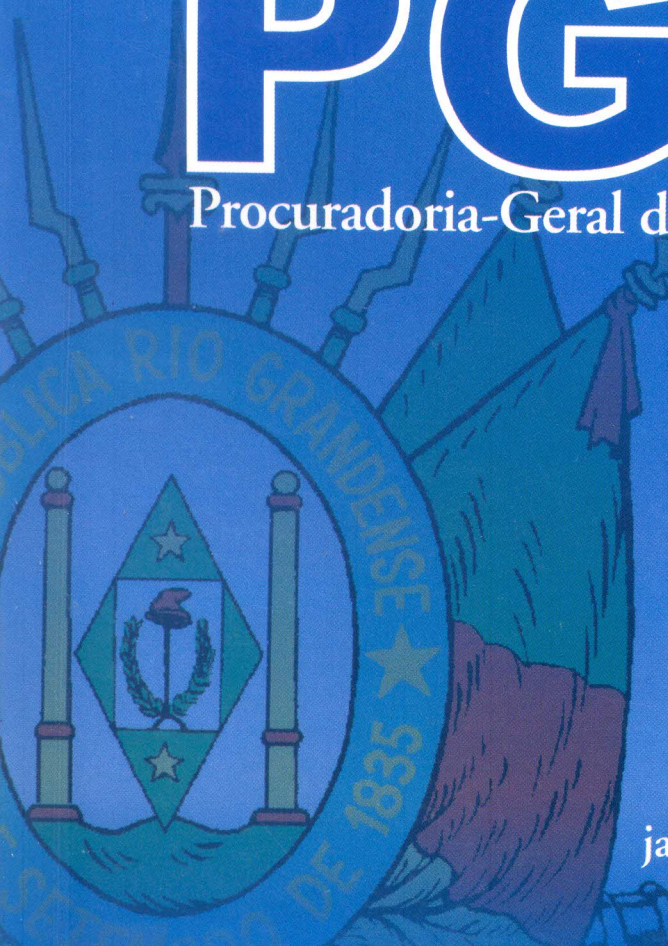




Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS



v. 30 n. 63
janeiro/junho de 2006

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 30	n. 63	p. 1 - 231	jan./jun. 2006
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979- v.; 21 cm.

Semestral.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

**Procuradoria-Geral do Estado do RS
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal**

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar
90119-900 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

GERMANO RIGOTTO

Governador do Estado

ANTÔNIO HOHLFELDT

Vice-Governador do Estado

HELENA MARIA SILVA COELHO

Procuradora-Geral do Estado

JOSÉ CALVINO PIRES MAIA

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

TELMO LEMOS FILHO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA

Corregedor-Geral da PGE

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO

Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho
(Presidente)
Carla Maria Petersen Herrlein
Manoel André da Rocha
Márcia Pereira Azário
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva



Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora.tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
Luces y Sombras de la Laicidad “a la Francesa” Fernando Rey Martínez	9
Limites ao Poder de Reforma da Constituição Adriana Krieger de Mello	21
Revisão Geral Anual Paulo Rogério Silva dos Santos	35
A Aplicação da Hermenêutica Filosófica Contribuindo para a Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais Josué Emilio Möller	69
A Leitura do Instituto da Coisa Julgada Frente ao Constitucionalismo da Pós-Modernidade Fabiana Azevedo da Cunha	99
Direitos Fundamentais Sociais: Reserva do Possível e Controle Jurisdicional Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho	123
Igualdade Substancial e Titularidade dos Direitos Sociais Prestacionais Max Möller	139
Subsídio. Obrigatoriedade e Facultatividade. Princípio da Irredutibilidade Luiz Fernando Lemke Krieger	161
TRABALHOS FORENSES	
Memoriais – Processo 70015029705 Sérgio Severo	171
PARECERES	
Parecer 14384 Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho	203
Parecer 14391 Luís Carlos Kothe Hagemann	211

EDITORIAL

Érico Veríssimo, no início de “O Tempo e o Vento”, cita uma passagem de Eclesiastes: “Uma geração vai, e outra geração vem; mas a terra para sempre permanece. Nasce o sol, e o sol se põe, e apressa-se e volta ao seu lugar de onde nasceu. O vento vai para o sul, e faz o seu giro para o norte; continuamente vai girando o vento, e volta fazendo os seus circuitos. Todos os rios vão para o mar, e contudo o mar não se enche; ao lugar para onde os rios vão, para ali tornam eles a correr.”

Retoma-se essa passagem para apresentar mais uma Revista da Procuradoria-Geral do Estado, que teve seu início como Revista da Consultoria-Geral do Estado ainda no ano de 1971. A remissão ao texto não é despropositada, eis que, nessas décadas, governos chegaram e passaram, assumiram e deixaram o Poder, apresentaram novas políticas públicas e abandonaram outras. Permanecem, porém, o Estado, talvez com tamanho menor ou maior, e a coisa pública, que a todos impõe sacrifícios e a todos pertence.

A dualidade entre o transitório e o perene é um dos principais desafios que se apresentam à instituição responsável pela representação judicial e consultoria jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, que procura viabilizar a execução das políticas públicas democraticamente legitimadas, mas tem sempre em foco o interesse do Estado. Esse aparente conflito, ao contrário do que se possa pensar, não expõe uma fraqueza da instituição, mas, ao contrário, reafirma uma de suas maiores qualidades, que é a de possibilitar a diversidade democrática, mantendo a unidade do que é público.

Assim, a Procuradoria-Geral do Estado, quando representa judicialmente a administração estadual direta e indireta, viabiliza políticas públicas, presta consultoria jurídica, incrementa receita e reduz despesa, controla a legalidade e preza pela probidade no serviço público, atua sempre na defesa do que é de todos. E, em razão disso, vai se afirmando como instituição permanente e essencial ao Estado, pois as gerações vêm, e as gerações vão, mas o que é de todos sempre mereceu e sempre merecerá a defesa qualificada.

Boa leitura a todos.

Ricardo Seibel de Freitas Lima,
Procurador do Estado do RS
Membro do Conselho Editorial.

LUCES Y SOMBRAS DE LA LAICIDAD “A LA FRANCESA”

Fernando Rey Martínez*

En el inacabable y apasionado debate que en gran parte de los ordenamientos del mundo se verifica sobre el significado del principio de laicidad, el modelo francés es alabado o reprobado con idéntica intensidad. A nadie parece dejar indiferente. Así que es indudable el interés de analizar en profundidad el principio francés de laicidad y de compararlo con otros modelos de relaciones entre el Estado y las confesiones. Lo haré, además, a partir del magnífico banco de pruebas que está siendo el problema del pañuelo islámico en las escuelas públicas.

El principio de laicidad francés aparece unido a una concepción unitaria de la Nación francesa y, por tanto, a su indivisibilidad, frente a cualquier forma de afirmación de pertenencia a comunidades religiosas. Pero su sentido original, en la Ley de separación de Iglesias y Estado de 1.905, que buscaba sobre todo organizar de una nueva manera las relaciones entre la esfera estatal y la Iglesia Católica, ha experimentado una brusca transformación en su aplicación a la religión islámica, a partir de las oleadas emigratorias de las últimas décadas con destino a Francia de miles de musulmanes, sobre todo de las antiguas colonias africanas. Las relaciones del Estado francés con la comunidad musulmana presentan perfiles específicos. Por ejemplo, a diferencia de la católica, la confesión islámica ha carecido tradicionalmente de representación jurídica propia (entre otras razones por sus diversas tendencias y orígenes nacionales), de modo que el diálogo ha sido más difícil. Por otro lado, aunque se trata de encontrar un lugar para el ejercicio de la religión musulmana, no se desea hacerlo, al menos por los partidarios de un entendimiento fuerte del principio de laicidad, al precio de abrir un espacio para la creación de una comunidad cultural y cultural propia y separada del resto, como una especie de gueto.

Este contexto explica por qué el *affair des foulards* se ha convertido en un problema social y constitucional central en Francia. Es un problema que se desarrolla, además, en el lugar más simbólico del orden republicano (y precisamente allí donde históricamente empezó a acuñarse el principio de laicidad): la escuela pública, laica, gratuita y obligatoria para todos. Por supuesto, no es ajeno al debate el ambiente internacional de desconfianza hacia el Islam generado por los

*Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Valladolid – rey@der.uva.es

ataques terroristas contra Nueva York, Madrid y Londres, etc, ni tampoco el ascenso al poder en Francia de la derecha neo-gaullista, que se siente depositaria de los ideales republicanos de la Nación francesa

En su origen, la laicidad fue un principio político de reacción contra el papel central que jugaba la Iglesia Católica en la sociedad francesa del Antiguo Régimen. Fue una auténtica “irreligión de Estado”. La *Révolution* intentó que la religión pasara a un segundo plano, convirtiendo la fe laica emergente en la nueva moral republicana. Para Danton, por ejemplo, “los niños pertenecen a la República más que a sus padres”, siendo “en las escuelas nacionales donde los niños deben mamar la leche republicana”. Pero el principio de laicidad de la Tercera República, el de la Ley de separación de 1.905, es más neutro en su relación con el hecho religioso porque se propone, sobre todo, que el Estado se abstenga de favorecer cualquier religión o incluso de ocuparse él mismo de la religión. Es una suerte de “neutralidad pasiva”, que, a diferencia del espíritu republicano de 1.789, no niega el fenómeno religioso (al que implícitamente reconoce) ni intenta dominarle. Finalmente, el principio de laicidad va a experimentar a lo largo del siglo una transformación en sentido “positivo”, que “implica el compromiso del Estado de... asegurar a cada uno el libre ejercicio de su religión, esto es, de poner a su disposición, si la necesidad lo impone, de los medios para permitirle observar las reglas”. Aunque el principio de laicidad tiene, pues, profundas raíces en la historia (ya desde 1.789), su consagración constitucional es relativamente tardía, el Preámbulo de la Constitución de 1.946, vigente actualmente en virtud del Preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1.958, que define a Francia como una “República... laica” (disposición que, por cierto, ha pasado al actual art. 1 de la Constitución en vigor).

La laicidad no es absoluta, sin embargo, ni siquiera en Francia porque el día de descanso semanal es el domingo y la mayoría de las fiestas se corresponden con la tradición cristiana; la Ley de 1.905 admite el pago público de capellanes en establecimientos públicos, colegios, liceos, prisiones, hospitales, etc. a fin de permitir el libre ejercicio de culto; por otro lado, así como las mezquitas musulmanas son lugares de culto integralmente privados, de modo que, por ejemplo, se prohíbe el uso de altavoces para llamar a la oración salvo autorización, los edificios de culto cristiano disponen de una reglamentación específica que permite el sonido de las campanas (aunque no se reserva sólo para uso religioso, sino cívico por ser de dominio público: el art. 27 de la Ley de 1.905 confiere una competencia de derecho común a los alcaldes para hacer sonar las campanas en interés del orden y la seguridad públicas). Otro ejemplo se refiere a los lugares de culto en cuanto tales. La Ley de 1.905 (art. 13) incorporó al dominio público todos los lugares de culto en ese momento (no a los erigidos con posterioridad a la Ley, que son de derecho privado), aunque el Consejo de Estado ha sostenido que ello no entraña la necesaria afectación de los edificios al uso directo del público. Pues bien, este régimen de dominio público, en contra de lo que pudiera superficialmente pensarse, presenta innegables ventajas, la principal es que el

mantenimiento y la conservación del edificio corresponden al ente público propietario. Esto no ocurre en ningún caso con las mezquitas. Otra excepción de la laicidad es que se permite a algunas asociaciones de culto (reconocidas como tal por la autoridad pública) recibir donaciones y herencias (las religiones tradicionales), pero se suele negar a grupos religiosos minoritarios, como los Testigos de Jehová, por la percepción de que este tipo de movimiento es de naturaleza sectaria y potencialmente peligrosa para el orden público. Se ha dicho que la Ley sobre desarrollo del mecenazgo de 23 de julio de 1.987 supone el fin de la fiscalidad laica porque permite a las principales confesiones, si obtienen el estatuto de "asociación de asistencia o beneficencia" (por actividades de carácter caritativo, asistencia educativa y cultural, cooperación misionera, etc.), conseguir importantes ventajas (recibir legados, donaciones, etc. deducibles fiscalmente para el contribuyente). Por no hablar del régimen concordatario en Alsacia-Mosela, donde se prevé la presencia obligatoria en la escuela pública de cursos de enseñanza religiosa de cuatro cultos reconocidos (católico, luterano, reformado, judío), aunque el alumno puede elegir, previa dispensa, un curso de enseñanza moral; los obispos católicos son nombrados por decreto del Presidente de la República, previa consulta con la Santa Sede, y también las principales autoridades de la Iglesia luterana; los ministros de los principales cultos son remunerados directamente por el Estado; y la mayoría de la población ve con buenos ojos este sistema, de modo que se ha abandonado la hipótesis de una eventual abrogación.

El conflicto ideológico en Francia transita entre los *pluralistas*, los grupos sociales y religiosos que reivindican la propia diversidad, que incluye hacer visible en el espacio público las diferencias étnicas, culturales y religiosas y los *monistas*, que siguen evocando el principio de laicidad como fundamento de la tradición republicana y factor de unidad del país en torno al principio de igualdad y de autonomía del individuo contra la influencia de las religiones en la esfera pública. La polémica viene de lejos, de finales de los años ochenta del siglo pasado, y el episodio del pañuelo islámico en las escuelas públicas es tan sólo un punto de fricción más, por cierto no muy afortunado. Se enmarca, además, claramente, en el grave problema de la difícil integración de la creciente inmigración de ciudadanos de países de tradición musulmana en la sociedad francesa.

Un documento especialmente valioso en esta materia es el Informe Stasi, que es el resultado del trabajo de una comisión de expertos sobre la aplicación del principio de laicidad nombrada por el Presidente Chirac el 3 de julio de 2.003. La Comisión, presidida por Bernard Stasi, ex Ministro de Estado e integrada por eminentes juristas y funcionarios, rindió su Informe al Presidente el 11 de diciembre de ese mismo año. Esta Comisión trabajó en paralelo con la *misión d'information* de la Asamblea nacional sobre "la cuestión del uso de signos religiosos en la escuela", *Misión Debré*, que entregó su Informe el 4 de diciembre de 2.003 proponiendo que "se dictara una disposición legislativa que prohibiese expresamente el uso visible de todo signo religioso y político en el interior de los institutos". El Informe Stasi tuvo un objeto más amplio, no se limitó a la presencia de signos religiosos en la

escuela pública (en este punto coincidió con el Informe Debré proponiendo la adopción de una ley que prohibiese en las escuelas públicas las vestimentas y signos que manifestaran una pertenencia religiosa o política, sugiriendo la distinción entre signos *ostensibles*, prohibidos, y signos *discrets*, lícitos).

El Informe Stasi tiene cuatro partes, precedidas de una breve introducción en la que se define lapidariamente la laicidad: “La laicidad, piedra angular del pacto republicano, reposa sobre tres valores indisociables: libertad de conciencia, igualdad jurídica de las opciones religiosas y espirituales, neutralidad del poder político. La libertad de conciencia permite a cualquier ciudadano elegir su vida espiritual o religiosa. La igualdad jurídica prohíbe toda discriminación o restricción y el Estado no privilegia ninguna opción. El poder político reconoce sus límites absteniéndose de toda interferencia en el orden espiritual o religioso. La laicidad traduce de este modo una concepción del bien común. Para que todo ciudadano pueda reconocerse en la República, ésta sustrae al poder político de la influencia dominante de cualquier opción espiritual o religiosa, a fin de poder vivir juntos”. Esta definición representa la clave de bóveda de todo el Informe.

La tesis que distingue la presencia *social* –legítima- de las confesiones y la presencia *política* –ilegítima- me parece discutible y no sólo porque me parece difícil distinguir con castidad metodológica lo “social” y lo “político”, sino, sobre todo, porque introduce una limitación, un tanto confusa, por cierto, (lo que aumentará la discrecionalidad del órgano público llamado a dirimir un eventual conflicto) en la dimensión pública y colectiva de la libertad religiosa. No veo por qué un Estado democrático debe prohibir los intentos de las confesiones religiosas o de cualquier otra asociación de influir en la vida política para que las instituciones representativas adopten sus puntos de vista, con el único límite del Código Penal y del respeto a las reglas del juego democrático. Otra cosa es que tengan o no éxito, según lo determine en cada momento el proceso político.

Más aún, creo que levantar barreras a la expresión política de las confesiones debilita la idea pluralista que está en la entraña del principio democrático. Y además, me parece que esta tesis se apoya sobre una idea discutible y otra contradictoria. El presupuesto que no comparto es la idolatría hacia un Estado que se presume ideológicamente puro, pero que no lo es, y al que se da primacía sobre la sociedad (como si fuera una especie de fantasma cuyo cuerpo, bastante leve por lo demás, fueran los principios republicanos y no el conjunto de ciudadanos). El argumento contradictorio consiste en que, de un lado, la laicidad postula que el Estado es incompetente para valorar lo religioso en ningún sentido, pero, de otro lado, guillotina un contenido central de algunas confesiones, desde luego las cristianas, como es la dimensión política de la fe. El Estado selecciona de este modo la parte del credo que ampara la libertad religiosa que concede y la parte que no. El Informe afirma que el Estado se beneficia de la separación con las confesiones porque “se libra del ataque confesional y pertenece a todos los ciudadanos”. No sé qué ataque será ese; pero es expresivo el lenguaje militar utilizado (quizás el laicismo no haya dejado de ser nunca un laicismo de comba-

te). Y en cualquier caso, entendida así la laicidad, el Estado pertenecerá a todos los ciudadanos... menos a los creyentes, que no podrán ser a la vez ciudadanos y creyentes de modo pleno. Y llega a afirmar el Informe que la separación también beneficia a las confesiones porque así “se concentran en su misión espiritual”, como si lo espiritual no tuviera que ver con las realidades terrenas. Pese a los piadosos deseos en contrario, surge un Estado-teólogo en el Informe.

El Informe Stasi se muestra muy preocupado por el hecho de que los fundamentos del pacto republicano se vean amenazados por un “replegamiento comunitario”, más rápido que deseado, en el interior de los barrios marginales, que amenaza también la libertad individual y la prohibición de discriminación sexual y étnica. Crece una dinámica de gueto (también en las escuelas públicas de la zona; los alumnos de clase media y alta huyen a colegios privados). En ese contexto, grupos político-religiosos explotan el malestar social para movilizar a los militantes. Y presionan a los jóvenes, especialmente a las muchachas, para que cumplan estrictamente las normas religiosas. Las jóvenes son víctimas de un renacimiento del sexismo que se traduce en violencia verbal, psicológica o física. Se las obliga a vestirse con trajes largos y asexuados, a bajar la vista ante un hombre, o, en caso contrario, se las trata de “putas”. Algunas mujeres llevan voluntariamente el velo, pero otras lo hacen bajo presión. Si llevan el velo, no serán maltratadas. El velo ofrece de este modo, paradójicamente, aquella protección que debería garantizar la República. Las chicas son víctimas de otras formas de violencia: mutilaciones sexuales, poligamia, repudio, matrimonios impuestos (que suele suponer la pérdida de la escolaridad). Derechos elementales de las mujeres son cotidianamente violados en Francia. La situación es inaceptable, como lo es también el hecho de que crece el odio hacia el Islam (sin distinguir las posturas fundamentalistas del resto) y también hacia los judíos.

El panorama así descrito por el Informe es catastrófico (tiene tintes casi bélicos: se llega a hablar de “guerra contra la laicidad”) y sirve para explicar las razones de la ofensiva laicista que propone el texto en su siguiente capítulo. Sin duda, los problemas identificados son graves y requieren una respuesta estatal adecuada. La cuestión es si medidas como la prohibición del pañuelo islámico apuntan o no en la dirección correcta. No se discute el “qué”, sino el “cómo”. Porque el problema de verdad no es tanto el de las relaciones entre el Estado y las confesiones en general, como otro más específico (porque, aunque el Informe Stasi intenta eludirlo explícitamente, ofreciendo la sensación de que sus observaciones incluyen a todos los cultos, la realidad es que afecta fundamentalmente a la minoría islámica) y a la vez más amplio, porque se refiere no sólo a un problema religioso, sino social, político, económico y cultural: la integración de la creciente inmigración de origen musulmán en Francia. *That's the point*. Medidas como la prohibición del *hijab* puede que estén intentando atajar alguna manifestación de la *enfermedad*, pero, desde luego, no impactan terapéuticamente sobre sus causas profundas.

Al revés. Es posible que sirvan para aumentar la fractura social. La lógica puramente prohibicionista (que es absolutamente necesaria en algunos casos:

mutilaciones sexuales, repudio, violencia de todo tipo, etc.) sólo sirve, si no se acompaña de otras medidas de impacto sobre el orden social, cultural y simbólico, para alimentar el círculo de acción/reacción del profundo problema de una sociedad multiétnica en la que se presentan importantes dificultades de integración de la minoría religiosa musulmana (que ya no es tan “minoría” porque es la segunda religión en número de miembros en Francia). En este sentido, algunas posibilidades de adaptación de la modalidad de prestación de algunos servicios públicos por respeto a algunas prácticas religiosas (oración cotidiana o del viernes, fiestas religiosas, ayuno del Ramadán, prescripciones alimentarias, ritos funerarios, etc.), siempre que no pusieran en peligro la normal prestación del servicio podrían favorecer, más que perjudicar, la integración de los musulmanes en el tejido social francés.

Lo mismo ocurre con la tolerancia de algunas manifestaciones simbólicas o externas de la propia cultura, como el pañuelo islámico, que debiera verse, creo, si se lleva voluntariamente, como una manifestación de la libertad personal (libertad de expresión, derecho de propia imagen, etc.) y de libertad religiosa en particular. Muchos de los musulmanes que viven en Francia son ya franceses. Francia no puede ignorar por completo sus deseos y prácticas religiosas (tampoco en el caso de que sólo fueran inmigrantes, pero obviamente menos aún si se trata de ciudadanos). Al hacerlo así, puede que esté utilizando el principio de laicidad en este caso como una llave, de clara fabricación cristiana además (a cuya horma se ha fraguado en gran medida la cultura y las tradiciones galas), para cerrar la puerta de la integración en la sociedad francesa a los musulmanes. La laicidad entendida así no es una fórmula de integración del “otro”, sino de simple y pura asimilación. Quizás el principio de laicidad fuera en 1.905 tan sólo un arma defensiva contra la Iglesia Católica y cien años después lo sea contra el Islam.

Otro punto central de la prohibición del *hijab* tiene que ver con la prohibición de discriminación sexual. La laicidad se convertiría, en el caso del pañuelo islámico, en garantía de la amenazada igualdad de las mujeres musulmanas. Creo que los ataques a la igualdad de las mujeres son particularmente intolerables, pero no está claro que llevar pañuelo se perciba necesariamente por quienes lo llevan como un signo de inferioridad femenina. De hecho, dentro del mundo islámico no tiene el mismo significado, depende de cada corriente religiosa, tradición y país. Además, puede también entenderse como un signo tradicional de identidad cultural/religiosa/étnica (bastante común, por otro lado, entre las mujeres de toda la cuenca mediterránea en otros tiempos). En todo caso, el *hijab* no es el velo que cubre todo o la mayor parte del rostro y del cuerpo, sino un pañuelo que “sólo” tapa la cabeza y por ello supone precisamente un avance secularizador respecto del velo.

Particularmente, confieso que a pesar de estos argumentos, que reconozco tienen algún peso, el pañuelo es una prenda cuyo significado (ya sea religioso, ya tradicional) me resulta antipático porque tiene el inequívoco aroma de la discriminación sexual. Tapar el pelo es, se mire como se mire, tapar la feminidad

en el espacio público, reforzando así los estereotipos patriarcales. Otra cosa es que su prohibición sea una medida razonable y efectiva. En primer lugar porque muchas mujeres musulmanas, sin duda la mayoría, desean llevarlo (no todas lo portan por presión ambiental). La prohibición se convierte así en una medida paternalista (se las protege de sí mismas) contraria a la libertad de elección de muchas mujeres (aunque la mayoría sean menores de edad, tienen también ese derecho de elección). En segundo lugar porque, por las razones apuntadas antes, llevar pañuelo no supone necesariamente un ataque intenso a la dignidad femenina. No es el velo, intolerable por completo. Y mucho menos equivale a otras formas de agresión más severas como la ablación del clitoris, el matrimonio a la fuerza, etc. En todo caso, las mujeres en Francia pueden, si así lo desean y cuando lo deseen, solicitar y obtener de las autoridades públicas protección de su voluntad de no llevarlo o de dejar de hacerlo. En tercer lugar, porque la mejor medida para lograr la igualdad no es, según creo, una prohibición pura y dura (que, al revés, puede ser percibida por las propias mujeres no como una protección, sino como una intromisión arbitraria estatal en su autonomía personal), sino una medida de mayor duración: una educación que propicie el paulatino convencimiento de las interesadas (y de los miembros masculinos de su culto) en el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres.

No se trata, creo, de echar a las alumnas de las escuelas públicas por llevar el pañuelo, sino, al contrario, de ofrecerlas más escuela para que algún día, por sí mismas, puedan liberarse de las inercias, tradiciones y prácticas sexistas, también en su vestuario, pero no sólo (porque si únicamente se incide sobre la forma de vestir y no sobre las causas de por qué visten así, de nuevo se estará actuando contra la manifestación del problema pero no contra el problema en sí). La escuela es un lugar de aprendizaje de la democracia. Quizás ésta se robustezca no tanto ocultando las propias convicciones, como mostrándolas, e intercambiando un diálogo fecundo a partir de ellas (aunque sea un camino menos sencillo que si el Estado establece directamente qué hay que creer o no en los espacios públicos, qué signos llevar o no, etc.).

El propio Informe, en su capítulo cuarto, expone algunas posibles objeciones, de efecto búmeran, a la prohibición del *hijab*: estigmatización de los musulmanes, exasperación del sentimiento anti-religioso, imagen internacional de Francia como “liberticida”, fomento del absentismo escolar y del desarrollo de escuelas confesionales musulmanas, dificultades prácticas de aplicación de una ley así, revocación de la doctrina (más sensata y equilibrada) del Consejo de Estado. Pese a todo ello, el texto ha preferido conceder mayor valor a otros argumentos, como los deseos manifestados en el sentido de la prohibición de los profesores y directores de los centros educativos y el intento de proteger a las chicas musulmanas procedentes de la emigración (“mayoría silenciosa”) presionadas por su familia y el degradado ambiente de sus barrios.

La idea de una ley que introdujera la prohibición escolar de llevar signos religiosos se impulsa con motivo del Informe Stasi y la respuesta positiva del

Presidente Chirac a la propuesta que en este sentido contenía dicho Informe. El tiempo de discusión parlamentaria fue breve: se aprobó el 3 de marzo de 2.004, fue promulgada por el Presidente Chirac el 15 de ese mismo mes y publicada en el *Journal Officiel* el 17. La Ley que disciplina, en aplicación del principio de laicidad, el uso de signos y vestuario que manifiesten una pertenencia religiosa en las escuelas, colegios e institutos públicos entró en vigor al comienzo de este año escolar 2.004/2.005.

El contenido de esta Ley es la adición en el Código de la educación de un apartado nuevo al artículo 141-5, el apartado 141-5-1, con esta formulación: “En las escuelas, en los colegios y liceos públicos, el uso de signos o vestuario mediante los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa está prohibido. El reglamento interno preverá que la incoación de un procedimiento disciplinario sea precedido de un diálogo con el alumno”.

Objeto de la prohibición no son ya “comportamientos”, sobre los que la jurisprudencia anterior dejaba un margen de apreciación a los directores de los Centros caso por caso, sino el uso de signos y vestuario religioso *ostensible*. No parece acertada la elección de la palabra *ostensible*, porque el *Petit Robert* la define como “aquello que puede ser mostrado públicamente sin inconveniente.

La Ley no se aplica a los colegios y liceos privados, dado que su “carácter propio” permite a las convicciones religiosas expresarse más libremente. Tampoco se aplica a las Universidades (públicas o privadas). En cuanto a su ámbito territorial, no se aplica en los tres departamentos de Alsacia/Mosela, ni en la Guayana, ni en la enseñanza primaria de Nueva Caledonia (que tiene un régimen de soberanía compartida con Francia), ni en *Wallis-et-Futuna*, donde la instrucción pública es objeto de una concesión del Estado a una misión católica, la de los padres de Santa María (que son remunerados por el Estado), ni en la Polinesia francesa.

El 18 de mayo de 2.004 el Ministerio de Educación nacional, enseñanza superior e investigación dictó la Circular de 18 de mayo de 2.004 para concretar la Ley n. 2004-228 en análisis. Esta Circular concreta como signos religiosos ostensibles “el velo islámico, cualquiera que sea el nombre que se le dé, la kippá judía y las cruces de dimensiones manifiestamente excesivas”. Pero el concepto puede aplicarse también a signos de otras religiones u otros signos de las religiones mencionadas. En ningún caso los alumnos pueden negarse a seguir las reglas escolares sobre vestuario por motivos religiosos. La Ley se aplica a todas las actividades que sean responsabilidad de los centros públicos, aunque se realicen fuera de sus instalaciones, como, por ejemplo, excursiones escolares, clases de educación física, etc. Dado su estricto deber de neutralidad, la Circular prohíbe a todos los agentes del servicio público de educación (por tanto, no sólo a los profesores) llevar cualquier tipo de signo religioso, ya sea ostensible ya discreto. Tales agentes deben abstenerse de todo comportamiento que pueda ser interpretado como un signo de adhesión o de crítica a una creencia particular. La Ley no se aplica, sin embargo, a los padres ni a los candidatos a entrar en el instituto. Los alumnos no pueden oponerse a una enseñanza (porque la imparta una mujer,

por ejemplo), y ningún argumento está excluido a priori de la discusión científica y pedagógica. Tampoco pueden oponerse a la obligación de hacer un examen, ni a su modalidad. Se les puede conceder permisos de ausencia con motivo de sus grandes fiestas religiosas que no coincidan con un día de vacaciones (y no se les podrá examinar ese día).

En cuanto al procedimiento de diálogo que prevé la Ley, la Circular concreta que no se trata de una negociación que sirva para una derogación singular de la Ley, sino que su objetivo es convencer a los alumnos y a sus padres de la importancia del respeto al principio de laicidad, que no supone una renuncia a sus convicciones. Debe conducir el diálogo el director del Centro, apoyado por los profesores que conozcan al alumno en cuestión. Durante el diálogo, el director debe vigilar las condiciones de inserción del alumno en la actividad escolar. El diálogo debe ser una ocasión para una reflexión común (con el alumno y su familia) sobre las consecuencias de su comportamiento y para ayudar al alumno a construir su proyecto personal. Los agentes escolares no deben opinar sobre las convicciones y prácticas religiosas de sus alumnos. Si el diálogo no tiene éxito, y el consejo de disciplina asumiera una decisión de expulsión, la autoridad académica examinará con el alumno y sus padres las condiciones bajo las cuales podrá proseguir su carrera escolar. La Circular invita a los Centros a incluir en sus reglamentos internos la nueva regla y la concreción del procedimiento de diálogo ó sanción.

Esta Ley plantea, sin embargo, no pocos problemas, por ejemplo, de compatibilidad con la libertad de manifestar públicamente las propias convicciones. La justificación del límite al ejercicio de la libertad religiosa que introduce la Ley precisamente en el aseguramiento de la libertad de las muchachas musulmanas (que en muchos casos se ven forzadas a llevar el pañuelo) no sirve, sino todo lo contrario, en relación con las chicas que libre y voluntariamente sí desean llevarlo. Además, los casos de presión para llevar un signo o una indumentaria religiosa descritos sólo se refieren al *hijab* musulmán, mientras que la Ley se refiere a todo signo religioso, sin distinciones. En estos casos (símbolos religiosos no musulmanes) la limitación legal está aún menos justificada.

Presenta también una notable ambigüedad la interpretación de la palabra central de la nueva regulación: "ostensibles". Se permiten los signos religiosos discretos, pero no los ostensibles (remitiéndose la valoración discrecional de cuándo estamos en presencia de unos u otros a las direcciones de los propios Centros). El Consejo de Estado exigía con sensato criterio, antes de la Ley, que los signos fueran proselitistas o provocadores. Ahora no es necesario. Sin embargo, un signo discreto quizás pueda manifestar la pertenencia a una determinada religión igual que uno ostensible. Parece claro que el legislador perseguía únicamente prohibir el pañuelo islámico y en todos los demás casos la regulación no se ajusta demasiado bien a la finalidad que pretende.

En efecto, también a la luz de la igualdad la Ley suscita algunas perplejidades. Las alumnas que llevan voluntariamente el pañuelo islámico no se encuen-

tran en la misma situación que las que lo llevan obligadas, por lo que la regulación jurídica es *over-inclusive*. Pero el punto crítico aquí es la discriminación por motivos religiosos, sobre todo en contra del Islam. Cualquier ideología (no religiosa) sí puede manifestarse. Asoma de nuevo la concepción anti-religiosa del principio de laicidad. La neutralidad ideológica del espacio público parece referirse sólo a las religiones, no a las ideologías. La laicidad francesa diseña un mapa de respetabilidad de las convicciones: las ideológicas lo son más que las religiosas. La limitación legal se refiere sólo a la libertad de los alumnos creyentes, no a la de todos. La Ley discrimina también en el acceso a la escuela pública porque los alumnos que no se pliegan a ella no podrán matricularse. El efecto de esta ley puede ser socialmente divisivo: los alumnos que accedan a la escuela pública se reafirmarán en la laicidad, mientras que los creyentes se refugiarán en las escuelas confesionales. La escuela pública ya no será la escuela de todos. Particularmente, en relación con los niños musulmanes, el riesgo de profundizar y ampliar los guetos, también escolares, se agudiza. Todo ello impacta negativamente sobre el propio principio de laicidad porque el Estado interfiere, no a favor, sino en contra de las religiones frente a cualquier otro planteamiento ideológico y, sobre todo, en contra de la religión islámica. El Estado francés pretende ser neutro, pero no es neutral.

Francia tiene el primado histórico de la laicidad (desde la Ley de 1.905), pero su concepción es absolutamente peculiar, sólo tiene sentido allí. Su relación con el ideal republicano es única. Se trata de una auténtica religión civil. No es de modo alguno exportable. En cualquier caso, la total neutralidad estatal no se ha conseguido ni siquiera en Francia. Aunque deslumbrante a la mirada de un extraño, el modelo de laicidad a la francesa se funda en presupuestos discutibles, como la superioridad del Estado sobre la sociedad. Manifiesta desconfianza hacia los grupos religiosos como potenciales portadores de valores contra-republicanos. La laicidad pone a la dimensión colectiva y pública de la libertad religiosa bajo sospecha (sólo considera dos polos de relación, el individuo y el Estado). Tiene un aliento nacionalista y no liberal (no sorprende que haya sido más defendida por la derecha nacionalista neogaullista que por el planteamiento de izquierdas tradicional, más proclive por lo general a reconocer la diversidad social y el pluralismo político). El intento de evitar que las confesiones tengan una dimensión social y no política sólo tiene sentido en un modelo de democracia de individuos y no de grupos. Significativamente, la Ley de 1.905 garantiza en su art. 1 el libre ejercicio de los “cultos” y omite el empleo de otras palabras que expresaran más incisivamente la dimensión pública y colectiva de la fe, como “confesiones”, “religiones” u otras. La laicidad es una ideología de Estado (por cierto, ¿existe una sola manera de entender los “valores de la República”, la libertad, la igualdad, la fraternidad, la indivisibilidad, la neutralidad laica?, y, en caso afirmativo, ¿quién la establece con autoridad?). La ideología subyacente en la tesis de la neutralidad ideológica del Estado no es ideológicamente neutral.

Resulta más difícil aún importar a nuestro ordenamiento la solución legal francesa de la prohibición del *hijab*, porque el problema no es sólo religioso, sino que tiene una causa más profunda y muchas otras manifestaciones: la integración social, económica, cultural, política, etc. de los numerosos inmigrantes de origen musulmán en Francia. La regulación francesa es incomprensible aquí porque nosotros no tenemos ese problema (en parte porque no hemos tenido el pasado colonial francés en el mundo musulmán: el fantasma del colonialismo se vuelve de nuevo contra una antigua metrópoli). La prohibición del pañuelo es una solución jacobina, sencilla, general, superficial: es cirugía, no medicina, es un corte limpio del problema, como una guillotina, pero, además de tosca, se trata de una regulación, que presenta bastantes objeciones en relación con los derechos fundamentales (libertad, igualdad e incluso laicidad estatal) y con su eficacia para solucionar los graves problemas de multiculturalidad planteados más allá de los Pirineos. La Ley aparenta ser general (todo signo religioso ostensible), pero es bien singular: se refiere al *hijab* (así se ve claramente en el Informe Stasi: se trata de proteger a las chicas musulmanas de las presiones que reciben para que lo lleven) El legislador francés, aunque aprobara la Ley con una amplia mayoría (en la Asamblea Nacional, 494 votos a favor y 36 en contra sobre un total de 561; en el Senado, 277 votos a favor y 20 en contra sobre un total de 317), tenía dudas sobre el posible efecto negativo de la nueva regulación (como se demuestra en el debate parlamentario) y por eso añadió una disposición, el art. 4, que dispone que las disposiciones de la Ley serían objeto de una evaluación al año de su entrada en vigor.

En definitiva, el principio de laicidad a la francesa, en contra de la opinión de sus numerosos admiradores, podría no ser el futuro modelo hacia el que debieran tender las regulaciones estatales sino, por el contrario, podría ser una suerte de fósil histórico, podría expeler el aroma de la Ley de 1.905 que el año pasado cumplió cien años y que sigue siendo, pese a todo, la clave de bóveda del tan sugerente como discutible sistema francés. Más allá de toda la retórica asociada a la palabra, tal vez la cuestión se reduzca, en apretada síntesis, a que en 1.905 el legislador francés intentara defender el espacio público frente a la Iglesia católica y en 2.004 quiso hacerlo de nuevo, pero esta vez frente a la religión islámica. Tal vez la laicidad *made-in-Francia*, la laicidad a la defensiva o rompe-olas, sea un producto histórico/ideológico de imposible y no deseable importación para otros ordenamientos jurídicos. Tal vez siga siendo una rara y fascinante excepción.

LIMITES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Adriana Krieger de Mello*

1 INTRODUÇÃO

1. As Constituições, em que pese concebidas com o ideal de perenidade, podem demandar a alteração de suas disposições, de modo a mantê-las sempre conectadas com a realidade e capazes de regular com atualidade e legitimamente o ordenamento jurídico de dada sociedade. Na linha do ensinamento de Konrad Hesse¹:

Se não quiser permanecer 'eternamente estéril', a Constituição – entendida aqui como 'Constituição Jurídica' – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart).

Com efeito, gozam as Constituições rígidas de imutabilidade relativa, porquanto, a bem de garantir sua eficácia deverão estar aptas a acompanhar o progresso e a mudança da conjuntura sócio-política em que inseridas. Em tal contexto, a Reforma Constitucional é o instrumento adequado à alteração formal da Constituição.

2. A fim de bem delimitar o objeto do presente estudo, merece destaque, dada sua completitude, a classificação de Jorge Miranda² acerca das “Modificações Constitucionais em Geral”. Deve-se anotar que o doutrinador português desenvolve com profundidade no II Tomo de seu “Manual” a temática concernente às “Vicissitudes Constitucionais”, sustentando entendimento acerca das limitações implícitas ao Poder Constituinte Instituído em face do qual, humildemente, no presente trabalho se buscará contrapor.

Passa-se, então, ao desenvolvimento sintético da esquematização acima citada.

Jorge Miranda conceitua quaisquer fenômenos que se projetem sobre a subsistência e a integridade da constituição como “Vicissitudes Constitucionais”. Tais vicissitudes são por ele organizadas com a adoção de cinco critérios, a saber:

* Procuradora do Estado do RS

¹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Sérgio Antônio Fábris Editor, Porto Alegre, 1991.

² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora, Limitada, v.2, 2ª Ed., Coimbra, 1988.

i) quanto ao modo; ii) quanto ao objeto; iii) quanto ao alcance; iv) quanto às conseqüências sobre a ordem constitucional e v) quanto à duração dos efeitos.

3. No que tange ao modo como se desencadeiam as vicissitudes constitucionais, podem elas se dar de forma expressa ou tácita. As vicissitudes expressas são as mais corriqueiras e se originam de um processo formal de alteração da Constituição; as tácitas, a seu turno, decorrem de modificações externas e indiretas da norma constitucional, tal como se verifica nos “costumes constitucionais”, na “revisão indireta” e na “interpretação jurídica” evolutiva.

4. Quanto ao objeto as vicissitudes podem ser totais ou parciais. As primeiras atingem a Constituição como um todo; as segundas, apenas parte. Há que se destacar a relevância de tal critério de classificação, porquanto a partir dele definir-se-á um dos limites implícitos ao Poder Constituinte Instituído de reformar a Constituição, qual seja, a extensão da reforma. A revisão constitucional genuína jamais poderá ser total, por implicar a assunção de uma nova Constituição.

Veja-se que a revisão total se sucede tanto quando são atingidas todas as normas constitucionais, como na hipótese de vir a ser alterado o núcleo de princípios fundamentais que identifica a idéia de direito da Constituição vigente. Deste modo, verifica-se ser possível através de uma aparente reforma constitucional parcial promover-se a alteração da “essência” da Constituição, de modo a se transitar para uma nova Constituição.³ Por óbvio, tal procedimento esbarra nos limites que incidem sobre a atuação do Constituinte Revisor, haja vista não ser ele titular do direito de ab-rogar a Constituição, designando-se tal hipótese de “fraude à Constituição”. Em tal contexto, preleciona Paulo Bonavides⁴:

Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces a todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional.

Trata-se em verdade de reformas totais, feitas por meio de reformas parciais. Urge precatar-se contra essa espécie de revisões que, sendo formalmente parciais, examinadas, todavia, pelo critério material, ab-rogam a Constituição, de modo que se fazem equivalentes a uma reforma total, pela mudança de conteúdo, princípio, espírito e fundamento da lei constitucional.

A Constituição Jurídica é a resultante do embate das forças políticas verificado em determinado momento histórico e que consolida e legitima a “idéia de direito” vitoriosa. Entretanto, por não ser a Constituição uma mera “folha de papel”, contendo, destarte, não só o “ser”, mas também normas de dimensão

³ Expressão traduzida do artigo *Sui Limiti della “revisione costituzionale”* de BISCARETTI DI RUFFIA, conforme nota de página de Jorge Miranda, *Manuall*, página 69.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

prospectiva, de caráter compromissório (o “dever ser”), é comum verificar-se, ao longo de sua vigência, a tentativa das elites (de início concessivas) de promover alterações paulatinas no direitos originariamente reconhecidos ao povo. A fim de cumprir sorrateiramente (sem a percepção das massas) tal desiderato, o poder constituinte derivado, impulsionado pelos Fatores Reais de Poder, promove diminutas reformas constitucionais que, em seu somatório, transfiguram por completo o núcleo fundamental de princípios estabelecido pelo poder constituinte originário. A isto se atribui a denominação “Fraude à Constituição”.

5. Retomando a taxionomia apresentada por Jorge Miranda, quanto ao alcance das vicissitudes, podem ser elas de amplitude geral e abstrata ou concreta e excepcional, de forma que as primeiras atingem a todas as situações indistintamente e, as segundas, se dirigem a destinatários específicos.

6. Respeitante às conseqüências sobre a ordem constitucional, as vicissitudes poderão implicar uma forma de “evolução constitucional” ou equivaler a um corte, a uma solução de continuidade, sendo então denominadas de “ruptura”.

Na evolução constitucional tem-se a alteração da Constituição Material, com a manutenção da Constituição Instrumental, ou seja, trata-se de hipótese de “transição constitucional”, pois há observância das formas constitucionais ao desencadeamento da revisão dos princípios fundamentais da Constituição. Em verdade, como acima já se assinalou, não se trata de típica revisão constitucional, porquanto há alteração da constituição material, mantendo-se íntegra, tão-só, a constituição instrumental. No Brasil, a Constituição da República de 1934 regravava a revisão de seus alicerces – estrutura política do Estado e a organização e competência dos poderes da soberania – no artigo 178. Esta seria uma hipótese de “transição constitucional”, acaso efetivada concretamente.

Jorge Miranda também classifica como situação de “transição constitucional” as vicissitudes constitucionais derivadas da adoção da “dupla revisão”. Aqui cabem alguns esclarecimentos prévios a fim de bem caracterizar em que situação, conforme o entendimento do renomado jurista, estaria autorizada a “dupla revisão”.

Começa-se pela distinção existente entre os limites materiais da revisão constitucional e os limites materiais do poder constituinte originário material e formal.

O poder constituinte material (originário) está limitado, conforme assevera o autor português, por limites transcendentais, estritamente vinculados a um sentido de “justiça”, isto é, a valores éticos superiores ao Estado.

O poder constituinte formal, a seu turno, não pode dispor contra limites imanentes, devendo fundamentar o seu trabalho de elaboração da Constituição Jurídica nos princípios do regime já escolhidos pelo poder constituinte material. No exercício de tais poderes, o poder constituinte formal estabelece preceitos definidores de limites materiais dirigidos ao Poder Constituinte Revisor. Aqui, então jaz a diferença entre os limites materiais do Poder Constituinte Originário e os do Poder Constituinte Revisor.

Assere Jorge Miranda que as normas constitucionais que estabelecem limites materiais à revisão constitucional são como quaisquer outras, aptas, a serem igualmente modificadas. Nesse passo, faz o autor esclarecedora afirmação: o que bloqueia a atividade revisora do poder constituinte instituído não são as limitações materiais formalmente insertas no texto constitucional, mas os limites dos quais elas dimanam, mais especificamente, os limites próprios ou de primeiro grau.

Aqui cabe o segundo esclarecimento, a fim de estabelecer com clareza o âmbito de aplicação da dupla revisão. As cláusulas que estabelecem limites materiais à revisão podem veicular i) princípios fundamentais da Constituição, a idéia de direito consagrada – o arcabouço constitucional e ii) princípios outros que o legislador alçou a nível de limite material, sem contudo serem passíveis de identificação com a “essência” da Constituição. Os primeiros são efetivos limites à revisão constitucional e, sequer, precisariam estar expressos, funcionando a regra constitucional como uma mera “declaração”; os segundos, por não derivarem naturalmente do espírito da Constituição, não só são declarados, mas constituídos como efetivos limites materiais pelo legislador constitucional.

A dupla revisão só afasta os limites materiais da segunda espécie, ou seja, as cláusulas restritivas impróprias ou de segundo grau (em adotando-se a terminologia de Jorge Miranda), autorizando uma primeira revisão para afastar o limite material e, ato contínuo, procedendo a uma segunda revisão, ocasião em que é substituída a norma constitucional de fundo até então garantida.

Ainda, são espécies de vicissitudes constitucionais, caracterizadoras de “rupturas”, a revolução e a ruptura não revolucionária. A ruptura não-revolucionária se assenta no entendimento de que o povo, por ser o titular do poder constituinte soberano, é quem confere validade e legitimidade à Constituição Jurídica. Assim, não é possível a imposição de limites a este poder, sempre que ele entender como necessária a mudança da “idéia de direito” vigente. Quanto a outra espécie de ruptura constitucional assevera Jorge Miranda que nada é mais gerador de direito do que uma revolução, não sendo ela antijurídica, mas, tão-só, anticonstitucional em relação à Constituição que busca profligar.

7. Por último, quanto à duração dos efeitos, as vicissitudes podem ser compreendidas como de efeitos temporários (hipóteses de “Suspensão” parcial da Constituição) ou de efeitos definitivos.

2 DELIMITAÇÃO DO TEMA: A REFORMA CONSTITUCIONAL

O presente estudo se centra na análise do instituto da Reforma Constitucional, assim entendido como método de mudança formal da Constituição, hábil à promoção de sua auto-regeneração e autoconservação, em face do influxo de novas forças e necessidades sócio-políticas.

Por se desenvolver a reforma constitucional dentro da ordem jurídica vigente, submete-se a limitações explicitadas no próprio texto constitucio-

nal, assim como a restrições implícitas (ou tácitas) que decorrem do “espírito” e dos princípios da Constituição.

2.1 As Limitações Expressas ao Poder de Reforma

O Poder Constituinte Constituído ou Derivado, por ser um Poder Jurídico, tem sua atuação limitada pelas normas e princípios insertos na Constituição pelo Poder Constituinte Originário, delas não podendo se afastar.

No que tange às limitações explícitas, não há dificuldades em precisá-las, porquanto restam evidentes a partir da letra expressa da Constituição. São elas as limitações temporais, circunstanciais, materiais e formais.

Limitações Temporais:

Verificam-se quando há norma constitucional expressa que estipula certo prazo mínimo a ser observado pelo Poder Constituinte Constituído para que proceda à reforma da constituição. Nesse período, o poder de reforma fica como que paralisado, implicando intangibilidade temporária da Constituição.

A Constituição Brasileira de 1824, artigo 174, continha limitação de ordem temporal, proibindo a sua reforma antes de transcorridos 4 anos da data em que “jurada”. Nossa atual Constituição da República não possui limitação temporal expressa à reforma constitucional (aqui diferenciando-se da Revisão procedida nos termos do artigo 3º do ADCT).

Limitações Circunstanciais:

São aquelas limitações que visam a impedir a modificação da Constituição em se verificando a ocorrência de situações excepcionais, capazes de influir na livre manifestação do Poder Constituinte Revisor, são elas: o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal – artigo 60, § 1º da CRFB.

Veja-se que em tais hipóteses há “um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer reforma constitucional”, na lição de Paulo Bonavides⁵.

Limitações Materiais:

Sempre que a Constituição estabelecer que determinado conteúdo não pode ser objeto de modificação, estar-se-á em face de uma limitação material.

Tais restrições passaram a constar de forma expressa a partir da Constituição Brasileira de 1891.

Na atual Constituição da República, as limitações materiais encontram-se placitadas no artigo 60, § 4º e são elas: i) a Federação; ii) voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes e iv) os direitos e garantias individuais.

⁵ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p.176.

Questão que se impõe e que já foi destacada no tópico anterior é a de se saber se a própria cláusula que estabelece as matérias vedadas ao poder de reforma do Poder Constituinte Derivado pode vir a ser abolida.

