utilização, por Tribunal de Justiça, de norma da Constituição Federal como parâmetro no controle de constitucionalidade por via de ação direta. Precedentes. 2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 19067 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 15-08-2016 PUBLIC 16-08-2016) – grifado

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. REGIME DA LEI 8.038/90. AFRONTA A ADI 1.688-MC. INTRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. No julgamento da medida cautelar na ADI 1.688, o STF suspendeu a eficácia do art. 19, XV, da Lei nº 9.472/1997, que autorizava a ANATEL a realizar busca e apreensão no âmbito de

suas atribuições. 2. Não guarda estrita identidade com o referido paradigma decisão que julga legítima apreensão realizada com base na Lei nº 10.871/2004. 3. A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade abrange apenas o objeto na ação e não se estende ao legislador. **Inaplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes.** 4. Agravo regimental desprovido.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. REGIME DA LEI 8.038/90. AFRONTA A ADI 1.688-MC. INTRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. No julgamento da medida cautelar na ADI 1.688, o STF suspendeu a eficácia do art. 19, XV, da Lei nº 9.472/1997, que autorizava a ANATEL a realizar busca e apreensão no âmbito de suas atribuições. 2. Não guarda estrita identidade com o referido paradigma decisão que julga legítima apreensão realizada com base na Lei nº 10.871/2004. 3. A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade abrange apenas o objeto na ação e não se estende ao legislador. **Inaplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes.** 4. Agravo regimental desprovido.

(Rcl 19541 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 20-06-2016 PUBLIC 21-06-2016) – grifado

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. AFERIÇÃO DA REGULARIDADE DA CUSTÓDIA EM FLAGRANTE. PROVIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE OS COMANDOS NORMATIVOS. PERTINÊNCIA ESTRITA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE. 1. Ao julgar a ADI 5240/SP,

o Tribunal Pleno não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade no que toca às normas administrativas atinentes à obrigatoriedade e prazo de apresentação em Juízo do acusado, na medida em que tais dispositivos, mera regulamentação do Pacto de São José da Costa Rica e da legislação processual penal, não detêm aptidão para figurar como objeto de controle de constitucionalidade. Sendo assim, a presente reclamação é incabível, por tratar de situação que não guarda relação de estrita pertinência com o parâmetro de controle.

2. Ainda que se admita a correspondência da *ratio decidendi* entre as matérias, **a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em afirmar o não cabimento de reclamação, na hipótese em que fundada na transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante, na medida em que tal efeito abrange apenas o objeto da ação.** Idêntica conclusão, com maior razão, é aplicável na hipótese de considerações tecidas no julgamento a título de *obiter dictum* e que, portanto, sequer sustentam a decisão apontada como paradigma.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 21884 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016) - grifado

A fim de minimizar a litigiosidade e os efeitos econômicos da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal modulou os efetivos de sua decisão, fixando como marco inicial o dia 15 de dezembro de 2015, quando o Relator, Ministro Luis Edson Faccin, deferiu medida liminar, agora convertida em decisão de mérito definitiva.

# AREA DO DIREITO: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO

**PRODUTO DA ARREDACAÇÃO DECORRENTE DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE RENDIMENTOS PAGOS, A QUALQUER TÍTULO. VERBA PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. LIMITAÇÃO CONTIDA NA IN RFB 1599/2015. INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO DISPOSTO NO ART. 158, I, CF/88.**

PROCESSO Nº 5046196-72.2016.4.04.7100/RS –  
14ª VARA FEDERAL DE PORTO ALEGRE  
AUTORES: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, DMAE,  
PREVIMPA, DMLU E DEMHAB  
RÉU: UNIÃO FEDERAL

Bethania Regina Pederneiras Flach<sup>351</sup>

Eduardo Gomes Tedesco<sup>352</sup>

Em junho de 2015, a Receita Federal do Brasil (RFB) publicou a “Solução de Consulta nº 166 – COSIT”, por meio da qual alterou seu entendimento jurídico sobre a partilha de recursos tributários decorrentes do Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF, parecer este que está assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF

Retenção do Imposto de Renda incidente na fonte e direito à apropriação do mesmo, na espécie, pelos Municípios e suas autarquias e fundações que

---

351 Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais

352 Procuradora-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais

instituírem e mantiverem, para fins de incorporação definitiva ao seu patrimônio, por ocasião dos pagamentos que estes efetuarem a pessoas jurídicas, decorrentes de contratos de fornecimento de bens e/ou serviços. Inteligência da expressão “rendimentos” constante no inciso I do art. 158 da Constituição.