Acerca da cláusula que estabelece limites materiais explícitos, sustenta Jorge Miranda em seu “Manual”⁶ que, in verbis:

A ratio legis de uma cláusula de limites é a mesma que preside à rigidez constitucional: a garantia através da dificultação do processo, a limitação do poder. Para não ser posta em causa, ela exige uma segunda revisão – ou seja, uma manifestação reiterada da vontade de revisão, uma segunda maioria em sentido idêntico ao da primeira, em momento ulterior. Exige isto, mas não exige mais do que isto.

Deste modo, para o jurista português em referência, não haveria limites absolutos à atuação do Poder Constituinte Derivado, mas, exclusivamente, uma limitação relativa, representada por um processo legislativo de aprovação mais dificultoso – qual seja, a dupla revisão /, o qual, quando observado, autorizaria a modificação das cláusulas de limites materiais.

J.J. Gomes Canotilho⁷, por sua vez, perfilha entendimento contrário, afirmando que:

A tese do duplo processo de revisão, conducente à relatividade dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como *normas superconstitucionais*. Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte e a sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria *garantia* da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um ato constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional. Neste caso, sim, as disposições do art. 286º e ss serão simples proibições ineficazes em face de alterações constitucionais directamente dirigidas à ruptura constitucional. Por outro lado, a supressão dos limites de *revisão através da revisão* pode ser um sério indicio de fraude à Constituição (fraude à la Constitution, Verfassungsbeseitigung) de que falaremos a seguir.

Em que pese a linha argumentativa apresentada por Jorge Miranda, entende-se que a teoria da “dupla revisão” não se coaduna com a lógica do Poder Constituinte. Ora, o Poder Constituinte Derivado é um poder menor, isto é, por ser jurídico, tem sua atuação delimitada pelas regras estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário, delas não podendo desbordar, sob pena de estar usurpando competência que não possui.

⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora, Limitada, v.2, 2ª Ed., Coimbra, 1988

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1997.

A fim de bem analisar tal problemática da dupla revisão, há que se perquirir sobre a essência do Poder Constituinte Originário, cuja teorização buscou, no século XVIII, institucionalizar a vontade soberana dos governados, dos cidadãos, os quais passaram de meros objetos do poder para sujeitos desse mesmo poder.

O Poder Constituinte não existe somente como fato, mas como um fato agregado a valores (Bonavides, 1997), os quais fundamentarão a organização do Estado, dos Poderes Constituídos e a “idéia de direito” almejada. É evidente que muitos governantes poderão titular o Poder Constituinte, no sentido de terem a competência para ditar as regras básicas de comportamento e de organização institucional a que submetidos o povo. Todavia, a força de comando do titular do poder não implica legitimidade. A legitimidade do poder constituinte é medida pelos canais de participação postos à disposição dos governados no processo de organização institucional do Estado.

Assim sendo, partindo-se da premissa de que a cláusula de limitação material ao poder de reforma é produto da vontade soberana do povo, titular legítimo do Poder Constituinte Originário, o seu afastamento via iniciativa do Poder Constituinte Derivado é, a toda evidência, usurpação de poder, um evidente golpe. Ora, a violação das cláusulas pétreas implica a modificação do núcleo essencial da Constituição Material estabelecido pelo Poder Constituinte Originário o que, em última análise, caracteriza-se como uma grave ruptura constitucional.

É esse o entendimento que se perfilha acerca do procedimento da “Dupla Revisão”.

Limitações Formais:

As limitações formais ou procedimentais concernem ao rito processual da reforma, abrangendo questões atinentes à sua iniciativa, à sua tramitação e à sua aprovação.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que tange à iniciativa é ela privativa e concorrente, estando declinados no artigo 60, incisos I, II e III os sujeitos que poderão apresentar à apreciação do Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição.

O quórum de votação, por seu turno, é regulado pelo artigo 60, § 2º, o qual exige que a proposta de emenda seja discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Por fim, a promulgação da Emenda é realizada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com seu respectivo número de ordem, sendo, após publicada no Diário Oficial, nos termos em que resta estatuído no artigo 60, § 3º.

2.2 As Limitações Implícitas ou Tácitas ao Poder de Reforma

1. Muito se controverte a doutrina acerca da existência de limites implícitos ao Poder Constituinte Reformador, preferindo alguns juristas⁸ sustentar a tão-só aplicação de limitações materiais expressas no texto constitucional. Há que se destacar, mais uma vez, a distinção existente entre os limites dirigidos ao Poder Constituinte Originário e ao Poder Constituinte Constituído.

É possível que o poder constituinte originário tenha alçado a fundamento constitucional certo valor não dotado de caráter de supra-estatalidade (não classificável, portanto, como um limite transcendente). Não será por tal motivo que os princípios dali deduzidos deixarão de se caracterizar como limites implícitos à atuação do poder constituinte revisor, se diretamente relacionados com o “espírito” das normas constitucionais em questão. Assim sendo, os limites à atuação do Poder Constituinte Derivado, por óbvio, são maiores que os do Poder Constituinte Originário (em que pese “ilimitado”, sofre as restrições atinentes aos limites transcendentais, conforme dantes assinalado): a ele se impõem os limites que dimanam desta ordem supra-estatal de valores, assim como os princípios fundamentais erigidos pelo Poder Constituinte Originário como caracterizadores da essência da Constituição.

Admitida a tese da existência de tais limites implícitos ou tácitos, a dificuldade que se apresenta é de precisá-los.

2. Tal matéria foi amplamente desenvolvida por Nelson de Sousa Sampaio⁹ em sua obra intitulada *O Poder de Reforma Constitucional*. Preleciona o autor que os precursores da Tese dos Limites Implícitos foram ilustres constitucionalistas norte-americanos, entre eles Joseph Story e T. M. Cooley, os quais sustentavam que as emendas constitucionais deveriam ser produzidas em conformidade com a Constituição e que a Federação não poderia ser afastada por tal via deliberativa, mas, tão-só, com o manejo de uma revolução.

Da mesma forma, desenvolvendo o entendimento de Carl Schmitt, na obra *Teoría de la Constitución*, Sousa Sampaio destaca que, para este doutrinador, a reforma constitucional estaria circunscrita à possibilidade de alteração das “leis constitucionais”, mas nunca da “Constituição” (que era definida por Carl Schmitt como sendo o conjunto de decisões políticas fundamentais de determinada unidade política).

Nelson de Sousa Sampaio apresenta ainda em sua obra quatro categorias de normas constitucionais que não podem ser objeto do Poder Constituinte Revisor.

⁸ Veja-se, a propósito, Paolo Biscaretti, in *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1965. O autor sustenta que é preferível rechaçar-se os argumentos favoráveis à existência de limites implícitos absolutos, porquanto há completa indefinição acerca de seu conteúdo e alcance. Dessarte, manifesta-se tal autor favoravelmente à tese acerca da possibilidade de reforma total da Constituição (e aqui, diga-se, Constituição Material), inclusive no que concerne à forma de Estado.

⁹ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: 1954.

A primeira delas seriam as normas constitucionais que dispõem acerca dos direitos fundamentais. Conforme já dantes se assinalou, trata-se de um limite transcendente (nominado pelo Autor aqui tratado como de caráter “supra-estatal”). Os comandos encapsulados no texto constitucional que contemplassem preceitos desta natureza até poderiam ser formalmente modificados, porém, seu conteúdo seria intangível.

Quanto à segunda categoria de normas constitucionais que ficariam fora da alçada de competência do Poder Constituinte Revisor são aquelas atinentes à titularidade do Poder Constituinte Originário. A toda evidência, trata-se de um limite implícito, porquanto o Poder Instituído não pode voltar-se contra o criador, destruindo a ordem em que se baseia sua própria competência. Caso se verificasse tal situação estar-se-ia em face de um processo de ruptura, o qual romperia com os limites de uma autêntica reforma constitucional. Ademais, a titularidade do Poder Constituinte Originário é do Povo e a soberania popular é inalienável, não podendo o Poder Reformador dispor de uma competência que lhe foi unicamente delegada.

Como terceira categoria de normas de defesa alteração via Reforma, situam-se aquelas referentes à titularidade do Poder Constituinte Reformador, sendo sua competência indelegável e irrenunciável.

Por fim, a quarta e última espécie de limite é aquele que se contém em normas que tratam do Processo Formal de Revisão Constitucional. Neste momento, é oportuno que se destaque que entende-se, a despeito do quanto desenvolvido pelo insigne jurista português, Jorge Miranda, que a rigidez é sim um limite implícito dirigido ao Poder Constituinte Reformador que o impede de tornar menos solene o processo de criação de uma Emenda Constitucional.

Neste diapasão, a partir desta última categoria de disposições, depreende-se que não é possível ao Poder Constituinte Derivado alterar o próprio sistema de revisão (iniciativa privativa e concorrente – artigo 60, incisos I, II e III da CRFB – 88; quórum de discussão e votação – artigo 60, § 2º; promulgação – artigo 60, § 3º). Ora, se o Poder Constituinte Originário estabeleceu o modo como poderia ser reformada a Constituição, não se pode admitir que o Poder Constituinte Derivado simplifique tais exigências, conduzindo, por assim dizer, a uma flexibilização da rigidez constitucional. Seguindo o ensinamento do Abade Sieyès¹⁰: “Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar qualquer coisa nas condições de sua delegação”.

3. Sousa Sampaio admite a alteração do próprio sistema de revisão constitucional em duas hipóteses: i) a fim de torná-lo mais dificultoso e ii) se houver autorização expressa no próprio texto constitucional, tal como se verificava no disposto no artigo 178, § 2º da Constituição Brasileira de 1934. Infelizmente, há

¹⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda., 1986.

que se registrar que em nosso país, no ano de 1977, com o advento da Emenda Constitucional nº 08, de 14 de abril, foi alterado o artigo 48 da Constituição então vigente, para que, ao invés da maioria de 2/3 em cada Casa do Congresso Nacional, bastasse a maioria absoluta para aprovação de emenda constitucional. Em que pese a polêmica surgida à época, tal “reforma” manteve-se íntegra até o advento de outra Emenda, a de número 22, de 29 de junho de 1982, a qual restabeleceu a exigência de maioria de 2/3.

Por óbvio, tal prática não mais se mostra aceitável, porquanto não mais vivemos em um regime de exceção, com restrição às liberdades democráticas, tal qual ocorrido no período do regime militar. Qualquer tentativa de modificação do Sistema de Revisão Constitucional traduz-se em flagrante menoscabo à soberania popular, única e genuína titular do Poder Constituinte Originário.

Demais disso, finalizando a exposição do pensamento do renomado constitucionalista, perfilha ele o entendimento de que a Forma de Estado não é limite implícito.

4. Paulo Bonavides (1997, p. 178) igualmente apresenta em sua obra uma catalogação das limitações tácitas: i) pertinentes à extensão da reforma; ii) quanto à possibilidade de modificação do processo mesmo de revisão e iii) concernente à impossibilidade de eventual substituição do poder constituinte derivado pelo originário.

Vê-se, assim, em uma leitura comparativa, que Bonavides diverge de Sousa Sampaio tão-só no aspecto taxionômico das categorias de limites implícitos, porquanto, em termos de conteúdo, perfilham o mesmo entendimento. Aspecto que merece realce da exposição do primeiro é a afirmação do Princípio Jurídico da Reforma Constitucional, ou seja, o povo é efetivamente o titular o Poder Constituinte Originário, sendo-lhe reconhecido o direito imprescritível de reformar os artigos da Constituição que se mostrarem dissonantes da sua realidade sócio-política, contudo, o processo de revisão é jurídico, devendo, deste modo, desenvolver-se nos termos do quanto regulado pela própria Constituição. É a afirmação da limitação implícita da “rigidez da Constituição”, a qual, igualmente, defendemos.

3 BREVES ANOTAÇÕES À PEC 157 – A

1. Tramita em nosso Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 157 – A¹¹ a qual “Convoca Assembléia de Revisão Constitucional e dá outras providências”.

2. Com supedâneo na fundamentação teórica acima apresentada, vislumbra-se que a Proposta padece do vício de inconstitucionalidade material, conforme se passa brevemente a demonstrar.

¹¹ Analisou-se a PEC 157 original e os substitutivos apresentados pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e pelo Relator Roberto Magalhães (www.camara.gov.br/sileg/integras/375055.htm, posição em 04.05.2006)

Por primeiro, a mudança do Processo de Reforma Constitucional esbarra na questão da competência do Poder Constituinte Derivado – limite implícito concernente ao próprio Processo de Revisão (2.2). Ora, ao Poder Constituinte Constituído foi outorgado pelo Poder Constituinte Originário duas vias legítimas de alteração da Constituição, a saber: a Revisão Constitucional, prevista no artigo 3º do ADCT – já exaurida – e a Emenda Constitucional.

A PEC nº 157 – A, nesse passo, confere maiores poderes ao Poder Constituinte Derivado – possibilidade de revisar a Constituição através de um procedimento simplificado – em evidente abuso das competências que lhes foram constitucionalmente atribuídas. Em síntese: os membros do Poder Constituinte Derivado estão atribuindo a si próprios poderes que não lhes foram legitimamente outorgados pelos titulares da soberania, o povo. Aqui, deve-se ressaltar o aspecto da rigidez da CRFB – 88. O Processo de Revisão Constitucional foi concebido pelo Poder Constituinte Originário com o objetivo de deixar incólume a Constituição das vicissitudes e da fragilidade de nosso sistema político e econômico.

Demais disso, observa-se que, em que pese constar de forma expressa da Proposta o respeito às cláusulas pétreas (disposição, diga-se, totalmente despicienda), no Substitutivo do Relator são declinadas matérias que serão objeto da malsinada revisão e que se relacionam diretamente com o núcleo de vedações materiais expressas ao Poder de Reforma, a saber: a organização dos poderes; a nacionalidade; os direitos políticos e a organização das competências das unidades da federação.

Enfim, a revisão que se pretende, longe de se constituir em uma mera “atualização” da Constituição, representa, isto sim, uma alteração profunda das diretrizes e limitações estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário.

Infelizmente, pouco tem sido divulgado acerca das “pretensões” Congressistas atinentes à aprovação da referida Proposta de Emenda, estando o cidadão à mercê de políticos que só se lembram de sua “base” a cada quatro anos. Não se pretende aqui apresentar uma solução para tal problemática, porque, após refletir o porquê de nosso País estar vivenciando esta crise constituinte, conclui-se que a resposta não está nos livros jurídicos. Penso que o que falta a nós brasileiros é consciência de cidadania e isto só se alcança com educação e organização política.

4 CONCLUSÃO

Em singela conclusão, perfilha-se o entendimento acerca da existência de limites implícitos ao Poder Constituinte Derivado. Tais limites repousam no arcabouço de princípios e valores dignificados como fundamentais pelo Poder Constituintes Originário, incumbindo ao aplicador da norma arguta análise sistemática do texto constitucional, de modo a, adequadamente, pautar sua atuação, seja como membro do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, dentro deste enquadramento normativo.

De todo o exposto, entende-se que são caracterizáveis como limites implícitos ao Poder Reformador:

i) as normas constitucionais concernentes à extensão da reforma: entende-se vedada a reforma total da Constituição, assim entendida (e aqui empregando-se a didática classificação de Jorge Miranda, acima exposta) aquela que modifica materialmente todo o texto constitucional, bem como a que transmuta a concepção de direito adotada pelo Poder Constituinte Originário através da modificação de dispositivos de proeminente importância à definição da essência da Constituição. A nosso aviso, a forma de Estado é um limite implícito, em que pese os entendimentos doutrinários em sentido diverso. Veja-se o caso de nossa atual Constituição, ainda que não constasse tal disposição entre as cláusulas pétreas, inúmeros são os dispositivos que regulam o Estado como uma Federação. Evidentemente, a alteração da forma de Estado – caso não se constituísse em limitação material expressa, conforme asseverado – implicaria a necessidade de reformulação de toda a estrutura da CRFB – 88, no que respeita à distribuição de competências, repartição de receitas tributárias e quejandas;

ii) normas constitucionais relativas ao processo de revisão: sustenta-se o entendimento de que a rigidez é um limite implícito ao Poder de Reforma. Tal assertiva tem uma razão lógica: conforme já dantes se declinou a Constituição não simboliza o puro ser, ostentando, igualmente um caráter compromissório, um dever ser, um conteúdo modernizador da sociedade (Carrion, 1997, p. 115), ainda que, predominantemente, funcione como instrumento de legitimação da ideologia de determinada classe ou segmento. Deve-se ter sempre presente que as reformas constantes do texto constitucional dão ensejo à instabilidade jurídica e, via de regra, estão associadas a casuísmos e a interesses das elites dominantes;

iii) normas constitucionais que dispõem acerca da legitimidade tanto do Poder Constituinte Originário, quanto do Poder Constituinte Derivado (artigo 1º, Parágrafo Único e artigo 14 da CRFB – 88): observe-se que os membros da Câmara representam o titular da Soberania, que é o povo, não podendo, assim, desbordar dos limites do mandato que lhes foi conferido. E, no que tange à titularidade do Poder Constituinte Originário, eventual alteração implicaria romper com o regime democrático com a conseqüente destruição da Constituição vigente.

Com base no quanto aqui sustentado, resta evidente que a PEC nº 157-A padece de vícios graves de inconstitucionalidade, ao violar as limitações implícitas ao Poder de Reforma, em especial, a atinente à Rigidez da Constituição Brasileira de 1988, pretendendo alterar o arcabouço normativo da Carta através de um processo célere, marcadamente menos formalista.

REFERÊNCIAS

- BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional. São Paulo: Manole, 1997.
- BISCARETTI, Paolo. Derecho Constitucional. Madrid: Editora Tecnos, S.A., 1965.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquin Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, Portugal, 1997.
- CARRION, Eduardo Kroeff Machado. Apontamentos de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fábris Editor, 1991.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, v.2, 2ª Ed., 1988.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Poder de Reforma Constitucional. Bahia: 1954.
- SIYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda., 1986.

REVISÃO GERAL ANUAL

Paulo Rogério Silva dos Santos*

1 – Introdução; 2 – Interpretação de Norma Constitucional; 3 – Disposição Constitucional; 4 – Alcance da Expressão “Revisão”; 5 – Beneficiários da Revisão Geral Anual; 5.1 – Agentes Públicos; 5.2 – Remuneração (Vencimento), Subsídio e Salário; 5.3 – Conclusão; 6 – Lei Específica; 7 – Periodicidade de concessão e isonomia de tratamento; 8 – Competência privativa para iniciativa legislativa; 8.1 - Posição do Tribunal de Contas do RS; 8.2 – Posição Doutrinária; 8.3 – Posição do Supremo Tribunal Federal – STF; 8.4 - Posição da Procuradoria-Geral do Estado – PGE; 8.5 – Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF nº. 3459 – RS; 9 – Sistematização de outros dispositivos constitucionais; 9.1 - Não pode haver diferenças vencimentais entre poderes; 9.2 – Irredutibilidade de subsídios e vencimentos; 9.3 – Política vencimental conjunta; 9.4 - Relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos; 9.5 – Publicidade anual dos valores do subsídio e da remuneração; 10 – Implicação com a Lei de Resp. Fiscal – LCF nº 101/2000; 11 – Conclusão; 12 – Bibliografia;

1 INTRODUÇÃO

A atualização da remuneração de servidores públicos é tema que costumadamente envolve não só os governantes, mas também, sempre interessa a opinião pública e, conseqüentemente, é fato noticioso.

A Revisão Geral Anual, instituto constitucional, insculpido no artigo 37, inciso X da Constituição Federal de 1988, é ingrediente novel e importante na relação entre a administração pública e seus servidores. O tema ainda não foi enfrentado devidamente tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, especialmente no tocante ao seu pleno alcance. É uma criação do constituinte originário, posteriormente alterado pelo legislador ordinário, que melhor o definiu.

Esse trabalho pretende examinar instrumento constitucional que sinaliza sobre a política pública de vencimentos, proventos e pensões de servidores públicos, abrangendo as três esferas da federação e os poderes constituídos.

* Procurador do Estado do RS, Ex-Agente Fiscal do Tesouro do Estado do RS, Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e Mestrando em Direito do Estado pela PUCRS, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, Ciências Contábeis e Administração de Empresas.

2 INTERPRETAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL

Há de muito tempo a preocupação pela adequado e suficiente regime hermenêutico de normas jurídicas. Peculiar interesse dos juristas foi endereçado as normas tidas como superiores, notadamente normas constitucionais de uma nação, pois se trata de instrumento de organização e valores fundamentais de uma sociedade.

Salvo o texto da Constituição Tchecoslováquia¹, de 1948, a doutrina não reconhece noutra a preocupação com o estabelecimento de regras de interpretação constitucional.

Porém, mesmo a doutrina mais clássica preocupou-se em estabelecer mecanismos de interpretação que melhor se adequasse a uma norma hierarquicamente superior. Nesse aspecto, às normas constitucionais, seja princípio, regras ou até postulados, foi conferida a necessária visão sistemática, em razão da necessária unidade e coerência do texto maior em oposição a interpretação tópica dominante.

Savigny² já reconhecia que a interpretação sistemática, com fundamento racional e lógico, seria o método adequado à interação das normas interiores à constituição, bem como, dessas com normas infraconstitucionais. De forma que qualquer interpretação fora desta visão – sistema – fica prejudicada em face da quebra do princípio da unidade sistemática.³

É comum a identificação de características do sistema constitucional seja com fundamento mais formalista ou de cunho finalístico e valorativo.

Quando a forma predomina estamos diante do denominado **sistema constitucional axiomático-dedutivo**, cujos expoentes foram Kant, Savigny e Paulo Laband. Esse sistema advém do movimento racionalista do Séc. XVIII, onde se busca o maior grau possível de objetividade e certeza da norma, como regra pura. Essa objetividade ocorre no positivismo forma da Escola de Viena, cujo ponto alto se vê na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. O grande argumento desse sistema é que assim se buscaria alcançar a verdade lógica, com fundamentos científicos afastando-se os subjetivismos ou inclinações valorativas.

A segurança jurídica era o mote, pois haveria a neutralidade necessária ao preconizado pela norma, com desconsideração finalística desta. O ápice dessa

¹ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 15ª Edição, Malheiros Editores, pág. 129. Texto daquela Constituição: a interpretação das diversas partes da Constituição deve inspirar-se no seu conjunto e nos princípios gerais sobre os quais se alicerça.

² Paulo Bonavides, Ob. Cit., pág. 131. Texto: Em 1840, Savigny, no System der heutigem Römischen Rechts lançou as bases clássicas da moderna hermenêutica jurídica ao distinguir os quatro elementos sucessivos de toda interpretação jurídica: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, sobre os quais procura apoiar-se ainda em nosso século grande parte das análises interpretativas, presas à inspiração clássica.

³ Paulo Bonavides, Ob. Cit., pág. 131. Texto: Faz-se assim suspeita ou falha toda análise interpretativa de normas constitucionais tomadas insuladamente, à margem do amplo contexto que deriva do sistema constitucional. De modo que nenhuma liberdade ou direito, nenhuma norma de organização ou construção do Estado, será idônea, fora dos cânones da interpretação sistemática, única apta a iluminar a regra constitucional em todas as suas possíveis dimensões de sentido para exprimir-lhe corretamente o alcance e grau de eficácia.

concepção ocorreu no surgimento do Estado Liberal, quando se buscava a limitação do poder estatal. Bem ilustra Paulo Bonavides, quando manifesta sua obra⁴ com a seguinte afirmação: *O positivismo formal concebe a Constituição normativa como sistema unitário, completo, absoluto, sem contradições ou incongruências, em que o intérprete na aplicação do Direito procede por via silogística, em bases racionais e lógicas, mediante uma subsunção que afasta de toda aquela necessidade de uma busca de premissas materiais ou de conteúdo, derivadas da Constituição mesma, bem como dispensa toda a apreciação dos fins e valores, sendo a sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação.*

Segundo os juristas contrários a esse sistema, as lacunas do ordenamento jurídico seriam os maiores problemas a sua implementação. Os propositores do sistema defendem o ordenamento não teria lacunosidade e que os problemas sem solução lógica seriam afastados e vistos como pseudoproblemas. Sobre isso sofre intensas críticas, em razão de que ocorreria o afastamento da realidade, pois mais que o ordenamento seja abstrato, evidentemente sobrarão lacunas que objetivismo não alcançará.

Superado esse sistema, pois em verdade revelado ilógico, portanto assistemático, nova criação teórica surge: **sistema constitucional axiológico-teleológico.**

Essa nova corrente tem origem no Direito Alemão e aprimora-se com a chamada Escola Livre do Direito. Caracteriza-se por método de várias dimensões, perquerindo-se quanto aos valores, aos fins, às motivações históricas, aos interesses, ou seja, por todo e qualquer conteúdo que possa estar incorporado à norma. Essa concepção valoriza justamente o que era abominado pelo positivismo formalista.

Os que defendem essa corrente, baseados na teoria material da constituição, fundamentam as vantagens exatamente na multiplicidade de perspectivas, pois o que se busca é interpretar o conteúdo da norma já que esta seria secundária. Portanto, o que se perderia no rigor lógico, se ganharia na análise estimativa do objeto, com a amplitude que proporciona um sistema constitucional de fundamentos valorativos e finalísticos.

A acusação que paira sobre esse modelo axiológico-teleológico refere-se ao afrouxamento da festejada normatividade necessária. Justamente é o que mais se critica no sistema anterior, como já se viu.

Outro aspecto que influencia sobremodo um sistema de interpretação constitucional é a sua evolução temporal. Essa visão evolutiva do sistema tem de ser dominada pelo intérprete, pois assim se justifica a transformação do próprio sistema constitucional, além das variações de sentido do texto normativo, com a realidade que o sustenta. Desconsiderar essa perspectiva é dissociar a norma da realidade.

⁴ Ob. Cit., pág. 135

Nessa visão dinâmica e valorativa, que dá vida ao sistema jurídico, notadamente o constitucional, se assenta o presente trabalho.

Com maior acuramento científico nos moldes contemporâneo, é mister a fixação de premissas para a construção de um seguimento de preceitos – ao menos os principais –, para uma interpretação constitucional.

O Professor Dr. Juarez Freitas⁵ em artigo publicado⁶ sobre a fixação dos principais preceitos à exegese constitucional estabelece algumas premissas para o seu receituário acerca do tema no sistema brasileiro. Nesse sentido, convencionou o seguinte: estabelece que todo órgão jurisdicional seja juiz constitucional – concentrado ou difuso –; que há conciliação do pensamento sistemático e da metodologia tópica, sendo a interpretação jurídica um processo tópico-sistemático⁷ – entendendo-se que a posição tópica como procedimento oposto ao método axiomático, pois este opera através de deduções lógicas, a partir de proposições fundamentais indiscutíveis, enquanto que a tópica parte de um caso específico rumo às noções que permitem chegar a uma solução –; os princípios adquirem importância e superioridade em relação às normas estritas ou regras⁸; a sistematicidade do ordenamento jurídico em decorrência da atuação de seus princípios fundantes e fundados^{9 10}; e, que, a interpretação jurídica afigura-se como processo singular, onde as lacunas são tratadas como antinomias especiais e o princípio da hierarquização axiológica adquire função determinante¹¹.

Com as premissas assim fixadas, passa-se a examinar os preceitos de exegese constitucional aplicáveis ao tema abordado neste trabalho, seguindo-se o preconizado pelo Ilustre Articulista referido.

Inicialmente, cabe reforçar a crítica à concepção antiga, antes já abordada, de que a constituição seria um conjunto normativo do qual se extrairia soluções de modo exclusivamente dedutivo, operando-se apenas com modelos de subsunção lógico-formal. Para o melhor caminho ao interpretar constitucional, recomenda o Professor Juarez a adequada eleição de premissas, sem rupturas rígidas, conforme preconiza Hans-Georg Gadamer¹².

⁵ Doutor, Professor e Coordenador do Mestrado em Direito da PUC/RS, de Direito Administrativo da UFRGS e da Escola Superior da Magistratura - AJURIS, Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, Conselheiro Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público.

⁶ Juarez Freitas, O intérprete e o poder de dar vida à constituição: Preceitos de exegese constitucional, Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, abril/junho 2000.

⁷ Idem, A Interpretação Sistemática do Direito, 4ª edição, revista e ampliada, 2004.

⁸ Idem, Ob. Cit. Pág 17, Apud Norberto Bobbio, Contributi ad un dizionario giuridico, Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 279. Texto: La crescente importanza che si viene riconoscendo ai principi generali nella legislazione e nella giurisprudenza deriva dal riconoscimento della loro funzione insieme propellente e delimitante al vértice di un sistema: La quale non exclude peraltro la funzione unificante in campo più strettamente dottrinale."

⁹ Idem, Ob. Cit. Pág 17, Apud Emilio Betti, Teoria generale della interpretazione, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, pp. 851-852), Texto: In conclusione, i principi generali di diritto sono da concepire non già como il risultato, ricavato a posteriori, di un arido procedimento di successive astrazioni e generalizzazioni, ma come somme valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genética rispetto alle singole norme.

¹⁰ Idem, Ob. Cit. Pág 18, Apud Rui Barbosa, Obras Completas, V. 18, t. 1, 1891, p. 129. Texto: A evidência das regras diretrizes, a luz do alto, que desce dos princípios, ilumina os casos particulares, ditando, a cada ocorrência imprevista, a cada combinação de fatos, a solução definida pelas necessidades da harmonia geral.

¹¹ Idem, A Interpretação Sistemática do Direito, 4ª edição, revista e ampliada, 2004.

¹² In Wahrheit und methode, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1965, p. 312): Texto: A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra, por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem jurídica supõe-se o fato de que a sentença do juiz não seja de arbitrariedades impreviáveis, mas de uma ponderação justa do todo.

Assim, é eleita a hierarquização como valor supremo de interpretação jurídica. Parte-se da seguinte classificação: princípios, regras e valores constitucionais, onde os primeiros adquirem posição superior no sistema jurídico. Isso significa que para interpretar uma regra constitucional há que se submetê-la ao complexo de valores de todo o sistema constitucional, realizando de modo tópico-sistemático, a ponderação daqueles, objetivando a maximização da justiça.

Num segundo momento há que se guardar uma perspectiva proporcional na aplicação no texto constitucional à luz dos princípios, regras e valores. Proporção aqui esposada se dá no sentido de que, ao ponderar-se, devem-se preservar o máximo de direitos sacrificando-se minimamente outros. Essa proposição deve ser levada ao cabo, pois em nenhuma circunstância um direito constitucional deve suprimir por inteiro outro de idêntica natureza. Havendo a necessidade de ponderação, é fundamental preservar ao máximo aquele que foi mitigado. Portanto, a proporcionalidade não deve pautar por eleição absoluta de princípios, nesse sentido o Professor Juarez Freitas cita Heinrich Scholler¹³.

Também, como diretriz interpretativa a norma constitucional, é recomendada a adoção do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que seja única e de acesso universal, assim todos os atos são sindicáveis pelo Poder Judiciário, tanto em processos subjetivos como, de forma concentrada, em processos objetivos.

Outra orientação a ser observada pelo hermeneuta constitucional é que se deve buscar a máxima efetividade nas normas contidas no Texto. Nesse sentido, havendo dúvida sobre ser alguma norma de eficácia plena, contida ou limitada, deve se sempre buscar a interpretação de forma a buscar o máximo de concretização. Entendimentos simétricos citados foram esposados por Jorge Miranda¹⁴ e por Konrad Hesse¹⁵.

Seguindo, o Ilustre doutrinador recomenda que o interprete constitucional deve *buscar uma fundamentação racional, objetiva e vitalizante para as suas decisões em diálogo com o sistema, sem adotar jamais soluções “contra legem”*. Complementa, dizendo que o interprete deve *lutar, com denodo, contra todo o subjetivismo redutor da juridicidade do sistema constitucional em grave prejuízo para o Estado de Direito*, pois uma das mais altas funções do ordenamento se fundamenta no combate à postura arbitrária e irracional.

¹³ In O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha, Interesse Público, n. 2, p. 97. Texto: Uma supervalorização do princípio da proporcionalidade, por sua vez, encontra limites no princípio da isonomia, de tal sorte que ambos (princípio da proporcionalidade e da igualdade de tratamento) devem ser aplicados de forma simultânea e harmônica. A jurisprudência acabou por desenvolver o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis: a lei, para corresponder ao princípio da reserva da lei proporcional, deverá ser simultaneamente adequada (geeignet), necessária (notwendig) e razoável (angemessen).

¹⁴ In Direitos fundamentais e interpretação constitucional. RTRF – 4ª Região, ano 9, n.30, p. 2. Texto: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê: a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação.

¹⁵ In Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag: 1978, p.30. Texto: Dado que a Constituição pretende ver-se atualizada e uma vez que as possibilidades e os condicionamentos históricos dessa atualização modificam-se, será preciso, na solução dos problemas, dar preferência àqueles pontos de vista que, sob as circunstâncias de cada caso, auxiliem as normas constitucionais a obter a máxima eficácia.

E, talvez um dos mais importantes preceitos seja a preservação da abertura e da unidade do sistema constitucional. É o que dá vida ao sistema, pois permite ao interprete a promoção das mutações necessárias, caracterizando-o como verdadeiro atualizador ou reformador do texto constitucional. O aplicador das normas – o juiz – seria o verdadeiro culminador da positivação jurídica.

Outro preceito apontado é a preservação máxima do sistema constitucional, adotando-se os métodos corretivos de maneira excepcional, quando o caso não proporcionar outra forma interpretativa sistemática que o resguarde.

Embora já tenha havido referência, é oportuno explicitar outra diretriz da moderna interpretação recomendada preconizando que os *princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda que em colisão, à diferença do que sucede, apenas em último caso, com as regras jurídicas de inconstitucionalidade declarável*. Os princípios desempenham funções estruturantes e vitalizadores do sistema, portanto é mister a sua preservação. O Eminentista cientista jurídico em comento chega a afirmar que: *É como se um princípio, ao relativizar, enriquecesse e tornasse mais denso o significado do outro. Trata-se concomitantemente de um movimento de contenção e expansão*. Bem referido, Pontes de Miranda já defendia esse ponto de vista¹⁶. Por outro lado, havendo antinomias entre as regras, parciais ou totais, a aplicação de umas suprime outras, embora não se aplique também aqui, a lógica do “tudo ou nada”. Esse entendimento é sustentado, dentre outros, pelo Professor Juarez Freitas. O maior defensor do método “tudo ou nada” é o jusfilósofo americano, Ronald Dworking.

Por derradeiro, mas sem exaurir até mesmo reconhecendo a necessidade de abordar outros preceitos, o autor recomenda como fundamental a uma boa interpretação sistemática o dever hermenêutico de realizar, nos limites do sistema, cuidadosa “interpretação conforme”. A indicação deste preceito guarda consonância com outro descrito anteriormente, onde se falava da presunção de constitucionalidade, e que o julgador deve declarar a inconstitucionalidade somente quando for rigorosamente manifesta a antijuridicidade da norma. Segundo o autor, *este dever exegético reclama contínua harmonização com os demais, notadamente em face das exigências do princípio da proporcionalidade*.

Conjugando-se as premissas referidas com os preceitos recomendados – ainda que não exaurientes – numa visão de sistemática bem definida pelo Professor Juarez Freitas¹⁷ *uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encon-*

¹⁶ In Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1, de 1969, Rio, Forense, 1987, p. 39: Texto: As regras jurídicas não de construir sistema. (...) Essa exigência de sistematicidade do Direito atende à necessidade de coerência e consistência, na conduta humana, máxime no que concerne à vida de relação.

¹⁷ Juarez Freitas, A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros Editores, 4ª Edição, revista e ampliada, pág. 61.

tram consubstanciados, expressa ou implicitamente, pretende se buscar a melhor interpretação da norma constitucional em foco.

Feita essa abordagem, resgatando-se resumidamente a evolução do pensamento jusfilosófico, em simetria com o próprio progresso do estado liberal para o estado social, pinçando-se e apossando-se dos conceitos balizadores da moderna e atual hermenêutica constitucional, são as “ferramentas” que se pretende usar na busca racionalmente fundamentada da mais justa solução ao presente caso.

3 DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

Observando as premissas fixadas no item anterior, passa-se a examinar o dispositivo constitucional que inovou ao criar a norma para revisão de remuneração dos servidores públicos. É mister inicialmente a transcrição da redação original do artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, que dispunha nos seguintes termos: “*a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data*”.

Como se vê, o legislador constituinte de 88 inovou erigindo ao *status* constitucional a proteção, ainda que genérica, da remuneração dos servidores públicos das constantes e sucessivas perdas do poder aquisitivo da moeda brasileira. São notórios neste País os sobressaltos inflacionários que se vive, verdadeiro flagelo da economia, acarretando conflitos permanentes entre empregadores e empregados em razão da necessidade de recomposição do poder aquisitivo das remunerações. Igualmente é sabido também que os maiores prejudicados com a sobrevalorização desenfreada de preços era a classe trabalhadora, dentre essa a dos servidores públicos, especialmente aquelas de menor poder de pressão política. Já se disse, inclusive, que a inflação era usada como mecanismo de ajuste fiscal, impondo sobre o contingente de operários do serviço público o ônus de cobrir o *déficit* financeiro de setores da administração pública.

Apesar disso, a redação original não continha nenhuma exigibilidade, refletia apenas uma aspiração, um desiderato daquele legislador originário, sinalizando horizonte ao legislador ordinário. Pois não estabelecia periodicidade, nem data-base, tampouco a qual autoridade competia eventual iniciativa, muito menos expressava precisamente os seus eventuais beneficiários. Nesse sentido se posicionou o plenário do Supremo Tribunal Federal julgando o MS 22.689-CE, RTJ 164/591, invocando o precedente MS 22.439, quando decidiu que:

não implica, a simultaneidade da revisão geral de remuneração prevista pelo inciso X do art. 37 da Constituição, na obrigatória existência de uma data-base periódica, para o reajustamento do estípendio dos servidores públicos.

Assim, o Guardião constitucional entendeu pela ausência de vinculação do administrador público à norma, porquanto esta não aportou requisitos essenciais à sua aplicabilidade.

A carência de força autônoma para ver satisfeita integralmente a sua finalidade, levou o legislador constitucional derivado a alterar o Texto Constitucional, conferindo-lhe maior exigibilidade, ao conceber nova redação ao inciso X do artigo 37, promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98, *verbis*:

a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem a distinção de índices.

Já à primeira vista se vislumbra que a alteração foi profunda. Para melhor examinar a abrangência das mudanças é necessário o exame detalhado dessas inovações. É o que se passa a fazer.

4 ALCANCE DA EXPRESSÃO “REVISÃO”

A palavra tem origem no latim: *revisione*. A palavra é classificada substantivo feminino, que na aplicação comum significa ato ou efeito de rever, novo exame, nova leitura, etc.¹⁸

O significado que deve ser dado à expressão no contexto constitucional em que foi inserido deve ser outro. A revisão aqui deve ter o sentido amplo, ou seja, rever a remuneração frente a sua desvalorização das expressões monetárias no intuito de repor o seu poder aquisitivo. Não se pode dissociar a interpretação da norma da realidade que está em exame. É tradição Brasileira, diga-se comum em países com economia em desenvolvimento, a convivência com períodos inflacionários, muitas vezes com a ocorrência da denominada hiperinflação. Na promulgação da Constituição Federal, em 1988, e nos anos que lhe seguem, registram-se períodos de crises dessa natureza, portanto preocupou-se o legislador constitucional em introduzir mecanismo para compelir ao administrador público – nem sempre cuidadoso das políticas remuneratórias – a recompor a desvalorização da expressão econômica da remuneração daqueles servidores.

Evidentemente que a expressão em comento não significa reposição específica das perdas inflacionárias, trata-se, pois de mecanismo tendente à preservação do poder aquisitivo em sentido amplo. Essa interpretação nos dias de hoje se justifica pela redução drástica nos índices inflacionários que esse País conheceu a partir de meados de 1994, com a edição de planos econômicos, desindexando a economia e os seus agentes formadores, notadamente quanto à atualização de remuneração de trabalhadores, inclusive aqueles da esfera pública. Não se poderia permanecer com a pretensão do legislador original, pois seria privilegiar uma

¹⁸ Novo Aurélio – Dicionário de Língua Portuguesa – Século XXI – Editora Nova Fronteira – Versão 3.0.

categoria de trabalhadores com a indexação, quando aos demais trabalhadores não há o alcance dessa segurança. Assim, a norma deve ser interpretada como princípio, ou seja, uma meta a ser atingida: preservação, em sentido amplo, do poder aquisitivo da remuneração dos servidores e, até mesmo, numa eventual valorização, concedendo melhoras nos ganhos, em patamares superiores aos índices inflacionários.¹⁹

De outra parte, não há que se confundir a revisão com outra forma de alteração ou fixação remuneratória, conforme define o referido artigo 37, inciso X. Estas se referem à reestruturação, realinhamento, aumento, correção, etc., ou simplesmente fixação de remunerações, cuja finalidade é corrigir distorções setoriais, de seguimentos funcionais eventualmente prejudicados por questões estruturais. Esses mecanismos não se destinariam à preservação do poder aquisitivo. Essas conclusões encontram amparo na doutrina clássica nacional.²⁰

Fixados esses entendimentos acerca do significado da expressão revisão, há que ser estabelecido quem são os destinatários da norma constitucional em comento, o que se passa a empreender.

¹⁹ Nesse sentido Exposição de Motivos Interministerial nº 285/MP/MF/AGU, firmada por seus titulares: Martus Tavares, Pedro Sampaio Malan e Gilmar Ferreira Mendes, por ocasião da Mensagem nº 935/01, que amparou o Projeto de Lei nº 5.299-A, de 2001, sancionado posteriormente. Texto: ...10. A implementação da política acima descrita deu-se com base em revisões de remuneração que contemplaram segmentos específicos em momentos diferenciados. Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, em 1998, que introduziu no texto constitucional a atual redação do art. 37, inciso X, não se vislumbrou qualquer incompatibilidade entre a previsão de revisão anual linear e a concessão de reajustes diferenciados. Estabelecer qualquer correlação direta entre a revisão anual e o poder aquisitivo da moeda implicaria assumir-se a existência de uma inusitada indexação constitucional para a remuneração dos servidores públicos, o que representaria um privilégio injustificável em relação aos trabalhadores em geral. (Grifou-se.)

²⁰ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro* 29ª edição, pág. 459. Texto: Há duas espécies de aumento de vencimentos: uma genérica, provocada pela alteração do poder aquisitivo da moeda, à qual poderíamos denominar aumento impróprio, por se tratar, na verdade, de um reajustamento destinado a manter o equilíbrio da situação financeira dos servidores públicos; e outra específica, geralmente feita à margem da lei que concede o aumento geral, abrangendo determinados cargos ou classes funcionais e representando realmente uma elevação de vencimentos, por se fazer em índices não proporcionais ao do decréscimo do poder aquisitivo. No tocante à primeira espécie, a parte final do inc. X do ar. 37, na redação da EC 19, assegura "revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices", dos vencimentos e dos subsídios. A revisão já era prevista pela mesma norma na sua antiga redação, que, todavia, não se assegurava. Agora, no entanto, na medida em que o dispositivo diz que a revisão é "assegurada", trata-se de verdadeiro direito subjetivo do servidor e do agente político, a ser anualmente respeitado e atendido pelo emprego do índice que for adotado, o qual, à evidência, sob pena de fraude à Constituição e imoralidade, não pode deixar de assegurar a revisão. Tais considerações é que nos levaram a entender que, agora, a Constituição assegura a irredutibilidade real, e não apenas nominal, da remuneração. Este aumento não obsta, como se verá a seguir, ao aumento impróprio. A segunda espécie ocorre através das chamadas reestruturações, pelas quais se corrigem as distorções existentes no serviço público, tendo em vista a valorização profissional observada no setor empresarial, para que a Administração não fique impossibilitada de satisfazer suas necessidades de pessoal. A fim de facilitar a ação do Poder Público e evitar a descaracterização das reestruturações, anteriormente transformadas em verdadeiros aumentos gerais, pela reação em cadeia que provocavam relativamente aos vencimentos de cargos não abrangidos diretamente pela lei reestruturadora, foi que as Constituições, desde 1967, passaram a proibir a "vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público" (CF, art. 37, XIII).

5 BENEFICIÁRIOS DA REVISÃO GERAL ANUAL

5.1 Agentes Públicos

É importante destacar o beneficiário da Revisão Geral Anual, partindo-se ao menos de definições conceituais advindas de classificação menos polêmica da doutrina.

Inicialmente têm-se o gênero “agentes públicos”, que é a definição da mais ampla possível, pois engloba todas as pessoas físicas que servem ao Poder Público expressando a vontade ou ação deste ainda que o faça ocasional e episodicamente.²¹

Nessa amplitude é abarcado chefe de poder, senadores, vereadores, ocupantes de cargos ou empregos públicos da administração direta e indireta – inclui, obviamente, os servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista –, os concessionários, os permissionários, os contratados sob locação civil de serviços, etc. São dois os requisitos para se caracterizar o agente público: um de ordem objetiva, pela natureza de atividade estatal, outro, subjetiva, pela sua investidura.

Segundo doutrina consagrada e atualizada²², os agentes públicos podem ser divididos em: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado; c) Militares; e d) particulares em atuação colaboradora com o poder público.

Os agentes políticos são os titulares dos cargos fundamentais do estado, formadores da vontade superior deste. O vínculo não é de natureza profissional, mas política, institucional e estatutária. São exemplos, o Presidente da República, Senadores, Ministros, Secretários Municipais, Vereadores Vice-Prefeito, etc.

Em razão da nova configuração constitucional, o autor referido sugere a designação de servidores estatais para todos aqueles que mantêm com o estado, administração direta e indireta, leia-se: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.

Segundo esse entendimento a expressão “servidor público” teria alcance menor do que antes, pois estariam fora deste conceito os empregados das entidades da administração indireta de direito privado. Chegou-se a essa conclusão em razão da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19, substituindo a expressão “servidores públicos civis” por “servidores públicos”, para designar os integrantes de cargos ou empregos nas pessoas jurídicas de direito público – administração direta, autarquias e fundações de direito público.

²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 17ª Edição, Malheiros Editores, pág. 226.

²² Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 17ª Edição, Malheiros Editores, pág. 226. apud Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios de Direito Administrativo, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp 277 e ss.

Assim, os servidores estatais se subdividiriam em dois grupos: servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado.

Servidor Público é designação genérica para pessoas que mantêm vínculo de trabalho profissional, de dependência, em caráter não eventual, ocupantes de cargos ou empregos da União dos Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público.

Esta espécie abriga os *servidores titulares de cargos públicos* o que inclui os servidores da administração direta, autarquias e fundações de direito público, do poder judiciário – inclui os juízes – e o pessoal administrativo do Poder Legislativo.

E, também, os *servidores empregados* dessas mesmas pessoas jurídicas de direito público que mantenham os seguintes vínculos empregatícios: a) aqueles admitidos para serviços materiais subalternos; b) contratados²³ nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, para atender necessidades temporárias e de excepcional interesse público; e c) servidores estabilizados pelo art. 19 das Disposições Transitórias.

Dentre os servidores públicos encontram-se, ainda, aqueles que atuam sob regime trabalhista em pessoas jurídicas estatais de direito privado, tais como: empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pólo poder público.

Quanto aos militares²⁴ estes ganharam tratamento diferenciado. Até a Emenda Constitucional n° 18 eram considerados servidores públicos. A partir daí, deixaram de sê-lo, passando a ter regime jurídico próprio, permanecendo com vínculo estatutário.

Por fim, tem-se o particular em colaboração com a administração pública, que são os exercentes de função pública, sem perderem essa qualidade. São exemplos os requisitados, como os membros do júri, os concessionários e permissionários etc.

Portanto, esquematicamente, por este autor²⁵, tem-se a seguinte classificação para o agente público e suas espécies:

²³ Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª Edição revista e atualizada, pág. 320. Texto: Regime Jurídico Especial. Nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 37, IX, podem-se considerar sob regime especial os servidores contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, na conformidade da lei. Trata-se da possibilidade de contratar, sem concurso público, por prazo determinado (curto), para atender a necessidade que difere das necessidades comuns, por ser qualificada como "de excepcional interesse público"; por exemplo, em casos de calamidade, epidemia, vacinação em massa. Para tanto, uma lei em cada nível deve dispor a respeito. Segundo fixar a lei, o contrato poderá ser regido pela CLT ou a própria lei estabelecerá o regime jurídico, podendo até determinar a aplicação, a tais servidores, de preceitos do Estatuto correspondente....Em vários entes administrativos são celebrados contratos, mediante concurso ou seleção pública, que não se enquadram na hipótese do art. 37, inc. IX, nem são regidos pela CLT; os direitos e deveres desses contratados norteiam-se, em grande parte, por dispositivos do Estatuto correspondente.

²⁴ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 14ª Edição, Editora Atlas, pág. 436. Comentário: A Autora adota a mesma classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, com a segregação dos militares, que passariam a compor uma outra categoria, deixando, portanto, de figurar como servidor público.

²⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ob. Cit.*

- Agente Público
 - Agentes Políticos
 - Servidores Estatais
 - Servidores Públicos
 - Titulares de Cargos Públicos;
 - Empregados – Vínculo trabalhista;
 - Funções Materiais Subalternas;
 - Contratados por tempo determinado;
 - Estabilizados pela art. 19 dos ADCT
 - Servidores das pessoas governamentais de Direito Privado
 - Militares
 - Particulares em Colaboração
 - Requisitados;
 - Gestores de negócios públicos;
 - Contratados por locação civil de serviços;
 - Concessionários, permissionários e delegados de serviços públicos.

Para este trabalho, adota-se essa classificação, ainda que comporte pequenas divergências doutrinárias, em razão de sua abrangência e aceitação e, especialmente, por estar calcada na atual posição constitucional, marcada por grandes transformações na última década, promovida pelo legislador derivado.

Outra definição importante para o adequado exame dos beneficiários da revisão geral anual é quanto às espécies remuneratórias vigentes no texto constitucional.

5.2 Remuneração (Vencimento), Subsídio e Salário

Para o exame do integral alcance da norma em análise, mister evidenciar o sentido das expressões “remuneração” e “subsídio”, porquanto se encerram definidores dos beneficiários dessa proteção constitucional.