O art. 158, inciso I, da Constituição Federal permite que os Municípios possam incorporar diretamente ao seu patrimônio o produto da retenção na fonte do Imposto de Renda incidente sobre rendimentos do trabalho que pagarem a seus servidores e empregados.

Por outro lado, deve ser recolhido à Secretaria da Receita Federal do Brasil o Imposto de Renda Retido na Fonte pelas Municipalidades, incidente sobre rendimentos pagos por estas a pessoas jurídicas, decorrentes de contratos de fornecimento de bens e/ou serviços.

Dispositivos Legais: Constituição Federal de 1988, art. 158, I; Lei nº

5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), art. 86, inciso II, §§ 1º e 2º; Decreto-Lei nº 62, de 1966, art. 21; Decreto nº 3.000, de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda), arts. 682, I, e 685, II, “a”; Instrução Normativa RFB nº 1.455, de 2014, arts. 16 e 17; Parecer Normativo RFB nº 2, de 2012; Parecer PGFN/CAT nº 276, de 2014.

E como consequência dessa alteração de entendimento, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa nº 1.599, de 11 de dezembro de 2015, que alterou o que dispunha a anterior Instrução Normativa nº 1.110, de 24 de dezembro de 2010, no que tange à Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF).

A redação anterior, fixada no art. 6º, § 7º, da Instrução Normativa nº 1.110, de 2010, assim dispunha sobre o Imposto de Renda retido na fonte por Estados e Municípios:

Art. 6º A DCTF conterà informações relativas aos seguintes impostos e contribuições administrados pela RFB:

I – IRPJ;

II – Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF);

[...]

§ 7º Os valores relativos ao IRRF incidente sobre rendimentos pagos a qualquer título pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações por eles instituídas e mantidas, não devem ser informados na DCTF.

Alterando, então, seu entendimento, a Receita Federal do Brasil, a partir da recente Instrução Normativa nº 1.599, de dezembro de 2015, assim disciplinou a matéria:

Art. 6º A DCTF conterà informações relativas aos seguintes impostos e contribuições administrados pela RFB:

I – IRPJ;

II – Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF);

[...]

§ 7º Os valores relativos ao IRRF incidentes sobre rendimentos pagos a qualquer título a servidores e empregados dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações, recolhidos pelos referidos entes e entidades, no código de receita 0561, não devem ser informados na DCTF.

Diante disso, o Município de Porto Alegre e as autarquias municipais ajuizaram a Ação Ordinária nº 5046196-72.2016.4.04.7100/RS contra a União Federal, com pedido de antecipação de tutela, para que a ré se abstivesse de lançar ou cobrar dos autores o produto da arrecadação do imposto sobre a renda e proventos

de qualquer natureza, incidentes na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, referentes a quaisquer contratações de bens ou serviços, além de postular a suspensão da exigibilidade do crédito tributário de imposto de renda retido na fonte, que poderia ser demandado pela ré em face dos autores.

No mérito, município e autarquias postularam seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre os autores e a União, diante da inconstitucionalidade e ilegalidade da INS 1555/2015, frente ao disposto no art. 158, I, da CF/88.

A ação ajuizada tem como tema central a partilha constitucional de receitas tributárias, e neste ponto vale citar Misabel Abreu Machado Derzi<sup>353</sup> em nota de atualização da obra do Ministro Aliomar Baleeiro, quando registra que as “normas de repartição das receitas tributárias quanto ao produto arrecadado”, estando, “primeiro, plasmadas na própria Constituição Federal”, se apresentam como “expressão do federalismo cooperativo ou financeiro”. Também nessa linha, Ricardo Lobo Torres<sup>354</sup> salienta que “as participações sobre a arrecadação constituem instrumento importante para o equilíbrio financeiro do Estado Federal”.

A intenção, que remonta as origens da Constituição Federal de 1946 e que ficou patente na Constituição Federal de 1967, é a descentralização do poder estatal entre os entes políticos. É uma consequência natural do pacto federativo e que permite a estruturação dos demais entes de governo mediante processo evidentemente intensificado a partir da Constituição de 1988.

A disposição do art. 158, inciso I da CF/88 está, portanto, em consonância com o acima asseverado, prevendo expressamente pertencer aos Municípios a integralidade do produto da arrecadação do imposto sobre rendas e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre os rendimentos pagos, a qualquer título,

---

353 DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 906 p.

354 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito tributário e financeiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 364 p.

por eles, suas autarquias e fundações. Configura um caso exemplar de partilha direta, ou, como afirma José Afonso da Silva<sup>355</sup> de “impostos de decretação de uma entidade e percepção por outras”, em que “os recursos, arrecadados pela própria entidade beneficiada, integram, desde logo, seu patrimônio (arts. 157, I e 158, 1)”.

A Receita Federal do Brasil, APÓS QUASE 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE SEU EFETIVO CUMPRIMENTO “mudou” seu posicionamento e passou a entender que o Imposto de Renda Retido na Fonte que pertence aos Estados e aos Municípios é somente o imposto incidente sobre rendimentos pagos a servidores e empregados, reduzindo, substancialmente, o alcance da clara expressão constitucional “rendimentos pagos, a qualquer título”. E pela nova interpretação, salvo as retenções efetuadas pelo código de receita 0561 (rendimento de trabalho assalariado), todas as demais seriam de titularidade de UNIÃO.

O entendimento contido na IN 1599/2015 configura o chamado “abuso hermenêutico pois despreza o texto claro e expresso da Constituição Federal no intuito único e evidente de ampliar a receita da UNIÃO em época de crise econômica esquecendo-se que a crise afeta todos os entes indiscriminadamente e de forma especial, os municípios.

A ofensa é contra o próprio equilíbrio federativo insculpido no art. 18 da CF/88 o que é inaceitável. Aliás, o art. 160, caput, da Carta Magna diz ser vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

O critério tem o escopo de garantir um mínimo de autonomia financeira ao ente federado municipal para que tenham independência na obtenção de recursos e eficiência e celeridade na repartição. A intenção do legislador é e sempre foi estabelecer mecanismos eficientes de justa repartição de receitas tributárias.

---

355 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 677 p.

Régis Fernandes de Oliveira<sup>356</sup>, no ponto, afirma que o federalismo fiscal “significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos, de forma a assegurar-lhes meios para o atendimento de seus fins”, alertando que “na repartição das receitas tributárias (arts. 157 a 162 da CF) deve caber equilíbrio e bom senso, de forma a que os entes menores tenham recursos suficientes para atender a suas necessidades”.

Portanto, estas receitas próprias são destinadas a promover o equilíbrio do federalismo fiscal, garantindo certo volume de recursos aos entes federados que possuem menor participação na carga tributária nacional mas ao mesmo tempo detêm pesadas competências quanto à prestação de serviços públicos. E no tocante à repartição do art. 158, I da CF/88, assim já se manifestou o Egrégio Tribunal de Contas da União na Decisão n. 125/2002:

“Por fim, gostaria de registrar que a questão ora tratada não se limita ao imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos aos servidores públicos. Já nas antigas Constituições, era destinado àqueles entes políticos, além do imposto incidente sobre os rendimentos do trabalho, o imposto incidente sobre os rendimentos dos títulos de dívida pública. A Constituição de 1988, ao tratar do assunto, atribuiu a essas pessoas o produto da arrecadação desse imposto, incidente na fonte, sobre os rendimentos por ela pagos, a qualquer título. Logo, sempre que houver retenção na fonte, inclusive relativo aos pagamentos efetuados à pessoa jurídica, o produto dessa arrecadação pertence ao Estado, Distrito Federal ou Município do qual se originou o pagamento.”

Assim, é inegável a titularidade dos Autores frente ao produto da arrecadação integral do IRRF, ou seja, não apenas decorrente da retenção no pagamento de seus empregados e servidores, mas também e especialmen-

---

356 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Rt, 2015. 115 p.

te no de pessoas jurídicas fornecedoras e serviços e bens e outros.