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 trouxe profundas alterações no sistema de estipêndios dos agentes públicos – classificação explicitada no item anterior –. Essa inovação na Carta Magna institucionalizou dois sistemas. Manteve os sistemas de remuneração ou vencimentos e salários – regime jurídico celetista –, criando o sistema de subsídios, termo até então inexistente no Texto Constitucional original.

A Constituição Federal usa as expressões “remuneração” e “vencimento” ao longo de diversos dispositivos e no artigo 39 e § 1º encontra-se a proposição que aclara o alcance pretendido para ambas as expressões. Verbis:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e **remuneração** de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de **vencimento** e dos demais componentes do sistema remuneratório observar: (*Grifou-se*)

...

Portanto, conceitualmente²⁶, a remuneração seria o somatório do vencimento propriamente dito, e dos demais componentes, tais como, avanços, adicionais, etc.

Isso considerado, de passagem, tem-se que a própria Constituição cria exceção à vedação trazida pelo art. 37, inciso XIV²⁷, que inibe o chamado “efeito cascata”, impedindo que vantagens pecuniárias incidam sobre outras vantagens pecuniárias, quando determina que a “Revisão Geral Anual” incida sobre a “remuneração”, e não somente sobre vencimento. Portanto, aqui haveria um conflito de princípios, de um lado a vedação a incidência de vantagens sobre vantagens, de outro, a revisão geral anual deve incidir sobre a totalidade da remuneração. Nesse caso, aplicando-se as regras de hermenêuticas explicitadas no item 2 deste trabalho, diante do conflito de verdadeiras diretrizes – princípios – tem-se que se adotar o princípio da proporcionalidade ao caso. Portanto, mesmo sem desprezar a vedação proposta no artigo 37, inciso XIV, temos que ponderar, privilegiando o disposto no art. 37, X, em razão da melhor interpretação sistemática possível, pois a Revisão Geral Anual, diz com a perda do valor aquisitivo da moeda, sendo assim, todos os componentes da remuneração tem a sua desvalorização havida simetricamente, logo devem ser atualizados, ainda que por outro lado encontra-se dispositivo de extrema valia e moralizadora quando limita as verdadeiras “arquiteturas” para a edificação de altíssimas e abusivas remunerações.

Esse sistema remuneratório, baseado em vencimento, cumulado com outros componentes, se aplica à maioria dos agentes públicos. Para melhor segmentar essa divisão, uma vez que existem só dois sistemas, parte-se da definição daqueles cargos ou funções de agentes públicos elencados pela Constituição Federal, cujo sistema remuneratório conferido seja o de “subsídio”. Portanto, resta aos demais servidores o primeiro sistema.

O subsídio, como se disse, é inovação constitucional. Desprezando-se as críticas doutrinárias à opção terminológica, do próprio texto constitucional, art. 39, § 4º, se extrai o seu alcance e definição. Verbis:

O membro de poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusiva-

²⁶ Odete Medauar, Ob. Cit. pág. 322. Texto: ...Há terminologia própria nessa matéria, diferente da que vigora no setor privado. Assim denomina-se vencimento, no singular, a retribuição, em dinheiro, pelo exercício de cargo ou função pública, com valor fixado em lei. Em geral, o vencimento é simbolizado por letra, número ou pela combinação de ambos, denominado referência; a cada referência corresponde importância em dinheiro. Os vocábulos “vencimentos” ou “remuneração” designam o conjunto formado pelo vencimento (referência) do cargo ou função mais outras importâncias percebidas, denominadas vantagens pecuniárias.

²⁷ Constituição Federal de 1988, art. 37, XIV – Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.

mente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Portanto, o que mais identifica este sistema de estípcndio é fato de que é composto de parcela única e destinada a determinados cargos ou funções.²⁸ Importa reconhecer, também, que apesar do extenso rol de parcelas remuneratórias vedadas, não são encontradas aquelas de natureza indenizatórias, que por óbvio não tem aquela função. Porém, flagra-se aqui uma “porta aberta” para desvirtuamento dos limites desejados pelo texto constitucional, mas isso é tema para outra oportunidade.

A própria Constituição Federal trás outras hipóteses de obrigatoriedade de aplicação do sistema remuneratório de subsídios, tais como:

Art. 73, § 3º, verbis:

Os ministros do Tribunal de Constas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

Art. 128, §5º, I, “c”, verbis:

Irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (*membros do Ministério Público*).

Art. 135, verbis:

Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (Advocacia Geral da União, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e os Defensores Públicos).

Art. 144, § 9º, verbis:

²⁸ Odete Medauar, Ob. Cit. Pág. 322. Texto: ...Com a emenda constitucional 19/98, a Constituição Federal agora prevê mais um tipo de estípcndio, o subsídio, para certas categorias de servidores. A característica fundamental do subsídio está na sua fixação em parcela única, conforme dispõe o § 4º do art. 39 da CF, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. De regra, a retribuição pecuniária dos agentes públicos ocorre mensalmente; por isso a parcela única diz respeito a cada retribuição mensal. O sentido de parcela única, sem qualquer acréscimo, é atenuado pela própria Constituição Federal; o § 3º do art. 39 assegura aos ocupantes de cargos públicos vários direitos previstos para os trabalhadores do setor privado: décimo terceiro, salário-família, adicional noturno, remuneração por serviços extraordinários, adicional de férias – tais direitos representam acréscimos ao subsídio. Também hão de ser pagas aos agentes públicos despesas decorrentes do exercício do cargo, como é o caso das diárias e ajudas de custo.

A Remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

E, art. 39, § 8º, verbis:

A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

Assim, aos demais servidores²⁹, estatais e militares, competem o sistema de remuneração ou vencimentos. Salvo, obviamente, os servidores cujo contrato de emprego – detentores de emprego público – seja regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, pois para esses o estipêndio é denominado de “salário”.

Quanto à permissão veiculada no artigo 39, § 8º, não se tem registro de adoção por algum órgão estatal. Ao contrário, carreiras organizadas que deveriam orientar-se pelo novo sistema de estipêndios, subsídios, não o fazem. Em realidade essas carreiras organizadas prevêm série de dispositivos que, de acordo com a evolução de seus ocupantes, vão agregando vantagens que redundam em incremento remuneratório. Veja-se, como exemplo as promoções de classes, adicional de tempo de serviços, que não poderiam ocorrer caso se opte pela forma de subsídio, haja vista a vedação expressa da própria Constituição Federal ao atribuir que seja composta por parcela única. Por oportuno, a expressão “parcela única” mereceu severas críticas da doutrina³⁰ pelo seu conteúdo contraditório.

Em suma, eram essas as considerações pertinentes ao tema “remuneração e subsídio”, com vista ao exame do escopo proposto neste trabalho.

5.3 Conclusão

Partindo-se da disposição constitucional, da análise da classificação dos agentes públicos e sistematizando-se com o exame das formas de estipêndios pagos a essas pessoas físicas, chega-se aos beneficiários alcançados pela norma em exame.

Para se chegar ao universo dos beneficiários da Revisão Geral Anual deve-se partir do conjunto dos agentes públicos. De plano podem ser afastados os “particulares em colaboração”, pois esses não são servidores, são pessoas que exercem uma atividade estatal e são remunerados diretamente pelos usuários dos serviços ou são pagos pelos serviços que prestam à administração pública e se regem pelas regras especiais que gravitam em torno dos contratos tipicamente administrativos.

No mesmo sentido estão os chamados agentes políticos, entendidos aqueles titulares de cargos fundamentais do estado, com vínculo político, institucional,

²⁹ Ver classificação adotada de Celso Antônio Bandeira de Melo, item 5.1.

³⁰ Celso Antônio Bandeira de Melo, Ob. Cit. pág. 251. Texto: Aliás, a expressão “parcela única” é rebarbativa, pois “parcela” significa parte de um todo maior – no que se nota, ainda esta outra vez, a “qualificação” dos responsáveis pelo “Emendão”, isto é, Emenda 19.

não é de natureza profissional. Estes também não estão ao alcance da proteção constitucional, haja vista a existência de regras especiais para a fixação dos seus subsídios. Muitas vezes encontram-se limitações temporais para se fazer a fixação dos subsídios e, até mesmo, de iniciativas privativas para proposições legislativas. Como exemplo, temos a Constituição Gaúcha que fixa esses requisitos.

Dos servidores estatais, excluem-se os servidores de pessoas governamentais de direito privado, pois estes recebem salários, portanto o seu regime jurídico é celetista, mais, que estes servidores possuem política salarial reguladas por setores que atuam, no mais das vezes submetem-se, inclusive, a convenções e acordos trabalhistas, e tem, também, o seu direito de greve devidamente regulamentado. Portanto, a relação de emprego se vê amparado por outros vetores de proteção laboral, não se aplicando as regras específicas da área estatal típica.

Outra classe de servidores que numa interpretação sistemática não integram a categoria de servidores públicos para fins de proteção da garantia constitucional ora esposada é a dos contratados por tempo determinado. Estes possuem regras especiais, e a transitoriedade e a precariedades que se revestem os seus contratos são incompatíveis com regras permanentes de proteção a remuneração ou subsídios de outros servidores públicos que assumem o caráter efetivo. Portanto, como são contratos em caráter excepcional, devem ter regras próprias, consignadas nas respectivas leis autorizadoras.

Quanto aos militares, embora não sejam mais caracterizados como servidores estatais ou servidores públicos em sentido estrito, haja vista a categoria própria criada pelo legislador constitucional, pelo que foi visto, deve ser incluído como servidor público em sentido amplo, pela natureza de permanência do servidor, e também, pelo fato de que a revisão deve ser entendida como uma garantia alcançável de forma mais ampla possível, de maneira que as exclusões devem ser excepcionais, decorrentes da condição de transitoriedade e precariedade da ocupação dos cargos públicos, ou da constatação da existência de regras especiais protetivas, o que não é o caso em relação aos militares.

Portanto, por exclusão, chega-se a conclusão que aos demais servidores, indistintamente, deve ser alcançada essa garantia de ver atualizado a sua remuneração ou subsídio, por força da diretriz estabelecida pela Constituição, em leitura coerente, preservando-se a unidade com os outros parâmetros extraídos dela mesmo, como se demonstrou.

Observe-se, por derradeiro, que não há qualquer menção que a regra deva ser dirigida aos beneficiários de um único Poder ou órgão autônomo, e de uma categoria de servidores, nem poderia ser diferente o entendimento, haja vista o princípio básico da justiça, qual seja o da isonomia. Nesse sentido, guarda coerência lógica e racional com o preconizado pela norma contida no artigo 37, inciso XII, da própria Carta Constitucional.

Seguindo no exame do dispositivo constitucional, passa-se examinar outro requisito para a efetivação da Revisão, que a exigência de lei específica para a sua propositura.

6 LEI ESPECÍFICA

A fixação, a alteração e a revisão geral anual da remuneração e dos subsídios dos servidores públicos somente poderão ser instituídos por lei específica. Assim dispõe o texto do inciso constitucional em exame.

A vigência princípio da legalidade é talvez a característica mais marcante o Estado Democrático de Direito. É a sujeição de todos ao *império da lei*, entendida essa como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela – a lei – seja ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir, nem impor nada aos administrados, senão em virtude de lei.³¹ É o caso da proposição constitucional do Estado Brasileiro, que já no artigo 1º estampa o sentido de Estado Democrático de Direito.

O esse princípio encontra-se consagrado como garantia fundamental no art. 5º, inciso II, *verbis*: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

Por outro lado, a própria administração encontra-se vinculada a esse princípio em relação aos seus próprios atos. Não é de hoje³² que se infirma que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite, diferentemente da autonomia da vontade que impera nas relações entre particulares, ainda que com as restrições genéricas da lei civil.

No direito positivo brasileiro, também se encontra o princípio expresso no artigo 37, *caput, verbis*: *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*. (Grifou-se).

Desse imperativo decorre que a Administração Pública fica impedida de, por mero ato administrativo, conceda qualquer direito, crie obrigações ou institua proibições aos administrados e a seus próprios agentes públicos. Para isso, é imprescindível a existência de norma positivada em sentido formal: lei.

Com efeito, o próprio inciso constitucional que dispõe sobre os estípidios dos agentes públicos reforça a necessidade de lei autorizadora. Mas não há que se confundir o princípio da legalidade até aqui exposto, com a previsão agora referida. Esta disposição reconhecida doutrinária e jurisprudencialmente³³ como

³¹ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, 16ª Edição, 1999, Malheiros Editores, pág. 421.

³² Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Texto: a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

³³ Voto do Ministro Marco Aurélio na Adin 1.396-SC: A disciplina concernente à remuneração funcional, na verdade, acha-se submetida ao postulado da reserva de lei, cabendo assinalar - ante a inegável importância de que se reveste a retribuição pecuniária devida pelo Estado aos servidores que lhe prestam serviços (RAFAEL BIELSA, "Derecho Administrativo", tomo II/174, 4. ed., El Ateneo, Buenos Aires; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", p. 384-386, 5. ed., 1995, Atlas; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 397-401, J 7. ed., 1992, Malheiros, v.g.) - que existe um articulado sistema jurídico de proteção constitucional ao direito ao estípidio, cujo regramento, em seus diversos aspectos, tem, na lei, a sua sedes materiae por excelência (IVAN BARBOSA RIGOLIN, "O Servidor Público na Constituição de 1988", p. 145, item n. 3, 1989, Saraiva), circunstância esta que, como precedentemente já enfatizado, pré-exclui, por efeito do que dispõe o próprio estatuto constitucional, a possibilidade de qualquer ingerência normativa por parte da instância executiva do Poder" (Grifou-se)

princípio da reserva legal encontra-se, no caso, no plano específico. O Estatuto Maior é quem opera essa distinção expressamente. Diferentemente das definições constitucionais que estabelecem o princípio da legalidade, onde a outorga ao Poder Legislativo consiste no poder amplo e geral sob qualquer espécie de relações, o princípio da reserva legal ocorre quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei.³⁴

Está-se, pois, diante de caso que exige o atendimento do princípio da reserva legal, portanto lei em sentido formal, por conformidade de preceito de competência constitucional.

Mas para a satisfação integral da forma constitucional, há que se desvendar a pretensão do legislador por conta da expressão “específica” que adjetiva e acompanha a reserva legal. A boa doutrina³⁵ nacional não empresta maiores comentários à expressão, e quando usa, o faz no sentido “vulgar”, ou seja, conforme ensina Novo Aurélio – Dicionário de Língua Portuguesa – Século XXI – Editora Nova Fronteira – Versão 3.0, seria então única, especial, não tratando de matéria diversa. Assim, o comando constitucional preconiza que a lei que veicule fixação, alteração ou revisão geral anual da remuneração ou subsídio do servidor público verse especificamente sobre esse assunto, logo, não se permite que sejam legislados outros temas conjuntamente. O objetivo do legislador constitucional é que se de transparência à legislações dessa natureza, evitando-se “enxertos” costumeiros na tradição neste País e, também, na clareza necessária nas já bastante complexas legislações funcionais.

Por óbvio, inclui-se a revisão geral anual no princípio da reserva legal específica, porquanto forma de alteração daqueles estipêndios.³⁶

Outro aspecto a se integrado ao exame proposto é quanto à periodicidade das revisões, matéria que também sofreu inovação no Texto Maior, com se verá no tópico seguinte.

7 PERIODICIDADE DE CONCESSÃO E ISONOMIA DE TRATAMENTO

Na literal redação original do Inciso X em exame, tínhamos que a “revisão Geral” “far-se-á sempre na mesma data”. Após a Emenda Constitucional nº 19, a expressão revisão geral foi qualificada como “anual” e a disposição “sempre na mesma data”, foi adicionado “e sem distinção de índices”. Pelo que se vê, houve alteração substantiva no texto constitucional, especificando o

³⁴ José Afonso da Silva, *Obr. Cit.*, pág. 423.

³⁵ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro* 29ª edição, pág. 452. Texto: Outra inovação é que o subsídio (salvo o dos Deputados Federais, dos Senadores, do Presidente e Vice-Presidente e dos Ministros, por força do art. 49, VII e VIII, da CF) e os vencimentos, por expresse mandamento constitucional, estão sujeitos ao princípio da reserva legal específica, pelo que somente poderão ser fixados e alterados por lei específica, isto é, para cada hipótese de fixação ou modificação, observada a iniciativa privativa em cada caso.

³⁶ Odete Medauar, *Ob. Cit.* pág. 324. Texto: O inc. X do art. 37 assegura a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices, também por lei específica.

instituto, tornando-o regra concreta, ao invés de um mero desiderato principiológico, sem a cogência desejável³⁷. É o que se passa a analisar.

Primeiramente verifica-se que foi instituída a anualidade, ou seja, a revisão geral deve ser operada uma vez ao ano, todos os anos, em determinada data, a ser fixada pelo legislador ordinário. Imperioso tornou-se, então, a eleição de uma data-base. Esse comando impede que, *e.g.*, o administrador revise apenas quando lhe for conveniente e oportuno ou conceda em a revisão em janeiro de um ano e no período seguinte, somente em dezembro. Essa prática levaria pelo menos 23 meses sem a devida recomposição do poder aquisitivo da remuneração e do subsídio do servidor público.

Frente à alteração constitucional que exigiu uma data-base ao legislador ordinário para revisão geral, nasce o direito subjetivo do servidor público neste sentido. Essa leitura encontra sistematização plena com o dispositivo contido no inciso XV do artigo 37 da Constituição Federal, porquanto esse comando encerra o princípio da irredutibilidade de vencimentos e subsídios. Diga-se, que o princípio da irredutibilidade, por óbvio, não diz apenas com o valor nominal do estipêndio, mas com a preservação do poder aquisitivo que a revisão geral tem a pretensão de repor.³⁸

Outra inovação do constituinte derivado, como já se referiu, é a adoção do princípio da isonomia, basilar da justiça, quando previu a uniformidade de índices para a reposição inflacionária. Nem poderia ser diferente, pois a revisão geral anual é uma iniciativa tendente a recuperar a defasagem da remuneração e os subsídios frente à desvalorização da moeda. Assim, só poderia ser instrumento de aplicação a todos os servidores públicos, pois a corrosão inflacionária da moeda faz a todos sentir. É óbvio que, *v.g.*, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, os servidores da Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM sofram a mesma perda de poder aquisitivo de sua remuneração do que o subsídio dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, ou de que, o subsídio do Governador possa desvalorizar de maneira diferente que a remuneração dos Oficiais de Justiça, ou ainda, que o Agente de Segurança da Assembléia legislativa tenha mais ou menos prejuízo do que o Professor da rede pública estadual.

³⁷ Plenário do STF diante da redação anterior (MS 22.689-CE, RTJ 164/591, com invocação do precedente MS 22.439, também do plenário) que “não implica, a simultaneidade da revisão geral de remuneração prevista pelo inciso X do ar. 37 da Constituição, na obrigatória existência de uma data-base periódica, para o reajustamento do estipêndio dos servidores públicos”

³⁸ Sobre essa interpretação a doutrina não distende. E o Ministro Marco Aurélio de Mello assim manifestou-se sobre o tema: “Relativamente ao reajuste, a Carta de 1988 acabou por estender aos servidores em geral um princípio, uma prerrogativa que era da magistratura: a irredutibilidade dos vencimentos, instituto que tem de ser compreendido a ponto de se lhe conferir alguma eficácia. Portanto, não pode ser empolgado como algo que diga respeito apenas ao valor nominal, já que está ligado ao valor real, ao poder aquisitivo do que percebido pelo prestador dos serviços. Temos, no cenário jurídico, dispositivo constitucional, mencionado pelo nobre Ministro-Relator, que cogita da revisão dos vencimentos sem distinção de percentual e de data, de forma linear, beneficiando servidores civis e militares. Creio que, neste caso, empolga-se, justamente, o tratamento diferenciado, o benefício concedido aos militares, deixando-se à mingua os servidores civis. Senhor Presidente, continuo convencido que não tivemos a revogação da lei que, após a Carta de 1988, apontou janeiro como a data-base dos servidores. Ora, assentando que a iniciativa só diz respeito ao aumento e, também, que a Carta assegura a irredutibilidade dos vencimentos, concluo que na data-base a revisão desses há de ser feita com automaticidade”. MS 22.689-CE, RTJ 164/591, com invocação do precedente MS 22.439.

Portanto, quando se trata de perda de poder aquisitivo, refere-se a uma equação absoluta, afeta proporcionalmente a todos. Só para argumentar, injustiças no trato remuneratório, sabidamente existente na administração pública Nacional, devem ser sanadas ou minimizadas com a aplicação de outros institutos como se viu anteriormente (4 – Alcance da Expressão “Revisão”), logo não se presta a revisão geral anual a esse ofício.

Seguindo na análise do instituto novel na gestão remuneratória dos servidores público, passa-se a examinar a “pedra de toque”, qual seja, a competência para a iniciativa legislativa, se privativa ou não.

8 COMPETÊNCIA PARA INICIATIVA LEGISLATIVA

Questão fundamental ao alcance completo do dispositivo em análise é o exame da competência da iniciativa proposição legislativa referente à fixação, alteração, ou revisão dos estípidios dos servidores públicos. Quanto à fixação e a alteração de vencimentos e subsídios não há dissenso. Cada Poder ou órgão com autonomia administrativa, financeira e orçamentária, assim reconhecido pela Constituição Federal, tem iniciativa privativa para propor legislação competente para adequar vencimentos e subsídios de seus membros e servidores. Essa conformação se coaduna perfeitamente com o princípio secular da separação dos poderes, pois não pode um poder depender de outro para iniciativa legislativa.

Resta, então, o exame da competente iniciativa para propor lei tendente à revisão geral anual. De passagem, a doutrina tradicional não tem enfrentado com mais profundidade o assunto. Quase à unanimidade adota critério idêntico para iniciativa legislativa à fixação e alteração dos estípidios.

Segue a manifestação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul sobre o tema.

8.1 Posição do Tribunal de Contas do RS

É importante destacar o posicionamento do Tribunal de Contas deste Estado TCE – RS sobre o alcance da Revisão Geral Anual, em especial no tocante a reserva de iniciativa de proposição legislativa. Ao longo dos últimos tempos o TCE produziu dois posicionamentos que pode ser extraídos do Parecer Coletivo nº 3/2002.

Refere, inicialmente, as manifestações – Informações nº 126/2000 e nº 200/2001 e do Parecer de Auditoria nº 14/2002 – aprovadas pela Corte de Contas, verbis:

(...)

Isto porque, na linha de manifestações anteriores da Consultoria Técnica (Informações nº 126/2000 e nº 200/2001) e da Auditoria (Parecer nº 14/

2002), **aprovadas pelo Tribunal, através de seu órgão Pleno, “a revisão geral anual a que se reporta o inciso X, art. 37 da Carta Federal, deveria ser efetuada uma vez por ano, sempre na mesma data e com índices iguais, englobando os servidores e exercentes de mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo, mediante lei de iniciativa do Prefeito”** (fls. 76). Em outras palavras: para a “revisão geral anual” estaria afastada a iniciativa legislativa de cada Chefe de Poder (e outros detentores de igual prerrogativa), em favor de uma exclusividade do Chefe do Poder Executivo. (Grifou-se).

Essa foi a primeira posição, concluindo em duas oportunidades que a competência para iniciativa era privativa da Revisão Geral Anual era do Chefe do Poder Executivo.

Em outro momento, por ocasião da edição do Parecer Coletivo nº 3/2002, ocorre a mudança de entendimento, nos seguintes termos: *verbis*,

Todavia, o que se constata é a mais absoluta ausência de fundamentos para a pretendida interpretação dada ao inc. X do art. 37 da Constituição Federal. Em primeiro lugar, porque o princípio da separação dos Poderes, independentes e harmônicos entre si, é matriz da Carta (art. 2º), sendo que somente diante de clara e expressa ressalva, na própria Constituição, é que se poderia cogitar da sua ponderação. Ademais, não só aos Poderes Legislativo (art. 51, IV, e art. 52, XIII) e Judiciário (art. 96, II, “b”), mas igualmente aos Tribunais de Contas (art. 73) e ao Ministério Público (art. 127, § 2º), a mesma Constituição Federal assegura textualmente a prerrogativa de promover a fixação, por lei de sua iniciativa, da remuneração de seus membros e servidores.

*De outro lado, o mencionado inc. X do art. 37, ao garantir o direito à “revisão geral anual”, o faz conjuntamente ao comando segundo o qual a fixação ou **alteração** da remuneração dos servidores (e do subsídio de que trata o art. 39, § 4º) somente poderá ser feita por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso. Não se vislumbra onde estaria a pretendida cisão do dispositivo, a ensejar que dita “revisão geral anual” não respeitasse o princípio basilar da separação dos Poderes. Mais do que isso: se tal distinção existisse, onde estaria o “privilégio” do Chefe do Poder Executivo? Por que não seria o Poder Legislativo (primeiro na ordem topológica da “Organização dos Poderes”) ou o Poder Judiciário (considerada a posição de teto remuneratório atribuído aos seus Ministros, no inc. XI do mesmo art. 37)?*

Diz ainda:

Ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já apontada, não serve como Indicador da aludida competência privativa do Chefe do Poder Executivo. Se for verdade que as decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (por Omissão) tiveram seus resultados direcionados ao Poder Executivo (Presidente da República, no plano federal, e Governadores, nos Estados), isto é conseqüência do fato de que eram estes os demandados

nas ações. A ADIn nº 2061-7 teve como requerido o Presidente da República, a nº 2481-7, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul, a nº 2486-8, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, a nº 2490-6, o Governador do Estado de Pernambuco, a nº 2491-4, o Governador do Estado de Goiás, a nº 2492-2, o Governador do Estado de São Paulo, a nº 2493-1, o Governador do Estado do Paraná, a nº 2496-5, o Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, a nº 2497-3, o Governador do Estado do Rio Grande do Norte, a nº 2498-1, o Governador do Estado do Espírito Santo, a nº 2503-1, o Governador do Estado do Maranhão, a nº 2504-0, o Governador do Estado de Minas Gerais, a nº 2506-6, o Governador do Estado do Ceará, a nº 2507-4, o Governador do Estado de Alagoas, a nº 2508-2, o Governador do Estado do Pará, a nº 2509-1, o Governador do Estado do Amazonas, a nº 2510-4, o Governador do Estado do Amapá, a nº 2511-2, o Governador do Estado da Paraíba, a nº 2512-1, o Governador do Estado do Mato Grosso, a nº 2516-3, o Governador do Estado do Acre, a nº 2517-1, o Governador do Estado de Sergipe, a nº 2518-0, o Governador do Estado de Rondônia, a nº 2519-8, o Governador do Estado de Roraima, a nº 2520-1, o Governador do Estado do Piauí, a nº 2524-4, o Governador do Estado do Tocantins, e a nº 2525-2, o Governador do Distrito Federal. Todas as ações foram propostas contra os Chefes do Poder Executivo. Em todas as ações o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido, para assentar a omissão do (requerido) Chefe do Poder Executivo, dando-se-lhe ciência da decisão. E nem poderia ser diferente. Absurdo seria se, na ação intentada contra o Governador, o STF decidisse considerar omissa o Presidente da Assembléia Legislativa, ou o Presidente do Tribunal de Justiça, ou o Presidente do Tribunal de Contas, ou o Procurador-Geral de Justiça. Na trilha desta argumentação, decorrente de mais minudente estudo, é de se enfatizar a necessidade de aclarar a orientação fixada por esta Corte, quando da aprovação do Parecer nº 14/2002, para afirmar-se que **o projeto da lei que trata da “revisão geral anual”** referida no inc. X da Constituição Federal deve respeitar a iniciativa de cada Poder ou órgão, em cada caso, não sendo exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Cabe, novamente, esclarecer que, quando da elaboração do referido parecer, a matéria aqui enfocada não mereceu abordagem específica, porque não consistia em tema nuclear daquela Consulta. Descabe, em sede de exame de “Relatório de Gestão Fiscal” da competência deste Tribunal de Contas, tecer maiores considerações acerca da constitucionalidade da Lei nº 10.331/2001, mas afigura-se que, no tocante aos servidores do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, há vício de iniciativa, sem falar no fato de que a “revisão geral anual” refere apenas os servidores públicos, sem atentar aos membros de Poder, em contradição com a previsão constitucional. Assinale-se que os membros do Congresso Nacional foram contemplados com o mesmo percentual, a título de “revisão”, por lei da iniciativa própria do Poder Legislativo. (Grifou-se)

Portanto, esse Tribunal reformou diametralmente o seu entendimento anterior, orientando a administração pública, sob sua jurisdição, no sentido de que não caberia mais ao chefe do Poder Executivo a iniciativa da Revisão Geral Anual, mas a cada Poder ou órgão com autonomia constitucional.

8.2 Posição Doutrinária

Como se disse inicialmente, a doutrina não tem dado tratamento devido a essa matéria, há inegavelmente um desinteresse em trabalhar o assunto, ou mesmo, não se deram conta da profundidade do instituto novel, especialmente no tocante a competência para a iniciativa legislativa. Quando se dispõe a fazê-lo, busca no princípio da separação dos poderes o fundamento único para “partilhar” essa prerrogativa entre os Poderes e órgãos dotados de autonomia constitucional.

Temos uma só referência doutrinária conhecida que é do Doutrinador Administrativista, Ivan Barbosa Rigolin, no periódico “IOB Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública”, DCAP, nº 10, outubro/2000, p. 19, que se manifesta no seguinte sentido: *se acaso algum Município – para falar apenas nos Municípios – não concedeu reajuste a seus servidores, quer diferenciadamente para os do Executivo e os do Legislativo como reza a parte inicial do inciso X transcrito, quer por lei de abrangência geral para os dois Poderes, neste caso por lei de iniciativa do Executivo, como manda a parte final do mesmo dispositivo, ...”.*

Reconhece-se como voz isolada na doutrina, mas que está em perfeita sintonia com decisões do Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição Federal, como se verá no tópico seguinte.

8.3 Posição do Supremo Tribunal Federal – STF

O Supremo Tribunal Federal tem manifestado sistematicamente o mesmo entendimento, consolidando-o, especialmente em sede Ação Direta de Inconstitucionalidade, no sentido de que a competência para propor a Revisão Geral Anual é do Chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da Federação, como se vê no voto da lavra do Ministro Ilmar Galvão, proferido na ADIN 2.506-CE, *verbis*:

Registre-se, inicialmente, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em considerar as normas básicas de processo legislativo constantes da Constituição Federal como de observância compulsória pelos Estados, estando aí incluídas as regras relativas à iniciativa reservada previstas no § 1.º do art. 61 do texto constitucional.

Nesse sentido, entre outros precedentes, a ADI 766, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e a ADI 2.115, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Por outro lado, o art. 37 da Carta da República, em seu caput, ressalta expressamente que as normas nele contidas se aplicam à “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Evidente, desse modo, que a regra do inc. X do art. 37 da Constituição é dirigida, entre outros, aos Governadores de Estado, que devem observá-la na forma da iniciativa privativa prevista no mencionado art. 61, §1.º, II, a, do texto constitucional.

No julgamento de caso análogo ao dos autos – ADI 2.061, relativa ao Presidente da República –, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 37,

X, da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, providência que implica a edição de lei específica, de iniciativa do Chefe do Executivo.

Tornou-se extreme de dúvida, portanto, incumbir ao Presidente, ao Governador ou ao Prefeito o cumprimento do imperativo constitucional, enviando, a cada ano, ao Poder Legislativo, projeto de lei que disponha sobre a matéria. (Grifou-se).

Este aresto é bastante definidor dos conceitos que trabalham os Ministros da Suprema Corte Nacional para fundamentar as suas decisões. É de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para propor a Revisão Geral Anual.

Entendimento simétrico pautou a posição da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul – PGE em parecer jurídico emitido recentemente.

8.4 Posição da Procuradoria Geral do Estado do RS

Sobre o tema, em sentido contrário ao entendimento do TCE – RS, manifesta-se com muita propriedade, ilustre membro do Procuratório Estadual Gaúcho, Dr. José Guilherme Kliemann, Procurador do Estado, em parecer normativo nº 14.141, de 23 de Dezembro de 2004:

(...)

3.3 No que pertine à iniciativa para o desencadeamento do processo legislativo, já fixou orientação o Supremo Tribunal Federal.

(...)

Observe-se que, na ADIn nº 3.303/DF, de igual teor, recentemente ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB em face de alegada omissão do atual Mandatário Nacional, é sustentado exatamente que em atenção ao dispositivo constitucional (art. 37, X) e em observância a legislação federal pertinente, é imperiosa a concessão de um índice único de reajustamento, válido para todos os servidores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, no mês de janeiro, com o escopo de recuperar o poder aquisitivo da expressão monetária dos vencimentos, subsídios e remunerações. E quem deve, obrigatoriamente, propor a lei anual de revisão é o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, consoante iniciativa prevista no artigo 61, § 1º, II, 'a', da Constituição Federal, 'ipsis litteris' (...).

Da mesma forma, na ADIn nº 2.481/RS (à semelhança de diversas outras ações idênticas intentadas contra atos omissivos de Governadores de vários Estados), também proposta por Partido Político (PDT), figurando como requerido o Governador do Estado do Rio Grande do Sul, não houve restrição quanto aos servidores públicos estaduais que deveriam ser contemplados com a lei que revisasse as remunerações e subsídios, na petição inicial e tampouco no aresto do Plenário do STF (D.J. 22.03.2002).

Tal entendimento restou ainda explicitado - não como obter dictum - por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.726/DF, ocorrido em 05.dez.2002 (D.J. 29.08.2003), nestes termos, verbis:

“Com efeito, tanto o aumento efetivo de remuneração quanto a revisão anual dependem de lei específica, esta última de iniciativa do Presidente da República (CF, artigo 61, II, ‘a’ e ‘e’) e a primeira de cada um dos Poderes, conforme o caso.”

E, nas Informações prestadas pelo senhor Presidente da República nessa ADIn, explicitou o senhor Advogado-Geral da União (Informações AGU/WM-17/2002):

“O segundo comando encontra-se inserido no mesmo preceito do Texto Fundamental (v. o Art. 37, item X, in fine, em sua redação atual) e se liga ao processamento da revisão geral, também condicionada à edição de lei específica, a ocorrer “sempre na mesma data e sem distinção de índices”. Por esses motivos, quais sejam, a revisão reputa-se geral e compreende data e índice indistintos, a correspondente norma de disciplinamento necessariamente deverá abranger os servidores integralmente. A última expressão grifada imprime ao espírito a convicção de que a `revisão geral` possui só e só aceção ampla: é desenganado que alcança indistintamente os servidores dos Três Poderes.”

Igualmente o senhor Procurador-Geral da República externa idêntico entendimento, assim posicionando-se no Parecer nº 4109/CF, de 10.dez.200410:

“Cumpra consignar, inicialmente, que, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, o dispositivo do art. 37, X, da Carta Federal passou a prever, expressamente, a periodicidade anual da revisão da remuneração dos servidores. Dessa forma, a iniciativa constitucionalmente assegurada ao Chefe do Executivo para deflagrar o processo legislativo atinente à revisão de estipêndio funcional (art. 61, § 1º, II, a) - que até então dependia apenas de sua vontade política - passou a ser vinculada, ou seja, exigida pela Constituição em intervalo não superior a 12 (doze) meses”.

...

“O texto constitucional faz menção à revisão geral anual, o que concede ao Presidente da República, titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, o período de 1 (um) ano para propor o reajuste por meio de Projeto de Lei.”

E, na mesma senda, o senhor Presidente da Câmara dos Deputados, em esclarecimentos prestados no Ofício GPO nº 1608/2004, de 02.dez.2004, referentes à ADIn nº 3.369/DF, deixou expresso o entendimento da Casa legislativa:

“Registre-se que desde a promulgação da Carta Magna, em 1988, a revisão geral de remuneração já constava do art. 37, como direito dos servidores públicos, a ser concedido sempre na mesma data. Com a Emenda Cons-

titucional nº 19, de 1998, alterou-se o inciso X, para consignar expressamente que a revisão geral deve ser anual e sem distinção de índices.

“Atento à modificação implementada pela referida emenda no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido o dever do Chefe do Poder Executivo de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, na qualidade de titular exclusivo da competência para a iniciativa do processo legislativo específico, nos termos do art. 61, § 1º, II, a, da CF.”

(...)

Desse modo, não há ofensa à autonomia dos demais Poderes na iniciativa, pelo Executivo, da lei que visa a dar cumprimento à norma constitucional. O princípio da separação do Poderes, por sua própria natureza, embora essencial ao Estado de Direito, não pode ser havido como absoluto, sobretudo em face de outros princípios constitucionais, cuja ponderação leva a que, na esteira da orientação do STF, prevaleça a isonomia resultante da iniciativa única - do Chefe do Poder Executivo, que possui a direção superior da Administração estadual (CF, art. 84, II) - que assegure generalidade e paridade ao reajuste geral através do mesmo projeto de lei. A lei - há muito afirma Pimenta Bueno - deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.

Isto ocorre de modo semelhante, por exemplo e dentre outros, no encaminhamento de projetos de lei que tenham por objeto o sistema de previdência dos servidores públicos estaduais. O regime próprio dos servidores estaduais ocupantes de cargos efetivos é único, e uno deve ser, via de consequência, o regramento legal, cuja iniciativa compete ao Governador do Estado.

(...)

4.Nessa linha de entendimento, e em atenção ao decidido pelo Excelso Pretório, editou o Governo Federal, em dezembro de 2001, a Lei nº 10.331, que Regulamenta o inciso X do art. 37 da Constituição, que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e das fundações públicas federais. A Justificativa apresentada ao projeto (nº 5.299-A, de 2001), encaminhado pelo senhor Presidente da República ao Congresso, foi subscrita pelos senhores Ministros Martus Tavares, Pedro Sampaio Malan e Gilmar Ferreira Mendes.

Em meados de 2003, o senhor Presidente da República voltou a encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei - o qual deu origem à Lei nº 10.697, de 02.jul.2003 - dispondo sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais. A Justificava foi subscrita pelos senhores Ministros Guido Mantega e Antonio Palocci Filho.

Assim, por intermédio de Leis de iniciativa do Chefe do Poder Executivo federal, todos os agentes públicos da União, dentre os quais os membros

da magistratura federal, foram e são beneficiados pelos índices de revisão geral anual. E a inequívoca incidência irrestrita das disposições da Lei nº 10.331/2001 levou os senhores Ministros Presidentes dos Tribunais Superiores (STF, TSE, STJ, STM e TST), além do senhor Presidente do TJ/DF, a fazerem expressa referência a esse diploma no projeto que reestruturou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário da União (Lei nº 10.475, de 27.jun.2002).

Gize-se não importar em restrição o fato de as citadas Leis referirem-se a servidores públicos, e não a agentes públicos. Nitidamente o enunciado dixit minus quam voluit, na medida em que o inciso X do art. 37, regulamentado pelos referidos Diplomas legais, ao fazer referência à remuneração e subsídio, abarca, como visto, a totalidade dos agentes públicos.
(...)

Conclui-se, diante do exposto, que a revisão geral anual da remuneração e dos subsídios fixada no inc. X do art. 37 da Constituição da República alcança, através de lei que assim disponha, os servidores públicos e agentes políticos dos três Poderes e MP, devendo o percentual de recomposição ser único e concedido em uma mesma data, competindo exclusivamente ao Governador do Estado o desencadeamento do processo legislativo. Os gastos decorrentes da revisão geral anual, embora caracterizem “despesa com pessoal”, não estão sujeitos aos limites percentuais fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, por decorrerem de imperativo constitucional, o mesmo não se verificando em relação aos aumentos ou reajustes concedidos por leis, de forma isolada, no âmbito de cada um dos Poderes e do Ministério Público.

O Ilustre parecerista fundamenta muito bem a posição defendida, com citações doutrinárias, jurisprudenciais que claramente delineiam suas conclusões. Portanto, para realização deste trabalho adota-se integralmente esse entendimento, pelas razões que o fundamentam.

8.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF nº. 3459-RS

O Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Chefe do Poder Executivo Estadual, Germano Antônio Rigotto, legitimado para tal, ingressou com Ação direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, que ganhou o nº. 3459-RS, nos termos e fundamentos constantes do Parecer da PGE - RS, examinado no tópico anterior. A ação direta foi intentada em 7.04.2005, questionando o alcance de dispositivo contido na Lei Estadual nº 12.222.

A tese sustentada é exatamente pela competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciativa de lei que verse sobre Revisão Geral Anual e que, por isso, a referida lei continha vício formal.

A Suprema Corte colheu as informações que entendeu pertinente, submeteu os autos aos órgãos que têm a competência para manifestarem-se, e, diante disso, encontra-se em julgamento. Até a data de 15.07.2005, foram colhidos quatro votos favoráveis à concessão de liminar acolhendo a tese esposada na

Ação, reconhecendo a competência privativa ao Chefe do Poder Executivo Estadual, estando suspenso o julgamento pelo pedido de vista do quinto Ministro julgador.

De todo o exposto, não só quanto à competência para iniciativa de proposição legislativa, mas também da abrangência do instituto em exame, bem como do alcance dos beneficiários, ou seja, de tudo o que foi examinado, visto em relevo As modernas proposições hermenêuticas constitucionais, constata-se a sintonia que esses entendimentos guardam com outros dispositivos da Carta Política Pátria, preservando-se a sua unidade e coerência, numa concepção de sistema hierarquizada, em que os princípios sobrepujam as regras. Segue-se o exame, ainda que resumidos, de outros comandos constitucionais que influenciam positivamente no entendimento estruturado neste trabalho.

9 A SISTEMATICIDADE COM OUTROS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

9.1 Não pode haver diferenças vencimentais entra poderes

Art. 37, XII – os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

Inequivocamente, ainda hoje é mera intenção do legislador constitucional.³⁹ Porém como diretriz, robustece a noção de que a revisão geral anual é única para os três poderes, além dos órgãos com autonomia orçamentária e administrativa. Apenas para exercício intelectual, supondo que houvesse o equilíbrio de vencimentos entre os servidores desses órgãos, uma revisão anual setorizada, por poder, acarretaria desequilíbrio imediato se um ou alguns desses poderes não tivesse disponibilidade orçamentária, financeira ou mesmo quisesse aplicar índice diferente dos outros. Portanto, a reposição do poder de compra deve ser para todos os servidores públicos⁴⁰, nos mesmos índices, sob pena de ferir esse princípio que propõe paridade vencimental entre os poderes, balizando acertadamente por aquele poder que tem mais dificuldade de proporcionar uma política remuneratória mais atualizada que é o Executivo.

9.2 Irredutibilidade de Subsídios e Vencimentos

Art. 37, XV – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts.39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

³⁹ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Edição, Malheiros Editores, pág. 665. Texto: (...) O primeiro a dizer que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo; em verdade, esse referencial nunca foi obedecido.

⁴⁰ Servidores Públicos contemplados com a revisão geral anual: item 5 deste trabalho.

Princípio já consagrado, antes alcançado a magistratura e aos membros do ministério público, agora estendido aos ocupantes de cargos e empregos públicos. Num primeiro plano, por óbvio, refere-se à expressão nominal do subsídio e do vencimento, ressalvado a aplicação do chamado “teto remuneratório”, o ajuste para a correção de acréscimos pecuniários que incidiam um sobre o outro – chamado efeito “cascata” –, etc. Também deve ser compreendida aqui a perda do poder aquisitivo do estipêndio. Como já se disse no item anterior – 7 – Periodicidade de concessão e isonomia de tratamento –, o princípio da irredutibilidade, por óbvio, não diz apenas com o seu valor nominal, mas com a preservação da sua capacidade de compra. Nesse sentido, o princípio encontra em perfeita conformidade com o instituto da Revisão Geral Anual, porquanto este visa exatamente a recomposição em termos substanciais das remunerações e subsídios.

9.3 Política Vencimental Conjunta

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

- I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;
- II – os requisitos para investidura;
- III – as peculiaridades do cargo.

Lamentavelmente está-se diante de mais um dispositivo constitucional sem o devido cumprimento. Sobre essa perspectiva, no Brasil, verifica-se a absoluta obediência ao princípio da separação dos poderes, cujo sistema de *check and balances*, é seguido somente sob o aspecto formal, não há, definitivamente, a decantada harmonia. Notadamente está-se diante de um verdadeiro “tabu”, pois como é de todos conhecidos, existem verdadeiros abismos quantitativos entre os estipêndios pagos por um e outro Poder. Também não é ignorado que o Poder Judiciário, o Poder Legislativo, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, em razão de sua autonomia orçamentária e administrativa, quase que ilimitada, pagam os melhores vencimentos e subsídios que o Poder Executivo.

Certamente, por isso, não se tem notícia da existência de algum conselho de política de administração e remuneração de pessoal, para fixação dos padrões de vencimento conforme prevê o texto constitucional.

Apesar disso, nota-se mais uma vez, o intento do legislador constitucional em homogeneizar a política de pagamentos de pessoal, entre os diversos órgãos, de forma que, por componente federado, deseje alcançado tal desiderato.

Esses dispositivos guardam consonância sistêmica com o princípio da preservação e recuperação do poder aquisitivo da remuneração e dos subsídios de

todos servidores públicos, uniformemente, haja vista o alcance pretendido para a Revisão Geral Anual.

9.4 Relação entre a Maior e a Menor Remuneração dos Servidores Públicos

Art. 39...

...

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecidos, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

Esse é outro dispositivo que não encontra um único movimento no sentido de promovê-lo. Mas a vontade do legislador constitucional é clara no sentido de balizar os mínimos e máximos em termos de remuneração dos servidores públicos de toda uma unidade federada. Notadamente revela a preocupação com a justiça e o equilíbrio na retribuição pecuniária com a força de trabalho, cuja discrepância graça neste País. Nesse sentido, encontra simetria com o princípio da preservação do poder aquisitivo a todos os servidores públicos, impedindo que uma ou outra categoria, com maior poder político, consiga avançar demasiadamente em relação aos demais, ou que fique prejudicado, sem a devida reposição inflacionária.

9.5 Publicidade Anual dos Valores do Subsídio e da Remuneração

Art. 39...

...

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

Outro dispositivo não cumprido, ao menos em sua integralidade, mas em perfeita sintonia com a finalidade da Revisão Geral Anual. Com a publicidade vem a transparência necessária no trato da coisa pública. Assim, torna-se conhecido por todos os abusos e a injustiças nas políticas remuneratórias praticadas.

Como se vê, o legislador constitucional criou um elenco de dispositivos para o justo tratamento da política remuneratória e de subsídios. Todos esses dispositivos visam o tratamento equilibrado nesta área tão sensível da administração pública deste País, com tantos abusos cometidos. A Revisão Geral Anual é um componente importante para a instituição de uma estrutura de pagamento de servidores públicos de forma responsável e transparente.

Esses dispositivos bem entendidos revelam claramente a unidade no intento do legislador constitucional, que lamentavelmente muitos ainda não conseguiram entender, não querem ou não lhes convém esse entendimento.

De outra parte, não se pode esquecer que o instituto da Revisão Geral Anual encontra no ordenamento infraconstitucional tratamento diferenciado quando se trata de limites do gasto público. Por derradeiro é que se examinará a seguir.

10 IMPLICAÇÃO COM A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – LCF N° 101/2000

A Lei de Responsabilidade Fiscal, que fixa balizas ao administrador público para o controle das finanças públicas, estabelece o seguinte mecanismo para fins de Revisão Geral Anual, *verbis*:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos no art 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo Único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) são vedados ao poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido em excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, **ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;** (Grifou-se).

(...)

Portanto, há ressalva expressa no Texto Legal, autorizando a supressão de despesas realizadas com Revisão Geral Anual, para fins de cômputo dos limites por ela instituído.

Ao contrário *sensu* teria-se que, outras formas de aumento de despesas de pessoal, tais como: concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação está vedado a partir do momento que ocorrer o excesso previsto no parágrafo único transcrito.

O Tribunal de Contas do Estado sob esse aspecto tem interpretação diferenciada.⁴¹ No Parecer Coletivo nº 3 de 2002, daquela Corte, foi fixado o entendi-

⁴¹ Tribunal de Contas do Estado do RS - Parecer Coletivo nº 3 de 2002. Texto: A primeira questão a ser abordada diz respeito à maneira como deve ser considerada a "revisão geral anual", prevista no inc. X do art. 37 da Constituição Federal, em relação aos ditames da LC nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Não parece haver dúvida, (a) seja diante do exposto teor da LRF (art. 22, parágrafo único, I, in fine), (b) seja diante do fato de que a interpretação sistemática da lei (ainda que tal dispositivo antes mencionado inexistisse), para dar-lhe compreensão conforme a Constituição, necessariamente haveria de respeitar o direito assegurado pela mesma Constituição, (c) seja porque o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2061-7 (e depois em várias outras, das quais se destaca a de nº 2481-7, referente ao Estado do Rio Grande do Sul), considerou em mora os demandados, quanto ao encaminhamento do projeto de lei que versa sobre a referida "revisão geral anual", mesmo após a vigência da LRF ou, enfim, (d) seja porque a orientação desta Corte, fixada quando da aprovação dos Pareceres nº 70/2000, deste Auditor, e nº 5/2001, da lavra da Auditora Substituta de Conselheiro ROSANE HEINECK SCHMITT (aprovados pelo Tribunal Pleno em 06-12-2000 e em 07-03-2001, respectivamente), já é sólida no sentido de que as limitações impostas pela LRF atingem tão-somente "atos concretos de disposição dos administradores, e não meros atos de gestão", sendo que nestes últimos é que estaria caracterizada a hipótese da "revisão geral anual", visto que se trata de direito dos servidores públicos e membros de Poder (ato vinculado) e não de concessão ao arbítrio da Administração, que a "revisão geral anual" de que trata o inc. X do art. 37 da Constituição Federal não colide com as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal voltadas para o equilíbrio das contas públicas, onde o controle das despesas com pessoal afigura-se como um dos seus elementos, não se podendo cogitar de qualquer sanção ou medida a ser adotada como consequência da observância da regra constitucional pela Administração. Já quanto ao segundo aspecto da situação posta com o relatório apresentado, atinente ao modo como deve ser considerado o valor concernente à "revisão geral anual", em relação às "despesas com pessoal", há divergência entre a orientação proposta pela Assessoria Especial da Presidência do Tribunal de Justiça e a posição da Consultoria Técnica. Considera a signatária do parecer de fls. 06/16, a Senhora Juíza de Direito, Assessora da Presidência, DENISE OLIVEIRA CEZAR, que

mento de que os gastos decorrentes da Revisão Geral Anual de que trata o inc. X do art. 37 da Constituição Federal integram o conceito de “despesas de pessoal”, como fixado no art. 18 da LC nº 101/200, porém, admite que não se pode cogitar de qualquer sanção ou medida a ser adotada como consequência da observância da regra constitucional pela Administração Pública.

Portanto, a definição em projeto de lei que verse sobre a revisão ou fixação dos estímulos dos servidores públicos passa a ter tratamento diferenciado no tocante as definições da Lei de responsabilidade fiscal. Em princípio, ainda que o ente estatal federado ou determinado Poder tenha atingido o limite fixado na referida lei, há possibilidade de se conceder a Revisão Geral Anual. Por outro lado, meras fixações, realinhamentos, etc., podem prosperar pelo contingenciamento imposto a despesas desta natureza.

11 CONCLUSÃO

Isso posto, é possível se extrair conclusões, em síntese, acerca do que foi examinado. Destacando-se pontualmente teria-se:

“não se deve incluir no relatório de gestão fiscal as despesas decorrentes do cumprimento do comando constitucional inserto no inciso X do art. 37, ou seja, as decorrentes da reposição geral”, linha que orientou o Relatório de Gestão Fiscal, ora em foco. Já a Informação nº 075/2002, da Consultoria Técnica deste Tribunal, afasta a mencionada exclusão (fls. 84), afirmando que tal valor deve integrar as “despesas com pessoal”. De fato, embora os gastos decorrentes da “revisão geral anual” não gerem quaisquer sanções, restrições ou limitações, para os responsáveis, ainda que ultrapassados os limites impostos pela LRF (pela singela razão de que se trata de cumprimento de uma imposição constitucional), mesmo assim os montantes despendidos a este título não se desnaturam como “despesas com pessoal”. Na linha que já foi firmada por ocasião do Parecer Coletivo nº 2/2002 (aprovado pelo Tribunal Pleno em sessão de 08-05-2002), assumido o caráter eminentemente financeiro que dirige a LRF toda saída efetiva de recursos destinada a pessoal, ativo ou inativo, de tipo remuneratório, conforme preceitua o art. 18 da lei, em plena consonância com o disposto no art. 169 da Constituição Federal. E, indubitavelmente, os gastos consequentes à concessão da “revisão geral anual” importam (a) gasto efetivo (isto é, financeiro) (b) realizado com pessoal, (c) a título de remuneração. Logo, estes gastos devem ser computados como “despesa com pessoal”. Acolhe-se, assim, a idéia, cara a NEIL MacCORMICK (apud MANUEL ATIENZA, em *As Razões do Direito*, São Paulo: Landy, 2000, p. 188), de que uma decisão sobre matéria jurídica deve satisfazer, entre outros, ao requisito da coerência normativa: “um mecanismo de justificação, porque pressupõe a idéia de que o Direito é uma empresa racional; porque está de acordo com a noção de universalidade - como componente da racionalidade na vida prática - ao permitir considerar as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido; porque promove a certeza do Direito, já que as pessoas não podem conhecer com detalhe o ordenamento jurídico -, porém podem conhecer seus princípios básicos; e porque uma ordem jurídica que fosse simplesmente não-contraditória não permitiria orientar a conduta das pessoas”. Ora, admitido que a “revisão geral anual” corresponde à reposição decorrente do fenômeno inflacionário, se os gastos dela decorrentes não forem computados nas “despesas com pessoal”, cedo os percentuais fixados na LRF como limites a estas despesas seriam objeto de flagrante distorção. Isto porque, lato sensu, a mesma inflação afeta a “Receita Corrente Líquida”, que ficaria assim nominalmente acrescida, ano após ano, sem o mesmo reflexo nas “despesas com pessoal”. Em um curto espaço de tempo, estes gastos estariam artificialmente reduzidos a percentuais insignificantes, oportunizando a pretensão à concessão de reajustes (além da “revisão geral anual”) que ainda produzissem “despesas com pessoal” aquém dos limites legais (inclusive dos limites globais do art. 19 da LC nº 101/2000). Nesta medida, a efetividade da Lei de Responsabilidade Fiscal estaria inevitavelmente comprometida, pois não haveria nem “controle das despesas com pessoal” e, tampouco, busca do “equilíbrio das contas públicas”. As estruturas normativas, como já foi dito, devem ser coerentes, razão pela qual impõe-se reconhecer que os gastos decorrentes da “revisão geral anual” de que trata o inc. X do art. 37 da Constituição Federal integram o conceito de “despesas de pessoal”, como fixado no art. 18 da LC nº 101/2000.

a) A interpretação jurídica, em especial do Texto constitucional, não pode prescindir de uma abordagem sistemática, portanto que haja coerência entre as disposições a serem trabalhadas, preservando a sua unidade e ao mesmo tempo a abertura necessária para receber a influência viva da realidade, onde se estabeleça a hierarquia necessária entre princípios e regras, e, no conflito, seja ponderada a proporcionalidade de forma a minimizar o prejuízo a norma ou princípio a ser mitigada;

b) Que a revisão preconizada no texto constitucional é efetivamente um mecanismo de correção do poder aquisitivo das remunerações e subsídios em face dos corrosivos efeitos da inflação que ronda permanentemente a economia Nacional;

c) Que os beneficiários da Revisão Geral Anual são todos os servidores públicos, exceto aqueles contratados por tempo determinado, e os militares;

d) Que a lei que determinar a Revisão deve tratar exclusivamente desta matéria;

e) Que com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 ao artigo 37, inciso X, ficou evidenciado o caráter anual da Revisão;

f) Que apesar do entendimento contrário da doutrina majoritária e do TCE – RS, a competência privativa para iniciativa legislativa é do Chefe do Poder Executivo, como ficou cabalmente demonstrado, amparado por decisões sistemáticas do Supremo Tribunal Federal – STF;

d) Que essas conclusões até aqui obtidas encontra sistematicidade com outros dispositivos constitucionais, preservando a desejada coerência e unidade do Ordenamento Superior; e, por fim:

e) Que a Lei de Responsabilidade Fiscal dá tratamento diferenciado aos efeitos da Revisão Geral Anual nas despesas com pessoal. Assegura de certa forma a possibilidade de se extrapolar os limites, sem que haja sanções ao administrador, diferentemente de outras formas de elevação das remunerações e dos subsídios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *“Teoria da Argumentação Jurídica”*, Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva e revisão Cláudia Toledo, 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto, *“Teoria dos Princípios”*, 4ª edição, 2ª tiragem, Malheiros Editores.

BONAVIDES, Paulo, *“Curso de Direito Constitucional”*, 15ª Edição, Malheiros Editores.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira, *“Constituição Federal Interpretada pelo STF”*, 5ª edição, Editora Juarez de Oliveira.

- FREITAS, Juarez, *“A Interpretação Sistemática do Direito”*, 4ª edição, revista e ampliada.
- FREITAS, Juarez, *“O interprete e o poder de dar vida à Constituição: Preceitos de exegese Constitucional”*, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*.
- GADAMER, Hans-Georg, *“Verdad y método”*. Tradução de Ana Agud Aparicio e Rafael Agapito. 3ª ed., Salamanca: Singueme, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles, *“Direito Administrativo Brasileiro”*, 29ª edição, Malheiros Editores.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *“Curso de Direito Administrativo”*, 17ª edição, Malheiros Editores.
- MORAES, Alexandre de, *“Direito Constitucional”*, Nona Edição, Editora Atlas S.A.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *“Curso de Direito Administrativo”*, 13ª edição, Editora Forense.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *“Curso de Direito do Trabalho”*, 10ª Edição, Saraiva.
- MARTINS, Sérgio Pinto, *Comentário à CLT*, 7ª Edição, Editora Atlas.
- MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 8ª Edição, Editora Revista dos Tribunais.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *“Direito Administrativo”* 14ª Edição, Editora Atlas S.A.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parecer sobre “Reforma Administrativa”*, in *“Caderno Especial da APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo”*, edição de julho de 1998.
- SILVA, José Afonso, in *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, 16ª ed., Malheiros.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA CONTRIBUINDO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Josué Emilio Möller¹

RESUMO: Os direitos humanos, elevados a um status de paradigma político-jurídico na modernidade, gozam de aprovação generalizada. Eles conformam, no contexto de um ambiente global consideravelmente desregulamentado, esperanças de uma globalização humanitária e solidária, implementada mediante o desenvolvimento de um projeto de comunidade humana global. A sua valorização na política e no direito internacional, corroborada pela ampla ratificação das declarações e pactos que constituem o International Bill of Rights, e demais tratados internacionais, além de sua incorporação histórica no âmago de Constituições modernas, não deve ensejar, todavia, a errônea ilação de que a sua efetividade está plenamente assegurada pela normatização. A efetivação dos direitos humanos, perpassa pela transposição das justificativas metafísico-essencialista-ontológicas propiciadas pela adoção de uma perspectiva hermenêutica jurídica clássica ou metodológica, para as propiciadas pela perspectiva da hermenêutica filosófica, implicando uma atitude ética, por parte do intérprete, condizente com um ato de resistência em favor da preservação e cumprimento dos compromissos associativos encerrados nos textos internacionais e nacionais (constitucionais).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos – Compromissos associativos – Efetivação de direitos – Hermenêutica filosófica

¹ Doutorando em Sistemas Jurídicos e Político-Sociais Comparados pela Università degli Studi di Lecce/Itália. Bolsista do Programa de Bolsas de Alto Nível da União Européia para a América Latina – ALBAN. Mestre e Bacharel em Direito pela Unisinos/Brasil. Professor do Mestrado em Instituições e Culturas Constitucionais Comparadas da Università degli Studi di Lecce/Itália. Membro da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito – ABRAFI, da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social – IVR (Internationale Vereinigung für Rechts – und Sozialphilosophie), da Rede Européia Direito e Sociedade - RED&S (Réseau Européen Droit et Société/França). Advogado. Autor das obras: A justiça como equidade em John Rawls, SafE Editora, 2006 e A fundamentação ético-política dos direitos humanos, Juruá Editora, 2006. O presente ensaio foi inicialmente desenvolvido durante o curso de Mestrado em Direito na UNISINOS, tendo o autor contado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico – CNPq/Brasil, órgão do qual foi bolsista nos anos de 2003 e 2004. E-mail's: josuemoller@hotmail.com; josuemoller@yahoo.com.br; e josuemoller@alice.it.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos foram elevados a um *status* de paradigma político-jurídico na modernidade e gozam de aprovação generalizada. A sua valorização na política e no direito internacional, corroborada pela ampla ratificação das Declarações e pactos que constituem o *International Bill of Rights*², e demais tratados internacionais, além de sua incorporação histórica no âmago de Constituições modernas, não deve ensejar, todavia, a errônea ilação de que a sua efetividade está plenamente assegurada pela normatização.

É certo afirmar que foram as experiências históricas de violência, barbárie e exclusão, perpetradas contra os seres humanos por seus semelhantes, que ensejaram o reconhecimento dos direitos humanos e deram azo ao estabelecimento de compromissos jurídicos com a finalidade de possibilitar a coexistência humana digna em um ambiente comum. O comprometimento jurídico acerca dos direitos fundamentais, por sua vez, ampliou a problemática relacionada com a abordagem destes direitos de um plano de fundamentação meramente normativa para um plano de proteção efetiva. Entende-se que a concretização da proteção dos direitos humanos no contexto de um ambiente global caracterizado pela desregulamentação e pela fragilidade das instituições internacionais, depende da efetivação operada a partir do âmbito dos Estados Constitucionais.

O presente ensaio pretende abordar, de forma sintética, o modo pelo qual os motivos que ensejam o reconhecimento dos direitos humanos no âmbito internacional e no âmbito nacional incorporam o cerne de uma tarefa jurídico-interpretativa tendente a efetivá-los. Dito de outro modo, o trabalho pretende demonstrar a importância que a adoção da hermenêutica filosófica possui para a efetivação dos direitos humanos fundamentais, considerando-se os conteúdos ético-políticos e jurídicos expressos em documentos que estabelecem os compromissos normativos assumidos por uma comunidade humana como decorrentes de e relacionados com uma experiência histórica determinada.

2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos adquiriram relevância na modernidade, opondo-se de forma crítica aos privilégios de classes e estabelecendo a pretensão material de conformarem direitos de igualdade e liberdade.

O comprometimento jurídico a seu respeito tomou corpo a partir das revoluções norte-americana e francesa, na medida em que as declarações de

² O chamado *International Bill of Rights* é constituído pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do pelo Pacto Internacional sobre Direitos Científicos, Sociais e Culturais (BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 11; e VIEIRA, Oscar Vilhena. "Globalização e constituição republicana" in PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 461).

direitos proclamadas a partir destas circunstâncias aliaram o estabelecimento de direitos fundamentais de indivíduos pertencentes a uma comunidade específica com uma pretensão de reconhecimento universal. Os direitos humanos foram historicamente incorporados em Constituições e acabaram conformando as funções dos Estados.

A forma de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, nos âmbitos internacional e nacional, acaba determinado a sua adoção como parâmetro ético-político primordial de validação de normas e dos atos decorrentes da atuação estatal.

2.1. O Reconhecimento dos Direitos Humanos no Âmbito Internacional

Os direitos humanos, entendidos como paradigma político-jurídico no âmbito internacional, adquiriram relevância na modernidade. Em que pese o fato de alguns elementos históricos que fazem parte da idéia central desses direitos remontarem à antigüidade, dentre os quais, as idéias da inviolabilidade da dignidade de cada ser humano, da solidariedade humana cosmopolita, da afirmação da liberdade e da igualdade originais de todas as pessoas, a combinação de tais elementos consiste em uma composição normativa tipicamente moderna. Dito de outro modo, o entrelaçamento da idéia da inviolabilidade da dignidade humana com a idéia de reivindicação política e jurídica de liberdade para todas as pessoas, compõe uma noção normativa que surgiu com a modernidade e que se manifestou na conformação dos direitos humanos³.

Os direitos humanos entendidos enquanto produto da experiência moderna opõem-se de forma crítica à ordem jurídica tradicional de classes com privilégios, razão pela qual firmam a pretensão emancipatória de serem direitos de igualdade e liberdade dos homens em postulados que reivindicam comprometimento jurídico. O comprometimento jurídico internacional acerca dos direitos humanos, que reúne a pretensão de universalidade sobre as ordens jurídicas particulares, a sua força emancipatória, e a sua tendência de imposição política e jurídica, toma corpo a partir das revoluções democráticas do final do século XVIII, ocorridas na América do Norte e na França.

A Declaração de direitos do povo da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 1776, e a Declaração de direitos do homem e do cidadão (*Déclaration des droits de l'homme e du citoyen*), de 1789, marcam a ruptura de uma interpretação dos direitos humanos que não reivindicava comprometimento jurídico, para suplantá-la por outra que firmava os direitos humanos, na esteira de uma nova base de política e de direito, como parâmetro dos tempos modernos⁴ e como fator de transformação da realidade.

³ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Op. cit. p. 37.

⁴ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Op. cit. p. 38.

Os direitos humanos, incorporados em tratados internacionais e Constituições, passam a partir de então a impor os limites e as possibilidades do exercício do poder dos Estados. Os seus conteúdos são, assim, percebidos como expressão de compromissos jurídicos estabelecidos e assumidos por Estados, razão pela qual são entendidos como históricos, na medida em que são formulados quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos, podendo-se falar em gerações de direitos humanos⁵.

O processo de internacionalização dos direitos humanos envolve a redefinição do alcance do tradicional conceito de soberania estatal e a redefinição do *status* do indivíduo no cenário internacional, e tem como precedentes históricos, dentre outros, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Estes institutos contribuíram no processo de desenvolvimento dos direitos humanos no âmbito internacional, na medida em que privilegiaram o ser humano e promoveram a limitação da soberania estatal absoluta, mediante a proteção dos direitos fundamentais em situações de conflito armado, a fixação da manutenção da paz e da segurança internacional como objetivos internacionais, e o estabelecimento de padrões globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial. O Direito Internacional ou Direito dos Povos, até então restrito à regulamentação entre Estados soberanos no âmbito estritamente governamental, passou a abranger obrigações internacionais que salvaguardam os direitos do ser humano, a serem garantidas e implementadas coletivamente⁶.

A consolidação internacional dos direitos humanos ocorre, contudo, em meados do século XX, em decorrência dos “atos de barbárie que feriram profundamente a consciência da humanidade”⁷ cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. A crença, partilhada pela comunidade internacional, de que parte das monstruosas violações dos direitos humanos perpetradas pelo nacional-socialismo de Adolf Hitler poderiam ter sido evitadas mediante a existência de um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos, ensejou “o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica”⁸ mediante a instituição da Organização das Nações Unidas em 1945, e a conseqüente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

O reconhecimento dos direitos humanos universais como parte integrante do Direito Internacional ou Direito dos Povos caracterizou-se como uma velada

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 131-139; e BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Op. cit. p.13.

⁷ Alusão ao preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁸ PIOVESAN, Flávia. “A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos” in *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 135.

revolução operada no âmbito mundial e foi desencadeado por experiências internacionais de agressão, dentre as quais o genocídio praticado pelo regime nazista figurou como a principal. Esta percepção acarreta a designação, feita por Christian Tomuschat, de 1945 como o ano da “transição copernicana dos direitos humanos”, pois a partir de então a promoção dos direitos humanos foi reconhecida como meta obrigatória pela comunidade das nações⁹.

As experiências históricas operaram a transposição da abordagem dos direitos humanos de um plano restrito de justificação da metafísica e da filosofia da consciência para alcançar o plano da proteção e da concretização. A importância e a necessidade da implementação dos direitos humanos como compromisso ético global acarretou a conformação de uma tradição que adotou a sua proteção e concretização como parâmetro de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional¹⁰.

A concepção contemporânea dos direitos humanos, caracterizada pela universalidade e pela indivisibilidade, foi introduzida pela Carta da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1945, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e por duas abrangentes convenções que ensejaram o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Científicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Esses quatro documentos constituem a chamada Declaração Internacional de Direitos (*International Bill of Rights*)¹¹, que, juntamente com uma série ampla de tratados especiais sobre direitos humanos, contribui para o contínuo avanço dos seus conteúdos.

A concepção contemporânea dos direitos humanos, ao consagrar direitos cíveis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conseqüentemente, o valor da liberdade com o valor da igualdade, e adota o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Os direitos humanos foram e são, assim, sucessivamente expandidos, cumulados e fortalecidos no âmbito normativo¹².

Os direitos humanos aparecem como uma construção teórico-jurídica que se suporta em identidades comuns¹³ e importa a afirmação de uma ética universal ao envolver a idéia de consenso sobre valores de cunho universal¹⁴. Esta

⁹ TOMUSCHAT, Christian apud BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Op. cit. p. 13.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. “A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”. Op. cit. p. 139.

¹¹ BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Op. cit. p. 11; e VIEIRA, Oscar Vilhena. “Globalização e constituição republicana” in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 461.

¹² PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 160; e MORAIS, José Luis Bolzan de. “Direitos humanos ‘globais (universais)’”. De todos, em todos os lugares! in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2001, p. 46.

¹³ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 64.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. “A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”. Op. cit. p. 136.

concepção ética universal, consubstanciada no conteúdo dos direitos humanos, encontra amparo na capacidade de indivíduos diferentes coexistirem em um ambiente comum e incorpora como pressupostos o fato do pluralismo cultural (multiculturalismo) e o valor da tolerância. Enquanto o fato do pluralismo cultural percebe a inviabilidade de uma cultura¹⁵ que se pretende como verdadeira e ideal, o valor da tolerância reenvia os indivíduos e povos que não querem viver juntos à simples coexistência, razão pela qual supõe a existência de regras mínimas de reciprocidade que devem impedir que os grupos que não se amem, se matem¹⁶. Como bem explicita Michael Walzer, “a tolerância torna a diferença possível; [e] a diferença torna a tolerância necessária”¹⁷. O viver em conjunto presume o estabelecimento de uma comunhão de fins que permita a sobrevivência do outro.

Os direitos humanos, nesta esteira, no contexto de um ambiente global consideravelmente desregulamentado que promove influxos e demandas que buscam minorar a atuação estatal em razão de propaladas “tendências globais” que escondem interesses que movem os novos protagonistas globais, acabam por conformar a idéia de um projeto de comunidade humana global. A globalização, pensada sob um prisma diferenciado que remonta às origens do termo¹⁸, envolve a possibilidade de implementação de um projeto de universalização que preserve a autonomia dos Estados ao conjugar uma fundamentação ética adequada para um ambiente global e uma concretização em um ambiente local, a partir de “padrões compartilhados do justo”¹⁹.

A idealização de uma comunidade humana global, erigida com base no regime internacional de direitos humanos, propicia a sustentação de uma “nova soberania” que estabelece e impõe as possibilidades e os limites do Estados Nacionais²⁰. Outrossim, chama a atenção para a compreensão do papel desempenhado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, convenções e tratados internacionais relativos aos direitos humanos²¹, em um processo que pode ser denomi-

¹⁵ A definição do termo “cultura” é imprecisa, mas pode ser genericamente concebida como o conjunto satisfatoriamente padronizado e coerente de idéias que constituem a visão de mundo e de si mesmo de um dado povo (MAYBURY-LEWIS, David. “A antropologia numa era de confusão”. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Bauru, v.17, n.50, 2002, p.18).

¹⁶ ZARKA, Yves Charles. “Elaborar uma teoria política da coexistência.” IHU On-line: Boletim semanal do Instituto Humanitas. São Leopoldo, n.52, 2003, p. 5.

¹⁷ WALZER, Michael. Da tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XII.

¹⁸ A origem da palavra “globalização”, que precede a acepção econômica predominante na atualidade, reside na previsão otimista, feita em 1944, por dois autores, Reiser e Davies, de uma “síntese planetária de culturas” a ser promovida por um “humanismo global” (GÓMEZ, José Maria. Política e democracia em tempos de globalização. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. p. 18).

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Direitos humanos ‘globais (universais)’. De todos, em todos os lugares.” Op. cit. p. 70.

²⁰ GÓMEZ, José Maria. Op. cit. p. 116.

²¹ A Declaração Universal é, porém, apenas um primeiro passo nesse processo de constitucionalismo globalizado que vem sendo propulsoado pelos direitos humanos (VIEIRA, Oscar Villhena. “Globalização e constituição republicana” in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.461).

nado de “internacionalização do direito constitucional que se complementa pela internalização/constitucionalização do direito internacional público (dos direitos humanos)”²²⁻²³.

2.2 O Reconhecimento dos Direitos Humanos no Âmbito Nacional

A compreensão do alcance e do reconhecimento dos direitos humanos no âmbito nacional, mais propriamente, no âmbito do Estado Constitucional, envolve a percepção da vinculação indissociável que existe entre estes direitos e as noções de Constituição e Estado de Direito. A abordagem destas noções, por sua vez, remonta ao entendimento da maneira pela qual um povo se organiza com vistas à formação de uma comunidade humana ou política.

A organização de uma comunidade humana surge para suprir necessidades, satisfazer interesses, compatibilizar liberdades, enfim, para resolver os problemas da vida associativa e para concretizar os planos ou projetos comuns de um povo²⁴. Neste contexto, os fins comuns de um povo, ou seja, os objetivos e valores partilhados pelos indivíduos que compõem uma comunidade específica, são estabelecidos em um documento que expressa o compromisso ético-político e jurídico fundamental, a Constituição, e garantidos mediante o uso da força legítima por um organismo instituído, o Estado. O Estado Constitucional apresenta-se como ente que, em razão de ter sido instituído e institucionalizado no seio de uma comunidade humana, instrumentaliza a vida em sociedade mediante o estabelecimento de parâmetros para o exercício do poder e a efetivação dos compromissos associativos de um povo.

A Constituição, portanto, entendida como expressão do pacto social, consiste no acordo de vontades políticas que é desenvolvido em um espaço que permite a consolidação das pretensões sociais de um grupo²⁵. Esta idéia de Constituição, de certa forma, pode ser encontrada no pensamento de Aristóteles, na ocasião em que o filósofo concebe a organização originária e a perpetuação de uma comunidade política como o empreendimento, desenvolvido com vistas à obtenção de vantagens para os seus membros, que subordina todas as outras espécies de associações e firma o bem comum como o objetivo dos legislado-

²² MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos direitos humanos. Op. cit. p. 89.

²³ “A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade.” (PIOVESAN, Flávia. “Globalização econômica, integração regional e direitos humanos” in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 44).

²⁴ “Nenhum homem é capaz de suprir suas necessidades próprias sem a ajuda da sociedade; e estas necessidades, atuando sobre cada indivíduo, os impelem todos para a sociedade, como a gravidade atrai naturalmente para um centr. [...] Mas ela foi além. Não apenas forçou o homem para a sociedade através de diversas necessidades, que a ajuda recíproca de cada um pode suprir, mas também implantou nele um sistema de afeições sociais que, embora não necessárias para a sua existência, são essenciais para a sua felicidade.” (PAINE, Thomas. Os direitos do homem: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 139-140).

²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Revisitando o Estado” in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2000, p. 87.

res²⁶, e que encontra na Constituição da Polis, a Politeia, a sua disciplina de governo e a organização do poder em três elementos, quais sejam, “o primeiro é o que delibera sobre os assuntos comuns; o segundo é o relativo às magistraturas, ou seja quem deve ser, qual deve ser sua esfera de competência e como deve proceder-se à sua escolha; e o terceiro elemento é o poder judicial”²⁷⁻²⁸. A Constituição organiza os conteúdos da vida política e social de uma comunidade²⁹, e antecede e/ou acompanha a instituição do Estado, constituindo as formas da sua atuação³⁰.

O Estado, como organismo concebido para atender às pretensões de um povo, deve a sua existência ao fato do estabelecimento de uma Constituição³¹. Deste modo, são os compromissos ético-políticos que sustentam os vínculos sociais de um povo, assegurados na Constituição, que determinam o tipo e as funções de Estado que será constituído. A evolução do Estado Moderno, que passou de um Estado Absolutista para um Estado Liberal, e as transformações ocorridas no bojo desse Estado Liberal, que acabaram qualificando-o consecutivamente como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, deve ser percebida como decorrente de um amadurecimento democrático que tomou fôlego a partir do estabelecimento de direitos e liberdades negativas³², e passou a acolher liberdades positivas e novas pretensões na medida em que novos direitos humanos eram reconhecidos pela comunidade política³³. As Constituições incorporaram historicamente, a partir das experiências revolucionárias democráticas, a categoria dos direitos humanos como conteúdo fundamental, e acabaram conformando as funções dos Estados de acordo com a ampliação do conteúdo desses direitos³⁴.

Os direitos humanos, reconhecidos como direitos fundamentais no âmbito constitucional, integram, juntamente com a definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constituci-

²⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 164.

²⁷ As citações de obras estrangeiras, contidas no corpo do presente ensaio, foram traduzidas livremente pelo autor.

²⁸ ARISTÓTELES. *Política*. México: Editorial Porrúa, 1998. p. 235.

²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais” in *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 15.

³⁰ “Constituição não é uma coisa apenas de nome, mas de fato. Ela não é um ideal mas tem existência real. E se ela não pode ser produzida de forma visível, ela não existe. Uma constituição é uma coisa que antecede o governo, e um governo é apenas a criatura de uma constituição. A constituição de um país não é o ato de seu governo, mas do povo que constitui um governo.” (Grifei) (PAINE, Thomas. *Op. cit.* p. 60).

³¹ “Se a organização da comunidade nacional é um efeito e fato primordial em virtude da qual se encontra erigida em Estado, há que se deduzir disto que o nascimento do Estado coincide com o estabelecimento de sua primeira Constituição, seja ou não escrita, isto é, com a aparição do estatuto que pela primeira vez tenha provido a coletividade de órgãos que asseguram sua vontade e que fazem dela uma pessoa estatal (MALBERG, R. *Carre de. Teoria general del Estado*. 1.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 76).

³² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 22.

³³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. *Op. cit.* p. 148; e BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 111-124.

³⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. *Op. cit.* p. 79.

onal, constituindo elemento nuclear da Constituição material³⁵. Os direitos humanos fundamentais constituem, como preconizado na Declaração de direitos do povo da Virgínia, a base e o fundamento do governo³⁶. Eles são qualificados como fundamentais em razão de incorporarem os conteúdos entendidos como mais relevantes para uma comunidade humana historicamente conformada (situada no tempo) e especialmente localizada (situada no espaço). Os direitos humanos formam, deste modo, juntamente com os princípios constitucionais, o cerne do compromisso associativo, isto é, integram a substância propriamente dita, o núcleo substancial da Constituição.

A contínua evolução e ampliação do rol dos direitos humanos está intrinsecamente ligada com expectativas individuais e sociais manifestas politicamente, com a atuação estatal em face de tais expectativas e com o nível de desenvolvimento da comunidade política em que eles são reconhecidos, seja no âmbito internacional, seja no âmbito do Estado Constitucional. Inversamente, a sua fragilidade e inefetividade está relacionada com insuficiências da ação estatal e/ou com o baixo desenvolvimento da comunidade³⁷. Importa perceber a dinâmica que envolve o reconhecimento de valores e objetivos no seio de uma comunidade humana inserida no tempo e no espaço.

A teoria da instituição e da fundação de Maurice Hauriou e a teoria da justiça como equidade de John Rawls contribuem para a explicitação da maneira pela qual conteúdos substanciais que se inscrevem na Constituição são reconhecidos e implementados em uma comunidade humana. As teorias erigidas por estes pensadores, cada uma com suas especificações, compreendem a institucionalização de conteúdos substanciais a partir da relação existente entre as manifestações subjetivas dos indivíduos e as circunstâncias objetivas reconhecidas pela tradição que permeiam o contexto social, ou melhor; entre a vontade que se expressa pelo consentimento individual e a possibilidade que se expressa pela sistematização do poder.

A teoria da instituição e da fundação, formulada por Maurice Hauriou, fundamenta juridicamente a sociedade e o Estado a partir da operação de fundação das instituições³⁸. A categoria da instituição é entendida como mecanismo que permite inscrever o direito na duração, na medida em que possibilita o equilíbrio de duas idéias, aparentemente antagônicas, que são necessárias para a harmonia social, quais sejam, a estabilidade e a mudança³⁹.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 61-62.

³⁶ "Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo." (Preâmbulo da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776).

³⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Op. cit. p. 60.

³⁸ HAURIOU, Maurice. La teoria de la institucion y de la fundacion – Ensayo de vitalismo social. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968. p. 31.

³⁹ OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 247.

A teoria da instituição erige-se em torno da noção de idéia diretriz. Esta idéia reside no cerne dos três elementos que compõem uma instituição corporativa, quais sejam, “1º a idéia de obra a realizar em um grupo social; 2º o poder organizado posto a serviço desta idéia para a sua realização; 3º as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da idéia e de sua realização”⁴⁰. As etapas do processo de institucionalização, condizentes com a caracterização dos referidos elementos, implicam, em um primeiro momento, a identificação de uma idéia diretriz que porta expectativas convergentes e valores partilhados pelo grupo, e projeta uma certa distribuição dos papéis sociais; em um segundo momento, a instauração de um poder, organizado na forma de governo, capaz de produzir regras para o grupo; e, em um terceiro momento, a manifestação de vontade de adesão dos indivíduos que fazem parte do grupo social, que atesta a confiança renovada na instituição. A continuidade subjetiva da adesão reforça a continuidade objetiva da idéia instituída⁴¹. A idéia diretriz reúne em si, ao que parece, um conteúdo que deve ser atribuído pelo que se pode conceber como uma razão prática que tem a função de filtrar (selecionar) as manifestações subjetivas surgidas no meio social, de acordo com os fins que permitem a agregação humana em uma comunidade política determinada. O vitalismo social, como propugna Maurice Hauriou ao conceber sua teoria, incorpora e personifica o Estado⁴².

A teoria da justiça como equidade, formulada por John Rawls, ambiciona encontrar uma base comum de justificação do justo, razão pela qual conforma uma concepção política de justiça que uma pluralidade de doutrinas razoáveis possa endossar⁴³. Ela assume como problema a dificuldade de identificação e implementação da justiça em face da diversidade cultural e toma corpo para dirimir questionamentos sobre a possibilidade da coexistência pacífica de indivíduos, doutrinas e povos, e da conservação de uma sociedade justa. A justiça rawlsiana concebida como a primeira virtude das instituições sociais⁴⁴ e o seu objeto a estrutura básica da sociedade, isto , a organização sistemática da distribuição de direitos e deveres fundamentais e da divisão de vantagens provenientes da cooperação social⁴⁵. Os pressupostos de fundamentação dessa concepção de justiça residem na postulação de valores amplamente reconhecidos e que partem de uma “noção da própria cultura pública como fundo comum de idéias e princípios básicos implicitamente reconhecidos”⁴⁶.

A teoria da *justiça* como *equidade* erige-se em torno da noção de razão prática. O procedimento rawlsiano identifica o conteúdo dos princípios que com-

⁴⁰ HAURIU, Maurice. Op. cit. p. 41.

⁴¹ OST, François. Op. cit. p. 250.

⁴² HAURIU, Maurice. Op. cit. p. 56-57 e 77.

⁴³ RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Ática, 2000. p. 26.

⁴⁴ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

⁴⁵ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Op. cit. p. 7-8.

⁴⁶ RAWLS, John. O liberalismo político. Op. cit. p.50.

põem a concepção política de justiça mediante a utilização do método de “equilíbrio reflexivo. Este método abarca dois níveis de justificação, respectivamente, o consenso na situação inicial e o consenso sobreposto, e caracteriza-se pelo movimento de alternância entre ambos, envolvendo avanços e retrocessos de formulação dos princípios, at que o primeiro nível seja configurado de forma apropriada para que se obtenha consenso racional e derivação de princípios de justiça condizentes com o que seria acatado no segundo nível⁴⁷. Estes níveis de justificação operam o aperfeiçoamento da teoria e conformam uma razão prática que pauta a verificação da razoabilidade dos argumentos manifestos por indivíduos que fazem parte de uma comunidade humana com vistas à instituição de uma sociedade bem ordenada (adequadamente estruturada para a realização dos objetivos que ensejaram a sua instituição). A instrumentalização da razão prática rawlsiana propicia a formulação de uma concepção política de justiça baseada em critérios ético-políticos de uma tradição específica. As manifestações culturais razoáveis, que expressam valores que podem ser reciprocamente reconhecidos e acatados pelos indivíduos de uma comunidade, conformam o conteúdo da justiça que deve ser aplicado às e pelas instituições sociais.

A concepção política de justiça, concebida de acordo com a teoria de John Rawls, assume o papel da justiça do contexto social, na medida em que a escolha da estrutura básica da sociedade como objeto da justiça possui o condão de garantir que o conteúdo do justo seja estendido a todos os setores da sociedade⁴⁸. O Estado, enquanto instituição estruturada para dar conta das demandas sociais, tem sua atuação vinculada ao conteúdo da concepção política de justiça formulada, portanto, vinculada ao conteúdo reconhecido pela tradição cultural, que esta incorpora a fim de manter a coesão social.

A análise das duas teorias permite perceber o conteúdo substancial que se inscreve no cerne de uma Constituição como mediação dinâmica ou evolutiva que se dá entre a idealidade valorativa dos indivíduos e a tradição intersubjetiva reconhecida no contexto social, e que propicia o estabelecimento de uma comunidade complexa, situada no tempo e no espaço. O nível de desenvolvimento de um povo norteia a instituição do Estado Constitucional, no entanto afirmar isto não significa dizer que as reações objetivas deste organismo, em face das ações subjetivas dos indivíduos que pertencem à comunidade, encontram-se desde sempre legitimadas, mas justamente o contrário, sustentar que elas carecem de legitimação constante efetuada com base em critérios ético-políticos amplamente reconhecidos e respeitados pela tradição cultural, os quais podem ser identificados com “certos princípios jurídicos superiores, como aqueles que figuram nas Declarações dos Direitos Fundamentais⁴⁹.”

⁴⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Op. cit. p.23; e VAN PARIJS, Philippe. O que é uma sociedade justa? Introdução prática da filosofia política. São Paulo: Ática, 1997. p. 61.

⁴⁸ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Op. cit. p. 57-61.

⁴⁹ OST, François. Op. cit. p. 250.

A estabilidade social, deste modo, assegurada pelo Estado Constitucional mediante o estabelecimento de uma ordem jurídica “não significa estatismo, ela entende-se antes como evolução contínua, transformação dominada”⁵⁰. O tempo firma-se como um aliado do direito e, sobretudo, da sociedade.

Os direitos humanos fundamentais, juntamente com os princípios constitucionais, em decorrência do grau de importância que possuem enquanto compromissos reconhecidos por uma comunidade humana, devem ser assegurados contra propostas de alterações ou supressões substanciais motivadas por instabilidades circunstanciais, e devem ser adotados como parâmetro primordial para a verificação da validade das normas que compõem o ordenamento jurídico e de atos decorrentes da atividade estatal. Dito de outra forma, os direitos humanos e os princípios decorrentes de um processo constituinte devem orientar o processo de transformação do ordenamento jurídico e dirigir a atuação estatal, implicando uma atitude de resistência de forma a evitar o pericemento constitucional por formas, procedimentos e circunstâncias que careçam de legitimação ético-política. A Constituição brasileira de 1988, nesse ínterim, por exemplo, estabeleceu princípios fundamentais da República (artigos 1º a 4º da Constituição da República); a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º, da Constituição da República); o acolhimento de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios constitucionais adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil figure como parte (artigo 5º, § 2º, da Constituição da República); e a imutabilidade do texto constitucional quanto aos direitos e garantias individuais, além de outros preceitos constitucionais (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República).

3 O CONTRIBUTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

As experiências históricas de violência, barbárie e exclusão, perpetradas contra os seres humanos por seus semelhantes, ensejaram o reconhecimento dos direitos humanos e deram azo ao estabelecimento de compromissos jurídicos a fim de possibilitar a coexistência humana digna em um ambiente comum. O amplo reconhecimento da relevância dos direitos humanos ocasionou a celebração de compromettimentos jurídicos no âmbito internacional e no âmbito nacional.

A evolução dos conteúdos ou gerações dos direitos humanos deu-se e dá-se em virtude da interação entre esses dois âmbitos, que, como já dissemos, encontra na ocorrência de fatos históricos os motivos que desencadeiam reconhecimentos de novos direitos mediante o estabelecimento de compromissos associativos. A problemática em relação aos direitos humanos amplia-se passando a abarcar, além da necessidade de fundamentação, a necessidade de proteção⁵¹.

⁵⁰ OST, François. Op. cit. p. 248.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Op. cit. p.1.

A proteção dos direitos humanos deve conjugar os comprometimentos jurídicos estabelecidos nos âmbitos nacional e internacional. A implementação desta proteção, no contexto de um ambiente global caracterizado pela considerável desregulamentação e pela fragilidade das instituições internacionais, encontra amparo na efetivação dos direitos humanos operada a partir do âmbito dos Estados Constitucionais. A efetivação dos direitos humanos constitucionalizados perpassa, entretanto, pela transposição das justificativas propiciadas pela adoção de uma perspectiva hermenêutica clássica ou metodológica para as propiciadas pela hermenêutica filosófica, e implicam em uma atitude ética que envolve o cumprimento dos compromissos associativos encerrados no texto constitucional.

3.1 A Hermenêutica Filosófica Pautando o (Re)conhecimento dos Direitos Humanos Fundamentais

O reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional tem relação direta com o processo hermenêutico que outorga significado e desvenda o conteúdo do texto constitucional⁵². O problema da inefetividade dos direitos humanos fundamentais envolve, neste sentido, o descumprimento dos compromissos associativos estabelecidos na Constituição. Esse descumprimento do pacto social parece decorrer de uma crise de paradigmas que impede a realização dos preceitos constitucionais⁵³ e que importa a adoção de uma hermenêutica jurídica tradicional refratária ao giro lingüístico de cunho pragmático-ontológico ocorrida contemporaneamente⁵⁴.

A concretização dos preceitos constitucionais brasileiros encontra obstáculos na ocorrência do que Lenio Luiz Streck identifica como uma “crise de paradigmas de dupla face”, que abarca o modo de produção do direito (crise do paradigma normativista) e o modo de interpretar o direito (crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência) vigorantes no Brasil⁵⁵.

A crise de paradigma de dupla face desconsidera o processo de institucionalização do Estado Constitucional e relega a Constituição a um plano secundário, na medida em que não assume o compromisso associativo, típico de um Estado Democrático de Direito, que delega ao direito a função de transformação da realidade⁵⁶. Outrossim, sustenta um emaranhado de crenças, fetiches, valores, justificativas e práticas argumentativas consubstanciadas no que Luiz Alberto

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição” in Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2000. p. 112.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 44.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 15.

⁵⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Revisitando o Estado”. Op. cit. p. 82; e MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Op. cit. p. 38.

Warat denomina de “sentido comum teórico dos juristas”⁵⁷. Este sentido comumente “coisifica” o mundo e promove a compensação das lacunas da ciência jurídica por meio de uma reprodução axiológica do direito geralmente desprovida de explicação razoável, conduzindo os operadores jurídicos a uma espécie de conformismo, confortável e acritico, para com o significado das palavras, categorias e atividades jurídicas⁵⁸. O exercício do operador jurídico é reduzido a um mero hábito reprodutivo, desconexo da realidade social e desvinculado dos compromissos associativos condizentes com a concretização de um Estado Democrático de Direito, assumidos no texto constitucional. Mister verificar os meandros desta crise de dupla face e as conseqüências hermenêuticas que decorrem da receptividade do giro lingüístico pelo direito.

A crise do paradigma normativista retrata a dificuldade histórica da dogmática jurídica em lidar com a realidade social, na medida em que, em um contexto de complexidade social e de crescentes conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais⁵⁹. O discurso dogmático oculta as condições de produção do sentido do discurso jurídico e abstrai as leis das condições histórico-sociais que a engendraram, considerando-as como leis-em-si mesmas, “como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’”⁶⁰.

A crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência diz respeito ao modo de interpretar predominante na hermenêutica jurídica tradicional que vigora no Brasil. Esta ainda encontra-se presa à lógica do sujeito cognoscente apregoada pela filosofia da consciência, baseada na dicotomia sujeito-objeto e refratária ao giro lingüístico de cunho pragmático-ontológico que enseja a passagem para a filosofia da linguagem. A hermenêutica jurídica tradicional atém-se ao significado literal das normas, isto é, pauta-se na extração do sentido das normas mediante a adoção métodos de conhecimento, razão pela qual caracteriza-se como sectária de uma postura hermenêutica clássica ou metodológica.

A hermenêutica clássica ou metodológica baseia-se em uma concepção da filosofia que se entende como ciência apta para conhecer os objetos, em razão de possuir um método ou caminho pré-determinado para percorrer. A hermenêutica configura-se, deste modo, como puro método da filosofia e é identificada como técnica, instrumento, e arte de interpretar textos. A hermenêutica clássica, ao restringir-se à atividade de conhecer para dominar determinados objetos, pode ser caracterizada como epistemológica. Ela parte de uma concepção de conhecimento dualística, seja do dualismo da metafísica grega e medieval, seja do dualismo da filosofia da consciência, que supõe e conserva a cisão entre um sujeito e um objeto⁶¹. A linguagem é considerada como uma terceira

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 57.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 51-52.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 34.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 16.

⁶¹ ROHDEN, Luiz. “Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica” in Revista de filosofia do centro de Ciências Humanas da Unisinos, v.4, n.6, São Leopoldo, 2003. p. 115-116.

coisa que se interpõe o sujeito e o objeto, “formando uma barreira que dificulta o conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas”⁶².

A hermenêutica clássica, ao decompor as partes de um todo, pretende extrair o sentido como se este fosse o seu objeto exclusivo. Ela converte-se em mera metodologia ao pretender desvincular o procedimento interpretativo dos planos histórico, político e moral, como se a sua validade e autenticidade fossem asseguradas por uma postura de neutralidade mantida pelo intérprete com relação ao objeto interpretado. Com bem explícita Luiz Rohden, “ela delimita o interpretar apenas ao mundo do dito, ignorando sua outra margem, o não-dito, reduzindo este ao plano do não-ser em sentido parmenidiano. Apenas o convertido ao plano do dito é tido e reconhecido como válido” e “parte do engodo de construir um método válido, seguro e aplicável universalmente para o compreender”⁶³. A hermenêutica clássica pretende, enquanto técnica, obter, por meio de um processo circular metodológico, uma objetividade produzida pela subjetividade⁶⁴, razão pela qual é vista como pura técnica de interpretação pautada na extração de sentido (*Auslegung*) dos objetos⁶⁵.

A hermenêutica, mediante um longo processo de amadurecimento filosófico que culminou com o giro lingüístico⁶⁶ e o conseqüente rompimento com as concepções metafísico-essencialistas-ontológicas acerca de interpretação, operado pela passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem⁶⁷, suplanta a hermenêutica clássica e reflete sobre a instauração do sentido⁶⁸. A linguagem que, desde a obra *Crátilo* de Platão, ficara reduzida a mero instrumento que tinha a função de designar os objetos, não sendo constitutiva da experiência humana⁶⁹⁻⁷⁰, passa, a partir da pragmática de Ludwig Wittgenstein⁷¹ e da

⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 138.

⁶³ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 117 e 125.

⁶⁴ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 124.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 168.

⁶⁶ O giro lingüístico, como bem salienta Lenio Luiz Streck na obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise* utilizando a expressão “viragem lingüística” como sinônimo, ocorreu sobre três frentes: a) neopositivismo lógico ou empirismo lógico; b) filosofia de Wittgenstein; e c) desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 141-149).

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica” in *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, São Leopoldo, 1998-1999*, p. 99.

⁶⁸ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 112.

⁶⁹ “É possível, portanto, conhecer as coisas sem os nomes. Aqui está a tese fundamental de Platão e de toda a filosofia do Ocidente: ele pretende, com essa discussão das diferentes teorias vigentes de seu tempo, mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (alétheia ton onton) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (aneu ton onomaton) sem palavras, isto é, sem a mediação lingüística. A linguagem é reduzida a puro instrumento e o conhecimento do real se faz independentemente dela [...] A linguagem não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma função designativa: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 22).

⁷⁰ “Platão começa a esconder o ser, ao trabalhar com a concepção de que é possível saber o que seja a coisa sem o uso da linguagem. Segundo a tese platônica, a palavra é tomada como representação da coisa.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 100).

⁷¹ “O mérito de Wittgenstein está, exatamente, em ter aberto novas perspectivas para a consideração da linguagem humana, embora sua perspectiva metodológica o tenha impedido de chegar a uma visão sistemática na investigação filosófica da linguagem cotidiana.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 147).

hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer, a ser entendida como “condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”⁷². A linguagem converte-se em princípio fundamental da hermenêutica que é filosófica, mostrando-se irredutível à manipulação por parte de uma técnica, de um instrumento e de uma ciência. O compreender eleva-se a um nível filosófico quando se confronta com o não-escrito, com o não-dito, e com o que geralmente é ignorado⁷³.

A hermenêutica deixa de ser propriamente metodológica e passa a ser filosófica com Martin Heidegger. A problemática que envolve a linguagem ocupa a posição central do seu pensamento. Ele percebe que o homem, na modernidade, experimenta o real como objeto, como aquilo que pode ser manipulado, dominado, posto à sua disposição; contexto que reduz a linguagem à informação, como processo pelo qual o homem toma conhecimentos dos entes, a fim de poder exercer o domínio sobre eles. Isto caracteriza a essência da técnica, na medida em que esta revela o real em seu caráter de manipulável. A informação é entendida por Heidegger como a mediação do saber que é necessário para a manipulação. Ele considera que o problema de nossa época não é haver descoberto a linguagem como informação, mas ter absolutizado a dimensão instrumental da linguagem, reduzindo-a a um puro instrumento por meio do qual se entra em contato com os outros⁷⁴.

A hermenêutica, em Heidegger, experimenta a linguagem desde outro paradigma, para além da relação sujeito-objeto, razão pela qual supera a postura objetificante na consideração da linguagem. A linguagem deixa de ser percebida simplesmente como um instrumento que está diante de nós, para ser o espaço de mediação no qual se movimenta todo o pensar e se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas⁷⁵. A compreensão e a linguagem são concebidas como pertencentes à esfera do desvelamento dos entes que radica na essência da linguagem enquanto casa do ser⁷⁶. O sentido do ser passa por uma análise do homem (*Dasein*⁷⁷), enquanto ente cujo ser consiste em compreender ser⁷⁸. A compreensão, como expressa Lenio Luiz Streck, “é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), onde o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma ‘propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser’”⁷⁹. O homem, ser-aí ou ser-no-mundo, é o ponto de partida para o estabelecimento do novo paradigma da filosofia, a ontologia fundamental ou ontologia hermenêutica⁸⁰.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 144.

⁷³ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 125 e 128.

⁷⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 201-204.

⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204-227.

⁷⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 205-206.

⁷⁷ Lenio Luiz Streck promove uma explicação pormenorizada da tradução da palavra *Dasein* na nota 306 da obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 171).

⁷⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 208.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 170.

⁸⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. São Paulo: Loyola, 1996. p. 209.

Para Heidegger, o homem é enquanto ser-no-mundo, ou seja, ele já desde sempre se encontra situado num mundo determinado como hermenêutico, numa maneira determinada de ordenar a totalidade dos entes. O mundo não lhe é dado, num primeiro momento, como um conjunto de objetos com os quais, num segundo momento, se relacionaria atribuindo-lhes seus significados e funções⁸¹. O mundo se nos oferece na medida em que possuímos certos pré-juízos ou pré-conceitos que nos guiam na descoberta das coisas. O homem, enquanto existência, é ser do projeto e da possibilidade na faticidade⁸², razão pela qual “compreendendo seu próprio ser, o homem compreende suas possibilidades”⁸³. O homem é fundamentalmente ser de cuidado para consigo mesmo, cujo sentido originário é a verificação da sua inserção temporal e espacial no mundo⁸⁴.