É o que se depreende da redação do art. 158, I da CF/88:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos a qualquer título por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituïrem e mantiverem;

A redação acima prevê de forma cristalina a participação dos municípios no imposto de renda “incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título” por si, suas autarquias e fundações. Na ordem constitucional anterior (CF/67 e EC/80), formada em regime de exceção, a participação era limitada ao Imposto de Renda “incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos” (art. 24, § 2º, da Constituição anterior). **Houve, portanto, clara mudança no texto constitucional e por certo, tal alteração trouxe consequências na exegese das novas disposições da Carta de 1988.**

Observa-se que, após o ajuizamento da ação, a RFB editou a IN 1646/2016, que modificou a redação contida na IN 1599/2016, mas não alterou substancialmente o entendimento da Receita Federal, no sentido de que o imposto retido na fonte, incidente sobre os rendimentos pagos pelos Municípios, suas autarquias e fundações, deve ser objeto de CDTF, excetuando o imposto de renda retido de seus servidores e empregados.

**Essa limitação prevista na referida IN, em contrariedade ao que prevê a CF, significa, na prática, retirar dos cofres municipais algo em torno de 500 mil/mês, ou 06 milhões/ano.**

Acolhendo os argumentos dos Autores, o Juiz da 14ª Vara Federal de Porto Alegre DEFERIU o pedido de an-

tecipação de tutela, para determinar que o imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos pagos e creditados a qualquer título pelos autores não seja informado em DCTF, suspendendo a sua exigibilidade.

O processo está em tramitação, aguardando a prolação da sentença.

# ÁREA DO DIREITO: DIREITO ADMINISTRATIVO/ CONSTITUCIONAL

## **PAGAMENTO DO ESTOQUE DE PRECATÓRIOS. REGIME MORATÓRIO DO ART. 97 DO ADCT DA CF-88. EC No 62/09. ADI'S Ns 4357 E 4425 JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Cláudia Padaratz<sup>357</sup>

Processo Administrativo Vinculado n. 0023-15/000087-0  
Agravo Regimental n. 0023-15/000087-0  
Tribunal Pleno - Órgão Especial

DIREITO CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. ESTOQUE DE PRECATÓRIOS. REGIME MORATÓRIO DO ART. 97 DO ADCT DA CF-88. EC No 62/09. ADI'S Ns 4357 E 4425 JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O STF, na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, manteve a eficácia do regime especial de pagamento de precatórios da EC 62/09 até o termo final assinalado no exercício financeiro de 2020, não distinguindo as modalidades de pagamento de parcela anual, prevista no art. 97, § 1o, II, do ADCT, e a de depósito em conta especial com vinculação de receita corrente líquida.

A decisão que determina ao Município que proceda ao depósito de 20% do estoque por ano, a partir de uma divisão simples do saldo total por 05 (cinco) parcelas importa violação a decisão da Corte Suprema.

---

357 Procuradora do Município de Porto Alegre. Gerência de Precatórios

A Procuradoria-Geral do Município (PGM) garantiu, junto ao Órgão Especial do Tribunal Pleno do TJRS, a manutenção do regime especial de pagamento de precatórios até 2020, sem mudança no cálculo dos valores a serem depositados anualmente pelo Município.

Cabe esclarecer, inicialmente, que o município de Porto Alegre está inserido, desde 2010, no regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional 62/09, tendo parcelado o estoque da dívida de precatórios em 15 anos. Além dessa modalidade, o regime especial prevê a possibilidade de depósitos mensais correspondentes a 1,5% da receita corrente líquida.

Também, há que se referir que, em 2013, o Supremo Tribunal Federal declarou parcialmente inconstitucional a referida Emenda Constitucional no julgamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 4.357 e 4.425). Na modulação de efeitos da decisão, no entanto, a Corte Suprema determinou a quitação do estoque da dívida até o ano de 2020.

O impasse todavia, que culminou no acolhimento pelo Tribunal Pleno da tese sustentada pela PGM, teve início com o indeferimento pela Presidência do Tribunal de Justiça do requerimento formulado pelo município para proceder ao depósito de 1/9 do saldo total dos precatórios devidos para o exercício de 2016, nos termos da decisão de modulação proferida pelo STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425, bem como o abatimento do saldo total de precatórios do montante correspondente aos percentuais de deságio autorizados no PLE 036/2015, de forma a reduzir o estoque e, por consequência, o valor da parcela anual.