Heidegger, como salienta Fábio Konder Comparato, considera que “a essência do ser humano é um autêntico ‘poder-ser’, ou seja, a partir de sua concepção do homem como ente em estado de permanente inacabamento (ständige Unabgeschlossenheit), Heidegger enxerga na morte, justamente, um duplo acabamento, temporal e ontológico. O homem deixa de ser, quando cessa de existir temporalmente e, portanto, já não é mais um ente em estado de poder-ser”⁸⁵. A temporalidade emerge como o sentido do cuidado do homem mediante seus três momentos consecutivos, quais sejam, o futuro (ser-adiante-de-si-mesmo), passado (já-ser-em) e presente (estar-junto-das-coisas)⁸⁶. Deste modo, “o projeto hermenêutico filosófico realiza uma leitura diacrônica do ser”, onde o filosofar “é marca da nossa finitude, da nossa historicidade”⁸⁷. Como bem sintetiza Lenio Luiz Streck, “é a situação hermenêutica que permite determinar o sentido do ser do ser-aí. No seu saber-ser, o ser-aí está, pois, confiado à sua capacidade (possibilidade) de se re-encontrar nas suas possibilidades [...] a compreensão é um elemento que faz parte do modo de ser-no-mundo, que está presente na própria estrutura do ser humano (Dasein)”⁸⁸.

A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer erige-se sobre os pressupostos heideggerianos, todavia avança e trabalha com a idéia de “dar sentido” ou “atribuir sentido” (*Singebung*) aos objetos (coisas). A hermenêutica gadameriana surge no horizonte de um problema humano, que diz respeito à experiência de nos encontrarmos frente à totalidade do mundo como contexto vital da própria existência⁸⁹. Ele critica o conceito dominante de experiência por considerá-lo demasiado orientado para o conhecimento científico, através de um procedi-

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 171.

⁸² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 117-126.

⁸³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 210.

⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. Op. cit. p. 130-175.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. “Fundamento dos direitos humanos” in *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 67-68.

⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 212.

⁸⁷ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 126.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 172.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 168-169.

mento metódico, retira o objeto da sua época histórica e o reestrutura de forma a adequá-lo ao método⁹⁰⁻⁹¹. Para Gadamer, “a experiência é em primeiro lugar experiência de negatividade” (negação) e “contém sempre a referência a novas experiências”, razão pela qual pressupõe o desapontamento de expectativas⁹². Ele erige um conceito histórico e dialético de experiência, segundo o qual conhecer não é simplesmente um fluxo de percepções, mas um acontecimento, um evento, sobretudo, um encontro com algo⁹³. A dialética da experiência tem sua própria consumação não em um saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência⁹⁴. A verdadeira experiência, contudo, é aquela na qual o homem toma consciência da finitude humana, ou seja, é experiência da própria historicidade⁹⁵. A percepção da finitude e da historicidade do homem ensejam a reabilitação do conceito de preconceito e o reconhecimento de que existem preconceitos legítimos⁹⁶.

A experiência hermenêutica gadameriana tem a ver com a compreensão acumulada como herança. Enquanto uma experiência é um acontecimento, a nossa herança não é simplesmente um acontecimento que reconhecemos por meio da experiência, e que passamos a controlar, mas é estruturada como linguagem⁹⁷. A linguagem é entendida como totalidade, no interior da qual o homem (*Dasein*) se localiza e age. Enquanto experiência histórica do ser-aí, a linguagem é abertura para o mundo e condição de possibilidade para a compreensão⁹⁸. A linguagem consiste no espaço de mediação universal em que se realiza a compreensão, sendo que a forma de realização da compreensão é a interpretação. Deste modo, Gadamer entende que “todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete”⁹⁹. A interpretação significa colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós. Ela importa a realização da própria compreensão, que se cumpre para aqueles em cujo benefício se interpreta e para o próprio intérprete. A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que inicia não são arbitrárias¹⁰⁰.

⁹⁰ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 197.

⁹¹ “O escopo da ciência é objetivar a experiência até que fique livre de qualquer momento histórico [...] Nisso a ciência moderna não faz mais do que continuar, com seus próprios métodos, o que, de um modo ou de outro, é sempre objetivo de qualquer experiência. Uma experiência só é válida, na medida em que se confirma; nesse sentido sua dignidade repousa na sua reprodutibilidade principal. Mas isto significa que, por sua própria essência, a experiência suspende em si mesma sua própria história e a extingue.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 513).

⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 523-525.

⁹³ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Op. cit. p. 197.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 525.

⁹⁵ “Experiência é, pois, experiência da finitude humana. É experimentado, no autêntico sentido da palavra, aquele que é consciente desta limitação, aquele que sabe que não é senhor do tempo e do futuro. O homem experimentado, propriamente, conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Nele consuma-se o valor de verdade da experiência.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 527-528).

⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 416.

⁹⁷ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Op. cit. p. 200.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 177-178; e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 227.

⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 566.

¹⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 403 e 578-579.

A historicidade é condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo, razão pela qual quem compreende já possui, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo¹⁰¹. A condição hermenêutica de pertencimento a uma tradição traz a antecipação de sentido como conseqüência para a compreensão. A relação do círculo hermenêutico que vai do todo à parte e desta para o todo caracteriza a compreensão. O círculo hermenêutico descreve a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete, onde a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não configura um ato da subjetividade na medida em que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição¹⁰².

A compreensão de um texto, para Gadamer, significa aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que se apresenta, a cada vez, de uma maneira diferente. A compreensão implica sempre uma apropriação do que foi dito, de modo que se converta em coisa própria¹⁰³. Ela significa o projetar-se em cada possibilidade de ser-no-mundo¹⁰⁴. O constante reprojeter, que perfaz o sentido do compreender e do interpretar, constitui, com explicita Gadamer, o processo do círculo hermenêutico descrito por Heidegger¹⁰⁵. A compreensão abarca uma fusão de horizontes, na medida em que a compreensão de uma tradição requer um horizonte histórico que se distinga do presente¹⁰⁶. O ganho de um horizonte significa aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não com a finalidade de apartá-lo da vista, mas para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos. A fusão ocorre constantemente na vigência da tradição, “pois nela o velho e o novo crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”¹⁰⁷. Todo encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa da hermenêutica filosófica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, razão que a leva a erigir horizontes históricos como uma fase na realização da compreensão¹⁰⁸. A interpretação importa uma tarefa criativa, na medida em que compreender é sempre interpretar e aplicar, isto é, compreender significa atribuir sentido. Os reflexos da atitude de uma hermenêutica jurídica são evidenciados por Gadamer quando refere que “uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”¹⁰⁹.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 180.

¹⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 436 e 439.

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 579-580.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 179.

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 402.

¹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 456; e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 182.

¹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 457.

¹⁰⁸ “O intérprete e o texto possuem cada qual seu próprio ‘horizonte’ e todo compreender representa uma fusão desses horizontes.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 132).

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 459-461.

Em suma, a hermenêutica filosófica não se limita ao entendimento instrumental dos significados dados, mas ultrapassa a exploração do âmbito das respostas dadas e abre-se às possibilidades inesgotáveis do sentido instaurar-se. Ela afirma a inexistência de conhecimento neutro e denuncia a pretensão de neutralidade. A hermenêutica, enquanto filosofia, não se atém à interpretação causal linear, nem tampouco à mera análise de textos ou proposições, mas envolve uma imbricação necessária entre ética e linguagem, uma vez que o modo de interpretar implica o discernimento com relação às implicações pessoais e sociais. A hermenêutica filosófica contextualiza-se no tempo e no espaço sem prender-se a uma dessas margens¹¹⁰, e mostra-se hábil para pautar a efetivação dos compromissos associativos reconhecidos por uma comunidade humana, dentre os quais os pertinentes aos direitos humanos fundamentais.

3.2 A Hermenêutica Filosófica Pautando a Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais

A abordagem sintética da crise de paradigmas que abarca o modo de produção do direito e o modo de interpretar, bem como da passagem aplicativa de uma hermenêutica clássica de cunho metodológico para uma hermenêutica filosófica, propicia a percepção da maneira pela qual a aplicação de pressupostos da hermenêutica filosófica, enquanto adoção de uma postura ética pelo intérprete, pode pautar a efetivação dos compromissos éticos pertinentes aos direitos humanos fundamentais, inscritos em documentos político-jurídicos, tanto no âmbito internacional (declarações, pactos e tratados internacionais), como no âmbito nacional (Constituição).

A hermenêutica filosófica promove a efetivação compromissária do conteúdo dos direitos humanos fundamentais a partir de sua inserção temporal, histórica e fática. O intérprete, deste modo, deve tomar uma postura ética e responsável que condiga com o reconhecimento das experiências históricas que ensejaram e ensejam o estabelecimento e o reconhecimento de comprometimentos jurídicos acerca dos direitos humanos. A reflexão hermenêutica deve desvelar os condicionamentos que atuam sobre o compreender, condicionamentos que sempre já estão sendo aplicados quando nos empenhamos em esclarecer um texto, visto que são constitutivos de nossa compreensão prévia¹¹¹. Ela deve promover a avaliação dos pré-conceitos do próprio intérprete, razão pela qual pode permitir que o conteúdo do texto normativo, diante do qual o intérprete se depara, manifeste-se como expressão de um compromisso inserido em um horizonte histórico. A efetivação dos direitos humanos fundamentais enquanto atribuição de sentido, mediante a

¹¹⁰ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 128-131.

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. II. Op. cit. p. 132.

verificação da legitimidade dos pré-conceitos estabelecidos sobre estes pela tradição¹¹², constitui parte inalienável do próprio sentido do compreender¹¹³.

A temporalidade, a historicidade, a faticidade, a experiência, a tradição, e, sobretudo, a percepção da finitude, encerradas na lingüisticidade que é intrínseca ao homem e configuradas na sua inserção no mundo (ser-no-mundo), devem condicionar, desse modo, a compreensão, a interpretação e, sobretudo, a aplicação dos compromissos referentes aos direitos humanos fundamentais.

A evolução da abrangência dos conteúdos referentes a estes direitos pode ser adequadamente fundamentada em um mundo complexo mediante a adoção de preceitos partilhados pela hermenêutica filosófica. Enquanto as fundamentações metafísico-ontológicas, propiciadas pela hermenêutica clássica, tornam fugidia a noção de tempo e inviabilizam a percepção da relação direta que a temporalidade, a historicidade e a faticidade possui para com o estabelecimento, o reconhecimento, e a efetivação dos compromissos pertinentes aos direitos humanos; a hermenêutica filosófica, considerando a relevância dos fatores retro referidos em decorrência de entender a linguagem como condição de possibilidade para o conhecimento, devem promover a reflexão sobre os condicionamentos que envolvem o processo de compreensão, interpretação e de aplicação dos compromissos éticos atinentes aos direitos humanos fundamentais de forma a dotá-los de efetividade, isto é, reflete sobre as condições de validade das normas referentes aos direitos humanos fundamentais enquanto vigentes em textos que expressam compromissos ético-políticos e jurídicos.

A aplicação dos pressupostos da hermenêutica filosófica à categoria dos direitos humanos fundamentais tem o condão de elevá-los a um nível privilegiado de reconhecimento e de efetividade, na medida em que pressupõe a essência do ser humano como um autêntico “poder-ser”, a finitude como situação do ser humano no tempo e justificadora de cuidado, o tempo como horizonte de compreensão e como condição de possibilidade do homem (ser-ai)¹¹⁴. Neste sentido, segundo o qual o projeto hermenêutico filosófico é diacrônico, a temporalidade – heideggerianamente compreendida¹¹⁵ – emerge como o sentido do cuidado do homem (ser-ai).

O presente, situação hermenêutica que permeia o intérprete, é, como bem salienta François Ost, “por excelência, o tempo da mediação humana, é ele que organiza o tempo que lhe dá profundidade”. A percepção do presente humano

¹¹² “Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos [...] Nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda a imposição.” (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. I. Op. cit. p. 416).

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. II. Op. cit. p. 132.

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 67-68; e STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 170.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 212.

abarca dois paradoxos. O primeiro, que percebe que o presente é simultaneamente o tempo do imediato e do aparecimento e o tempo mediato da consciência organizadora do tempo. O segundo, que percebe que o passado e o futuro conformam as condições de possibilidade do presente. O presente tem, sob esta perspectiva, a função de ligar aquilo que se apresenta como memória do passado e aquilo que se apresenta como expectativas e necessidades projetadas como promessas a serem realizadas no futuro. “Reinterpretada pelo filtro do presente, a experiência do passado pode reviver e nutrir os projetos de amanhã; quanto às expectativas do futuro elas desenrolam-se também no nosso presente, mobilizando um futuro que brilha ao contrário, em direção de um passado que contribui para revivificar [...] Encarado desse ângulo, o presente alarga-se consideravelmente até englobar uma parte do passado e uma parte do futuro, segundo o modelo da fusão de horizontes que Gadamer evocava”¹¹⁶. Assim, percebe-se o modo pelo qual o processo hermenêutico filosófico abrange as condições de possibilidade do homem (ser-ai), uma vez que promove, no presente, a mediação dos pré-conceitos que lhes são trazidos pela tradição mediante a linguagem, estando manifesta a relação entre experiência, faticidade, historicidade, memória, e expectativa ou promessa.

A hermenêutica filosófica, deste modo, não nega a vigência dos textos que expressam os compromissos ético-políticos e jurídicos de uma comunidade humana, tanto de âmbito internacional como de âmbito nacional (declarações, pactos, tratados internacionais, Constituições, etc.), mas promove a sua reflexão, a mediação e validação compreensiva, interpretativa e aplicativa com o auxílio do modelo de fusão de horizontes preconizado por Gadamer. Esta reflexão-mediação operada pelo(s) intérprete(s), que pauta o reconhecimento da validade da norma prevista em um texto, não implica uma disposição de neutralidade relacionada com a compreensão do sentido do texto, nem tampouco uma diminuição da disposição de neutralidade em benefício da alienação do sentido do texto em benefício de intenções pré-concebidas, mas implica descobrir os condicionamentos que atuam, desde sempre, sobre o compreender¹¹⁷ de forma a deixar que a autoridade da tradição fale ao intérprete e promova a validação dos costumes e conteúdos contidos nos textos¹¹⁸. Gadamer percebe que não existe entre a tradição e a razão nenhuma oposição incondicional, e reconhece a problemática consistente na restauração consciente de tradições ou a criação consciente de tradições novas, na medida em que o reconhecimento da tradição importa sempre

¹¹⁶ OST, François e KERCHOVE, Michel van de. “O presente, horizonte paradoxal das sanções reparadoras?” in *Filosofia do direito e direito econômico: que diálogo?* Miscelâneas em honra de Gérard Farjat. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 516.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II. Op. cit. p. 132.

¹¹⁸ “Os costumes são adotados livremente, mas não criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. É isso, precisamente, que denominamos tradição: o fundamento de sua validade. E nossa dívida para com o *Aufklärung*, no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 421).

um momento de liberdade e da própria história. Isto o leva a afirmar que “também a tradição mais autêntica e venerável não se realiza naturalmente, em virtude da capacidade de permanência daquilo que, singularmente esta aí, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas”¹¹⁹.

Estas considerações a respeito do modo pelo qual a hermenêutica filosófica busca promover a reflexão, a mediação e a validação dos conteúdos reconhecidos pela tradição para operar a compreensão, a interpretação e a aplicação dos textos, tem o condão de propiciar o entendimento dos pressupostos de que partem as teorias de Maurice Hauriou e de John Rawls, que foram sinteticamente abordadas no item 1.2 retro¹²⁰. Tanto a *teoria da instituição e da fundação* elaborada pelo primeiro, quanto a *teoria da justiça como equidade* elaborada pelo segundo, sob uma perspectiva institucionalista e mediante o procedimento adotado, explicitam a maneira dinâmica pela qual os conteúdos substanciais reconhecidos no seio de uma comunidade humana, inserida no tempo e no espaço, inscrevem-se em documentos que expressam o comprometimento ético-políticos e jurídicos, e justificam os motivos que devem ensejar a aplicação compromissária e dirigente destes conteúdos. Elas permitem conceber um projeto de sociedade inscrito na duração¹²¹, mediante a percepção de que a estabilidade de uma ordem jurídica depende de adaptação controlada.

As teorias erigidas por estes pensadores percebem os efeitos benéficos desempenhados tanto pela tradição quanto pela transformação ou evolução do contexto social, ao mesmo tempo em que percebem os efeitos maléficos desempenhados tanto pela manutenção da tradição quanto pela mutabilidade constante do contexto social. Em razão disto, legitimam a proteção e a busca de efetividade do conteúdo substancial fundamental dos compromissos associativos, inclusive contra a detenção do poder por maiorias eventuais. Os procedimentos construídos por estas teorias para a proteção dos direitos humanos fundamentais e para a proteção da Constituição são sofisticados no que se refere à manutenção da estabilidade social de uma comunidade humana. Todavia, a estrutura de ambas parece carecer de pressupostos filosóficos capazes de justificar a indução dos valores democráticos que ambas sustentam.

As teorias referidas necessitam identificar os conteúdos substanciais que pretendem institucionalizar na sociedade, função que pode encontrar auxílio no modelo da fusão de horizontes gadameriana operado pela aplicação dos pressupostos da hermenêutica filosófica. A complementaridade entre as teorias institu-

¹¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. I. Op. cit. p. 422.

¹²⁰ Em razão de as teorias de Maurice Hauriou e de John Rawls terem sido abordadas, de forma bastante sintética, no item 1.2 retro, e em razão de a referência a elas ser efetuada neste momento para demonstrar o importante papel que a hermenêutica filosófica pode desempenhar para a sustentação de ambas, a abordagem se pautará apenas pela enunciação das características de ambas. Obras consultadas: Maurice Hauriou (“La teoría de la institución y de la fundación”) e John Rawls (“Uma teoria da justiça”, “Justiça e democracia”, “Liberalismo político” e “O direito dos povos”).

¹²¹ OST, François. Op. cit. p. 246.

cionalistas e a hermenêutica filosófica possui duas vias, na medida em que favorece as teorias institucionalistas mediante a promoção da reflexão, da mediação, e da validação da tradição, ao mesmo tempo em que favorece a explicitação da maneira pela qual a hermenêutica filosófica pode contribuir para a efetivação dos compromissos ético-políticos e jurídicos fundamentais de uma comunidade política.

A hermenêutica filosófica, atrelada à teorias filosóficas que sustentam procedimentos democráticos e conteúdos substanciais e que encontram amparo na tradição, possibilita a fundamentação e a (re)formulação da Teoria da Constituição e da Teoria do Estado, de modo que estas incorporem e promovam a efetivação de compromissos éticos que se encontram inseridos em textos jurídicos.

Os direitos humanos, no âmbito internacional, a partir das barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial que ensejaram a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passaram a ocupar um papel muito importante no imaginário da comunidade internacional e serviram de respaldo ideológico no processo de descolonização e na luta de resistência contra os regimes autoritários nas mais diversas partes do mundo, deixando de ser instrumento retórico e passando a ser incorporados pelos Estados e, conseqüentemente, inscritos em suas Constituições¹²².

No âmbito nacional, o processo de ruptura com o regime autoritário militar que perdurou de 1964 a 1985, e o processo de democratização do Estado brasileiro iniciou-se pela liberalização política e por meio de uma transição lenta e gradual permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. A ruptura consolidou-se mediante a institucionalização de uma nova ordem constitucional que se deu com a promulgação da Constituição da República de 1988. A nova Constituição promoveu a instauração de um regime político democrático e projetou a construção de um Estado Democrático de Direito no Brasil, bem como importou um avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos humanos fundamentais ganharam uma importância extraordinária em função do alargamento dos direitos previstos, o que se deveu a um progresso significativo no que se refere ao reconhecimento de obrigações internacionais. Eles representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade humana alcançam expressão jurídica, e “assinalam um horizonte de metas sócio-políticas a alcançar”¹²³.

Os direitos humanos, em uma perspectiva hermenêutica filosófica, encontram-se protegidos como direitos fundamentais em nosso texto constitucional em razão de importarem expectativas e compromissos reconhecidos pelo povo brasileiro, os quais foram estabelecidos a fim de que dirigissem e pautassem a ação

¹²² VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit. p. 460.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional Op. cit. p. 51-63.

estatal. A temporalidade, a historicidade, a faticidade e a experiência conformaram anseios que acabaram por incorporar no processo constituinte conquistas e promessas associativas.

Os direitos humanos fundamentais encontram-se, portanto, previstos e vigentes no texto constitucional como núcleo do compromisso ético-político e jurídico fundamental a ser concretizado pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Insta serem efetivados pelos operadores jurídicos com a observância da prudência e da razoabilidade. A aplicação da hermenêutica filosófica deve, neste sentido, contribuir para (re)modelar e (re)fundar os preceitos da hermenêutica jurídica, de forma a promover uma desconstrução dos discursos puramente metafísicos em sentido clássico ou tradicional vigorantes no pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico)¹²⁴. Outrossim, deve nortear um movimento de resistência dos compromissos ético-políticos e jurídicos fundamentais encerrados na Constituição e realizar um modelo constitucional que “supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais”¹²⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos fundamentais conformam, no contexto de um ambiente global consideravelmente desregulamentado, esperanças de uma globalização humanitária e solidária implementada mediante o desenvolvimento de um projeto de comunidade humana global.

A sua efetivação perpassa, todavia, pela necessária transposição de justificativas metafísico-essencialistas-ontológicas propiciadas pela aplicação dos pressupostos de uma hermenêutica clássica ou metodológica baseada na relação cognitiva sujeito-objeto, para justificativas ontológico-fundamentais propiciadas pela aplicação dos pressupostos de uma hermenêutica filosófica baseada na experiência histórica estruturada como linguagem e na relação sujeito-sujeito, implicando uma tomada de atitude ética pelo intérprete que envolve o cumprimento dos compromissos associativos encerrados nos textos normativos internacionais e nacionais (constitucionais).

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica Op. cit. p. 215.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. “Constituição ou barbárie? A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. A resistência constitucional como compromisso ético” in Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002), Rio de Janeiro, 2002, p. 208.

A realização dos comprometimentos jurídicos encerrados nos textos normativos internacionais e nacionais pertinentes aos direitos humanos fundamentais encontra obstáculos na ocorrência de uma crise de paradigmas que abarca o modo de produção do direito e o modo de interpretar o direito. Tais paradigmas conformam uma hermenêutica jurídica tradicional nos moldes da hermenêutica clássica refratária ao giro lingüístico de cunho pragmático-ontológico, que se entende apta, como ciência universal, para conhecer os objetos em razão de possuir um método ou caminho determinado para percorrer. A linguagem, neste contexto, é considerada como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, e prejudica o conhecimento humano de como as coisas são em si mesmas. A hermenêutica clássica trabalha com a noção de extração de sentido (*Auslegung*).

A hermenêutica filosófica, por sua vez, sectária do giro lingüístico, avança e trabalha com a noção de atribuição de sentido (*Singebung*). Ela denuncia a pretensão de conhecimento neutro e não se limita ao entendimento instrumental dos significados dados, mas ultrapassa a exploração do âmbito das respostas dadas e se abre às possibilidades inesgotáveis do sentido se instaurar. A linguagem passa a ser considerada condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. A hermenêutica filosófica contextualiza-se no tempo e no espaço, e mostra-se hábil para pautar a efetivação dos compromissos associativos reconhecidos por uma comunidade humana, dentre os quais, os pertinentes aos direitos humanos fundamentais.

A efetividade dos direitos humanos fundamentais reside, assim, na aplicação de um modo de interpretação que os percebe como instrumentos de viabilização da coexistência e de transformação social. A efetivação compromissária do conteúdo dos direitos humanos é operada, deste modo, a partir de sua inserção temporal, histórica e fática no âmbito e no contexto argumentativo-discursivo da comunidade política em que sua concretização é pugnada. Impende ao intérprete tomar uma postura ética e responsável condizente com o reconhecimento de circunstâncias e experiências históricas que ensejaram o estabelecimento de comprometimentos jurídicos acerca dos direitos humanos.

A aplicação da hermenêutica filosófica condiz com a atividade de reflexão sobre os condicionamentos que envolvem o processo de interpretação dos compromissos éticos atinentes aos direitos humanos fundamentais com vistas a dotá-los de efetividade, abarcando a análise das condições de validade das normas a eles referentes enquanto vigentes em textos que expressam compromissos ético-políticos e jurídicos. A efetivação dos direitos humanos fundamentais que se pauta em preceitos da hermenêutica filosófica se enquadra em um horizonte de aplicação jurídica que não nega a vigência dos textos que expressam os compromissos ético-políticos e jurídicos a eles referentes, mas que promove a sua reflexão, mediação e validação compreensiva e interpretativa. Tais preceitos, quando atrelados a teorias filosóficas que sustentam procedimentos democráticos e conteú-

dos substanciais que encontram amparo na tradição, propiciam bases teóricas apropriadas para a fundamentação e a reformulação da Teoria da Constituição e da Teoria do Estado, de modo que estas incorporem e promovam a efetivação dos compromissos ético-políticos e jurídicos institucionalizados em comunidades humanas determinadas.

Os direitos humanos fundamentais qualificam-se, em uma perspectiva hermenêutica que reconhece as circunstâncias e os valores que ensejaram e ensinam o seu reconhecimento nos âmbitos internacional e nacional, como núcleo do compromisso ético-político e jurídico fundamental de um Estado Democrático de Direito, e afiguram-se como padrões normativos aptos para legitimar uma atitude de resistência tendente a controlar os processos de transformação dos ordenamentos jurídicos e para nortear a atuação das instituições nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- _____. *Política*. México: Editorial Porrúa, 1998.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Fundamento dos direitos humanos" in *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LIT, 1998. p. 52-74.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. *Verdade e método*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.
- HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación - Ensayo de vitalismo social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 14.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- _____. *Ser e Tempo*. Parte II. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- MALBERG, R. *Carre de*. Teoria general del Estado. 1.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

- MAYBURY-LEWIS, David. "A antropologia numa era de confusão". Revista Brasileira de Ciências Sociais. Bauru, v.17. n.50, 2002.
- MÖLLER, Josué Emilio. A fundamentação ético-política dos direitos humanos. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- _____. A justiça como equidade em John Rawls. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. "Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais" in A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 11-25.
- _____. "Direitos humanos 'globais (universais)'. De todos, em todos os lugares!" in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2001, p. 43-76.
- _____. "Revisitando o Estado" in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2000. p. 69-104.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 1996.
- OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- OST, François e KERCHOVE, Michel van de. "O presente, horizonte paradoxal das sanções reparadoras?" in Filosofia do direito e direito econômico: que diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PAINÉ, Thomas. Os direitos do homem: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Petrópolis: Vozes, 1989.
- PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 1986.
- PIOVESAN, Flávia. "A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos" in Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 1998. p. 132-151.
- _____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. "Globalização econômica, integração regional e direitos humanos" in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 39-75.
- RAWLS, John. Justiça e democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____. O liberalismo político. *São Paulo: Ática, 2000.*
- _____. O direito dos povos. *São Paulo: Martins Fontes, 2001.*
- _____. Uma teoria da justiça. *São Paulo: Martins Fontes, 1997.*
- ROHDEN, Luiz. "Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica" in Revista de filosofia do centro de Ciências Humanas da Unisinos, v.4, n.6, *São Leopoldo, 2003. p. 109-132.*
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.*
- STRECK, Lenio Luiz. "A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição" in Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. *São Leopoldo, 2000, p. 105-139.*
- _____. "Constituição ou barbárie? A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. A resistência constitucional como compromisso ético" in Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002), *Rio de Janeiro, 2002, p. 199-209.*
- _____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.*
- _____. "Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica" in Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, *São Leopoldo, 1998-1999, p. 77-120.*
- _____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.*
- VAN PARIJS, Philippe. O que é uma sociedade justa? Introdução à prática da filosofia política. *São Paulo: Ática, 1997.*
- VIEIRA, Oscar Vilhena. "Globalização e constituição republicana" in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. *São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 449-476.*
- WALZER, Michael. Da tolerância. *São Paulo: Martins Fontes, 1999.*
- WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. *Porto Alegre: Fabris, 1994.*
- ZARKA, Yves Charles. "Elaborar uma teoria política da coexistência." IHU Online: Boletim semanal do Instituto Humanitas. *São Leopoldo, n.52, 2003, p.5.*

A LEITURA DO INSTITUTO DA COISA JULGADA FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO DA PÓS-MODERNIDADE

Fabiana Azevedo da Cunha¹

1. Introdução. 2. A discussão atual sobre a relativização da coisa julgada. 2.1. Noções gerais sobre o instituto da coisa julgada. 2.2. Proposições de Humberto Theodoro Júnior, de José Augusto Delgado e de Cândido Rangel Dinamarco. 2.3. Posição de Sérgio Gilberto Porto, de Ovídio A. Baptista da Silva, de José Maria Rosa Tesheiner e de Araken de Assis. 3. Pós-modernidade e a constitucionalismo. 3.1. Segurança jurídica na pós-modernidade. 3.2. As normas constitucionais e sua aplicação. 3.3. A supremacia da Constituição frente a decisões transitadas em julgado inconstitucionais. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A garantia constitucional da coisa julgada tem exigido, há muito, análise acurada dos processualistas, por sua especial importância àquele ramo do Direito. Todavia, diante do fenômeno da constitucionalização do Direito e, por conseguinte, de seu papel central no sistema jurídico, que trouxe consigo um novo método de interpretação constitucional, essencialmente, sistemático e tópico, a garantia, consagrada até então em termos bastante herméticos, embora não absolutos, passou a ser rediscutida em novos parâmetros. E, agora, parecem estar não só os processualistas, mas também os constitucionalistas, se é que se pode cogitar de tal classificação, considerando o papel atual da Constituição no sistema, discutindo tal garantia, de maneira que tal debate acabou por assumir um lugar de destaque nas discussões jurídicas atuais, daí a importância e a eleição do tema para exame no presente estudo.

Assim, na primeira parte desta análise, pretende-se situar o problema que está sendo enfrentado, qual seja: é admissível a flexibilização da coisa julgada fora das hipóteses sistematicamente já previstas para esse fim pelo legislador

¹ Mestre em Direito - PUC/RS, Especialista em Direito Tributário - UNISINOS, Diretora Presidente da Escola Superior de Advocacia Pública da APERGS, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

infraconstitucional? Para tanto, faz-se uma abordagem mínima das noções gerais atinentes à garantia constitucional da coisa julgada e, em seguida, oferecem-se resumidamente, ainda que com as limitações de reproduzir a opinião de outros doutrinadores, as diferentes leituras que o tema vem suscitando perante na dogmática jurídica atual.

Na segunda parte do trabalho, tem-se por escopo situar a discussão do problema no seu contexto, isto é, no contexto da pós-modernidade, que impõe a redefinição do papel central outrora ocupado pela segurança jurídica. Ademais, objetiva-se distinguir especificamente como o novo constitucionalismo e a nova interpretação constitucional não podem andar ao lado de um entendimento que limite de sua incidência a garantia constitucional da coisa julgada.

Por fim, diante das premissas assentadas, aborda-se a importante questão da garantia da supremacia da Constituição frente a decisões transitadas em julgado inconstitucionais.

2 A DISCUSSÃO ATUAL SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

É possível afirmar que há consenso quanto à importância do instituto da coisa julgada, não apenas a fim de preservar a certeza e a segurança jurídica aos envolvidos nos litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário, afastando a instabilidade e a insegurança causadas pela eternalização das demandas, mas para a sociedade como um todo, na medida em que a coisa julgada garante a própria estabilidade e segurança no convívio social, isto é, nas relações sociais reguladas pelo Direito.

Entretanto, outras convergências, tais como em relação à extensão da garantia constitucional e, mais propriamente, quanto às possibilidades de revisão da coisa julgada admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, são poucas entre os juristas pátrios, de sorte que, para o exame do tema proposto, necessário, após a apresentação das linhas gerais do instituto, uma abordagem das posições de alguns doutrinadores de destaque no cenário nacional sobre os limites da imutabilidade, conferida pela coisa julgada, às decisões judiciais.

Antes de ingressar em dita análise, importante referir, todavia, que a discussão acerca de uma possível relativização da coisa julgada ganhou espaço especialmente no momento em que se trata da constitucionalização do Direito, de maneira que o instituto, além da análise cuidadosa que sempre recebeu dos privatistas e dos processualistas, passou a ser objeto de exame profundo por parte do publicistas. Embora o desconforto que tal consideração possa trazer, pode-se considerar que grande parte da celeuma que tem trazido o instituto da coisa julgada recentemente tem a ver com sua análise a partir não apenas dos limites da processualística, mas dos princípios que dominam o constitucionalismo brasileiro. E, mais ainda, do próprio método de interpretação dos princípios constitucionais que exige, como técnica de decisão jurídica, a ponderação. Tal técnica

iniciou direcionada à solução dos chamados *hard cases* (casos difíceis), em que dois princípios em tese aplicáveis ao caso concreto implicariam, se aplicados isoladamente, em decisões conflitantes, devendo, portanto, ser aplicados de forma balanceada, preponderando aquele que conduzisse à solução mais adequada ao caso concreto, utilizando-se como princípio instrumental de tal processo, o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Assim, “a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica”² e, por conseguinte, começou-se a ponderar o princípio da segurança jurídica (valor assegurado pela coisa julgada) com outros princípios relevantes tais como o da justiça social, da proteção dos direitos de personalidade, etc., de sorte que se iniciou a discussão sob os limites da coisa julgada numa revisão do próprio método de interpretação constitucional.

Dessa forma, seja, então, em decorrência da inserção do instituto da coisa julgada com viés quase absoluto em nosso sistema jurídico, seja em decorrência da própria incerteza por ora ainda inserta nos parâmetros para a aplicação da técnica de decisão pela ponderação, que ainda prescinde de objetividade e, muitas vezes, dá lugar a ampla discricionariedade³, é que o tema tem despertado defesas e ataques extremamente entusiasmados, conforme será visto a seguir, tão logo sejam apontadas as noções gerais atinentes à coisa julgada.

2.1 Noções Gerais Sobre o Instituto da Coisa Julgada

É a Constituição que define os contornos da segurança jurídica, aí situando-se a proteção à coisa julgada. No Brasil, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, a referência constitucional à coisa julgada limita-se a protegê-la dos efeitos da lei nova, isto é, sua inclusão no texto constitucional está em dispositivo que consagra o princípio de direito intertemporal de irretroatividade da lei nova frente ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, qual seja: inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna.

Nesse sentido, tem-se:

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:

(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

² BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.302.

³ BARROSO. O Direito... p. 303.

Assim, parte da doutrina nacional entende que a Constituição Federal protege a coisa julgada frente à lei nova, dirigindo-se a norma constitucional ao legislador ordinário, de sorte que não há qualquer vício na regulação do instituto por meio de lei ordinária. Nesse sentido, manifestam-se, dentre outros, Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado. Por tal razão, isto é, por não ser a coisa julgada uma garantia constitucional absoluta pertinente ao instituto em si, é que o artigo 485 do Código de Processo Civil é constitucional, embora contenha previsão de rescindibilidade da coisa julgada por meio de ação rescisória, o mesmo podendo ser dito relativamente à constitucionalidade do instituto da revisão criminal, ao qual não pode ser oposto o instituto da coisa julgada. Protege-se a coisa julgada da atuação direta do legislador. Assim, o dispositivo constitucional não proíbe a lei de limitar o instituto da coisa julgada, enfim de discipliná-lo, restringir sua aplicação, oferecer novos instrumentos para seu controle, etc., mas sim de violar a própria coisa julgada, isto é, veda que o legislador ordinário legisle atingindo julgados já decididos definitivamente pelo Poder Judiciário e sobre os quais já há coisa julgada, de modo que normas editadas posteriormente aos casos já julgados atingirão apenas os casos não julgados. A norma constitucional tem por escopo que lei nova não possa retroagir para atingir caso concreto definitivamente julgado por sentença sobre a qual já recaiu o reiteradamente denominado manto da coisa julgada.

Em realidade, crê-se ser a coisa julgada uma derivação do direito adquirido, direito este que foi adquirido por força de decisão judicial terminativa de um litígio. Entretanto, o constituinte, já na Constituição de 1934, com redação da norma constitucional idêntica a atualmente vigente, deu destaque tanto à coisa julgada, quanto ao ato jurídico perfeito, no art. 113, inciso 3, os quais, em si, poderiam estar compreendidos dentre da proteção ao direito adquirido. Igualmente, na Constituição de 1946, art. 141, § 3º, e na Constituição de 1967, art. 153, § 3º, e, por fim, na Constituição de 1988, protegeu-se a coisa julgada, que é instituição de direito desde os romanos⁴. Daí, então, que o objetivo da norma constitucional não é blindar o instituto da coisa julgada, mas sim proteger o direito que já foi adquirido por meio de decisão judicial definitivamente julgada, protegendo os princípios da irretroatividade da lei e da não-surpresa.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso destaca que a norma constitucional do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, “dirige-se, primariamente, ao legislador e, reflexamente, aos órgãos administrativos e judiciários. Seu alcance atinge, também, o constituinte *derivado*, haja vista que a não retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual que, como tal é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV da CF. Disso resulta que as

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 172.

emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁵.

De toda sorte, conforme analisado, incumbe à lei infraconstitucional definir objeto da garantia e, por conseguinte, para que se esclareça o conteúdo da coisa julgada, há que se fazer a leitura dos dispositivos infraconstitucionais. Nessa senda, tem-se o artigo 467 do Código de Processo Civil e o artigo 6º, § 3º, da LICC.

Dispõe o artigo 467 do CPC: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Por sua vez, reza o artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657, de 04 de setembro de 1942) que:

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Logo, nem todo provimento judicial revela-se idôneo a revestir-se da singular eficácia da coisa julgada, mas tão-somente o provimento judicial que põe fim ao processo.

Quanto ao fundamento político para proteção conferida constitucionalmente à coisa julgada frente à lei nova, não há dúvidas de que é a estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, a paz social, que é propriamente o fundamento do Direito em si, na medida em que a sociedade não pode prescindir de um mecanismo que solva os conflitos sociais e, por sua vez, tal mecanismo, ainda que contenha meios de evitar a perenização de decisões injustas, que são os recursos, não pode eternizar o conflito, sempre admitindo sua revisão, daí que a coisa julgada acaba por conferir imutabilidade as decisões judiciais sobre as quais venha a recair, mantendo, dessa forma, a ordem pública. A insegurança e a incerteza jurídicas apenas servem à perturbação da paz social, o que não é um fim para o Direito.

No que pertine ao fundamento jurídico da coisa julgada, conforme lição de Sérgio Gilberto Porto⁶ sobre o tema, juristas da Idade Média, com base em textos de Ulpiano, entendiam que a coisa julgada decorre de uma presunção de verdade absoluta conferida à sentença. Por sua vez, para Savigny, a sentença constituía ficção da verdade ou uma verdade artificial. Na teoria de Pagenstecher, que é a teoria da força legal, substancial da sentença, a coisa julgada fundamenta-se no direito novo, por força de lei, criado pela sentença. Já, na teoria de

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002. p. 55.

⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil (análise, crítica e atualização)* 2ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 1998. pp. 39-55.

Hellwig, que é a teoria da eficácia da declaração, a sentença não cria direitos, ela apenas os declara, e é o efeito de declaração constante na sentença que produz a certeza do direito. Há obrigação dos órgãos jurisdicionais em respeitar a precedente declaração contida numa sentença passada em julgado. Para Ugo Rocco, que trata da teoria da extinção da obrigação jurisdicional, a coisa julgada está inserida na obrigação estatal de prestar a atividade jurisdicional às partes, apresentando-se a coisa julgada, antes de tudo, como fenômeno processual que extingue o direito público subjetivo à prestação jurisdicional, relativamente a um certo e determinado direito de ação. Para Chiovenda (teoria da vontade do Estado), a coisa julgada encontra seu fundamento na vontade do Estado, consistindo na simples circunstância do atuar da lei no caso concreto, na medida em que isso representa o objeto do desejo do Estado. Para Liebman, a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e torná-los imutáveis.

Além das diversas teorias sobre o fundamento jurídico da coisa julgada, importa extrair da obra de Sérgio Gilberto Porto sobre o tema, as seguintes assertivas sobre a definição do instituto⁷, que bem ajudam a compreendê-lo:

A definição de coisa julgada envolve algo mais que a simples soma de seus termos, pois representa um conceito jurídico que qualifica uma decisão judicial, atribuindo-lhe autoridade e eficácia. Trata-se, em suma, daquilo que, para os alemães, é expresso por *Rechtskraft*, ou seja, “direito e força”, “força legal”, “força dada pela lei”.

(...)

A coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal. Essa idéia não se confunde com a de autoridade nem, muito menos, com a de eficácia (...). Como também não se confunde com a razão pela qual a nova situação jurídica se tornou indiscutível, na medida em que essa razão representa a impossibilidade de impugnação – de forma eficaz – da decisão proferida, em face da preclusão recursal.

Outrossim, na lição de Araken de Assis⁸:

(...) a “coisa julgada”, aludida no art. 5º, XXXVI, da CF/88, consiste na indiscutibilidade do pronunciamento, quanto ao mérito, eficácia acrescentada após o trânsito em julgado. Ficam as partes subordinadas à eficácia do ato e à regra jurídica concreta por ele estabelecida.

Ademais, necessário salientar que a garantia constitucional da proteção à coisa julgada refere-se à denominada coisa julgada material, e não à coisa julgada formal, eis que se resguarda a proteção jurisdicional definitivamente outorgada

⁷ PORTO. Coisa... pp. 43-45.

⁸ ASSIS, Araken. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. Revista Jurídica, v. 301, novembro/2002, p. 11.

da, sendo que a coisa julgada formal só produz efeitos endoprocessuais, isto é, apenas impedindo que as discussões sejam retomadas dentro da mesma relação jurídica processual em que a sentença acobertada pela coisa julgada formal tenha sido proferida. Ressalte-se, além disso, que a coisa julgada formal distingue-se da preclusão, pois esta é utilizada com relação às decisões interlocutórias. Por sua vez, a coisa julgada material opera nas sentenças definitivas (com exame do mérito) sobre as quais já incidiu a coisa julgada formal, consistindo na imutabilidade que adere à decisão e que inviabiliza sua reapreciação em processos futuros, impedindo a renovação da mesma ação e também de ação contrária, isto é, exemplificativamente, caso seja julgada procedente ação de cobrança e sua decisão definitiva acobertada pela coisa julgada, não poderá o réu propor ação declaratória de inexistência do débito.

No que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada, isto é, aquilo que transita em julgado efetivamente, deve-se destacar o disposto no art. 458 do CPC, que trata dos requisitos essenciais da sentença, sendo que deles tornar-se-á imodificável o dispositivo, isto é, aquilo que da sentença declara a procedência ou improcedência do pedido. A matéria que se deduziu no processo e aquela que se poderia deduzir apenas em decorrência da eficácia preclusiva da sentença é que integrariam os limites objetivos da coisa julgada. No que pertine à matéria em análise, destaca-se decisão da 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 187004/BA, de 13.03.2001, Rel. Min. Waldemar Zewer, DJU, de 09.04.2001, p. 00352, na qual constou que:

Os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da decisão, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não se recobrem do manto da intangibilidade, que é próprio da *res iudicata* (art. 469, I, do CPC).

Não se pode olvidar, todavia, que, nas relações jurídicas continuativas, a revisão da sentença por fato superveniente não ofende a garantia constitucional da coisa julgada, na medida em que o novo pronunciamento judicial é emitido levando em conta fatos novos, diversos daqueles agasalhados pela coisa julgada anterior. Isso porque as sentenças que julgam relações jurídicas continuativas acabam por trazerem implícitas a cláusula *rebus sic standibus*.

Relativamente aos limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, quanto à delimitação daqueles que serão atingidos pela garantia constitucional da coisa julgada, tem-se, primeiramente, o disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Assim, vê-se que o artigo 472 do CPC traçou os limites subjetivos da coisa julgada, mas tão-somente aqueles afetos à coisa julgada nas ações para a defesa dos interesses individuais, isto é, a coisa julgada *inter omnes*. A proteção jurídica aos direitos transindividuais, conferida pela ação popular, pela ação civil pública, pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 103, incisos I (coisa julgada *erga omnes*) e II (coisa julgada *ultra partes*), transcendeu os limites do artigo 472 do Código de Processo Civil, visto que estendeu os limites subjetivos da coisa julgada para além dos sujeitos da relação jurídica processual. Assim, nas ações para a defesa da interesses difusos e individuais homogêneos, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes*. Por sua vez, nas ações coletivas *stricto sensu*, embora a coisa julgada gere efeitos para além das partes, limita-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas a que se refere o direito coletivo discutido em juízo e objeto da coisa julgada material. Quanto ao tema, importante contribuição trouxe Sérgio Gilberto Porto⁹, ao tratar da relação entre a coisa julgada e o direito posto em causa, tendo asseverado, analisando minuciosamente a matéria, que, sob o aspecto subjetivo, não há uma única concepção do instituto dos limites subjetivos da coisa julgada, mas tantas quantas reclamar a natureza do direito posto em causa. Segundo afirma o autor, com razão, a coisa julgada está diretamente relacionada ao direito afirmado, na medida em que, se este for individual heterogêneo, aquela se limitará às partes; se o direito for individual homogêneo nas relações de consumo, *erga omnes*, nos casos de procedência (*secundum eventum litis*); se o direito for coletivo propriamente dito nas relações de consumo, *ultra partes*; se for difuso, nas demandas públicas, populares e de consumo, *erga omnes*.

Dessa forma, com tais considerações, tem-se por delineadas algumas noções básicas do instituto e novamente sublinhada a importância da proteção constitucional conferida à coisa julgada como decorrência do valor segurança jurídica. Todavia, a discussão doutrinária sobre sua relativização, que entendemos extremamente pertinente, especialmente nas hipóteses em que perpetua uma inconstitucionalidade, contemporaneamente, tem despertado a manifestação de importantes juristas brasileiros, o que se pretende analisar a seguir. Veja-se que, em realidade, é possível dizer que um dogma está sendo questionado e, quando isso ocorre, normal que posições firmes sobrevenham às primeiras propostas revisionistas.

Para que seja viável, posteriormente, adotar postura própria e crítica em relação à matéria, imprescindível que sejam apresentadas, ainda que de forma sintética, as proposições sobre o tema de alguns doutrinadores. Nesse sentido, a primeira abordagem é daqueles que adotam uma posição de necessidade imediata da ampliação dos limites das hipóteses de revisão da coisa julgada, isto é, por meio inclusive de outras decisões judiciais em processos autônomos inclusive. Por sua vez, a segunda abordagem é daqueles juristas que adotam postu-

⁹ PORTO. Coisa... pp. 60-66.

ra tendente a manter o instituto da coisa julgada em seus limites atuais, mas propugnando por seu aperfeiçoamento por meio de alterações legislativas, seja no sentido de dilatar o prazo decadencial de proposição da ação rescisória para fins de revisão da coisa julgada em hipóteses excepcionais ou, ainda, de não-previsão de prazo decadencial nessas hipóteses, bem como por meio de uma sistematização adequada da querela *nullitatis*.

2.2 Proposições de Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e de Cândido Rangel Dinamarco

Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, uma decisão judicial transita em julgado que avilte a Constituição, por aplicar lei posteriormente declarada inconstitucional ou, ainda, por deixar de aplicar norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, por fim, por deliberar contrariamente à norma constitucional, não pode deixar de se submeter a um mecanismo de controle de constitucionalidade¹⁰, mormente num período do constitucionalismo que exige da atividade jurisdicional interpretação das normas constitucionais, a fim de concretizar a própria Constituição.

Segundo os referidos autores, a idéia da imutabilidade da coisa julgada não condiz com o modelo de supremacia da Constituição, de sorte que não pode ela “suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante do que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?”¹¹. Ademais, entendem ser o princípio da coisa julgada de natureza infraconstitucional, inferior hierarquicamente ao princípio da constitucionalidade, de sorte que a coisa julgada prevalecerá apenas estando conforme a Constituição. Não estando, estar-se-á diante da coisa julgada inconstitucional, que, para tais autores, somente reveste-se de aparência de coisa julgada, haja vista estar eivada de nulidade.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria: “O direito processual civil mudou e a busca da verdade real, como meio de se alcançar justiça e concretizar o anseio do *justo processo legal*, é uma exigência de tempos modernos. (...) No Estado de Direito, especialmente no Estado brasileiro, a justiça é também um valor perseguido (Preâmbulo da Constituição Federal)”¹².

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FÁRIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais de controle. Revista dos Tribunais, v. 795, 2002, p. 23.

¹¹ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 26.

¹² THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 33.

Quanto aos mecanismos de controle da constitucionalidade dos atos decisórios do Poder Judiciário atingidos pela *res iudicata*, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, por considerarem que o vício da inconstitucionalidade é insanável, eivando a decisão de nulidade, reconhecem “aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada”¹³. Ademais, os tribunais, segundo eles, devem: “até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução”¹⁴. Não se sujeita a ação rescisória, na espécie, a prazo decadencial de dois anos, segundo propugnam os autores, “a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo, do processo em que há vício de citação (...)”¹⁵.

José Augusto Delgado, por sua vez, entende que o princípio da coisa julgada não é absoluto, nem poderá ser veículo de injustiças, de maneira que a carga imperativa da coisa julgada quando eivada de vícios graves e que estejam a produzir conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para os cidadãos ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo Direito, isto é, que afronte os princípios da moralidade e da legalidade pode ser revista, a qualquer tempo¹⁶. Para o autor: “a sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza”¹⁷. Entretanto, de ressaltar que o autor continua a resguardar a garantia da coisa julgada, que tem *status* constitucional, preservando-a em face da lei nova, mas admitindo a possibilidade de conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na Constituição e, nessa hipótese, admitindo que a solução, nestes casos, passe pela aplicação dos superprincípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que seja conferida ao caso concreto uma solução justa e ética e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade, isto é, nunca àquela que considere a coisa julgada intangível.

Cândido Rangel Dinamarco, em estudo pormenorizado sobre o tema, propõe critérios para a relativização racional e equilibrada da coisa julgada e ainda sugere os modos como o Poder Judiciário pode ser chamado e deve manifestar-se a esse respeito¹⁸. Asseverando que a coisa julgada é um instituto que pertence ao direito constitucional mais que ao direito processual, o autor apresenta as

¹³ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 37.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 37.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 36.

¹⁶ DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas. Revista de Processo, v. 103, p. 31.

¹⁷ DELGADO. Revista... p. 32.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, set-out/2002. p. 17.

aberturas sistemáticas da prevalência da coisa julgada, isto é, a ação rescisória, os embargos à execução, a disposição do art. 463, I, do CPC, que autoriza nova decisão depois de publicada sentença, em caso de inexatidões materiais ou erros de cálculo e, por fim, os casos de ineficácia da sentença, para os quais o STF admite a utilização de qualquer via pelo sujeito atingido ou ameaçado pelos efeitos de um julgamento em processo sem sua participação, inclusive processo autônomo, com pedido de declaração de nulidade ou ineficácia da sentença¹⁹. Além de tais hipóteses sistematizadas, tem-se pretendido mitigar a coisa julgada em outros casos que, segundo o autor, trazem em comum a premissa consistente da prevalência do substancial sobre o processual. Então, Cândido Rangel Dinamarco propõe que se analisem tais hipóteses a partir do conceito técnico da impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença. Assim, o autor, considerando que a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, constrói a argumentação de que certas sentenças de mérito, que pretendam ditar um preceito juridicamente impossível, não terão força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam, apenas aparentando produzir efeitos substanciais, os quais, todavia, são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional²⁰. Logo, tais sentenças não produzem efeitos capazes de serem imunizados pela coisa julgada. Além disso, assevera o jurista que: “*é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a CF repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional*”²¹. Embora entendendo que a problemática mais difícil relativamente à relativização da coisa julgada seja a própria admissão de tal possibilidade, Cândido Rangel Dinamarco ainda analisa os métodos, além dos já sistematizados, que vêm sendo admitidos para revisá-la. Assim, destaca que “os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada”²². De qualquer forma, refere que o STF tem admitido acertadamente a ação autônoma para declarar a nulidade de sentença. Outra proposição do autor é que sejam interpretadas mais ampliativamente as hipóteses de ação rescisória previstas no art. 485 do CPC. Enfim, sobre o tema o autor conclui por:

(...) aceitar a idéia da *coisa julgada inconstitucional*, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como

¹⁹ DINAMARCO. Revista... p. 18.

²⁰ DINAMARCO. Revista... pp. 19-20.

²¹ DINAMARCO. Revista... p. 22.

²² DINAMARCO. Revista... p. 26.

absoluto. A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mais conciliáveis – ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: *a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios*. A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicate* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a CF e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à CF – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes²³.

2.3 Posição de Sérgio Gilberto Porto, de Ovídio A. Baptista da Silva, de José Maria Rosa Tesheiner e de Araken de Assis

Pode-se dizer que outro sentido, relativamente ao primeiro grupo de posições doutrinárias abordadas, adotam aqueles cujas proposições sobre o tema serão ora, em linhas gerais, apresentadas.

Assim, para Sérgio Gilberto Porto, o instituto da coisa julgada é veiculado na Constituição Federal como “cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais normadas por sentença de mérito transita em julgado, integrando, pois, o conceito de cidadania processual reconhecido pela Constituição Federal”²⁴. Insere-se a coisa julgada, para o jurista, dentre as garantias, oferecidas pelo Estado, da “existência de uma ordem jurídica prévia, bem como a garantia que assegura a vigência e efetividade da ordem jurídica existente”²⁵. Refere o autor, que, “no movimento de mitigação das garantias constitucionais”²⁶, seja pelo que denomina primeira “onda” de relativização no próprio plano constitucional, seja pela segunda “onda” de relativização veiculada por lei infraconstitucional, seja pela terceira “onda” de relativização de garantias constitucionais por vias heterodoxas e decorrentes da própria realidade forense, a garantia da coisa julgada não restou indene. Assim, estari a relativização da coisa julgada inserida num contexto maior de relativização das próprias garantias constitucionais.

Todavia, para o jurista, o conflito entre a busca da justiça concreta e da segurança jurídica, garantindo, esta a própria justiça social, deve continuar a ser resolvido, de acordo com as formas existentes e admitidas pelo próprio sistema processual brasileiro para desconstituição da decisão transita em julgado. Assim, refere que: “a ação rescisória, ordinariamente, deve ser usada para invalidação das sentenças de mérito e a ação anulatória, excepcionalmente, em hipóteses

²³ DINAMARCO. Revista... p. 29.

²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. Revista de Processo, n. 112, 2003, p. 23.

²⁵ PORTO. Revista... p. 31.

²⁶ PORTO. Revista... p. 23.

restritas, para a superação de decisões com vícios insanáveis, tal qual, por exemplo, a ausência de citação do réu revel, circunstância que enseja a tese da sobrevivência da *querela nullitatis*. Imaginar diferentemente, no atual estado jurídico, seria – no mínimo – violar a garantia do devido processo legal (5º, LIV, CF), a qual é da essência do Estado democrático de direito”²⁷. Dessa forma, propõe o jurista, que, no bojo das reformas processuais que vêm ocorrendo, sejam revisadas as hipóteses de cabimento da ação rescisória e analisada a possível dilação de seu prazo decadencial “para hipóteses excepcionalíssimas”, em que as decisões transitas em julgado contivessem “vícios inconvalidáveis”, a exemplo do que já ocorre na revisão criminal, que não goza da referida limitação temporal, na medida em que a impossibilidade de revisão da decisão criminal geraria “crise social intolerável”²⁸.

Ovídio A. Baptista da Silva também tece considerações quanto ao quadro cultural no qual vêm situadas as teorias de revisão da coisa julgada, tida como instituto sagrado da “primeira modernidade”²⁹. Assevera o autor que não convence o argumento de fundamento da relativização da coisa julgada atinente à ocorrência de uma grave injustiça, na medida em que, materialmente, “a coisa julgada é uma instituição intrinsecamente produtora de injustiça, porquanto, impedindo que as discussões se eternizem, acaba, de alguma forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça”³⁰.

Ademais, segundo o autor, justiça não é um valor absoluto, podendo variar no tempo e “entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista” quanto a valores”³¹, de sorte que uma posição que vise coibir graves injustiças decorrentes do respeito a princípios como da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo exercerá um efeito aniquilador da coisa julgada. Em contrapartida, com tal critério, isto é, o da justiça, inviável seria garantir a intangibilidade de qualquer sentença, inclusive daquela que viesse a desconstituir uma primeira coisa julgada. De qualquer forma, o Ovídio Baptista extrai duas conclusões de sua análise sobre o tema, admitindo, primeiro, ser: a) “indispensável revisar o sistema da proteção à estabilidade dos julgados, como uma contingência determinada pela *crise paradigmática*. O fim da “primeira modernidade” determinará uma severa redução da indiscutibilidade da matéria coberta pela coisa julgada; b) será necessário, porém, conceber instrumentos capazes de atender a essa nova aspiração jurídica”³², que propõe sejam os da ação rescisória

²⁷ PORTO. Revista... p. 31.

²⁸ PORTO. Revista... p. 32.

²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa Julgada Relativa? Revista dos Tribunais, v. 821, março/2004. p. 29.

³⁰ SILVA. Revista... p. 30.

³¹ SILVA. Revista... p. 33.

³² SILVA. Revista... p. 37.

e de uma sistematização adequada da *querela nullitatis* e nunca a partir do afastamento da coisa julgada a partir de uma questão incidental ou relativizando-a a partir de pressupostos valorativos³³.

José Maria Rosa Tesheiner também refere haver uma tendência “moderna, de desdenhar, senão de eliminar, o instituto da coisa julgada”³⁴. O autor sugere existir uma contradição entre o consenso que hoje há de ter-se recursos demais e a discussão quanto aos tribunais poderem discutir novamente questões já decididas, situando a negativa de coisa julgada “como o recurso dos recursos”³⁵. Ademais, ressalta a importância de distinguir sentença nula de sentença rescindível, na medida em que aquela pode ser decretada a qualquer tempo por juízo de 1º grau (artigo 741, inciso I, do CPC), diferentemente da ação rescisória, que se sujeita a prazo decadencial de dois anos e submete-se a regras de competência que, de regra, dão aos Tribunais a competência “para rescindir suas próprias sentenças e as dos juízes de primeiro grau, relativamente às ações para as quais tenham competência recursal”³⁶. Refere, então, a inconveniência de ampliarem-se, por alteração legislativa, as hipóteses de sentenças nulas, na medida em que: “órgãos inferiores, inclusive juízes de primeiro grau, arrogar-se-ão o poder de decretar a nulidade de acórdãos de órgãos superiores, a pretexto, por exemplo, de falta de motivação, constitucionalmente exigida”³⁷. Assim, argumenta que “a melhor solução, para os casos, relativamente raros, em que se impõe a desconstituição de sentenças válidas, mas objetivamente desarrazoadas, é abrir-se a possibilidade de sua rescisão, a qualquer tempo, pelo órgão competente”³⁸.

Araken de Assis, por seu turno, também referindo que “a segurança jurídica é valor constitucional que entrou em flagrante declínio e retrocesso”³⁹, registra que tal fenômeno acabou por atingir a coisa julgada. Diante de tal fenômeno, o autor discorre sobre o risco de se multiplicarem os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento do transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do STF sob o fundamento de respeito último à Constituição. Daí, então, o ilustre jurista referir a necessidade de urgente intervenção do legislador na matéria, a fim de estabelecer as situações em que a eficácia de coisa julgada não se operará na natural e desejável extensão e o remédio adequado para retratá-la⁴⁰. Nesse sentido, refere o jurista que a própria disposição contida no art. 741, parágrafo único, do CPC, representou um enfraquecimento da coisa julgada, a qual, todavia, não constitui novidade ou aberração, na medida em que “o argumento de que a segurança jurídica, outorgada pela Constituição, não tem razão de exis-

³³ SILVA. Revista.... pp. 37-38.

³⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. <www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizaçãodacoisajulgada.htm> Acesso em 07/04/04.

³⁵ TESHEINER. Relativização...³⁶ TESHEINER. Relativização...

³⁷ TESHEINER. Relativização...³⁸ TESHEINER. Relativização...

³⁹ ASSIS. Revista... p. 11.

⁴⁰ ASSIS. Revista... p. 12.

tir se firmada em lei ou ato normativo incompatível com a própria Constituição, soa convincente e, em princípio, legítima a regra”⁴¹. De qualquer forma, assevera Araken de Assis que o próprio surgimento da regra, e isso importa sobremaneira destacar, é sinal de que é equivocada a extensão da ineficácia do julgado a quaisquer outros casos de nulidade. Caso se admitisse outra interpretação, a eficácia da coisa julgada representaria exceção. Segundo o autor: “a lei infraconstitucional, que outorga, ou não, a eficácia de coisa julgada a determinados provimentos do juiz, às vezes erige determinado vício essencial, porque ele parece suficientemente grave e relevante, de modo a receber tratamento privilegiado e diferente, à condição de defeito imune a quaisquer preclusões, incluindo a mais expressiva e a maior delas: a coisa julgada. (...) Avulta notar, frisando o caráter excepcional do vício versado, que nenhum dos demais motivos arrolados no art. 485 comporta alegação dos embargos. Quer dizer, a sentença rescindível não deixa de ser exequível e a própria propositura da rescisória, em princípio, não trava os trâmites da respectiva execução, a teoria do art. 489”⁴². Logo, tal limitação da eficácia da coisa julgada a quaisquer outros casos de nulidades não pode ser livremente ampliada caso a caso, mas depende de revisão e, por conseguinte, previsão legislativa, se for o caso. Em conclusão, o autor afirma ser “pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”⁴³.

Conforme restou demonstrado, os argumentos declinados tanto pelo primeiro grupo de autores, quanto pelo segundo, revelam-se com fundamentação bem construída, ficando aí o desafio em adotar uma das referidas posturas, o que, entretanto, respeitando a divergência, será feito na segunda parte do presente trabalho.

3 PÓS-MODERNIDADE E CONSTITUCIONALISMO

De maneira geral, os autores que tratam do tema da relativização da coisa julgada não deixam de referir que a rediscussão da coisa julgada está inserida num contexto contemporâneo maior. As visões sobre tal contexto é que, obviamente, acabam, de forma natural, sofrendo as influências das premissas adotadas por um e outro autor. Assim, a abordagem que se pretende dar ao tema é no sentido de situá-lo no contexto de um novo constitucionalismo e, ofertando-se tal corte epistemológico, refletir como algumas abordagens sobre o tema, caso se comunguem das premissas desse novo constitucionalismo, acabam por parecerem estar arraigadas a paradigmas ainda da modernidade e não da pós-modernidade, na qual situamos o novo constitucionalismo.

⁴¹ ASSIS. Revista... p. 13.

⁴² ASSIS. Revista... pp. 19-21.

⁴³ ASSIS. Revista... p. 27.

Conforme bem exposto, por José Levi Mello do Amaral⁴⁴, a existência de textos constitucionais não é fenômeno recente, pois qualquer Estado tem Constituição na medida em que está acompanhado de uma institucionalização jurídica do poder, havendo normas fundamentais sobre as quais se assenta todo o seu ordenamento. Entretanto, o constitucionalismo, como arma ideológica a serviço de uma classe – a burguesia, só se verifica no final do séc. XVIII, pois com a progressiva centralização do poder, sustentada nos interesses comerciais da burguesia ascendente, forma-se o Estado liberal clássico. Daí decorre o constitucionalismo como movimento político-ideológico que visava à elaboração de uma Constituição, aqui entendida como um conjunto de normas jurídicas que institucionaliza o poder. É no referido contexto, tipicamente da modernidade, em que a Constituição visava tão somente a institucionalizar e limitar o poder, garantindo apenas as liberdades negativas, que tem relevo especial a segurança jurídica e, por conseguinte, o absoluto apeço à coisa julgada.

Com o surgimento do Estado Social, do *welfare state*, o direito público ganhou impulso em confronto com os interesses meramente individuais dos particulares e, por conseguinte, a Constituição, receptora dos avanços do público, tendo por escopo, mais do que disciplinar a organização fundamental do Estado, limitar o poder internamente, pela separação dos poderes, e externamente, pela criação e asseguarção de direitos fundamentais de várias dimensões (individuais negativos, positivos, sociais, tecnológicos, etc.), ganhou espaço nos sistemas jurídicos internos com papel centralizador de tais sistemas e de reservatório dos valores e do *telos* da comunidade que ordena.

A Constituição, nas palavras de Juarez Freitas:

passa a ser vista com uma rede axiológica de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, entendidos de maneira predominantemente substancial⁴⁵.

A Constituição assume papel tão centralizador que se chega a tratar da própria constitucionalização do processo que impulsionou na direção de que todo sistema infraconstitucional processual deve obediência àquilo que se encontra determinado na lei maior⁴⁶.

Assim, é nesse contexto, que se pode denominar pós-moderno, que passou-se a dar relevância não só a princípios tipicamente modernos como os da

⁴⁴ AMARAL, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. COSTA, Judith Martins (org.). A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. pp. 54-71.

⁴⁵ FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 3ª ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 182-183.

⁴⁶ DANTAS, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência. Fórum Administrativo. Direito Público, v. 15, maio-2002, p. 588.

segurança jurídica, mas também a outros princípios consagrados nos textos constitucionais, especialmente, aqueles atinentes à concretização da justiça e da moralidade.

Segundo Luís Roberto Barroso⁴⁷, o chamado pós-positivismo representa uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate a valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética.

Assim, é nesse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética e na inquietude social gerada pela eventual convivência com uma situação consolidada judicialmente em desconformidade com o próprio texto constitucional e que acabe perpetuando inclusive um tratamento não-isonômico para casos idênticos, de modificação inviável por um rito processualístico, embora extremamente relevante para a paz e convivências sociais, que surge a necessidade de dar tratamento não absoluto à garantia da coisa julgada, ainda que o legislador tarde em ampliar as hipóteses de sua revisão.

Não há dúvidas de que o período em que o Estado era tipicamente legislativo está ficando no passado, sendo que hoje se vive num período do, já denominado pelo eminente Canotilho, “Estado jurisdicional executor da Constituição”. Tal realidade é vivida diuturnamente em nosso sistema jurídico. Tanto assim que, embora nossa origem de sistema da civil law, baseado na supremacia da lei, do princípio da legalidade, tem-se escrito e defendido ferrenhamente a supremacia do *due process of law*, típico dos sistemas da common law, dos sistemas baseados nos precedentes. E isso ocorre não só pela consagração do devido processo legal como princípio constitucional na Constituição Federal de 1988, mas pela amplitude que lhe foi dada pela interpretação do texto constitucional nos Tribunais pátrios. Ademais, também, em nosso sistema, convive-se com dos sistemas de controle de constitucionalidade, isto é, o concentrado e o difuso, o segundo típico da common law. Então, diante de tais considerações, com a devida vênia, não se encontram fundamentos quer jurídicos, quer políticos, suficientes a convencer que apenas quanto se trata de adaptar o vetusto instituto da coisa julgada a essa nova realidade, tenha-se que restar o apego ao estrito princípio da supremacia da lei e da segurança jurídica, fechando-se os olhos ao novo papel da Constituição e, porque não dizer, do Estado jurisdicional.

3.1. Segurança Jurídica na Pós-Modernidade

A segurança jurídica é objeto de grandes reflexões neste início de milênio, em especial, considerando os paradigmas do que alguns denominam de pós-modernidade, assim destacados por Luís Roberto Barroso: “Na Política, vive-se

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7ª ed. atual. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No Comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial. Vive-se a era (i) do poder dos meios de comunicação e (ii) da velocidade. Velocidade da informação e velocidade da transformação: novas gerações de computadores, novos instrumentos de conexão em rede universal, novas fronteiras nos medicamentos e na genética. As coisas são novas por vinte e quatro horas”⁴⁸.

Ademais, afirma-se que a era das certezas ficou na modernidade, na medida em que com a expansão do conhecimento constatou exatamente ser ele ilimitado e, por conseguinte, na pós-modernidade, “conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza”⁴⁹. Assim, exigência da pós-modernidade é que se saiba lidar com as incertezas, o que, todavia, não deve implicar em um ceticismo generalizado, isto é, continuam sendo necessários alguns limites que minimamente garantam a coexistência com paz social, isto é, que afastem o caos.

Dessa forma, em que pese, diante dos paradigmas da pós-modernidade, haver a tentação de que se trate a segurança jurídica como um valor anacrônico, necessário que se reconheça seu valor e, portanto, que se busque um equilíbrio entre a extrema importância conferida à segurança jurídica na modernidade, muitas vezes utilizada para mascarar injustiças e especialmente privilégios aos mais favorecidos, e a tendência ao seu aniquilamento na pós-modernidade.

Na busca do referido equilíbrio aparecem as palavras de José Afonso da Silva as quais guardam total pertinência com uma visão parcimoniosa, sem deixar de ser contemporânea, da segurança jurídica como valor do Estado Democrático de Direito, na medida em que reconhecendo sua importância, não prega sua primazia, o que seria típico da modernidade. Assim, segundo as palavras do autor: “As idéias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza não de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa idéia de justiça a segurança a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada”⁵⁰.

Portanto, a segurança jurídica não deixa de conservar seu valor fundamental na base do Estado e do Direito, mas não acima, senão ao lado da justiça e do bem-estar social. É nesse contexto e também por tais fundamentos que se

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51.

⁴⁹ MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução Elóia Jacobina. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 59.

⁵⁰ SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 28-29.

compartilha das teses que admitem a revisão da coisa julgada, ainda que fora das hipóteses tipicamente previstas no sistema processual.

3.2. As Normas Constitucionais e sua Aplicação

É voz corrente que a nova interpretação constitucional está assentada contemporaneamente em um modelo não só de regras, mas também de princípios, aplicáveis mediante ponderação.

As normas constitucionais enquadram-se em duas grandes categorias diversas: regras e princípios, não havendo uma hierarquia preponderante entre uma e outra, por força do princípio da unidade constitucional, mas representando ambas funções diversas dentro do sistema. A distinção entre regras e princípios não é objeto do presente estudo e longe está de alcançar consenso⁵¹. De toda sorte, nos limites deste trabalho, importa dizer que, genericamente, tomou corpo uma distinção estrutural entre regras e princípios, no sentido de que as primeiras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem, e, por sua vez, os princípios teriam um maior grau de abstração e incidiriam sobre uma pluralidade de situações. Tais conceitos, todavia, se confrontados com casos práticos não seriam aplicáveis à totalidade das hipóteses, de sorte que poderiam servir apenas com um início mínimo de abordagem do tema.

Certo é, entretanto, conforme já exposto, que a Constituição hoje pode e deve ser entendida como um sistema aberto de princípios e regras, no qual permeiam os valores jurídicos suprapositivos, assumindo um papel central os ideais de justiça e de realização dos direitos fundamentais. Por conseguinte, conforme refere Juarez Freitas, a tônica da interpretação sistemática da Constituição será hierarquizar princípios, regras e valores constitucionais sem permitir a quebra de qualquer princípio⁵².

Daí a importância da interpretação constitucional para a análise da relativização da coisa julgada, na medida em que o atual sistema constitucional e a forma que se vem consagrando de sua interpretação permitem que, sem alteração legislativa, experimentem-se progressos no caminho da superação de lacunas normativas ou convencionais e, mais, “a cada passo, do exame das interpretações melhor equacionadas da Carta, emergem novos argumentos para robustecer a perspectiva de que *a interpretação jurídica é processo tópico-sistemático* (...) do qual pode resultar uma solução de equilíbrio, um meio-termo (*mesótes* aristotélico, que não surge exatamente como meio aritmético), um compromisso entre formalismo e pragmatismo, evitadas as soluções unilaterais no deslinde das matérias de indagação constitucional”⁵³.

⁵¹ Sobre o tema, dentre outros, vide Humberto Ávila, em *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵² FREITAS. *A Interpretação...* p. 185.

⁵³ FREITAS. *A Interpretação...* pp. 186-187.

Assim, considerar a garantia constitucional da coisa julgada imune à qualquer ponderação tópica com outros princípios diante de um caso concreto, embora possa consagrar a coisa julgada um ideal de justiça por meio da estabilização das relações sociais, significa admitir sua existência como valor supremo, verdade absoluta, acima de qualquer outra, inclusive a do respeito à dignidade da pessoa humana. Não se pode retirar o instituto da coisa julgada da incidência da interpretação constitucional tópico-sistemática e admitir que sua revisão ocorra apenas nas hipóteses já sistematizadas pelo legislador infraconstitucional de revisão implicaria nisso.

Nesse sentido, lição magistral nos oferece Luís Roberto Barroso:

a interpretação constitucional, ao servir-se dos limites e possibilidades oferecidos pelos princípios para a busca da solução justa no caso concreto, amplia o poder de criação e a subjetividade do intérprete. Perde-se, assim, em previsibilidade e certeza das decisões, embora a norma escrita sempre permaneça com um parâmetro objetivo, demarcando as fronteiras de atuação. Mas o que se sacrifica, eventualmente, em segurança, é devolvido com lucro na melhor realização da justiça constitucional⁵⁴.

3.3 A Supremacia da Constituição Frente a Decisões Trânsitas em Julgado Inconstitucionais

Como último tópico a ser abordado, importa tratar da supremacia da Constituição frente a decisões trânsitas em julgado inconstitucionais, que em se admitindo o dogma absoluto da coisa julgada, salvo nas hipóteses de revisão já previstas pelo legislador ordinário, estaria sendo violada pela própria garantia constitucional da coisa julgada. Por primeiro, especificamente em relação ao tema, cumpre registrar que o legislador infraconstitucional, pela inserção da regra do art. 741, parágrafo único, tratou de amenizar minimamente o grave problema, na medida em que admitiu, na execução de sentença fundada em título judicial, que os embargos que versem sobre a inexigibilidade do título, possam fundamentá-la na circunstância de ser ele fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Assim, sendo à parte prejudicada ainda viável a interposição de embargos à execução, a problemática ora suscitada já encontrou solução pela via legislativa, que seria a única admitida para oferecer solução a tais casos segundo alguns doutrinadores, conforme já exposto. Então, debate-se aqui relativamente às hipóteses em que tal meio não é mais viável aos prejudicados por sentença acobertada pela coisa julgada fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Consti-

⁵⁴ BARROSO. Temas... p. 69.

tuição Federal. E o que se tem a dizer, por todo exposto é, que não admitir a revisão da coisa julgada por ação autônoma nestas hipóteses implicaria, com o devido respeito às opiniões contrárias, admitir a supremacia da coisa julgada frente à Constituição.

Como bem assevera Carmem Lúcia Antunes Rocha: “se o julgado transgri-de, afronta, atenta contra a Constituição, não se aperfeiçoa com a qualidade de coisa julgada para os efeitos de garantia constitucional. A Constituição não garante inconstitucionalidades, não se compadece com a sua prática, não fundamenta ou sustenta qualquer provimento, menos ainda os do Estado, que a adversem e tendam à sua inobservância. O Estado-juiz não está acima da Constituição”⁵⁵.

Sabe-se da ênfase dada aos estudos sobre o controle de constitucionalidade das leis, isto é, dos atos do Poder Legislativo frente à Constituição Federal, sendo que os atuais ordenamentos jurídicos, de regra, não admitem que nele permaneçam válidos e eficazes quaisquer atos legislativos, em desconformidade com a Constituição. Destarte, considerando tal circunstância, não se pode admitir que simplesmente tendo por fundamento assegurar o princípio da segurança jurídica diga-se que atos do Poder Judiciário pelo tão-só decurso do tempo, ainda que em desconformidade com a Constituição, permaneçam válidos por força da coisa julgada que se agregou aos efeitos de tal decisão inconstitucional.

Assim, o que é inconstitucional, seja ato do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, não pode valer, na medida em que tais atos contrários à Constituição carecem inclusive de legitimidade, uma vez que sua autoridade, como atos de Estado, baseia-se na autoridade constitucional que os fundamenta.

Dessa forma, qualquer ato emanado dos Poderes Públicos, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Judiciário, em desconformidade com a Constituição Federal está eivado de nulidade, decorrente esta de sua inconstitucionalidade⁵⁶.

Salvo melhor juízo, passou o período, conforme referem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, em que houve a institucionalização da intangibilidade das decisões judiciais cobertas pela coisa julgada, vencido o prazo para sua desconstituição, ainda que albergassem inconstitucionalidades. Período que consagrou tal garantia como expressão máxima dos valores de certeza e segurança destacados no ideário do Estado de Direito⁵⁷.

Veja-se que a própria idéia de preservar imutável uma decisão judicial terminativa já alcançada pela coisa julgada, ainda que, posteriormente ao seu trânsito em julgado e seu acobertamento pela coisa julgada, os fundamentos para o reconhecimento de um direito nela assegurado venham a ser declarados inconstitucionais, é circunstância geradora de insegurança jurídica, na medida em que a própria idéia de isonomia, isto é, de tratar de forma

⁵⁵ ROCHA. Constituição... p. 183.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. Op. cit., p. 30.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. Op. cit., p. 22.

isonômica situações idênticas reguladas pela mesma lei é conteúdo decorrente do valor segurança jurídica. Logo, a pretexto de preservar o valor segurança jurídica assegurado pela coisa julgada, pode-se, ao contrário, estar gerando segurança jurídica.

Ademais, é preciso deixar claro que não se está cogitando de desconstituir a coisa julgada por uma idéia de justiça que varia de acordo com o tempo ou com os valores ligados a crenças políticas, morais e religiosas das pessoas, conforme afirmou o respeitável jurista Ovídio A. Baptista da Silva, mas sim com base no respeito aos valores que foram consagrados constitucionalmente e, por isso, devem ser legitimamente respeitados independentemente do tempo transcorrido da prolação de uma decisão judicial que os tenha frontalmente violado.

De qualquer forma, certo é que não se está a propugnar pela livre modificabilidade das decisões judiciais cobertas pela coisa julgada, mas o que não se pode admitir é que decisões judiciais permaneçam consolidadas no sistema jurídico brasileiro, embora atentem contra os próprios princípios fundamentais insculpidos na Constituição de 1988, tais como os da solidariedade, da justiça, etc. (artigo 3º, Constituição brasileira). Assim, seja via ação rescisória, seja via embargos à execução ou, ainda, a qualquer tempo, pela via da ação declaratória de nulidade de sentença, que subsiste no direito brasileiro, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp 12.586, Rel. Min. Waldemar Zveiter), deverá buscar a revisão da decisão judicial terminativa de ação contrária à Constituição dita acobertada pela coisa julgada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que, na passagem da modernidade para a pós-modernidade, há um período de quebra de paradigmas, ousando-se afirmar que a garantia da coisa julgada, inserida no próprio princípio da segurança jurídica, é um postulado teórico que vem sendo quebrado junto com outros paradigmas da modernidade neste período de transição. Importa referir que o que ora se afirma, não se está fazendo com atecnia de termos, relevando destacar que, para Thomas S. Kuhn, um “paradigma” representa uma mescla normativa de teoria e de método, isto é, uma liga em que se agrupam vários postulados teóricos coordenados, uma visão de mundo bem definida, de modos de transmissão dos conteúdos da ciência, além de determinadas técnicas de pesquisa. Assim, eventuais problemas que surgem, havendo um paradigma constituído, serão resolvidos tendo presente dito horizonte teórico⁵⁸. Nos períodos de crise, nos quais se colocam em discussão os métodos, as técnicas e as concepções teóricas do paradigma, tem-se momentos de evolução científica, por meio dos quais são estabelecidos novos

⁵⁸ BORRADORI, Giovanna. A filosofia americana. Conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre e Kuhn. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003. p. 210.

paradigmas⁵⁹. Dessa forma, quer-se efetivamente dizer que em relação à garantia da coisa julgada e seus limites está sendo enfrentado um período de quebra de paradigma e, por conseguinte, um período de crise, o qual, todavia, é necessário para que se estabeleça um novo paradigma.

Embora respeitando as opiniões contrárias, parece que o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil já nasceu neste período em que se pretende assentar um novo paradigma relativamente ao instituto da coisa julgada e, nesse sentido, ofereceu um acréscimo significativo no destaque do papel central da Constituição no sistema jurídico e do próprio Supremo Tribunal Federal como seu intérprete último. Todavia, o dispositivo não esgotou, e nem poderia, o debate do instituto da coisa julgada. Debate este para o qual se crê ter contribuído, asseverando que ele não pode prescindir das premissas estabelecidas num contexto de pós-modernidade e, mas ainda, num contexto constitucional que destaca a convivência de outros valores (justiça, solidariedade, igualdade, moralidade, etc.), além da segurança jurídica, cuja preservação, tanto quanto a preservação da segurança jurídica, é imprescindível para a manutenção da paz social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. COSTA, Judith Martins (org.). A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. pp. 54-71.
- ASSIS, Araken. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional*. *Revista Jurídica*, v. 301, novembro/2002, pp. 7-29;
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003;
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002;
- BORRADORI, Giovanna. *A filosofia americana. Conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre e Kuhn*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003;

⁵⁹ BORRADORI, Giovanna. Op. cit., p. 211.

- DANTAS, Ivo. *Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência*. Fórum Administrativo. Direito Público, v. 15, março/2002, pp. 588-607;
- DELGADO, José Augusto. *Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas*. Revista de Processo, v. 103, pp. 9-36;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, set-out/2002, pp. 5-31;
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002;
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a Coisa Julgada Material?* Revista dos Tribunais, v. 830, dez-2004, pp. 55-73.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material*. RDGP, nº 33, jan-fev/2005, pp. 5-28;
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução Elóia Jacobina. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004;
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil (análise, crítica e atualização)* 2ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 1998;
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. Revista de Processo, n. 112, 2003. pp. 23-32;
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade*. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 165-191;
- SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 15-30;
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa Julgada Relativa?* Revista dos Tribunais, v. 821, março/2004. pp. 29-38;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais de controle*. Revista dos Tribunais, v. 795, 2002, pp. 21-40.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: RESERVA DO POSSÍVEL E CONTROLE JURISDICIONAL

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho¹

SUMÁRIO. 1. Considerações iniciais; 2. Dignidade da pessoa humana; 3. Direitos fundamentais sociais; 3.1. Conceito; 3.2. Objeto dos direitos sociais prestacionais; 3.3. Reserva do possível; 3.4. Características normativo-estruturais dos direitos sociais a prestações e o problema de sua habitual dependência de concretização legislativa; 3.5. A eficácia dos direitos sociais prestacionais de cunho programático; 3.6. Direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações; 3.7. Argumentos pró e contra os direitos fundamentais sociais; 3.8. O modelo de direitos fundamentais sociais dado por ALEXÝ; 4. O custo dos direitos; 5. A alocação dos escassos recursos públicos; 6. Sindicabilidade das escolhas públicas pelo Poder Judiciário; Conclusão; Referências bibliográficas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar, ainda que de forma sucinta, a efetividade dos direitos sociais fundamentais, examinando a possibilidade de controle jurisdicional de sua implementação, levando em conta a chamada “reserva do possível”.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de adentrar no exame dos direitos fundamentais sociais, impende analisar o conceito de dignidade da pessoa humana, à qual servem aqueles direitos, representando o seu núcleo.

Na lição de Sarlet:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida

¹ Procuradora do Estado do RS. Mestranda em Direito do Estado pela PUC/RS.

*saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*²

Do conceito extrai-se a conclusão de que, ainda que a dignidade da pessoa humana seja uma qualidade intrínseca ao ser humano, é possível que a sociedade e o Estado venham a violá-la ou promovê-la. Assim, por exemplo, um Estado que se quede inerte frente ao seu povo que se encontra em estado de miséria, seja subtraindo ou privando esse povo do mínimo necessário para uma existência digna, está, evidentemente, privando a população de exercer sua dignidade.

Assim, a dignidade, além de ser algo inerente à natureza humana, comporta também uma natureza cultural, de forma que estas se complementam e interagem mutuamente³.

A dignidade da pessoa humana representa, ao fim e ao cabo, o valor maior vinculante de toda ordem jurídica. Assim, o fim do Estado Social é a busca de uma existência digna para a sua população, pois, conforme sustenta Rizzato, “o que interessa mesmo é que se possa garantir a vida, mas uma vida digna”⁴.

Nesse quadro é que os direitos fundamentais encontram-se realizando, através da ordem jurídico-constitucional, a proteção e promoção da dignidade. Como dito por Sarlet, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”⁵.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 Conceito

Valemo-nos do conceito dado por Alexy:

Os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais fundamentais) são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também de particulares.⁶

3. 2 Objeto dos Direitos Sociais Prestacionais

Analisando-se a dimensão positiva destes direitos (que não exclui a dimensão negativa que também ostentam), têm os mesmos por objeto precípua

² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.60

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.38-60

⁴ NUNES, Rizzato. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 52.

⁵ SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.87

⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482 – tradução nossa.

conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários das normas), consistente numa prestação de natureza fática. Nesse sentido, os direitos sociais pressupõem seja criada ou posta à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Seu objetivo consiste em garantir os pressupostos materiais para um efetivo gozo das liberdades, por isso que fazem parte do chamado *status positivus socialis*.⁷

3.3 Reserva do Possível

Os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira razoável, pode esperar da sociedade.

A satisfação de tais direitos – econômicos, sociais e culturais – implica grande repercussão econômica, porquanto pressupõe a disponibilização estatal de prestações aos cidadãos. Nessa medida, encontra barreiras nas reais condições financeiras do Estado.

A reserva do possível foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, ocorrido em 29/04/2004, com Relatoria do Ministro Celso de Mello, destacando-se excerto do voto do Relator:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

(...).

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda gera-

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang . A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.271/273.

ção – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/soci-al deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

3.4 Características Normativo-estruturais dos Direitos Sociais a Prestações e o Problema de sua Habitual Dependência de Concretização Legislativa

A doutrina majoritária sustenta que os direitos sociais prestacionais necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.⁸

De acordo com Jorge Miranda⁹, “imbricada como está com a vida econômica e social – e esta avaliável sempre no âmbito do contraditório político – a realização dos direitos sociais aparece, por conseguinte, indissociável da política econômica e social de cada momento (ao passo que a realização dos direitos, liberdades e garantias dir-se-ia, *prima facie*, actividade eminentemente jurídica)”.

Impende verificar como as características específicas dos direitos sociais delimitam seu âmbito de eficácia e aplicabilidade.

3.5 A Eficácia dos Direitos Sociais Prestacionais de Cunho Programático

Normas de cunho programático são aquelas que se caracterizam pelo fato de necessitarem de interposição do legislador para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos. Apresentam baixa densidade normativa, normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, pois são normas que estabelecem programas, finalidades, tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm imposições dirigidas ao Legislador. Ressalte-se que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político.

A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se por questões de competência, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade de meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.

De qualquer sorte, todas as normas de direito fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia. A doutrina majoritária

⁸ SARLET, ob. Cit., p. 277.

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol IV, Coimbra, 1998, ed. Coimbra, 2ª ed., p. 105).

destaca as cargas eficaciais comuns a todas às normas de direito fundamentais, conforme apontado por Sarlet¹⁰. Assim: (a) causam a revogação das normas anteriores que forem contrárias à norma de direito fundamental e, conseqüentemente, ocasionam sua desaplicação, sem que haja necessidade de declaração de inconstitucionalidade; (b) compreendem comandos que vinculam o legislador, pois este ficará obrigado a concretizar os programas e fins contidos nas normas de direito fundamental, assim como não poderá se afastar de seus parâmetros ao editar qualquer legislação; (c) acarretam a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados posteriormente à Constituição, que conflitem com o conteúdo dos direitos fundamentais; (d) constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas, sejam constitucionais, sejam infraconstitucionais, na medida em que veiculam princípios, diretrizes e fins que informam todo o ordenamento jurídico; (e) geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva (ainda que dependam de uma interposição legislativa), pois, no mínimo, geram um direito subjetivo no sentido negativo, possibilitando ao indivíduo que exija do Estado que se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma de direito fundamental; (f) ocasionam a denominada proibição de retrocesso, impedindo o legislador de eliminar determinadas posições jurídicas já criadas.

3.6 Direitos Sociais na Qualidade de Direitos Subjetivos a Prestações

Há que se distinguir entre direitos derivados e direitos originários a prestações.

Direitos derivados a prestações são aqueles direitos prestacionais já concretizados pelo legislador. Trata-se de assegurar a possibilidade da participação em sistemas prestacionais já existentes (se e na medida em que o Estado os tiver criado), cuja fundamentação reside numa interpretação do princípio da isonomia no âmbito do Estado Social. De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações, não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos, de modo que tratamentos arbitrários discriminatórios geram direito subjetivo.

A seu turno, direitos originários a prestações são aqueles direitos que seriam reconhecidos a partir da norma constitucional, independentemente de qualquer mediação legislativa. Com relação a estes, há grande controvérsia no tocante a sua qualidade de direitos subjetivos a prestações.

Alguns ilustres juristas brasileiros sustentam que a alegação de que tais direitos não consubstanciem direito subjetivo individual é de cunho preponderantemente ideológico¹¹. Argumenta-se, assim, que a natureza aberta e a forma vaga das normas que tratam sobre os direitos sociais não acarretam, por si só, o

¹⁰ SARLET, ob. Cit., pp. 280/287.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, in RDP n° 57-58, 1981, p. 244-5.

impedimento de sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Sustenta-se, também, que, mesmo tratando-se de normas imprecisas, se possível reconhecer um significado central e incontroverso, será possível aplicar a norma constitucional. Outros, ainda, argumentam que os direitos sociais, por força do art. 5º, par. 1º, da CF, têm caráter de autênticos direitos subjetivos, pois a citada norma, combinada com o art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal (inafastabilidade do controle judiciário), autorizaria os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição da prestação. Nesse caso, a lacuna oriunda de ausência de atuação do legislador poderia ser suprida pelo Poder Judiciário mediante o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, como autorizado pela Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, sem que houvesse afronta ao princípio da separação dos Poderes.¹²

Todavia, verifica-se que, mesmo entre os autores mais liberais, são admitidas hipóteses em que não é possível atribuir ao particular um direito subjetivo à determinada prestação estatal. Assim, por exemplo, Luís Roberto Barroso entende que “as normas constitucionais atributivas de direitos sociais, muitas vezes, contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”.¹³

De outra parte, são sustentados argumentos contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações com base na reserva do possível, já antes mencionada.

Nessa senda, aponta Sarlet¹⁴ que muitos autores afirmam que a efetivação destes direitos fundamentais depende de real e efetiva disponibilidade de recursos pelo Poder Público, que, ademais, deve dispor de poder jurídico ou capacidade jurídica de dispor. Destacam, também, que a questão envolve o tema da competência, porquanto compete precipuamente ao legislador ordinário decidir sobre a aplicação e a destinação dos recursos públicos, incluindo-se a eleição das prioridades das políticas públicas. Em sendo assim, a concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, à revelia do legislador, acarretaria afronta ao princípio da separação dos Poderes e, pois, ao próprio Estado de Direito. Ressaltam que a concretização dos direitos sociais depende, no mais das vezes, de condições de natureza macroeconômica, as quais fogem da análise meramente jurídica elaborada pelos juízes.

Estas são, pois, algumas das posições doutrinárias acerca do reconhecimento – ou não – dos direitos fundamentais sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações.

¹² RUSCHEL, Ruy Rubem. In Revista da AJURIS nº 58, 1993, p. 295-6

¹³ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99/117. Afirma o autor: “A natureza concisa da Constituição faz com ela transfira ao legislador ordinário, em múltiplos casos, a competência para regular o exercício de determinados direitos capitulados em seu texto”. (p. 112).

¹⁴ SARLET, ob. Cit., p. 298.

3.7 Argumentos Pró e Contra os Direitos Fundamentais Sociais

Alexy¹⁵ elenca os argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais, conforme a seguir sintetizado.

O argumento principal a favor dos direitos fundamentais sociais é baseado na liberdade e sustenta-se em duas teses.

A primeira tese sustenta que a liberdade jurídica para fazer ou omitir algo sem a liberdade fática (real), quer dizer, sem a possibilidade fática de eleger entre o permitido, carece de todo valor. A liberdade só é real quando se possuem as condições para a mesma, os bens materiais e espirituais pressupostos da autodeterminação.

A segunda tese diz que sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra substrato material em um “âmbito vital dominado por eles”, mas depende essencialmente de atividades estatais.

Para completar o argumento da liberdade, é preciso responder por que a liberdade fática tem de ser assegurada jufundamentalmente.

Assim, para aqueles que se encontram em situação deficitária (sem gozar de um mínimo existencial), é mais importante superar tal situação do que gozar das liberdades jurídicas, que, devido a sua situação miserável, não lhe servem para nada, convertendo-se em fórmulas vazias.

Conclui-se que os direitos fundamentais, se seu objetivo é de que a personalidade humana se desenvolva livremente, apontam também para as liberdades fáticas, isto é, devem assegurar também os pressupostos de uso das liberdades jurídicas e, portanto, são normatizações não só do poder fazer jurídico, mas também do poder atuar realmente. Esses argumentos encontram respaldo no princípio do Estado social e no princípio da igualdade.

Há, por outro lado, os argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais, que podem ser divididos em argumentos formal e material.

O argumento formal traz um dilema: se os direitos sociais são vinculantes, conduzem a um deslocamento da política social da competência do parlamento à competência do Tribunal Constitucional; se não são vinculantes, conduzem a uma violação da cláusula de vinculação do artigo 1º, parágrafo 3º da Lei Fundamental.¹⁶ Este argumento adquire especial importância devido aos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais. O reconhecimento judicial da existência de amplos direitos sociais fundamentais faria com que a política estivesse determinada, em grande parte, pelo direito constitucional (pelo Tribunal Constitucional), o que contraria a Constituição. Por outro lado, para evitar este resultado, se se considera que tais direitos não são vinculantes, afronta-se a cláusula de vinculação da Lei Fundamental.

¹⁵ ALEXY, ob. Cit., p. 486-494

¹⁶ Referência à Constituição da Alemanha.

A seu turno, o argumento material aduz que os direitos sociais são inconciliáveis com normas constitucionais materiais, ou, ao menos, entram em colisão com elas. Pode haver colisão entre direitos sociais e direitos de liberdade. Os direitos sociais exigem muitos custos e disto resulta que muitas vezes o Estado necessita tomar recursos dos proprietários dos bens para distribuí-los socialmente, sem lesionar seus direitos fundamentais. Pode ocorrer, também, colisão entre direito social e direito de liberdade de um mesmo titular. Pode haver, também, colisão entre direitos sociais e bens coletivos e entre direitos sociais.

3.8 O Modelo de Direitos Fundamentais Sociais Dado por ALEXY

Apontados os argumentos favoráveis e contrários, Alexy¹⁷ propõe um modelo para os direitos fundamentais sociais.

Para ele, a solução reside em um modelo que leve em conta os argumentos pró e contra. Trata-se de proceder à ponderação entre princípios. Por um lado, se encontra, sobretudo, o princípio da liberdade fática; por outro, os princípios formais da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, assim como os princípios materiais que, sobretudo, referem-se à liberdade jurídica de outros, outros direitos sociais e bens coletivos.

O modelo não diz quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo e sim quais pode ter. É possível dar uma resposta geral: uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida jufundamentalmente se: a) o exige urgentemente o princípio da liberdade fática; b) o princípio da divisão de poderes e da democracia (que inclui a competência do parlamento) e também c) os princípios materiais opostos (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outros) são afetados em uma medida relativamente reduzida através da garantia jufundamental da posição de prestação jurídica e das decisões do Tribunal Constitucional que a tomam em conta. Em todo caso, estas condições estão satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, isto é, por ex, a um mínimo vital, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a uma assistência médica básica.

De acordo com o modelo, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos tomados em seu conjunto. Este é o caso dos direitos mínimos.

Esses direitos mínimos, ou mínimo existencial, integram o conceito de cidadania. Para Ricardo Lobo Torres, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princí-

¹⁷ ALEXY, ob. Cit. P. 494-501

pios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”.¹⁸ O mínimo existencial encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana, é o seu núcleo irredutível, seu conteúdo mínimo e inderrogável.

A definição de mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para existência, é dada por Ana Paula De Barcellos (na obra *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002), citada por Ricardo Lobo Torres¹⁹:

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

Na mesma esteira do entendimento esposado por Alexy é o posicionamento de Sarlet. Para o autor, embora se tenha que reconhecer a existência de limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) e, que, portanto, o fator “custo dos direitos” implica certa relativização de eficácia dos direitos sociais, tais objeções não podem ter o condão de impedir o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em toda e qualquer hipótese.

4 O CUSTO DOS DIREITOS

Há, todavia, um elemento – de ordem não jurídica, mas econômica –, que traz empecos à aplicação do modelo de direitos fundamentais sociais traçado. Tais empecos dizem respeito aos custos dos direitos, isto é, aos custos públicos que a implementação dos direitos reclama.

Com efeito. Os direitos exigem custos públicos para sua satisfação, sendo de frisar-se que não só os direitos sociais os exigem, mas também os direitos de liberdade, tidos comumente como direitos negativos. A face positiva dos direitos de liberdade restou explicitada na obra de Sunstein e Holmes, “The Cost of Rights”, em que esses autores deixam claro que a conhecida dicotomia entre direitos negativos – os de liberdade – e direitos positivos – os sociais – trata-se de uma falácia, porquanto os direitos de liberdade também impõem custos ao Erário

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro, 2004, p. 447-471.

Público. Assim, por exemplo, os direitos de propriedade e de ir e vir, nas grandes cidades, são ameaçados pela ausência de ação do Estado, e não pela sua ação.

Em sua obra “Direito, Escassez e Escolha, Gustavo Amaral traz à baila os argumentos sustentados por Sunstein e Holmes na obra antes citada, transcrevendo a seguinte passagem:

Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo *Bill of Rights* são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir?

Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. Por força da proteção constitucional contra a ‘privação’ da propriedade privada sem justa compensação, o Governo está provavelmente obrigado a criar leis contra os esbulhos e invasões, bem como tornar tais garantias acessíveis aos proprietários privados – uma falha em agir, uma falha em proteger a propriedade privada, pareceria inconstitucional (...).²⁰

O mesmo raciocínio é desenvolvido por Casalta Nabais²¹ para quem “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual”. Logo, todos os direitos têm custos públicos, não somente os direitos sociais, em relação aos quais tais custos são mais facilmente visualisáveis, mas também os clássicos direitos e liberdades.

Prossegue o jurista português asseverando que para suportar os custos, o Estado contemporâneo afigura-se como um Estado fiscal, que tem nos impostos o seu principal suporte financeiro. “Os atuais impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro.”²²

²⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 74-75

²¹ NABAIS, José Casalta. “A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos”. In <http://www.agu.gov.br>

²² NABAIS, ob. Cit.

²³ GALDINO, Flávio. “O Custo dos Direitos”, in *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Há, portanto, uma questão subjacente à efetivação dos direitos fundamentais: trata-se da alocação de recursos públicos para satisfazê-los. E dentre o leque de direitos que reclamam prestações positivas do Estado, encontram-se não só os direitos sociais, mas também os individuais, tidos tradicionalmente como negativos. Em decorrência, a escolha na alocação dos recursos também perpassa esses direitos de liberdade.

5 A ALOCAÇÃO DOS ESCASSOS RECURSOS PÚBLICOS

É necessário, portanto, que sejam feitas escolhas no tocante ao atendimento dos direitos, levando-se em conta os recursos existentes. E trata-se de “escolhas trágicas”, porque, em razão da escassez de recursos para satisfação de todos os direitos públicos, haverão de ser feitas escolhas de uns em detrimento de outros.

A respeito, destaca Flávio Galdino²³ que as liberdades, contrariamente ao que se entendia outrora, também implicam custos financeiros ao Poder Público, fazendo parte, portanto, das opções que se oferecem às escolhas públicas, que acabam por ser trágicas e inevitáveis escolhas. Acentua Galdino que os autores Guido Calabresi e Philip Bobbit demonstram que a escassez dos recursos econômicos e financeiros públicos obsta a efetivação de todos os objetivos sociais, de modo que a realização de alguns desses objetivos acarreta o necessário sacrifício de outros, impondo-se ao Estado a necessidade de fazer escolhas trágicas.