A decisão indeferitória proferida no processo Themis Admin n. 2428-10/000060-2, determinou ao Município que procedesse ao depósito de 20% do estoque por ano, implementando uma divisão simples do saldo total por 05 (cinco) parcelas em face da sobrevida do regime até 2020. Por este entendimento, o município deveria arcar com uma parcela de quase R\$ 70 milhões este ano, que

importaria mais que o dobro do valor total depositado no ano passado.

Irresignado o Município de Porto Alegre interpôs agravo regimental (processo n. 025395-03.00/16-4) que, todavia, de forma monocrática, negou seguimento ao recurso, consoante decisão assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO. REGIME ESPECIAL. REDUÇÃO DO PRAZO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SOBREVIDA DO REGIME ESPECIAL. PARCELAMENTO DO ARTIGO 97, §1º, II, DO ADCT.

Julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 4.357 e 4.425, reconhecendo parcial inconstitucionalidade da Emenda Constitucional (EC) N. 62/2009, que instituiu o Regime Especial de pagamento de precatórios. Decisão no sentido de conceder sobrevida ao Regime Especial por 5 (cinco) exercícios financeiros, a contar de janeiro de 2016.

AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Constou no corpo do acórdão que “[...] com a modulação dos efeitos dando sobrevida ao Regime Especial por mais 5 (cinco) exercícios financeiros, a divisão passou a dar-se por 5 (cinco), justamente por ser o número de anos restantes para a extinção do referido regime”.

Novamente irresignado o Município interpôs agravo interno (processo nº 0023-15/000087-0) ao Tribunal Pleno, conquanto ao determinar o recálculo das parcelas a decisão acabou por impor o emprego de uma “nova fórmula” a partir de janeiro de 2016, indo de encontro à determinação do STF proferida nas ADIs 4.357 e 4.425 que, ao modular os efeitos do julgado, manteve íntegro o regime especial previsto no artigo 97, 1º, I e II do ADCT até 2020.

É que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deliberou, por maioria, nos termos abaixo parcialmente transcrito – trechos relevantes para a *questio*:

Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: **1) - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016;** (...)

**4) - durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT);**

Como se observa, a decisão foi clara ao determinar a manutenção – sobrevida – ao regime especial, nos moldes em que instituído, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de 01.01.2016, ficando mantidas as vinculações de percentuais mínimos e as sanções em caso de não liberação tempestiva dos recursos. Essa é a decisão no tocante à manutenção temporal da forma de pagamento instituídos pela EC n. 62/09!

A Corte Suprema, à toda evidência, não instituiu um “novo” regime especial de cinco anos, mas sim, autorizou a “manutenção” do regime nos exatos moldes previstos no art. 97 do ADCT por mais cinco exercícios financeiros. O voto condutor da modulação, proferido pelo Min. Dias Tóffoli, contém passagem cuja reprodução é pertinente:

[...] se é necessária a manutenção de um sistema normativo de transição para o regime geral de pagamento de precatórios com alguma perspectiva de que quitação dos entes federados pelos próximos anos, EU ENTENDO QUE O MELHOR É QUE ESSA TRANSIÇÃO OCORRA TENDO POR BASE AS PRÓPRIAS REGRAS QUE BEM OU MAL FORAM INSTITUÍDAS PELO PODER CONSTITUINTE DERIVADO, O CONGRESSO NACIONAL. Visualizo em uma decisão de tal natureza, a qual encontraria respaldo no art. 27 da Lei n. 9.868/99, mais legitimidade que uma decisão desta Corte no sentido de estabelecer normas para esse período de transição.

Evidente que os entes federativos estão cientes dos limites temporais da modulação e da necessidade de efetuar os pagamentos nos prazos estabelecidos, contudo, a sua programação financeira permanece, pelos próximos cinco anos, nos moldes ora estabelecidos pela norma declarada inconstitucional. A intenção do Supremo foi esta, ou seja, evitar em curto prazo um sobressalto nas combatidas finanças dos entes devedores.