As decisões a respeito da alocação dos recursos têm, basicamente, dois aspectos: quanto disponibilizar e a quem atender. A primeira é chamada de decisão de primeira ordem e a outra de decisão de segunda ordem, expressões adotadas por Guido Calabresi e Philip Bobbit, conforme informado por Gustavo Amaral²⁴. Elucida Amaral²⁵, citando Elster, que as decisões políticas de primeira ordem relacionam-se com a alocação de recursos monetários dentre várias atividades. Como principal consequência dessas decisões, visualiza-se o favorecimento de certos bens e serviços em detrimento de outros. Como consequência secundária, pode haver um favorecimento de alguns às expensas de outros, aqueles que podem ser mais beneficiados pelo bem favorecido, pois alguns bens têm características que excluem vários grupos do universo de possíveis beneficiados. O autor exemplifica dizendo que alocar grande parcela de fundos públicos à moradia popular equivale a dar tratamento preferencial aos pobres, a despeito de qual esquema alocativo seja escolhido. Prossegue afirmando que “Esse caráter disjuntivo das escolhas traz, muitas vezes, uma teia de consequências, uma cadeia de ações e reações que não conseguem ser sequer imaginadas dentro da ótica estrita da microjustiça, e que só vem sendo abordada há poucos anos”.

²⁴ AMARAL, ob. Cit., p. 148

²⁵ AMARAL, ob. Cit., p. 149-150

As concepções gerais sobre como os recursos escassos devem ser alocados chamam-se princípios de justiça distributiva. Segundo Amaral, “Michael Walzer, tratando do tema, adverte que nenhuma avaliação de uma utilidade social, ou dos limites do âmbito em que essa avaliação legitimamente opera será incontroverso. Tampouco será incontroverso qualquer procedimento para gerar ou testar diferentes avaliações. Todavia, destaca o autor, três critérios parecem perfazer os requisitos de serem princípios abertos e de freqüentemente serem defendidos como o início e o fim da justiça distributiva: livre troca, merecimento e necessidade, destacando que ‘eles são parte da história, não ela toda’”.²⁶

Não há, pois, um critério único a orientar as decisões de alocação dos escassos recursos para atendimento de todas as necessidades públicas. Coexistem vários critérios, sendo certo afirmar que, qualquer um que se adote, acarretará uma escolha, que dará prioridade de atendimento a uma necessidade em desfavor de outra.

Nesse panorama de insuficiência de recursos para atendimento da totalidade das demandas, são necessárias, portanto, decisões sobre a alocação dos recursos, que importarão na satisfação de determinados direitos em detrimento de outros. E a quem incumbiria a tomada de tais decisões? Ao Poder Público, com certeza, com primazia para os Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito. Trata-se de decisões políticas, a serem tomadas pelos representantes do povo democraticamente eleitos para tanto. São decisões que se devem pautar na Constituição e na situação econômico-financeira global.

São as políticas públicas que traçarão as primazias de atendimento de tais e quais direitos fundamentais. O conceito de política pública é dado por Maria Paula Dallari Bucci: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.²⁷

Dissertando sobre o tema das políticas públicas e sua constitucionalidade, destaca Fábio Konder Comparato que no Estado contemporâneo, a supremacia não mais é do Poder Legislativo, como na época do Estado liberal, tendo-se deslocado para o Poder Executivo, em razão da implementação das políticas públicas. Diz o autor:

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planeja-

²⁶ AMARAL, ob. Cit., p. 169-170

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

dora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora de Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.²⁸

O Estado atual, portanto, tem como dever satisfazer os direitos fundamentais, assegurados na Constituição, valendo-se para tanto de políticas públicas, as quais necessariamente levam em conta os recursos disponíveis. Diz Bucci:

Entretanto, o Estado social de direito, que se consagrou nas Constituições do século XX, não é sinônimo do Estado de bem-estar, produto de trinta anos de excedentes capitalistas no pós-guerra. A inscrição de direitos sociais nas cartas políticas nacionais não é um decalque de uma situação econômica que muda com as circunstâncias. Os direitos constitucionais permanecem, sendo este um dos dilemas do modelo constitucional dirigente: como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa? Ainda mais num período de globalização, em que os rumos das economias nacionais são diretamente influenciados pelos grandes movimentos financeiros internacionais e a ação cogente do Estado nacional dentro de suas fronteiras perde força.²⁹

6 SINDICABILIDADE DAS ESCOLHAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Nesse passo, é mister indagar: ficariam essas decisões isentas de qualquer controle judicial? Evidentemente, não. As decisões são amplamente sindicáveis, comportando o exame de sua razoabilidade, à luz dos elementos jurídicos e fáticos envolvidos na solução da questão.

Cabe ao Poder Judiciário efetuar o controle do discurso, o controle das condutas adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Diz Amaral, referindo-se à tarefa do Julgador: “Cabe-lhe, isto sim, projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal. (...). Trata-se de uma ponderação específica, pois não é uma ponderação de valores ou de princípios, mas uma ponderação desigual, entre valores, princípios e regras, de um lado, e um quadro fático conjuntural, para daí extrair não a decisão, mas o parâmetro de avaliação das escolhas estatais”.³⁰

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1998, n° 138, p.39-48

²⁹ BUCCI, ob. Cit., p. 247

³⁰ AMARAL, ob. cit. p. 208-209

Nesse passo, Amaral oferece uma conclusão um pouco diferenciada para o equacionamento da satisfação dos direitos fundamentais sociais, a qual entendemos seja jurídica e faticamente muito razoável. A formulação é a seguinte:

As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá espaço de escolha, no qual o Estado estabelecerá critérios de alocação dos recursos e, conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.³¹

Essas decisões, como já destacado acima, são amplamente passíveis de sindicabilidade pelo Poder Judiciário. Com efeito. Ao administrador público incumbe fundamentar juridicamente sua escolha na prática do ato discricionário, cabendo ao Judiciário a análise dos motivos. Como diz Juarez Freitas³²: “Ressalvas à parte, parece inegável que o Direito, de há muito, vem admitindo, em circunstâncias várias, tal escolha ou discernimento mediante o uso de multicritérios políticos do administrador, notadamente na seara das políticas públicas e da ação estatal planejada”. Prossegue o autor enfatizando que a sindicabilidade vem-se expandindo, devendo-se afastar os critérios exclusivamente políticos, em face da natureza jurídica dos atos administrativos, inclusive aqueles pertencentes ao âmbito das políticas públicas, donde concluir-se que não podem prosperar as escolhas que não sejam fundamentáveis juridicamente.

Em conseqüência, como ressalta Freitas, “a sindicabilidade torna-se amplíssima em matéria de controle de atos administrativos. A figura do controlador como ‘administrador negativo’ merece ser acolhida”³³, em analogia com a figura do “legislador negativo”, exercido no controle de constitucionalidade das leis. Porque, “se é certo que o Poder Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o administrador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção, sempre vinculado a juízos superiores da administração pública”.

³¹ AMARAL, ob. cit., p. 214-215

³² FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 217.

³³ FREITAS, ob. Cit., p. 251.

7 CONCLUSÃO

Nessa senda, temos que os direitos fundamentais sociais estão previstos em normas constitucionais de cunho programático que podem desaguar em direitos subjetivos a prestações, quando, fazendo-se a ponderação dos princípios em jogo – de um lado, o princípio da liberdade fática e, do outro, os princípios da separação dos poderes e da democracia, assim como os princípios materiais opostos –, prevalecer o primeiro, enfatizando-se que isso ocorrerá, *a priori*, na hipótese de prestações que integrem o mínimo existencial.

Todavia, o equacionamento da questão não se esgota na ponderação de princípios jurídicos, porque hão de ser considerados os elementos econômico-financeiros envolvidos na situação concreta. Há situações em que não existem condições fáticas reais de atendimento de todos que postulam a prestação essencial, tornando-se inevitável a realização de escolhas trágicas. Nesse caso, haverá espaço para escolha – um exercício de discricionariedade –, em que o Estado deverá estabelecer critérios de alocação de recursos e, pois, de atendimento das demandas, tornando-se legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estejam enquadrados nos critérios.

Por isso, o fator custo dos direitos é de ser adicionado nesta equação, cabendo, prefacialmente, aos Poderes Executivo e Legislativo, a tarefa sobre a decisão do atendimento dos direitos fundamentais sociais, através da implementação de políticas públicas. Isto, todavia, não significa que tais decisões fiquem imunes ao controle judicial. Absolutamente. Caberá sempre ao Poder Judiciário sindicar os atos tomados pela Administração, averiguando, com base no panorama fático-jurídico concreto, se eles revestem-se ou não de razoabilidade, afigurando-se legítimos ou não.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, in **RDP** n° 57-58, 1981, p. 244-5.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1995.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 1998, nº 138, p. 39-48.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In **Legitimação dos Direitos Humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos**
- NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RUSCHEL, Ruy Rubem. **Revista da AJURIS**, nº 58, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988*. In **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2002, vol. 56, p.43-62.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. In **Revista de Direito Administrativo**, 177 (1989)
- _____. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos". In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. "O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível". In: NUNES, António Avelãs, COUTINHO, Nelson Miranda (org). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro, 2004.

IGUALDADE SUBSTANCIAL E TITULARIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Max Möller*

Sumário: Introdução - 1. CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PRESTACIONAL - 1.1. Origem dos direitos sociais - 2. A IGUALDADE MATERIAL COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS - 2.1. Identificação da desigualdade nos direitos sociais prestacionais - 3. ESCASSEZ E EFICÁCIA: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA TITULARIDADE NAS AÇÕES ESTATAIS EM UM CONTEXTO DE LIMITAÇÃO DE RECURSOS - 3.1. Necessidade de justificação da igualdade formal quando se trata de direitos prestacionais - 3.2. Igualdade formal e material – faces do princípio da igualdade em constante tensão - e aplicação do princípio da proporcionalidade 3.3. Critérios para determinação da discriminação positiva – controle dos critérios de estabelecimento da discriminação 3.4. Igualdade formal no processo de discriminação positiva - 4. Universalidade dos direitos sociais prestacionais – notas conclusivas.

Resumo: O presente artigo trata da relação entre o princípio da igualdade e os direitos sociais. Sustenta-se que em relação aos direitos sociais, ao menos diante de uma situação de escassez, devem ter sua titularidade restringida, a fim de que possam cumprir sua finalidade.

Palavras-chave: direitos fundamentais – igualdade – titularidade – Igualdade formal e substancial.

INTRODUÇÃO

Apesar dos quase vinte anos da Constituição Federal de 1988, é relativamente recente o aparecimento de demandas judiciais pleiteando prestações por parte do Estado *lato sensu* ao fornecimento de bens ou outras prestações de valor econômico com base em normas constitucionais diretamente ou indiretamente, em razão de legislação regulamentadora da matéria. Ao caso objeto de análise no presente estudo interessam mais especificamente os direitos prestacionais, os quais constituiriam uma subespécie dos direitos sociais e que têm por objeto uma prestação material consistente em alcançar ao titular bens de consumo ou que lhe são de alguma forma necessários.

* Procurador do Estado do RS, Doutorando em direito pela Universidade de Burgos – Espanha.

A matéria, assim como sua análise judicial nos últimos dez anos tem se tornado de extrema importância e polêmica, uma vez que não aporta somente elementos meramente jurídicos, senão que sofre grande influência de questões econômicas e políticas. Outrossim, dentro do âmbito jurídico, tem o tema apresentado grande complexidade no que se refere ao cumprimento de decisões judiciais no sentido de determinar ao Estado uma ordem de prestação de determinado bem a um cidadão, mormente em razão da existência de um considerável número de óbices constitucionais ao cumprimento da ordem pelos administradores públicos, os quais enfrentam a notória impossibilidade de atender a todos diante de uma limitação econômica incompatível com alguns direitos “reconhecidos” em políticas legislativas ou extraídos diretamente da Constituição.

No presente estudo, partimos de um precedente judicial exemplificativo, o qual veio a julgar a constitucionalidade de política pública que buscava a regulação de direito constitucional relativo ao fornecimento de prestações materiais na área da saúde pública, qual seja, a do fornecimento de medicamentos. Não obstante os vários temas polêmicos que suscita a matéria – tais como definição do objeto da prestação, limitações de ordem financeira, confronto com critérios de igualdade em relação à possibilidade do alcance da prestação a todos, etc. - será analisada tão-somente a questão relativa à titularidade dos direitos prestacionais numa realidade de escassez tal como é a da Administração Pública brasileira, principalmente a dos Estados *stricto sensu*. Essa análise sobre a titularidade de tais direitos será cotejada em relação à própria origem e fundamento dos direitos sociais, cuja análise é indispensável à sua aplicação. A questão, como já antes advertimos, não possui caráter meramente jurídico, mas também político, pelo que não só traz limites ao legislador no desenvolvimento de políticas públicas, mas também ao juiz, de respeitar um mínimo político à atividade do legislador. Em meio a estas questões de Estado encontra-se o cidadão que necessita da prestação estatal, o qual não pode ficar privado da prestação.

É sobre a titularidade de tão relevantes direitos e da possibilidade de se lhes conferir a devida eficácia que se passa a tratar, tendo como fundamento das considerações o princípio da igualdade.

Um caso concreto

A fim de melhor ilustrar o tema aqui tratado elegemos uma decisão relativa ao tema ora tratado, qual seja a decisão proferida no processo 1.05.0376185-4, que tramitou perante a 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, no qual postulava a requerente o fornecimento da medicação CetubimaxB (Erbitux). A referida medicação, frisa-se, não possuía registro na ANVISA, não estava disponível no país, e tinha caráter experimental. Durante a instrução processual, foi determinado pela julgadora *a quo* a vinda aos autos da declaração de bens da autora e seu cônjuge. Juntada aos autos, a soma dos bens declarados da autora e seu marido montava R\$ 1.644.119,41 (um milhão, seiscentos

e quarenta e quatro mil cento e dezenove reais e quarenta e um centavos). Alegou a autora que era titular do direito à saúde, sendo obrigação do Estado garanti-lo uma vez que a Constituição Federal assegurava a saúde como direito de todos. Disse, outrossim, que a quantia das declarações referiam-se ao patrimônio de seu marido, pelo que não seria comunicável ao patrimônio da autora, casada em comunhão parcial de bens, bem como seria dever principal do Estado de assisti-la, e não do marido. A decisão de primeiro grau acabou por negar o direito ao fornecimento da medicação em razão de que o patrimônio da autora e de seu marido permite suportar o custo dos medicamentos, considerando que o casamento, seja qual for o regime, implica no dever de mútua assistência.

Assim, entendeu não cumprir a autora as condições previstas no artigo 1º da Lei Estadual n. 9.908/93, que, ao regulamentar o artigo 196 da Constituição Federal no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, restringia o fornecimento gratuito de medicamentos àqueles que não tiverem condições de os adquirir por seus próprios meios, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

A referida decisão foi objeto de apelo pela autora, tramitando perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob o número 70012753612, o qual foi parcialmente provido para determinar a divisão dos custos entre autora e Estado, o qual restou assim ementado.

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À PACIENTE QUE PADECE de câncer de cólon-retal. co-RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. assistência de familiar também prevista PELA CE-89. choque de princípios. incorrência. hipótese que melhor se resolve pela aplicação conjunta dos princípios, guiados pelo da razoabilidade.

Direito à saúde que detém proteção especial nas Constituições Federal e Estadual. Os requisitos postos na legislação de regência para o fornecimento da medicação foram implementados, ainda que a paciente não se enquadre no conceito de carente, conseguindo custear boa parte de seu tratamento, pagando pelas repetidas cirurgias e pelos caros exames que tem realizar periodicamente. Alto custo do medicamento que impõe a participação do Estado e da família da apelante no atendimento à sua saúde, sendo este um superdireito que deve prevalecer sobre os princípios orçamentários e financeiros esgrimidos na defesa pelos entes públicos. Ausência de afronta aos princípios da independência e autonomia dos Poderes. Relevância dos interesses protegidos (vida e saúde de paciente portadora de doença grave). Aplicação do princípio da assistência à família que merece mitigação e aplicação conjunta e harmônica, à luz do princípio da razoabilidade.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. VENCIDO O RELATOR. (TJRS, APC n. 70012753612, 3ª CÂMARA CÍVEL, Rel. Des. NELSON ANTÔNIO MONTEIRO PACHECO, j. 01.12.2005)

Não obstante o caso em tela possibilite a discussão sobre vários aspectos relativos ao controvertido direito social a prestações de saúde pública, o objeto da análise do presente trabalho restringe-se exclusivamente ao tema da titularidade dos

direitos sociais prestacionais em geral diante de um contexto de escassez, análise que se faz com base na igualdade material, fonte dos direitos sociais prestacionais.

1 CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PRESTACIONAL

Ao ingressarmos no estudo sobre a titularidade dos direitos sociais prestacionais necessário fazer uma breve menção do objeto de estudo a fim de melhor analisar estes direitos de estrutura tão singular. Aqui, impõe-se destacara, a restrição à titularidade em relação aos direitos fundamentais sustentada no presente estudo refere-se exclusivamente a esta espécie de direitos fundamentais. Assim, impõe-se breve contextualização sobre a origem dos direitos sociais prestacionais.

1.1 Origem dos Direitos Sociais

A sociedade plural e organizada corporativamente revela uma realidade diversa da pacífica sociedade de pequenos, sobre a qual foi forjada a doutrina liberal. Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, “a construção da harmonia liberal é destruída pela erupção de uma luta entre preferências diversas, onde certas contraposições se manifestam com tal intensidade que algumas doutrinas e teorias descobrem na sociedade antagonismos radicais e historicamente determinantes”¹. Diante da crise do modelo de igualdade formal puro, o qual revela-se insuficiente à resolução aceitável dos conflitos sociais existentes, faz-se necessária uma forma alternativa de regulação dos interesses sociais, a qual demanda um câmbio na forma de concepção de alguns direitos.

À crise ideológica do modelo de Estado liberal baseado na igualdade formal, soma-se à crise econômica demandada pela aglomeração urbana da sociedade. Tal como explica FORSTHOFF, a aglomeração social potencializada no século XIX trouxe consigo uma dependência do indivíduo que antes não possuía. A diminuição do espaço vital impede que o indivíduo já saque a água que necessita do poço, cultive na horta alguns alimentos que necessita, separa o indivíduo de sua estrutura familiar, enfim, coloca o indivíduo numa situação de constante dependência e necessidade. O indivíduo depende agora, de um posto de trabalho e, não o tendo, de uma assistência para prover suas necessidades mínimas que antes buscava em seu “espaço vital”². Assim, diante do desamparo do

¹ Cf. Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. – 3a edição – Coimbra: Almedina. 2004, p. 57

² Nas palavras de FORSTHOFF: “El hombre sin espacio vital que domine, que no pueda sacar el agua del pozo, que no pueda recoger en el bosque la leña que necesita para el hogar, que no pueda obtener del huerto o del establo los alimentos necesarios, vive en una situación de notoria necesidad. Para obtener lo que exige su subsistencia necesita de medidas organizadas y amplios mecanismos de abastecimiento. Y puesto que el hombre sin espacio vital que él domine directamente no tiene reservas, no está protegido frente a las crisis, sino abandonado a la asistencia en las más diversas formas. Depende de un puesto de trabajo con un salario que le permita obtener al menos el mínimo vital para sí y para su familia, y si no tiene trabajo necesita una ayuda en dinero.” In Problemas constitucionales del Estado social. El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 48

indivíduo e da ausência de outro ente estruturado e com capacidade para suprir o desamparo de determinados grupos de indivíduos em condição de necessidade, assume o Estado a tarefa de intervir no domínio econômico, assim como organizar estruturas de amparo social³.

Estes direitos de proteção social, que buscam já não possuem mais a característica de proteção do indivíduo contra o poder do Estado, mas a “transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”⁴. Têm, assim, seu reconhecimento constitucional no início do século XX, com destaque às precursoras constituições do México, em 1917, e Alemanha, em 1919.

Vale destacar que esses direitos de cunho social, principalmente os de conteúdo prestacional, encontram no seu princípio graves problemas de reconhecimento. Tal ocorre não somente porque trazer normas de lógica diversa dos direitos liberais até então conhecidos, como também porque passam os direitos sociais a limitar os direitos civis e políticos⁵. Tais direitos autorizam uma intervenção estatal (na forma de regulação legislativa ou com ações materiais) em determinados campos que se entendam problemáticos, restringindo a autonomia social até então existente e intocável. Esta atribuição de poderes ao Estado, vale destacar, só veio a crescer no século XX, levando a regimes de governo quase que totalitários até a retomada de determinados atores sociais e o esgotamento de recursos necessários para que o Estado ocupasse tamanho espaço social, o que acabou por gerar a chamada crise do Estado social. Adiciona-se à complexidade do modelo social de direitos a controvérsia natural no trato com a solidariedade. Até quando dividir? Em que termos dividir? Quanto dividir? O que dividir? Quem deve contribuir e quem tem direito a beneficiar-se? Estes são sempre temas polêmicos que acompanham desde sempre os direitos sociais e que, no caso nacional, não se observa muita atenção aos mesmos, conforme trataremos de abordar.

A essa indefinição natural que qualquer questão envolvendo a solidariedade envolve, soma-se o fato de que na positivação dos direitos sociais prestacionais em geral adotam os constituintes um enunciado normativo de caráter aberto, geralmente mais próximo de uma estrutura de princípios que de regras. Tal fato, longe de ser uma tentativa de que tais normas tenham interpretação em forma das ultrapassadas “normas programáticas” ou “diretrizes políticas”, tem fundamento porque as conseqüências a serem adotadas no caso de sua incidên-

³ Conforme Vieira de Andrade: “Nesta sociedade dividida e conflitual, os indivíduos, que já nada podem sozinhos, limitados agora pelos grupos em que participam, confrontados e ameaçados pelos restantes, têm, também eles, de confiar no Estado e de através dele procurar reaver a sua liberdade concreta. Revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para uma transformação radical das estruturas sociais.”. cf. Os direitos..... p. 58

⁴ expressão de Sarlet, cf. A eficácia dos direitos fundamentais. 4a ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 55

⁵ Para melhor esclarecimento sobre o tema sugerimos a leitura do artigo “Problemas constitucionales del Estado social”, de Ernest FORSTHOFF, In Problemas constitucionales del Estado social. El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 44 e segs..

cia em uma situação fática, não comportam um comando padrão. A idéia de posituação dos direitos sociais sob a forma de princípios parte de pressuposto que estes possuem como destinatários a um grupo indeterminado de pessoas, o que somente permite a sua identificação no caso concreto. De outro lado, o objeto da prestação é, em geral, muito amplo, pelo que precisa ser especificado no caso concreto (inclusive quanto à sua proporcionalidade), e cotizado com as possibilidades do pretense titular do direito e do obrigado em prestá-las. Por isso sua posituação na forma de regra é muito difícil⁶.

Pois ao que nos interessa na definição dos direitos sociais prestacionais é o fato de que as intervenções estatais necessárias à construção de uma seguridade social na sociedade de massa pode ocorrer de diferentes formas. Segundo ALEXY, a escala de ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito a prestações se estende desde a proteção do cidadão frente aos demais, através de normas de direito penal, passando pela edição de normas de organização e procedimento, até prestações em dinheiro e bens⁷.

O conceito é, portanto, muito amplo, abrangendo o conceito de direitos sociais toda a atividade interventiva do Estado. Teremos, então, os direitos a meras prestações normativas, os quais não se confundem com os direitos de

⁶ Sobre esses problemas a análise de Maria del Carmen BARRANCO: "Efectivamente, la nueva función de procura asistencial es satisfecha muchas veces a través de estos derechos sociales a los que se dota en los sistemas que acogen el principio de Estado social de un carácter "fundamental". En los Estados "sociales" ha sido preciso dotar de efectividad a estos derechos aun cuando muchas veces vienen configurados de forma "vaga" y carecen de unas mínimas garantías. L. López Guerra considera los derechos sociales consecuencia de nuevo carácter del Estado como Estado benefactor que en el tiempo sigue a la función del Estado como regulador. El objetivo a alcanzar es la garantía de un mínimo existencial, para lograrlo, el Estado "se va configurando no sólo como un regulador del mismo contenido de las relaciones contractuales (aparte de la regulación de la forma de las mismas), sino también como proveedor o financiador de una serie de prestaciones a individuos concretos, prestaciones distintas de la provisión de bienes indivisibles (seguridad, orden público, estabilidad monetaria, etcétera), no sólo por su carácter de prestaciones individualizadas, sino por tratarse de prestaciones jurídicamente exigibles por el individuo sujeto del derecho/crédito. No hay ya, pues, una regulación del contenido de derechos clásicos (que suponen el "Estado regulador"), sino una auténtica creación de nuevos derechos subjetivos"; como ejemplos paradigmáticos cita los ámbitos de la "educación" y de la "Seguridad Social". Si bien puede decirse que tienden a realizar esta función de, en definitiva, procura asistencial, no es posible equiparar la figura de los derechos sociales a la de los derechos prestación o de crédito. Más bien hay que entender los "derechos sociales" como una expresión de uso corriente que como una categoría técnica para aludir a "aquellos que se desenvuelven y despliegan su eficacia en el ámbito de la Economía, de la Cultura o de las relaciones laborales. La forma en que se articulan estos derechos como medidas tendientes a satisfacer las necesidades incompatibles con la igualdad y libertad reales varía. Así, unas veces aparecen como normas de organización cuyos destinatarios son los poderes públicos; otras como derechos de libertad de contenido igualitario, ya sean de autonomía, crédito o prestación. No sólo falta un concepto preciso, a la vista de los rasgos que normalmente se utilizan para identificarlos, también la categoría está lejos de ser homogénea. Sin embargo, y frente a quienes se amparan en la ambigüedad para rechazar o desfundamentalizar la figura, también pueden ser entendidos como instrumentos al servicio de los mismos valores que inspiran derechos 'tradicionales' (cuestión distinta será el acuerdo sobre el contenido de estos valores), y su inclusión o exclusión del 'regateo político' nos es sino una opción de jerarquía de valores que es preciso aclarar." (Barranco Avilés, Maria del Carmen. La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2004, p. 106-107)

⁷ No original "La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes." Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 427

inspiração liberal, porquanto constituem uma intromissão estatal na regulação de determinadas matérias com destaque especial aos direitos trabalhistas, áreas antes deixadas à intocada regulação social⁸.

Além dos direitos a prestações normativas (direitos prestacionais *lato sensu*), os quais são insuficientes por si só para garantir a construção de um sistema de seguridade social, constitui a atividade interventiva do Estado, também, a necessidade de prestações materiais, assim como elaboração de uma estrutura para uma atuação interventiva e protetiva na área social. É para garantir e autorizar a criação dessa estrutura que atuam direitos a prestações em sentido estrito. Tais direitos, segundo definição doutrinária pacífica, consistem na possibilidade do indivíduo exigir do Estado prestações concretas que, se possuísse meios financeiros suficientes ou se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia também obter por seus próprios meios.

A definição acima é da maior importância na medida que explicita mais claramente as funções do Estado em relação a estes direitos, algo que raramente é colocado no trato com a matéria. É função do Estado viabilizar o acesso a estes bens quando: (a) a pessoa não tiver condições financeiras para acessá-los e (b) quando tais bens não estiverem disponíveis no mercado; referindo-se à atividade de fomento, que tem por objeto uma prestação de fazer ou dar, com evidente custo econômico⁹.

Assim, são os direitos sociais prestacionais *stricto sensu* direitos de estrutura singular, uma vez que tratam não apenas de respeitar limites em razão da hipossuficiência de um determinado sujeito de direito, mas de alcançar-lhe bens de valor econômico, através do Estado, o que constitui um passo adiante na integração jurídica do valor solidariedade e que, de outro lado, gera problemas políticos e jurídicos, principalmente diante da escassez. A partir de agora referi-

⁸ Considerando que o sujeito passivo dos direitos sociais a prestações normativas é tão-somente o Estado, podemos dizer que vários direitos trabalhistas, muito embora de cunho social, são efetivados (ao menos em relação ao Estado) pela simples legislação. Exemplo disso é o direito de greve, ao repouso remunerado, de proteção à gestante e à criança, etc. Não obstante tenham por objeto uma prestação legislativa, não perdem sua característica de direito social (ou prestacional *lato sensu*) porquanto implicam numa atividade interventiva, que não pode ser classificada como de abstenção. Outrossim, os direitos sociais possuem relação estrita com as finalidades a serem perseguidas pelo Estado, enquanto os direitos de defesa (liberais) possuem como fundamento principal a liberdade e a autonomia do indivíduo. Nas palavras de Alexy: "...los derechos a acciones positivas comparten problemas que no pesan en absoluto o no pesan con la misma intensidad sobre los derechos a acciones negativas. Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado en la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tiene que perseguir. En cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, en todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber si y en qué medida se puede y debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos." (Alexy. Teoría de los.... p. 429-430) É considerável, portanto, a diferença, muito embora a sua concretização se dê praticamente da mesma forma - a mera proteção legal.

⁹ Veja-se que, por essência, esses direitos não demandam gratuidade (nem mesmo no primeiro caso, onde podem implicar subsídio ou financiamento). A gratuidade, ressalvada a exceção constitucional da educação fundamental, é resultado a política assistencialista e demagógica, tão característica de nossas políticas públicas de concretização de direitos sociais onde, principalmente na área da educação superior, possibilita que a elite consuma todas as possibilidades de acesso das classes economicamente inferiorizadas. Todavia, não cabe aqui a discussão de tal tema, o qual será tratado adiante, no capítulo III.

mo-nos apenas aos direitos oponíveis contra o Estado, na situação do indivíduo buscando prestações fáticas, ou seja, bens de valor econômico, excluído no caso os direitos a prestações normativas.

2 A IGUALDADE MATERIAL COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Ao analisarmos a estrutura e fundamento dos direitos fundamentais podemos observar claramente que os direitos fundamentais de inspiração liberal possuem íntima ligação com a igualdade formal, enquanto os direitos sociais prestacionais encontram seu fundamento na própria igualdade material. Aplicar-lhes a mesma lógica constitui grave equívoco. Conforme observa Luis Prieto SANCHÍS, a igualdade de fato somente tem sentido se considerado o “homem concreto”, ou seja, o homem em seu contexto social, uma vez que este é o único capaz de sofrer com a desigualdade fática¹⁰. Tivessem os direitos prestacionais como objeto o “homem abstrato” nenhuma desigualdade jurídica poderia ser constitucionalmente justificada, uma vez que o homem em sua condição abstrata é, por essência, igual e, portanto, digno da mesma consideração. Por uma análise inversa, pode-se também dizer que a igualdade formal demanda em sua proteção um tipo de direito diverso da igualdade material, uma vez que para sua proteção, ou seja, a manutenção de um contexto de igualdade, necessita apenas de deveres de abstenção ou de não discriminação¹¹. Enquanto isso, a igualdade material demanda direitos de estrutura mais complexa, diretamente ligados à existência de um Estado social e condicionada a possibilidades materiais, o que faz com que muito custosamente permita a existência de posições subjetivas de desigualdade jurídica ou normativa¹².

No mesmo sentido a lição de PECEZ-BARBA quando afirma que “son derechos fundados en el valor igualdad y que utilizan la técnica de la equiparación si lo vemos desde el punto de vista e los objetivos, y de la diferenciación si los vemos desde el punto de vista de los medios empleados. Lo que identificará, al menos inmediatamente, a esos derechos es esta técnica de diferenciación, tratar desigualmente a los desiguales (...)”¹³.

¹⁰ Como bem define Cristina Queiroz, a “idéia de indivíduo” corresponde hoje não ao valor (individualista) da independência, mas ao valor (humanista) da autonomia onde se inclui, por definição, a relação com os outros, isto é a ‘sociabilidade’” Queiroz, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 33.

¹¹ É nesse sentido também a lição de ROIG, quando afirma a igualdade material como característica básica dos direitos sociais prestacionais, verbis: “Genericamente, los derechos sociales no son derechos a ser tratados igual o a defenderse ante uma discriminación normativa (aunque, como veremos, también puede serlo), sino a beneficiarse de un tratamiento jurídico desigual dirigido a remover o superar ciertas desigualdades fáticas.” *In* ROIG, Maria José Añón, AÑÓN, José García. (coord.) A.A.V.V. *Lecciones de derechos sociales*. Tirant lo blanch: Valencia, 2004.

¹² SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos “Bartolome de las Casas” n. 7. Dykinson: Madrid, 1998. p. 81 e seg.

¹³ PECEZ-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson: Madrid, 2004. p. 204 -5.

Estes direitos, dessa forma, vêm amparados numa idéia de solidariedade¹⁴. A finalidade de intervenção do Estado em áreas antes relegada à autonomia privada é unicamente a de garantir que alguns grupos de indivíduos não fiquem desprotegidos ou desamparados diante desta nova situação social na qual se vêem envolvidos. Conforme ensina PECES-BARBA, seu fundamento esta intimamente ligado à autonomia do indivíduo, a qual resta comprometida por problemas econômicos. Supõe uma intervenção no contratualismo clássico, de modo a possibilitar que o indivíduo esteja apto a relacionar-se com os demais com alguma liberdade de escolha. O que se destaca nessa idéia é que não se trata aqui de uma solidariedade fundada numa alienação da personalidade individual em prol do coletivo, mas, muito pelo contrário, numa forma de garantir a liberdade individual¹⁵.

Desta forma, resta evidente a substancial diferença entre as normas protetivas de valores liberais e normas consagradoras de direitos sociais prestacionais, porquanto as primeiras partem de um pressuposto de igualdade anterior à condição social, enquanto as últimas de um contexto de desigualdade onde a igualdade formal há, de certa forma, falhado, fazendo-se necessária a intervenção estatal de forma a reduzir um nível de desigualdade já intolerável, pois coloca em risco a dignidade e a própria liberdade do indivíduo, que não pode mais determinar-se. Se temos nos direitos liberais direitos de limitação ao poder estatal, direitos contra o Estado, temos nos direitos prestacionais direitos através do Estado¹⁶.

Neste contexto, poder-se-ia dizer que a necessidade de intervenção estatal determinada por um contexto de desigualdade intolerável, o que se consolida através de direitos sociais prestacionais, implica em uma restrição à igualdade formal por uma situação de exceção causada pelo contexto social do homem. Tal desigualdade demanda uma dupla concepção do direito à igualdade, que se subdivide em formal e material (substancial). Não se há mais de falar sobre igualdade material como norma de exceção, mas como elemento integrante da própria concepção de igualdade constitucionalmente reconhecida

¹⁴ Aquí destaca-se ponto interessante em relação aos direitos sociais. Tais direitos, se entendidos na perspectiva aqui defendida, ou seja, de garantir um mínimo existencial aos desamparados socialmente podem ser amparados nos três ideais revolucionários sobre os quais foi construída a estrutura de Estado. Na igualdade porquanto busca uma igualdade mínima entre os homens “concretos”, ou seja, o homem situado socialmente, garantindo que o indivíduo possa ao menos determinar-se num contexto social complexo, onde já não tem condições de buscar por si mesmo os bens que necessita para sobreviver. Igualdade no sentido de não marginalização. Liberdade no sentido de que somente com um mínimo existencial pode exercer livremente sua liberdade, bem como exercer mínimos direitos civis e políticos. Na concepção de ROSSEAU, que não seja tão pobre para que possa vender-se. E fraternidade no sentido de que vai caber ao Estado proporcionar essa “mínima redistribuição” dessas prestações concebidas e garantidas como direitos, substituindo a “caridade” e o “assistencialismo” do modelo liberal clássico. Assim, buscam também esses direitos a realização dos ideais revolucionários, pilares de nosso modelo de Estado.

¹⁵ PECEZ-BARBA, op. cit. p. 176 e seg.

¹⁶ Em relação a tais direitos “*Se utilizará la igualdad como diferenciación, como método para alcanzar la igualdad como equiparación. Esta igualdad se alcanza em el punto de llegada, mientras que em los derechos clásicos, individuales y civiles, y también políticos, con el sufragio universal, la igualdad existe desde el punto de partida, igualdad como equiparación desde el principio.*” (in A.A.V.V. *Lecciones de derechos sociales*, coord. ROIG, Maria José Añón, AÑÓN, José García. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 23)

da, uma vez que já não mais é suficiente a igualdade formal. A própria constituição, ao reconhecer os direitos sociais, ou seja, os direitos do homem socialmente situado, passa a reconhecer a igualdade material como elemento integrante do conceito de igualdade¹⁷.

Assim, evidente o fato de que os direitos prestacionais possuem matriz diversa dos direitos liberais clássicos, não somente em relação à sua forma de atuação, mas também em relação aos seus próprios fundamentos. Estão intimamente ligados à idéia de uma igualdade material, muito embora, como veremos adiante, não se abandone critérios de igualdade formal. É dessa tensionada relação que passamos a tratar.

2.1. Identificação da Desigualdade nos Direitos Sociais Prestacionais

Uma vez estabelecido o fundamento dos direitos prestacionais na igualdade material, impõe-se a análise de um dos processos necessários à implementação da igualdade material através de uma política de Estado. A implementação de política visando à igualdade material implica necessariamente em um reconhecimento de uma situação de desequilíbrio social que, por sua vez, faz reconhecer uma desigualdade intolerável entre indivíduos em determinado contexto social. Necessita, portanto, não apenas de uma justificação necessária a tal intervenção, como, principalmente, o estabelecimento do critério de desigualdade a ser considerado. Esses juízos, advertimos, são sempre juízos parciais, uma vez que a situação de desigualdade diagnosticada é tão-somente um dos vários aspectos de um indivíduo¹⁸, que pode estar e situação de igualdade com os demais em vários outros aspectos¹⁹. Conforme coloca RUBIO, a igualdade ou desigual-

¹⁷ 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 (...). Pode-se dizer que a igualdade formal está reconhecida na primeira menção à igualdade, enquanto a igualdade material tem como fundamento a segunda menção à igualdade, assim como na própria previsão de direitos sociais. Prova do reconhecimento à igualdade material consiste no fato das interpretações conferidas ao inciso primeiro do artigo 5º que, muito embora determine uma "igualdade em direitos e obrigações" entre homens e mulheres, admite discriminações positivas em relação às últimas até que se equipare verdadeiramente suas situações.

¹⁸ Neste sentido a lição de Luis Prieto SANCHÍS, *verbis*: "La igualdad opera siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no hay dos seres humanos ni dos situaciones idénticas. Ciertamente, como hemos indicado, parece existir un prioridad de la igualdad sobre la diferenciación, de manera que la regla podría describirse del siguiente modo: siempre existe alguna razón para la igualdad y, por tanto, ésta postularse mientras que alguna desigualdad fáctica - que siempre existirá - no proporcione un razón que permita o que, valoradas las razones en pugna, imponga una regulación diferenciada." *op. cit.* p. 90

¹⁹ Neste sentido as várias críticas sofridas pelo Governo Federal ao editar Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, a qual garantia um percentual de vagas a estudantes negros em universidades públicas. Se por um lado é verdade que a população negra. Aqui, dois dados fundamentais se fazem presentes: (a) conforme dados estatísticos a população negra constitui maioria entre os cidadãos brasileiros que passam por dificuldades econômicas, (b) os negros possuem mais dificuldades em aceder a determinadas posições em razão de preconceitos que sofrem. Se considerado o aspecto econômico como fundamento da política pública, pode-se dizer que não parece o mais correto, porquanto na falta de restrição poderiam ser privilegiados negros que não possuem necessidade econômica, em clara injustiça em relação a não negros que possuem dificuldades econômicas. Se a questão se trata somente da discriminação, o critério é discutível porquanto poderia ser entendido a todas as universidades. Por fim, se o critério é duplo, poderia ser incluídos na lei a questão relativa a discriminação positiva aos "negros que possuem necessidades econômicas", de forma a não gerar a discriminação positiva uma outra discriminação, qual seja, entre os negros com condições econômicas e os sem condições econômicas, ponto ao qual retornaremos em seguida.

dade a ser analisada para definir a necessidade de intervenção deve ser analisada não em sua existência em um sentido global, mas em um dos seus vários traços, quais sejam, os termos de comparação que se tomaram em consideração para afirmar o negar a igualdade entre eles. A desigualdade é, portanto, a relativa tão-somente a um *tertium comparationis*²⁰.

Todavia, não obstante o complexo problema de eleger qual o traço da situação social a ser utilizado como parâmetro à definição de uma situação de igualdade ou desigualdade, tema tão relevante aos direitos sociais (principalmente os normativos), devemos ter presente que nosso objeto de estudo não apresenta tão sérios problemas nesse aspecto, embora inegavelmente seja mais complexa sua forma de efetivação. Assim se dá porquanto, conforme antes definido, os direitos sociais prestacionais caracterizam-se na necessidade de alcançar a determinados indivíduos bens de valor econômico que poderiam obter por si mesmos, mas dos quais estão privados em razão de falta de condições econômicas. Dessa forma, o parâmetro a ser utilizado na aferição de uma situação de igualdade e desigualdade é evidente: o critério é econômico. É neste sentido também o pensamento de Salvador BARBERA, quando afirma que embora posamos ter a desigualdade como conceito relativo, tal como visto acima em relação à dependência de um parâmetro de comparação, podemos dizer também que a pobreza é uma categoria que, ainda se possa ter diferentes concepções sobre seu conceito que variam em época e sociedades, conforme o grau de desenvolvimento econômico de cada uma, possui um sentido absoluto²¹. Uma vez definidos os índices para medir a pobreza surge uma linha, na qual passam a estar divididos ricos e pobres ou, melhor dito, os incluídos e excluídos (nesse caso não só do acesso aos bens econômicos, mas também aos próprios direitos civis).

Portanto, ao tratarmos de satisfazer uma demanda social no sentido de proporcionar a determinados grupos o acesso a bens econômicos básicos dos quais estão privados do acesso por falta de condições preponderantemente econômicas, resta evidente que o critério de comparação (*tertium comparationis*) será necessariamente um: o econômico. Se nosso intuito é incluir determinadas classes de população excluídas do conceito de cidadania em razão da falta de meios econômicos para alcançar necessidades sociais básicas, o critério econômico parece mais que razoável. A eleição do critério de discriminação, nesse

²⁰ F. RUBIO, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, in Revista Española de Derecho Constitucional, n. 31, 1991, p. 12 e s..

²¹ No original, "(...) me gustaría matizar esta posición relativista aceptando la existencia de mínimos absolutos, bajo los cuales la defensa de libertades y demás derechos deberían adquirir prioridad total, porque dejan de entrar en conflicto. Si la desigualdad es un concepto relativo, y así deben interpretarse los distintos índices que intentan medirla, la pobreza es una categoría que, aunque cambiante en su definición según épocas y sociedades, tiene en cada una un sentido absoluto. Así queda reflejado en la forma de los índices utilizados para medirla, que parten todos ellos del establecimiento de una línea de pobreza, que una vez determinada divide a los miembros de la sociedad entre ricos y pobres." BARBERA, Salvador. *Escasez y derechos fundamentales*, in V.V.A.A.. Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 226 e seg..

caso, é deveras facilitada e conforme tanto ao conceito de direito fundamental como em relação à solidariedade e igualdade material que o fundamenta.

3 ESCASSEZ E EFICÁCIA: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA TITULARIDADE NAS AÇÕES ESTATAIS EM UM CONTEXTO DE LIMITAÇÃO DE RECURSOS

Uma vez demonstrada a diferença substancial de origem, fundamento e lógica jurídica entre os direitos liberais, que mantém íntima relação com a igualdade formal e os direitos prestacionais, os quais surgem somente a partir do reconhecimento de uma igualdade material; a questão que ora é apresentada demanda um passo adiante nessa análise: como tratar desses direitos num contexto de escassez?

Inicialmente, cumpre referir que, por seu caráter predominantemente econômico, tem na escassez elemento intrínseco à sua titularidade, como tem neste elemento indispensável relacionado à sua eficácia²². Como adverte PECEZ-BARBA ao tratar dos direitos civis e individuais, a estes não lhes afeta a escassez. No entanto, numa situação onde situações de carência econômica mínimas sequer são cobertas pelos direitos sociais estes direitos de liberdade – civis e políticos – sim estarão comprometidos na sua substância²³. Acrescenta, ainda, que os próprios direitos de liberdade, os quais constituem valor central de todos os direitos, possui três dimensões distintas: protetora, participativa e promocional. “Las dos primeras justifican los derechos individuales, civiles y políticos y la tercera los derechos económico-sociales y culturales, que me parecen instrumento adecuado para afrontar el tema de la escasez y la satisfacción de necesidades”.²⁴

Assim que, na realização de tarefas sociais prestacionais, a movimentação da atividade administrativa no cumprimento de tais problemas deve ter por objeto a correção dessas desigualdades mais urgentes de acesso a bens essenciais determinados constitucionalmente, os quais garantem o que se chama de mínimo existencial²⁵. Diante de uma situação de escassez o problema do reparto de recursos insuficientes deve ser sempre orientado à proteção daquele grupo que se apresenta em situação de maior debilidade. No caso dos direitos sociais prestacionais, os quais buscam garantir o acesso a bens de valor econômico, o grupo

²² Na observação de BARRANCO, “Pero si es cierto que el que en su mayor parte sólo puedan ser satisfechos a través de prestaciones, y que, en definitiva, requieran actuaciones positivas de terceros, lleva a la necesidad de desplegar mayores esfuerzos de fundamentación y mayores esfuerzos ‘económicos’ que para los derechos de libertad, por lo que la escasez puede afectar en mayor medida a su eficacia.” (BARRANCO. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, op. cit. 306)

²³ Gregorio PECEZ-BARBA Martínez, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson: Madrid, 2004, p. 209

²⁴ PECEZ-BARBA, op. cit. p. 209

²⁵ A definição do que seja mínimo existencial consiste em tarefa fundamental no trato com a igualdade substancial e na definição de políticas públicas e deve ser orientado sempre por parâmetros objetivos da sociedade tomada como exemplo, não necessitando ser o ideal, mas o básico possível. Todavia, este tema por si só demanda um estudo completo.

mais desprotegido certamente será o dos economicamente em situação de maior fragilidade. Como aponta BARBERA, somente quando solucionadas as situações de pobreza desesperada podemos ter políticas redistributivas sofisticadas. Só depois de garantidos direitos elementares podemos permitir refinamentos acerca de quais desejamos ver mais ou menos satisfeitos e em que grau²⁶. Que fique claro que nada impede o oferecimento pelo Estado de um serviço universal, aliás, esse é o ideal buscado por todos os ordenamentos²⁷. Todavia, diante de uma escassez econômica que impeça que todos possam ser satisfatoriamente atendidos ou enquanto perdura uma situação de desigualdade tal que muitos não possuem acesso a bens sociais básicos; constitui uma desvirtuação da desigualdade o oferecimento de serviços gratuitos a totalidade da população quando isto resulta, por falta de recursos, num serviço insuficiente a todos, deixando os desprotegidos economicamente à mercê de uma eventual impossibilidade de acesso.

A idéia que se apresenta no momento é a de que, num contexto de escassez, como é evidente o atravessado pelo país no momento, mormente diante do grande número de dependentes de ajuda do governo e que, por não haverem atingido um nível de desenvolvimento econômico mínimo, não contribuem com a receita estatal; uma política de igualdade formal no oferecimento de serviços públicos elementares gratuitos à população sem justificativa razoável constitui um desvirtuamento à igualdade material e grave afronta aos direitos fundamentais dos dependentes da ação estatal.

3.1 Necessidade de Justificação da Igualdade Formal Quando se Trata de Direitos Prestacionais

Uma vez estabelecida origem dos direitos prestacionais no próprio reconhecimento da igualdade material como parte integrante do princípio da igualdade e da maior relevância que assume esse princípio num contexto de escassez associado à necessidade de atender demandas básicas da sociedade, cumprenos agora tratar sobre a aceitabilidade da igualdade formal e material em relação aos direitos fundamentais existentes, investigando sua influência na construção ou não de limites ao legislador na elaboração de políticas públicas.

Conforme ensina SANCHÍS, é ponto incontroverso na doutrina constitucional a necessidade de justificação de qualquer medida de discriminação positiva que venha a interferir num regime de igualdade formal. Todavia, ainda que o princípio da igualdade tenha dupla face, desdobrando-se tanto em igualdade formal como material e que, em razão disso, pareça “que necesitarían el mismo grado de justificación tanto las normas que establecen diferenciaciones

²⁶ BARBERA, op. cit. p. 227

²⁷ esse ponto será mais explorado adiante, quando tratarmos da constitucionalidade da extensão da política pública prestacional a todos ou sobre a necessidade de eleição de prioridades.

como las regulaciones uniformes o homogeneizadas”²⁸, esta opinião não conta com a necessária comunhão doutrinária, sendo válida somente a necessidade de justificação da discriminação, não da regulação uniforme. Não obstante tal fato, esta premissa parece contrariar a própria lógica dos direitos sociais prestacionais, ao menos enquanto limitadas as prestações em razão do esgotamento das possibilidades do Estado em prestá-las. Em primeiro lugar, pode-se argumentar no sentido que possuem os direitos sociais prestacionais por essência e fundamento a igualdade material ou, melhor dito, um socorro social ao indivíduo socialmente considerado, principalmente os que se encontram em situação de perigo social. Seu fundamento é, portanto, diverso dos direitos liberais, que consideram o homem em seu contexto abstrato, igual. Se aceitamos a existência de tais direitos, natural que aceitemos, também, sua coerência sistêmica, sua lógica diferenciada, pelo que quando diante de uma lei que regula um direito prestacional haveria – da mesma forma que a discriminação positiva deve contar com necessária justificação – a necessidade de uma justificação da igualdade formal. Somando-se ao primeiro argumento, tem-se o fato de que os direitos prestacionais *stricto sensu*, por sua estrutura diferenciada, importam sempre em uma prestação econômica. Logo, diante de uma situação de limitação ou escassez a generalização de uma política pública traria tão-somente uma manutenção da desigualdade, e não a sua eliminação ou redução em relação à prestação social trazida pelo Estado.

Dessa forma, quando impossível atender de forma satisfatória a todos, é evidente o fato de que a generalização de um direito social prestacional vem a prejudicar seu próprio objetivo – a redução da desigualdade; pelo que – no caso de uma prestação social e uma situação de limitação de recursos e perigo social como o caso nacional (ao menos por enquanto); seria essencial ao próprio fundamento da instituição de uma prestação social a justificação de qualquer generalização; reiteramos, da mesma forma que se faz necessária a justificação de um discriminação positiva.