No que tange ao entendimento referente aos “anos restantes”, cabe alertar que o trecho final do art. 97, §1º, II do ADCT, utilizado como fundamento para o entendimento vergastado, aponta que a parcela anual corresponderá ao salto total ***dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento***. Os anos restantes são aqueles previstos no mesmo dispositivo, ou seja, **15 anos deduzidos dos anos que se passaram desde o advento da EC 62/00**. Este é o “regime especial de pagamento” estabelecido na emenda cuja sobrevida foi garantida por mais 05 anos, mantido o critério de cálculo como se estivesse em pleno vigor a previsão constitucional.

Isso não significa que em cinco anos não tenha o Município que resolver seu passivo, na esteira do que, por ora, está decidido pelo Supremo Tribunal Federal. O que está patente é que não houve determinação de modificação da fórmula de cálculo. Importantíssimo que essa questão seja devidamente compreendida. A ma-

nutenção da sistemática em vigor até o ano de 2020 é imperativa e espera-se que até lá outra fórmula esteja em curso, decorrente de obra do legislador constitucional. Na hipótese de outra solução legislativa não advir no prazo, aí sim, dever-se-á retomar a regra prevista pelo legislador constituinte, com o devido efeito repristinatório integral do art. 100 da CF/88 em sua redação original.

A sinalização do Supremo Tribunal Federal aponta no sentido de preservar as regras do regime especial, como estabelecido, até 2020, sem autorizar recálculo das parcelas. Fosse assim, esta condição estaria prevista!

Não se pode ignorar que a situação das finanças de todos os entes federativos diante da atual crise econômica, é alarmante. No atual momento, para os entes públicos, não existem margens para ajustes acima da capacidade de pagamento e essa foi a compreensão do STF ao protrair no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do regime especial.

Neste sentido, sustentou o município ser, diante do teor da decisão do Supremo Tribunal Federal, imperativo o reconhecimento de constitucionalidade da manutenção do cálculo da parcela anual do Município de Porto Alegre nos termos do art. 97, 1º, II do ADCT, ou seja, *“o percentual a ser depositado na conta especial corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.”* Aduziu, ainda, ser devida para o exercício de 2016, a parcela de 1/9 avos do estoque da dívida, sem prejuízo de pagamento a maior dentro da capacidade orçamentária do Poder Executivo.

Em síntese, foram estes os argumentos aduzidos na peça recursal de elaboração do Procurador Municipal Eduardo Tedesco.

Em 05 de setembro de 2016 os integrantes do órgão Especial concluíram o julgamento do Agravo Interno que, por maioria, teve provimento parcial, restando assim ementado o acórdão, *verbis*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. ESTOQUE DE PRECATÓRIOS.

REGIME MORATÓRIO DO ART. 97 DO ADCT DA CF-88. EC No 62/09. ADI'S NoS 4357 E 4425 JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRITÉRIO DA DIVISÃO POR CINCO DO ESTOQUE DE PRECATÓRIOS QUE NÃO É POSSÍVEL IMPOR AO AGRAVANTE.

1. Recolhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não ocorreu a suspensão da eficácia do regime moratório previsto no art. 97 do ADCT da CF-88, seja na decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, seja na Questão de Ordem nas ADI's 4357 e 4425.

2. O Tribunal Pleno daquela Corte manteve a eficácia do regime especial de pagamento de precatórios da EC 62/09 até o termo final assinalado no exercício financeiro de 2020, não distinguindo as modalidades de pagamento de parcela anual, prevista no art. 97, § 1o, II, do ADCT, e a de depósito em conta especial com vinculação de receita corrente líquida, prevista no art. 97, § 1o, I, do ADCT.

3. O agravante concretizou normativamente o que lhe competia para aplicar os enunciados constitucionais, de modo que resta hígida a opção de pagamento de precatórios em parcelas anuais, sem vinculação de receita corrente líquida, não lhe podendo ser imposto, ademais, o critério de divisão por cinco do estoque total dos precatórios acumulados, como determinado pela decisão agravada. Ao agravante deve ser oportunizada a apresentação de proposta de adequação ao prazo final concedido pelo Supremo Tribunal Federal.

Sem dúvida nenhuma, a decisão acima representa importante vitória ao Município, pois permitirá, que, não obstante a grave crise econômica que assola o Brasil, continue a honrar seus compromissos.

Aliás, constou no acórdão, no voto de lavra do eminente Desembargador Armínio José Abreu Lima da

Rosa, importante reflexão sobre o aspecto econômico e a repercussão da decisão guerreada, *verbis*:

[...] oportuno trazer os números que apontam para o grave comprometimento das finanças municipais, caso mantido o entendimento da decisão agravada. Com efeito, o Município de Porto Alegre, pelos dados que apurei, vinha reduzindo a sua dívida de precatórios até 2014.

Dívida esta que, em 2010 era de R\$ 53.015.771,85 e chegou a R\$ 86.647.539,84, em 2013, reduzindo-se para R\$ 76.459.734,45 em 2014.

Ou seja, a realidade relativa ao Município de Porto Alegre é de que o parcelamento não correspondia a alguma frustração de seus credores, antes atuando como satisfatória forma de adimplemento de seus débitos.

Ocorre que em 2015 ingressou precatório atípico, indenização da ocupação indígena do Morro do Osso, no valor de 220 milhões de reais, levando à explosão do débito do Município a tal título, passando este a R\$ 290.932.169,70.

Bem se percebe o comprometimento das finanças municipais caso, ao invés de 1/9, tenha, exatamente no ano subsequente ao ingresso do anormal precatório, pagar 1/5 da soma de precatórios.

Os 25 milhões a mais representativos de tal recalibragem das parcelas, praticamente alcançam o valor do reembolso hospitalar bancado pelo Município e supera, em 157,19% o valor investido em assistência social, como representa, ainda, 137% do valor destinado á manutenção de 206 equipes de Saúde da Família.

Só para citar alguns compromissos da municipalidade que, ao que informado, sofrerão cortes, caso alterado o critério de definição das parcelas do regime especial."

Ou seja, ou o Município de Porto Alegre, caso seja obrigado a pagar mais de 1/9 neste primeiro ano,

suprime atendimento a interesses públicos vitais, ou ingressa na inadimplência, á semelhança daquilo que, tristemente ocorre com o Estado do Rio Grande do Sul.

Por certo, preocupa possibilidade de ser postergado o realinhamento das parcelas, jogando tudo para o último ano.

Todavia, há de se considerar as eleições do corrente ano e que quem resultar eleito terá diante de si os quatros para quitar o saldo de precatórios.

Ou seja, a preocupação que se poderia ter quanto a uma administração jogar para a seguinte o peso do atendimento do estoque da dívida, em realidade, não existe.

Oportuno deixar bem claro que o Município de Porto alegre em momento algum pretendeu reduzir o percentual de 1/9, espceicalmente quanto exercício de 2016, limitada sua irresignação a, neste ano, ter que pagar 1/5 do saldo de precatórios.

Assim, como referido acima, a decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, acolhendo a tese sustentada pela PGM, representa significativa vitória, pois permitirá, que o Município de Porto Alegre, respeitando os direitos dos credores, honre o pagamento da parcela anual dentro de suas previsões orçamentárias sem violar a Constituição Federal e as decisões do Supremo Tribunal Federal.

O processo foi integralmente conduzido pelo Procurador Municipal Eduardo Tedesco.

## Desde 1978 apresentando a produção intelectual da PGM

O Direito, assim como as demais ciências, é uma construção. As etapas dessa construção estão alicerçadas no saber já existente, na aplicação desse saber e na produção de novos conhecimentos. O Centro de Estudos em Direito Municipal se propõe, ao editar a Revista da PGM, a estimular a produção de conteúdo científico no que se refere ao Direito Municipal e a disseminar esse conteúdo, bem como trazer aos advogados públicos do Município conhecimento produzido externamente, gerando uma cadeia de troca de informações indispensável para o amadurecer científico e profissional.

A Revista da PGM é publicada desde 1978. Manter a regularidade de uma publicação como esta, produzida por procuradores municipais, em um ambiente profissional onde as demandas são cada vez mais crescentes, é um desafio permanente.

A Revista da PGM tem ainda a ambição de motivar cada procurador municipal a continuar colaborando com a produção intelectual da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Apresentamos então a edição 30, relativa ao ano de 2016, a qual coloca em dia esta estimada publicação, que continuará com sua periodicidade anual.



**Prefeitura de  
Porto Alegre**

PROCURADORIA-GERAL  
DO MUNICÍPIO