3.2 Igualdade Formal e Material – Faces do Princípio da Igualdade em Constante tensão – e Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

A necessidade de justificação tanto da discriminação positiva em general quanto da igualdade formal quando estivermos tratando de direitos prestacionais tem como fundamento possibilitar ao intérprete aferir quais razões devem sobrepor-se – se as de igualdade formal ou material – em determinado caso concreto ou lei em abstrato, possuindo elementos para um juízo mais claro de constitucionalidade, ou seja, para definir qual face do princípio da igualdade deve preponderar em determinado caso. Assim, diante do caráter duplo e tensi-

²⁸ SANCHIS, op. cit. p. 194

onado do princípio da igualdade, sempre que diante da análise constitucional do trato com a igualdade feita por determinada política pública estaremos diante de um juízo de proporcionalidade, o qual não se resolve, conforme SANCHÍS, “con la pérdida de validez o con la postergación definitiva de alguno de los elementos en pugna, sino que el triunfo de uno u outro depende de las circunstancias del caso y requiere un ejercicio de ponderación singular”²⁹.

Dessa forma, temos que, numa determinada situação que demande uma intervenção estatal, sempre haverá razões para um tratamento igual, porquanto todos os indivíduos possuem características em comum. Todavia, sempre haverá, também, razões para que sejam tratados de forma diferente, já que todos possuem suas particularidades. Incidem, sempre, portanto, juízos e razões em prol da igualdade formal como da igualdade material. É a natureza da intervenção, ou seja, a situação social de desequilíbrio que pretende equacionar determinado direito constitucional social ou política pública, aliada às possibilidades de se fazer efetiva (escassez) e os meios utilizados que poderão oferecer razões suficientes para que predomine uma ou outra face do princípio da igualdade. Tal prevalência se dará por critérios de proporcionalidade, já que ambas encontram amparo constitucional, estando em regime de constante tensão.

3.3 Critérios para Determinação da Discriminação Positiva – Controle dos Critérios de Estabelecimento da Discriminação

Estabelecida a necessidade de uma justificação para aplicação o estabelecimento de discriminações positivas – assim como para a generalização de políticas públicas de direitos prestacionais – temos que no caso de opções por juízos de igualdade material acrescenta-se uma nova etapa de justificação: a do critério elegido para a discriminação positiva. Conforme leciona SANCHÍS, dois são os problemas principais que se apresentam na aplicação da igualdade material, ou seja, na determinação de uma discriminação positiva: (a) determinar que tipo de desigualdades de fato cabe alegar como fundamento a uma desigualdade jurídica e (b) em que casos uma desigualdade de fato é capaz de representar uma justificativa para um tratamento desigual³⁰.

Tal como já tratado anteriormente, este problema, que exige uma grande ponderação e sólidas justificativas quando tratamos de direitos não relacionados diretamente a prestações econômicas, em nosso objeto de estudo não gera maiores dificuldades, porquanto o próprio conceito de direitos prestacionais já soluciona a questão. Sendo os direitos prestacionais direitos que objetivam alcançar bens de valor econômico os quais estão em falta ou não são possíveis de serem obtidos pelo indivíduo por falta de condições materiais, evidente que o critério resta evidente: a necessidade econômica.

²⁹ SANCHÍS, op. cit. p. 108

³⁰ SANCHÍS, op. cit. p. 90

Todavia, se a justificativa à discriminação positiva nos direitos prestacionais parece inerente à sua própria estrutura, num regime de escassez temos estes critérios ainda mais evidentes, porquanto necessário atender primeiro aos mais necessitados antes que se possa alcançar também aos menos necessitados. Se por um lado temos, no caso nacional, evidentes justificativas para o estabelecimento de discriminações positivas, tais discriminações parecem adquirir contornos de obrigação se consideramos a eficácia de uma política pública relativa a direitos prestacionais numa situação de limitação econômica do Estado. Vejamos que no caso nacional, a escassez não decorre somente da falta de recursos públicos, mas principalmente do grande número de dependentes dos direitos prestacionais, ou seja, pessoas que não tem condições de alcançar por si próprias determinados bens básicos de natureza econômica. Assim, se a complexidade jurídica na fundamentação é facilitada no caso de um regime de escassez, a questão relativa ao mínimo de eficácia de um direito prestacional depende necessariamente da limitação de seus titulares através do estabelecimento de discriminações positivas.

Se considerado um país de maior desenvolvimento econômico, ou seja, de menor desigualdade social, a garantia de um mínimo existencial a todos os cidadãos, ou seja, a garantia de acesso a padrões mínimos de saúde, educação e moradia não constitui questão importante ou sequer um objeto a ser tratado pelas políticas públicas de direitos prestacionais, dando-se a sociedade em geral ao “luxo” de decidir o quanto de direitos prestacionais devem ser garantidos aos cidadãos – aqui se inclui, por exemplo, a definição sobre um sistema público ou privado de saúde e educação, gratuitos ou subsidiados, a todos os cidadãos que dele queiram desfrutar. No caso nacional, todavia, quando ausente a garantia de critérios mínimos de seguridade social, há necessidade de garantir-se primeiro o mínimo a todos, para que depois se possa tratar de aspectos ideais³¹.

3.4 Igualdade Formal no Processo de Discriminação Positiva

Não obstante a complexidade do tema já tratado – já que, segundo o método aqui proposto, já estabelecemos a necessidade de duas justificações para uma discriminação positiva – ainda resta apontar outro teste de constitucionalidade.

³¹ Em realidade, segundo nossa concepção de direitos fundamentais sociais prestacionais, somente seriam verdadeiros direitos fundamentais as prestações referentes à proteção do indivíduo de um risco social. Os chamados “desarrollos” das normas fundamentais sobre direitos sociais através de políticas públicas não contariam com a condição de direitos fundamentais quando não relacionados efetivamente com o amparo do indivíduo em risco social (ao menos nos campos de saúde e educação – porquanto que em relação à cultura não se pode aplicar o mesmo raciocínio). Essa concepção implica na desvinculação total do conceito de direitos sociais prestacionais com o modelo política de Estado, valendo tanto num Estado liberal quanto num Estado social (uma vez que seu fundamento estaria na liberdade, até mais que na igualdade), bem como implica na negação do princípio de “proibição de retrocesso”, elaborado por J.J. Gomes Canotilho. Todavia, o tema é demasiado amplo, razão pela qual foge às limitações finalísticas e físicas do presente artigo.

dade ao qual deve submeter-se a discriminação. Ocorre que deliberado em relação à discriminação positiva buscando-se corrigir determinada desigualdade social, necessário se faz uma análise posterior de critérios de igualdade formal entre pessoas ou grupos que estejam na mesma situação, a fim de que não sejam discriminadas pessoas que se encontrem numa mesma situação de necessidade. Neste sentido a lição de SANCHÍS no sentido de que as considerações de igualdade material não bastam e se faz necessário o concurso da igualdade formal dentro do mesmo grupo, porquanto “esta última proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo, y con ello la justificación de la pretensión jufundamental”³².

Aqui, o que parece demasiado complexo torna-se evidente quando se observa o preterimento infundado de determinado grupo ou pessoa em razão de critérios políticos, a falta do estabelecimento de um critério de distribuição e acesso à política pública entre os por ela beneficiados que possibilita preferências, apadrinhamento e assistencialismo; ou, e talvez mais importante no contexto atual, as determinações judiciais no sentido de destinar todo o fundo de uma política pública ou grande parte deste a uma determinada pessoa ou grupo, exaurindo os meios para seu alcance aos que dela eram beneficiados e, não raro, possuem uma necessidade maior.

Essa submissão da discriminação positiva em relação à igualdade formal dá sentido ao ideal da universalidade em relação aos direitos prestacionais, que, não obstante de titularidade reduzida, tal com afirma ROIG são universais no sentido de que “si cualquier sujeto se encuentra en una situación de necesidad (como trabajador asalariado, como beneficiario de la asistencia sanitaria, o, en general, como sujeto potencialmente enmarcado en cualquiera de los grupos o situaciones a los que se hizo referencia) será debidamente protegido por el Derecho”³³. Proporciona, assim, um sentido de universalização dos direitos do homem concreto.

4 UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS – NOTAS CONCLUSIVAS

Por universalidade poderíamos ter três diferentes conceitos diversos: titularidade, temporal ou espacial. No caso do presente estudo interessa tão-somente o primeiro, o qual consiste na possibilidade dos direitos fundamentais serem direitos de todos os sujeitos de direitos submetidos a um mesmo ordenamento jurídico estatal independentemente de seu contexto ou circunstância³⁴.

Pelo que até agora foi tratado, desde o momento em que se inicia a preocupação social e estatal no sentido de desenvolvimento do valor solidariedade

³² SANCHÍS, op. cit. p. 95

³³ ROIG, op. cit. p. 63

³⁴ Aqui utilizamos a restrição “determinado ordenamento jurídico” uma vez que o conceito de direito fundamental está diretamente relacionado à concepção de Estado nacional, não obstante esteja próxima a mudança de paradigma em razão do que vem ocorrendo com a Comunidade Européia. O conceito, até agora ao menos, permanece intacto.

através do reconhecimento de direitos econômicos e sociais, os quais têm por objetivo uma equiparação social a padrões mínimos e a tutela de pessoas em situação de inferioridade social que impedem a manifestação livre de vontade; pode-se dizer que houve uma quebra da noção de universalidade no que se refere à titularidade dos direitos fundamentais. Houve, em relação a estes “novos direitos” uma migração de um processo de generalização a um processo de especificação³⁵. Alguns desses novos direitos já não são mais direitos do homem abstrato, senão que de um homem concreto, socialmente situado. Ou, nas palavras de PECEZ-BARBA “podríamos decir que son derechos que surgen precisamente para que sus destinatarios puedan llegar a gozar igual que al resto de los titulares, de los derechos individuales, civiles y políticos de los mismos”³⁶.

São, portanto, direitos que buscam sim uma igualdade, uma igualdade de condições sociais e que encontram como modo de ação a desigualdade dos meios empregados³⁷.

Não é necessário dizer, porquanto conhecido problema nacional, que estes direitos de natureza econômica sempre encontram problemas de eficácia, gerando o que se denomina crise do Estado social. Se no princípio esta falta de eficácia podia ser atribuída a uma falta de reconhecimento desses direitos³⁸, que eram tratados como meras promessas constitucionais³⁹, hoje em dia se pode dizer que sua falta de eficácia decorre da própria limitação econômica do Estado⁴⁰.

Assim, neste contexto de limitação econômica, se quisermos tratar as prestações econômicas como direitos, devemos limitar o quanto possível não apenas seu objeto (outro problema sério para sua consideração como direito), mas a sua titularidade, alcançando as prestações tão-somente aos que dela mais necessitam e tendo como meta (aqui sim um conceito programático) a generalização

³⁵ Sobre este ponto, pode-se dizer que quando da concepção dos direitos fundamentais no século XVIII, um dos seus grandes traços distintivos era exatamente a universalidade de sua titularidade, uma vez que se passava a conceber uma noção de direitos gerais, e não direitos de algumas castas como até então se tinha. Assim, mais um motivo de resistência aos direitos prestacionais por um sistema acostumado com a lógica de direitos civis e políticos é a possibilidade de restrição dos titulares que, conforme aqui se sustenta, pode-se dizer que passa da simples possibilidade, assumindo, num contexto de escassez, a condição de dever e condição de constitucionalidade de uma política pública.

³⁶ PECEZ-BARBA, op. cit. p. 205

³⁷ “derechos que utilizan como medio la igualdad como diferenciación, y pretenden alcanzar como fin la igualdad como equiparación”. PECEZ-BARBA, op. cit. p. 209

³⁸ Conforme analisa Bonavides, devido ao questionamento de sua juridicidade nesta fase, estes direitos foram remetidos à chamada esfera programática, porquanto não tinha por objeto as garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. “Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais” Cf. Bonavides. *Curso de direito constitucional*. p. 518

³⁹ ou direitos no papel como prefere GUASTINI, Ricardo. *Derechos: una contribución analítica*, in Problemas actuales de los derechos fundamentales, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 140

⁴⁰ Ainda que sejam reconhecidos como direitos em algumas decisões judiciais ou políticas públicas, possuem nesses casos uma eficácia ilusória, uma vez que atribuir-lhes cogência em casos individuais não resolve o problema de sua efetivação, já que não se faz possível estendê-lo aos demais que se encontram na mesma situação. Nesse caso, não podemos considerá-los direitos, uma vez que sua eficácia é ilusória.

quando atingido um nível de abundância ou redução da demanda social. Todavia, enquanto não satisfeitas as necessidades mais básicas e elementares da parte mais débil economicamente, a generalização dessas normas como direitos compromete a sua eficácia e, por conseqüência, sua própria condição de direito. Conforme adverte PECEZ-BARBA “el serio error de la generalización destes derechos en una situación de escasez es que acaban por servir para mantener una situación de desigualdad, actuando para beneficiarios que de ellos no necesitan, o sea, tratando igualmente a desiguales con consecuencias injustas”⁴¹.

No caso nacional, onde a demanda por prestações mínimas é extremamente elevada e os recursos disponíveis muito limitados parece que somente uma limitação dos titulares desses direitos prestacionais – assim como a delimitação do objeto da prestação – podem possibilitar o seu trato como direito, e não como mera promessa constitucional ou legal. Como observa GUASTINI, uma norma sem possibilidade de efetivação não é direito, por mais que se queira assim denominá-lo⁴². Nessa linha, somente a delimitação dos titulares pode permitir a execução de uma política pública que trate “formalmente” igual a todos os seus beneficiários e não apenas àqueles que cheguem “primeiro”, “aparados por decisões judiciais”, “com pedido político” ou outros dos tantos vários casos que se tem notícia.

Para que os direitos sociais prestacionais possam ter eficácia real – e assim serem verdadeiros direitos –, para que possam cumprir seus objetivos de amparo e seguridade sociais, bem como para que sejam compatíveis com seu fundamento moral de promover a dignidade e garantir um mínimo de igualdade social; imperioso se faz a limitação de sua titularidade⁴³.

Diante da falta de recursos por parte do Estado e da certeza de que existem outros menos favorecidos dependentes das prestações, constitui um excesso não justificado atribuir direitos prestacionais a pessoas que têm possibilidades de alcançarem tais bens por sua própria capacidade econômica. Nesta linha, ousamos ir um pouco mais adiante: diante da falta de eficácia de um “direito” prestacional ou de uma eficácia “puntual”⁴⁴ e de uma limitação de recursos para atender tais demandas, exige o princípio constitucional de igualdade uma justificação aceitável ao processo de generalização dos direitos prestacionais, tal como exige o estabelecimento de discriminações positivas. Dessa forma é possível estabelecer por ponderação tanto a constitucionalidade da discriminação quanto a constitu-

⁴¹ PECEZ-BARBA, op. cit. p.

⁴² GUASTINI, Ricardo. *Derechos: una contribución analítica*, in Problemas actuales de los derechos fundamentales, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 127-141

⁴³ A limitação a qual aqui nos referimos refere-se não somente às leis que instituem políticas públicas, mas também às decisões judiciais, que devem ter a responsabilidade de trabalhar com coerência e dentro das possibilidades reais para contribuir para a resolução do problema, e não apenas em livrar-se de “mais um processo”.

⁴⁴ Por “eficácia puntual” nos referimos aos casos onde se tenta atribuir uma eficácia fora das possibilidades reais de alcançar a todos as prestações reconhecidas a alguns. Referimo-nos aos casos antes mencionados da decisão judicial que reconhece o direito apenas àquele que vai a juízo, consumindo os recursos afetados à política pública, ciente de que impossível alcançar a todos os demais na mesma ou pior situação, ou mesmo o caso da política pública instituída de forma generalizada quando ausente a previsão de fundos para atender a demanda social, o que gera o mal atendimento, o atendimento deficitário, a falta de suprimentos, e todos os problemas conhecidos das lides com tais “direitos”.

cionalidade da generalização. Em suma, pelas razões até aqui apresentadas, a generalização de direitos prestacionais em um contexto de escassez pode vir a afrontar o princípio constitucional da igualdade (em sua face material), pelo que possível um controle de constitucionalidade de modo a limitar sua titularidade para eliminar o excesso em confronto com a igualdade constitucionalmente reconhecida.

Isso não significa, em absoluto, que o Estado não deva oferecer serviços a todos – até porque, como visto ao início, constitui desdobramento dos direitos prestacionais a atuação em áreas que demandem garantia de acesso a serviços essenciais⁴⁵. Todavia, num contexto de escassez, a gratuidade⁴⁶ deverá ser alcançada somente àqueles que não tiverem condições econômicas de acesso a estas prestações⁴⁷.

⁴⁵ É nesse sentido a observação de Vieira de Andrade, quando coloca que o Estado pode ter de assegurar a existência de serviços universais em certas áreas, mas não tem necessariamente de manter serviços estaduais de prestação exclusivos, muito menos serviços gratuitos, que, aliás, têm se revelado fortemente regressivos em termos sociais. Os direitos sociais prestacionais podem cada vez menos ser entendidos como direitos universais de igualdade, mas tem assumido contornos de discriminações positivas, tal como direitos de determinadas categorias sociais abertas (jovens, idosos, mulheres, mães, deficientes, etc.). “Em contrapartida, o conteúdo essencial destes direitos – o mínimo necessário para uma existência digna – poderá ser equacionado, nos seus diversos aspectos, como um direito pleno de todos a prestações do Estado” (Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais...* p. 67)

⁴⁶ Nessa perspectiva, podemos citar o caso da forma de custeio das políticas públicas de saúde no país, de conhecida deficiência apesar do grande volume de recursos dispensado pelo Estado, os quais demonstram-se totalmente insuficientes e devem buscar fontes complementares assim como racionalidade na sua utilização de modo a alcançar uma eficiência mínima e proteger àqueles que não podem socorrer-se ao sistema privado. No caso, a denominada “universalização do acesso” é freqüentemente confundido com o de gratuidade. Conforme colocado, é dever do Estado manter propiciar, diretamente ou através de fomento, a existência de serviço de saúde, os quais podem ser explorados pela atividade privada, nos termos da explícita autorização do artigo 199 da Constituição Federal. Ocorre que, percorrendo atentamente os dispositivos constitucionais que tratam sobre a saúde, em nenhum momento se encontra qualquer referência à questão da gratuidade dos serviços públicos de saúde. Poderia-se argumentar que não há referência à gratuidade porquanto esta seria evidente, já que desnecessária sua menção. Todavia, basta verificar as normas relativas à educação, também definidas como “direito de todos e dever do Estado” (art. 205), para perceber que os artigos 206, IV e 208, I, todos da Constituição Federal, mencionam expressamente os casos de gratuidade. Assim, demonstra-se não ser tão óbvia a questão da gratuidade, pois, fosse essa a intenção do constituinte, o teria feito expressamente tal como fez quando tratou da educação. Observa-se que, infelizmente, o conteúdo de universalidade do acesso e a eliminação da gratuidade geral como forma propiciar um serviço público de mais qualidade ainda esbarra em algumas políticas públicas que insistem na gratuidade geral dos serviços de saúde estatais. A segmentação dos beneficiários, que poderia ser efetuada através da manutenção da gratuidade apenas àqueles que não possuem condições de pagar ou contribuir - ou quiçá, de uma contribuição simbólica e diferenciada em relação a este grupo -, lamentavelmente se dá em razão da péssima qualidade de alguns serviços de saúde. Dessa forma, somente aqueles extremamente necessitados sujeitam-se às intermináveis filas, a eternas esperas, à demora na prestação, etc., propiciando, ainda, casos de apropriação privada do aparato público através de conhecida prática de operadores médicos que se valem da gratuidade da saúde pública para facilitar o acesso a exames mais complexos e custosos a seus clientes privados, sem as conhecidas esperas e dificuldades de atendimento. Em sentido contrário, é justo o registro do caso do Estado do Rio Grande do Sul, ao editar a Lei n. 9.908/93, restringiu expressamente o fornecimento de medicamentos excepcionais, na forma gratuita, apenas àqueles que “não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao sustento de sua família” de modo a tentar manejar mais razoavelmente os limitados recursos do Estado no intento de proteger camadas mais desprotegidas da população.

⁴⁷ Neste sentido a lição de PECEZ-BARBA quando trata da argumentação de que estes serviços generalizados constituiriam retribuição ao pagamento de impostos, sempre adotada como motivo político à generalização, *verbis*: “Generalizar la titularidad del derecho a la educación, en sus contenidos y prestaciones de carácter económico, o la gratuidad de las prestaciones de carácter económico, o la gratuidad de las prestaciones sanitarias, o de la sanidad pública es un error de concepto con graves efectos prácticos. No parece que pueda oponerse a este planteamiento el argumento de que esas personas pagan sus impuestos y tienen derecho a esas prestaciones. A ninguno de ellos, aunque paguen impuestos se les ocurriría reclamar derechos de los niños o de las personas con discapacidad, si no lo son. En el mismo sentido no deben reclamar la satisfacción de necesidades básicas, con contenido económico,

Parece-nos que somente desta forma se pode dar coerência e efetividade às normas constitucionais de direitos prestacionais existentes na Constituição e complementadas por leis que lhe conferem aplicabilidade. Outrossim, somente com a redução da titularidade se pode cumprir a finalidade dos direitos prestacionais, qual seja a redução da desigualdade, e a busca de um mínimo de igualdade material. Direitos com fundamento na solidariedade não podem ser tratados por critérios de igualdade formal, ao menos diante de um contexto de escassez e necessidade.

Somente assim poderemos ter os direitos fundamentais sociais prestacionais como verdadeiros direitos, já que, tal como vem sendo tratados por algumas políticas estatais ou decisões judiciais, como verdadeiros direitos não podem ser considerados.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. – 3ª edição – Coimbra: Almedina. 2004.
- BARBERA, Salvador. Escasez y derechos fundamentales, in V.V.A.A.. *Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III, Madrid, 1994*
- BARRANCO AVILÉS. María del Carmen. La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2004,
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed., Ed. Malheiros: São Paulo, 2000
- FORSTHOFF, Ernest. Problemas constitucionales del Estado social. In *El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986*
- GUASTINI, Ricardo. Derechos: una contribución analítica, in *Problemas actuales de los derechos fundamentales, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994*
- PECEZ-BARBA, Gregorio. Lecciones de derechos fundamentales. Dykinson: Madrid, 2004
- QUEIROZ, Cristina M.M. Direitos Fundamentais (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra, 2002
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia. (trad. María Dolores González) Fondo de Cultura Económica: Madrid, 2ª ed, 1995.*

a cargo de los poderes públicos si pueden satisfacerlas por ellos mismos. Quizás la fórmula correcta sería que quienes no lo necesiten puedan acceder a esos servicios públicos de la enseñanza o de la sanidad, pagando la totalidad de su coste o, al menos, parte importante de él, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellos colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos. Así aplicando la igualdad como diferenciación, para alcanzar la equiparación, en una universalidad del punto de llegada, se pueden encontrar salidas y soluciones a la crisis del Estado social.” Op. cit. p. 212

- ROIG, María José Añón, AÑÓN, José García. (coord.) A.A.V.V. Lecciones de derechos sociales, *Tirant lo blanch: Valencia, 2004*
- RUBIO, F. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 31, 1991
- SANCHÍS, Luis Prieto. Ley, principios, derechos. *Cuadernos "Bartolome de las Casas" n. 7, Dykinson: Madrid, 1998*
- SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: *Livraria do Advogado Editora, 2004.*

SUBSÍDIO. OBRIGATORIEDADE E FACULTATIVIDADE. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE.

Luiz Fernando Lemke Krieger*

I – SUBSÍDIO. DA OBRIGATORIEDADE QUANTO AOS PROCURADORES DOS ESTADOS.

De início, será examinada a questão concernente à obrigatoriedade da aplicabilidade do regime de subsídio aos Procuradores dos Estados.

Há determinados agentes públicos que, por força de normas constitucionais, obrigatoriamente, devem ser remunerados por subsídios, quais sejam, o membro de Poder, abarcando os membros do Executivo, do Judiciário e do Legislativo da União, Estados e Municípios, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais (art. 39, §4º), os Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 73, §3º), os Membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, “c”), os membros integrantes da Advocacia Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e os Defensores Públicos (art. 135), bem como servidores públicos policiais, nos termos do art. 144, §9º, todos da Constituição Federal.

Em face do disposto no §8º do art. 39 da Constituição Federal, facultativamente, a remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada por subsídio.

Portanto, no que pertine, especificamente, aos Procuradores dos Estados, há regra constitucional própria, determinando que a remuneração seja em regime de subsídio, como se extrai expressamente do art. 135 da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº19, de 04.06.1998, “in verbis”:

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, §4º.

Há que se transcrever, por ser relevante, o §4º do art. 39 da Carta Magna de 1988, acrescentado pela EC nº19/98, o qual preceitua, “in verbis”:

* Procurador do Estado do RS.

§4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Com efeito, a Seção II, mencionada no art. 135, é justamente a que trata da Advocacia Pública, cujo artigo 132 da CF diz respeito aos Procuradores dos Estados.

Muito embora os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal sejam organizados em carreira, na qual o ingresso depende de concurso público de provas e títulos, tais agentes públicos não estão no suporte fático sobre o qual há a incidência da norma prevista no art. 39, §8º, da Lei Maior, o qual se aplica apenas aos servidores públicos organizados em carreira e que não estejam contemplados em norma constitucional própria.

A interpretação do texto constitucional, como ocorre com quaisquer outros textos normativos, não pode levar a conclusões contraditórias ou antagônicas, razão pela qual é inadmissível que se chegue à conclusão de que se trata de mera faculdade diante das normas constitucionais, as quais devem ser interpretadas e aplicadas harmonicamente, de modo que um preceito constitucional não acarrete a ineficácia de outro.

Se, de um lado, há norma prevendo a possibilidade de fixação do subsídio por se tratar de servidor organizado em carreira, de outro, há dispositivo constitucional (art.135) prevendo, expressamente, a fixação obrigatória de subsídio para os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal ao fazer remissão à Seção II do Capítulo DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA.

Poder-se-ia cogitar de aplicar o §8º do art. 39 da CF, e conseqüentemente, concluir pela facultativa da fixação de subsídios para os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal se o legislador constituinte tivesse permanecido silente quanto aos membros da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Entretanto, como já se referiu, tal circunstância não ocorreu.

Em tal contexto, seja qual for a opção exegética que se adote, chega-se à conclusão de que o regime de subsídio para os Procuradores dos Estados decorre, direta e obrigatoriamente, de preceito constitucional expreso, afastando-se, nessa perspectiva, a facultatividade, a qual se aplica apenas a servidores públicos organizados em carreira e que não estejam já contemplados em outros dispositivos específicos da Carta Magna.

II – SUBSÍDIO. DO DIREITO ADQUIRIDO E DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE EM FACE DO TETO.

O exame que se impõe, num segundo momento, é o referente ao subsídio e a fixação do teto em face do princípio da irredutibilidade e do direito adquirido.

Novamente está em discussão a controvérsia acerca do teto dos servidores públicos em razão do advento da EC nº41/03, que fixou novo limite máximo, correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF, estabelecendo, outrossim, subtetos no âmbito estadual e na esfera municipal.

A partir de 1º de janeiro de 2.006, o subsídio mensal de Ministro do STF foi fixado em R\$24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais), pelo art. 3º da Lei nº 11.143, de 26 de julho de 2.005.

Questiona-se se os que percebem valores superiores ao limite máximo estabelecido constitucionalmente quando do advento da EC 41/2003 deverão suportar perdas remuneratórias.

Entende-se que a resposta é negativa.

O regime de subsídio objetiva assegurar a existência de significativa visibilidade nos gastos com pessoal, em observância aos princípios constitucionais, sobretudo da legalidade e da publicidade.

Veja-se que o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderá ser fixado ou alterado por lei específica, mormente quando os Poderes da União, Estados e Municípios devem publicar anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos, é o que se depreende, quanto a este último aspecto, do §6º do art. 39 da Constituição Federal.

O atual art. 37, inciso X, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº19, de 04.06.1998, dispõe, “in verbis”:

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Já o inciso XI do art. 37, da Carta Magna, com a redação atual dada pela Emenda Constitucional nº41, de 19.12.2003, preceitua, “in verbis”:

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração, direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder

Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

A redação anterior, dada pela EC nº19, de 04 de junho de 1998, rezava:

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, com o advento da Emenda Constitucional nº41/2003, o limite do subsídio dos Procuradores dos Estados restou fixado em noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

A auto-aplicabilidade do teto salarial imposto pela EC nº41, de 19 de dezembro de 2003, é uma realidade inegável.

Enquanto não fixado por lei ordinária, cuja iniciativa é do Presidente do Supremo Tribunal Federal, o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, para fins do limite fixado naquele inciso (teto salarial), deve ser reputada a maior remuneração atribuída por lei a Ministro do STF, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão do tempo de serviço, cuja aplicabilidade decorre dos termos do art. 8º da EC nº41/2003.

O teto salarial é auto-aplicável e qualquer alteração nos subsídios dos Ministros do STF dependerá de aprovação de lei ordinária, cuja iniciativa é, repita-se, do Presidente do STF.

Já o art. 9º da EC nº41/2003 reprecisa o art. 17 do ADCT, que dispõe, “in verbis”:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Diante das normas constitucionais, precipuamente em decorrência da aplicação do art. 9º suso referido vem sendo aplicado o redutor ali previsto, sob o fundamento de que o servidor público não tem direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico.

Muito embora possa ocorrer alteração de regime jurídico, tal alteração deve respeitar o direito adquirido. Tão-somente o Poder Constituinte Originário pode desrespeitar o direito adquirido.

Não obstante o Congresso Nacional possa alterar a Constituição Federal, ao exercer o Poder Constituinte derivado, por meio de emendas constitucionais, há que se ter presente, portanto, que ele não pode alterar o núcleo intangível estabelecido pelo Poder Constituinte originário.

Nessa perspectiva, devem ser observadas as limitações materiais expressas insculpidas no art. 60 da própria Carta Magna.

A função reformadora, ao ser desempenhada, encontra-se, indubitavelmente, subordinada às cláusulas pétreas, caracterizando-se como um núcleo que não admite modificações, com o que se objetiva a preservação da identidade da própria Constituição e o respeito às decisões políticas fundamentais.

O §4º do art. 60 da Constituição refere que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e as garantias individuais, dentre os quais estão os direitos adquiridos (art. 5º, inciso XXXVI).

Tal limite é impositivo ao Congresso Nacional ao exercer o poder constituinte derivado de reforma do texto constitucional: o respeito e a observância das cláusulas pétreas, dentre as quais encontram-se os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, da CF), e, por conseguinte, os direitos adquiridos, sob pena de configurar-se a alteração e a supressão de preceitos que dizem respeito à substância da Constituição.

Não é por razão diversa que a fixação do teto salarial deve respeitar o que já era percebido pelos servidores acima desse limite quando do advento das emendas constitucionais, vedada a redução salarial.

Nessa mesma linha de raciocínio, conclui Alexandre de Moraes, em sua obra Direito Administrativo, 16ª edição, SP, Atlas, 2004, p.378:

Em conclusão, entendemos inadmissível qualquer interpretação seja da EC nº19/98, seja da EC nº41/03 que possibilite o desrespeito aos direitos adquiridos dos servidores públicos, às vantagens pessoais incorporadas regularmente aos seus vencimentos e, conseqüentemente, integrantes definitivamente de seu patrimônio, em face de desempenho efetivo da função pelo transcurso do tempo, como por exemplo anuênios ou quinquênios. Irrefutável a argumentação do saudoso Hely Lopes Meirelles, quando afirma que “vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (pro labore facto), ou pelo transcurso do tempo (ex facto temporis)”.

Em relação a essas vantagens, consubstanciou-se o fato aquisitivo, configurando-se a existência de direito adquirido, pois conforme salienta Limongi França, “a diferença entre a expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo”. Ora aqueles que, de forma lícita e reconhecida juridicamente, tenham seus vencimentos atuais superiores ao teto salarial do funcionalismo, previsto no inciso XI, do

art. 37, da Constituição Federal, pela EC nº41/03- auto-aplicável, em face do art. 8º da citada emenda, conforme já analisado -, e correspondente ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos Membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos, de forma alguma poderão sofrer uma redução salarial, sob pena de flagrante desrespeito à proteção aos direitos adquiridos.

Ivo Dantas corrobora o entendimento do texto, afirmando que o “*princípio do Direito Adquirido, quando constitucionalmente consagrado, dirigirse-á, da mesma forma, tanto ao Poder Legislativo Ordinário quanto ao Poder Reformador, visto que este, como aquele, tem uma natureza de Poder Constituído, em decorrência do que, inafastavelmente, estará limitado pelas normas constitucionais*”.

Por fim, cumpre transcrever decisão do STF, extraída do informativo 426 (MS 24875), garantindo aos impetrantes o direito a continuarem a perceber vantagem que extrapola o teto, porém, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei, “*in verbis*”:

Concluído o julgamento de mandado de segurança impetrado por Ministros do Supremo aposentados contra atos do Presidente da Corte e do próprio STF, consubstanciados na determinação da redução dos proventos da aposentadoria dos impetrantes ao limite constitucional, de acordo com o disposto no art. 37, XI, da CF, na redação dada pela EC 41/2003. Alega-se, em suma, a inconstitucionalidade das expressões “pessoais ou”, contida no referido dispositivo, e “e da parcela recebida em razão do tempo de serviço”, constante do art. 8º da EC 41/2003, para garantir aos impetrantes o direito de continuarem a receber o adicional máximo de 35% por tempo de serviço e o acréscimo de 20%, por haverem se aposentado no exercício de cargo isolado no qual permaneceram por mais de 3 anos (Lei 1.711/52, art. 184 e Lei 8.112/90, art. 250) – v. Informativos 418 e 419. O Tribunal, por maioria, deferiu, em parte, o writ, para garantir aos impetrantes o direito de continuarem a receber a vantagem a que se refere o art. 184, da Lei 1.711/52, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do STF. MS 24875/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 11.5.2006. (MS – 24875).

CONCLUSÃO

Por força de norma constitucional os Procuradores dos Estados devem ser remunerados, obrigatoriamente, por subsídios fixados em lei. O art. 135 da Carta Magna afasta qualquer idéia concernente à facultatividade, a qual é aplicável apenas em relação aos servidores públicos de carreira que não estejam contemplados de modo expresso em dispositivo constitucional próprio e específico.

O princípio da irredutibilidade de estípidios, previsto, expressa e reiteradamente, nos artigos 7º, inciso VI, 37, XV e 39, §3º, da Constituição Federal, constituiu-se em princípio não só imutável por lei ordinária, mas também intangível por emenda constitucional, inadmitindo-se, pois, qualquer alteração na Constituição de ordem formal em decorrência do exercício do poder constituinte derivado reformador, com o que se objetiva a construção do valor da segurança jurídica.

Tem-se que aqueles, inclusive os Procuradores dos Estados, que percebem contraprestação pecuniária pelos serviços públicos prestados em valores superiores ao teto, quando da fixação deste em decorrência do advento da EC nº41/03, não deverão sofrer qualquer redução, sob pena de configurar-se violação ao direito adquirido e ao princípio da irredutibilidade salarial, constitucionalmente assegurados.

A inobservância dessa regra acarretará a inconstitucionalidade da norma que dispor em sentido contrário às diretrizes traçadas pelo Poder Constituinte Originário e às decisões políticas fundamentais adotadas ao serem estabelecidas as cláusulas pétreas.

REFERÊNCIAS

BORGES, José Cassiano e outra. "CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO SERVIDOR PÚBLICO - PONTOS POLÊMICOS DA EC 41". R. DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (105): 54/63, 2004..

CARVALHO, Carlos Alberto Pereira de. "Manual de Direito Previdenciário". 5ª ed., SP: Ltr, 2004.p.451/452.

DANTAS, Ivo. "DIREITO ADQUIRIDO, EMENDAS CONSTITUCIONAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE". 3ª ed., RJ/SP/Recife: Renovar, 2004.p.114/121.

FONTELES, Cláudio "SUBSÍDIO-TETO-INCLUSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS DE NATUREZA PRO LABORE FACTO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, XI, DA CF". Boletim de Direito Administrativo (10): 1140/1145, 2004.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. "ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 8º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº41/03". BDA - Boletim de Direito Administrativo (3): 316/318, 2005.

- HARADA, Kiyoshi R. "TETO DE VENCIMENTOS. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA". *Jurídica Consulex* (221): 42/43, 2006.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. "REFORMA DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS" SP: LTI; 2004. p. 202/203;
- MARTINS, Sérgio Pinto. "A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº41/2003 E A DEFINIÇÃO DOS LIMITES DE REMUNERAÇÃO E SUBSÍDIO". R. DO ADVOGADO (80) 70/75, 2004 In Biblioteca do TJ/RS.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. "APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS APÓS AS REFORMAS DA CONSTITUIÇÃO". In *Informa Jurídico*.
- JORGE, Éder. "ESTUDO SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA - EC Nº41/2003.
- MODESTO, Paulo (ORGANIZADOR). "REFORMA DA PREVIDÊNCIA". BH: Fórum, 2004, p. 63/68.
- MORAES, Alexandre de. "Constituição do Brasil interpretada", 5ª ed., SP: Atlas, 2005. p. 877/887.
- MORAES, Alexandre de. "DIREITO CONSTITUCIONAL". 16ª ed., SP: Atlas, 2004, p. 329/330; 375/381.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Curso de Direito Administrativo". 14ª ed., RJ: Forense, 2005.p. 295/297.
- SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. "O REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL DE Nº41/03". *Repertório de Jurisprudência IOB* (2): 168/162, 2004.

TRABALHOS FORENSES

Excelentíssima Senhora Desembargadora Relatora do 11º Grupo Cível
do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Processo: 70015029705
Impetrante: HOME ENGENHARIA LTDA.
Impetrado: Secretário de Estado da Justiça e da Segurança Pública
Exmo. Sr. OMAR JACQUES AMORIM
Interessado: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Ref.: CR ROMS. Licitação. Construção de Presídio.

O **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, por seu representante judicial firmatário, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos da ação em epígrafe, apresentar **CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA**, forte nos articulados expressos na peça em anexo, cujo encaminhamento à Corte *ad quem* é desde já requerido, como forma de ver mantida a irreprochável decisão recorrida, que para demonstrar a extrema relevância da matéria e a irreprochabilidade da decisão recorrida que contempla a solução justa para o caso concreto.

P.D.

Porto Alegre, 28 de novembro de 2006.

Sérgio Severo
Procurador do Estado
OAB/RS 28.582

CONTRA-RAZÕES

**Colenda Turma,
Eminentes Ministros!**

O remédio heróico não se presta para abrigar interesses particulares que podem impor graves danos ao Estado do Rio Grande do Sul, mormente quando se está diante de matéria que inviabiliza a pré-constituição da prova.

Não há um direito líquido e certo à exclusão de um licitante, mormente quando todos, em iguais condições, foram julgados objetivamente pela Comissão de Licitação. É inviável, no exercício da função judicial inviabilizar a livre concorrência, sufragada por julgamento objetivo, acarretando um ônus superior a 25% do valor proposto pela vencedora, sob pena de grave ofensa à in(ter)dependência das funções estatais.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1) Questão controversa – No *mandamus* impetrado pela empresa HOME ENGENHARIA LTDA., contra ato do Excelentíssimo Sr. Secretário da Justiça e da Segurança do Estado do Rio Grande do Sul, relativo ao processo licitatório, sob a modalidade de concorrência, com o objetivo de construir a Penitenciária Regional de Santa Maria (Concorrência nº 004/2006), consubstanciado na negativa de provimento ao recurso administrativo interposto contra a classificação da licitante vencedora, PALMA ENGENHARIA LTDA., foi requerida a sustação da adjudicação do objeto licitado entre o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e a empresa vencedora, que foi objeto de exame pelo 11º Grupo Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, confirmando-se a higidez da classificação da referida empresa, que formulou proposta muito inferior àquela apresentada pelos demais licitantes.

Acolhidos, em sede liminar, pela Em. Desembargadora MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, os fundamentos trazidos por um escritório de escol, MOREIRA DE OLIVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS, que exerce, por vocação e virtudes pessoais, a missão sintetizada por CALAMANDREI: “*Y, sin embargo, debiera ser un orgullo de los abogados reafirmar en toda ocasión, com los datos más que con palabras, que el abogado, antes de ser defensor de la parte, quiere ser, en interés del derecho, su primer juez, según la antigua regla del foro francés, por la cual il faut que les avocats, avant d’en faire la fonction, fassent celle de juge*”¹.

¹ Piero Calamandrei, Demasiados Abogados. Trad. do original intitulado *Troppi avvocati!* (Firenze, 1921) por Josep Xirau. Buenos Aires: El Foro, 2003, p. 14 (a obra citada é: Cresson, Usages et règles de la profession d’avocat, Paris, 1988, v. II, p. 70).

Irreprochável, contudo, a decisão que denegou a segurança, reformando o anterior provimento emergencial, ocasião em que, após minucioso exame da matéria vertida no *writ*, a Desembargadora Relatora lançou voto assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. menor preço. OBRA PÚBLICA. EMPREITADA INTEGRAL. PREÇO GLOBAL. PRESÍDIO. EDITAL. PROPOSTA. EXIGÊNCIA. DESCRIÇÃO DOS MATERIAIS. MARCA. MODELO. FABRICANTE. finalidade. formalidade. desclassificação. relevância DA EXIGÊNCIA. omissão. irregularidade.

1. Na execução de obra pública em regime de empreitada integral por preço global, ao contratado incumbe executar a totalidade do empreendimento por preço certo e total. Art. 6º da Lei n. 8.666/93. Obrigatoriedade de fornecimento de todos os materiais e execução de todos os serviços.

2. Segundo o art. 47 da Lei n. 8.666/93, na licitação para a execução de obras na modalidade de empreitada por preço global, cumpre à Administração Pública fornecer, obrigatoriamente, todos os elementos e informações necessários para a elaboração das propostas de preços pelos licitantes.

3. É proibido à Administração Pública exigir, nos processos de licitação, o fornecimento de bens e a prestação de serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável. Art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/93.

4. Na licitação do tipo menor preço, vencerá a proposta que estiver em conformidade com as especificações do edital e ofertar o menor preço. Art. 45, inciso I, da Lei n. 8.666/92.

5. Na licitação de obras, serviços e compras cujo julgamento atenderá ao menor preço ofertado, pode a Administração Pública fixar requisitos que determinem a observância de padrão de qualidade do objeto a ser contratado.

6. No edital de licitação de concorrência de obra pública do tipo menor preço de execução por empreitada integral por preço global, a exigência de o licitante indicar, na proposta, consoante sua livre escolha, a “marca, modelo, fabricante e demais característi-

cas” dos materiais que serão utilizados não se constitui em meio hábil à aferição da qualidade dos produtos que serão empregados. Os bens a ser utilizados devem, isto sim, corresponder à especificação feita no projeto básico e de execução, meio adequado para a fixação de um padrão de qualidade.

7. O descumprimento, portanto, pelo licitante da referida exigência constitui-se em mera irregularidade. A desclassificação, nesse caso, configuraria excesso de formalismo em detrimento dos demais princípios que regem o processo de licitação, em especial, o da competitividade e o da proporcionalidade. Omissão que não leva à desclassificação da proposta por configurar mera irregularidade. Segurança denegada”².

Contra o acórdão, recorrem os prestigiados profissionais, aduzindo, em síntese, que: a) há descumprimento de preceitos editalícios, violando o disposto nos arts. 3º e 41 da L. 8.666/1993 (fl. 1167 dos autos), com especial ênfase para a isonomia (cf. fl. 1174 dos autos); como decorrência, b) há ofensa aos princípios norteadores da administração pública *“tais como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência dos seus atos, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal* (fl. 1168 dos autos); c) apesar de a proposta apresentar preços compatíveis com a lei, seria inexecutível e comprometeria a qualidade da obra. Conclui a peça reproduzindo os votos vencidos dos Eminentíssimos Desembargadores JOSÉ BARONI BORGES, CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO e FRANCISCO JOSÉ MOESCH.

Se os dois primeiros itens são o objeto fulcral da decisão justa para o caso concreto, dúvidas não podem pairar sobre a exequibilidade da proposta vencedora, mormente quando se observa que o detalhado voto da Eminentíssima Desembargadora MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA não foi atacado quando escolheu quaisquer dúvidas sobre as diferenças entre as propostas, v.g.:

“Registre-se, ainda, a latere, que, do cotejo entre a proposta vitoriosa e a da Impetrante a maior diferença entre as propostas não reside nos materiais a serem empregados, mas na mão-de-obra. Enquanto a Impetrante fixou o preço pelos materiais em R\$ 6.577.201,73 e de mão de obra em R\$ R\$

² TJRS, 11º Gr. Civ., MS 70015029705, Home Engenharia Ltda. vs Exmo. Sr. Secretário de Estado da Justiça e da Segurança - Estado do Rio Grande do Sul (interessado) e outro, j. 23.06.2006, m.v., DJE 18 set. 2006, in www.tj.rs.gov.br.

2.546.317,33, respectivamente, a litisconsorte passiva estabeleceu-os em R\$ 5.684.935,52 e R\$ 1.914.586,15” (fls. 1146 e 1147 dos autos).

Portanto, a segurança é pleiteada por suposta inadequação da proposta em função da especificação dos materiais a serem empregados na obra, com menção a violação do disposto nos arts. 3º e 41 da L. 8.666/1993, porém, a distinção de preços aferida pelo minucioso exame da matéria não verifica diferença considerável entre as propostas neste quesito, apenas reforçando a tese de que as técnicas de construção adotadas pela licitante que apresentou a melhor proposta, aquela mais barata, aquela que melhor atende aos preceitos vetores da ação administrativa, adota técnicas mais eficientes, o que já lhe rendeu a realização de outras obras do gênero, com níveis satisfatórios de qualidade, consoante atestou a autoridade tida pela impetrante como coatora.

Neste particular, ***sublinhe-se, não foi desfeita a ratio decidendi, con-substanciada na confrontação das propostas e na verificação de que é exequível, tanto por similaridade no tocante ao fundamento do writ, quanto no atendimento da determinação expressa no art. 48, § 1º, L. 8.666/1993.***

2) Transcendência da matéria e adequação do procedimento licitatório – A licitação é o espaço da competição, enquanto mecanismo de preservação dos valores essenciais ao Estado de Direito e à concreção dos princípios vetores da ação administrativa e é neste contexto que se deve aferir os contornos gerais da matéria sob exame, dentre os quais destacamos:

1º) A proposta vencedora era 27,71% menor do que a proposta da impetrante (R\$ 1.523.997,40 – hum milhão, quinhentos e vinte e três mil, novecentos e noventa e sete reais e quarenta centavos).

2º) Se considerado o descumprimento de alguma exigência, o que seria aplicável a todos os licitantes, tal exigência seria meramente formal, nos termos da jurisprudência sedimentada pelos Tribunais superiores.

3º) Na empreitada por preço global há uma obrigação de resultado, impondo-se ao contratado a execução “da totalidade do empreendimento por preço certo e total” (i), estando obrigada a Administração, ao fornecimento de todos os elementos e informações necessários à execução das propostas de preços pelos licitantes (ii), nos termos dos arts. 6º (i) e 47 (ii) da L. 8.666/1993 (cf. voto da Em. Relatora).

4º) Seria vedado à Administração exigir bens ou serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, a menos que fosse tecnicamente justificável (cf. § 5º do art. 7º, L. 8.666/1993).

5º) A licitação por menor preço determina a adjudicação do objeto à proposta mais vantajosa, dentre aquelas compatíveis com as especificações, não estando sujeita a aferição da qualidade dos materiais e serviços pela determinação de 'marca, modelo, fabricante e demais características', nos termos do art. 45, I, especialmente em função do poder-dever de controle da execução, nos termos dos arts. 66 e 67, bem como do dever, inerente à obrigação do contratado, especialmente na empreitada, de efetivar a reparação, correção, remoção, reconstrução e substituição que sejam necessários ao fiel cumprimento da avença, consoante determina o art. 69, todos da L. 8.666/1993.

Os elementos acima expostos trazem à balha o ponto central a ser solucionado no plano do presente *writ*, aqueles elementos que, uma vez demonstrados, fulminarão inclusive a aparência e afirmarão a inexistência absoluta de direito líquido e certo.

O remédio heróico não se presta à solução de casos como o presente, onde o interesse particular de uma empresa, ao represar uma obra pública essencial, utiliza a via judicial para sustar a adjudicação do objeto de uma licitação na qual, no mínimo por três vezes foi examinada a matéria (v.g., análise pela Comissão de Licitação, revisão ou recurso e recurso hierárquico ao titular da Pasta da Justiça e Segurança).

Mas, observe-se o seguinte comando que seria atribuído à autoridade administrativa: **Não adjudicar o objeto da licitação ao vencedor. Inviabilizar a contratação da melhor proposta. Contratar por preço muito superior àquele praticado por uma empresa cuja idoneidade não é questionada.**

Noutras palavras o que resta é a determinação de que, no exercício da função administrativa do Estado, abstenha-se a autoridade pública de efetivar uma obra pública. Uma obra pública essencial quando são consideradas as variáveis divulgadas inclusive pela imprensa, tais como: a) duplicação da população carcerária num curto período de tempo; b) interdição de estabelecimentos prisionais por excesso de apenados; c) motins sangrentos e totalmente sem precedentes na história do Brasil, muitas vezes motivados pelas condições dos estabelecimentos prisionais.

Sim, Excelentíssimo Senhor Ministro, o provimento requerido é no sentido de afastar um licitante e adjudicar o objeto licitado em favor de outro, o que também seria absolutamente incompatível com o remédio heróico, pois não se pode aventar prova pré-constituída em tal hipótese.

Não se pode, diante do tratamento que a matéria recebe no direito brasileiro, dizer que, acima dos princípios vetores que regem a administração pública, possa haver um direito líquido e certo de exclusão de um licitante, em detrimento do interesse público e das regras assentadas na Lei de Licitações.

Como justificar a determinação de contratação de uma obra por um valor absurdamente mais alto, quando não há nenhum questionamento sobre a idoneidade da empresa ou das autoridades, principalmente porque a licitação preservou o interesse dos licitantes, aplicando a todos a mesma regra que é agora sacada para tentar excluir a melhor proposta?

Sempre que o procedimento judicial se apresenta como um ‘enigma’, é sinal de inadequação do remédio jurídico suscitado e é justamente o que acontece no presente caso:

- Seria lícito à autoridade pública, ciente de que um procedimento licitatório demonstrou haver interessado na obra, com proposta muito inferior à dos demais interessados (mais de 25%, mais de R\$ 1,5 milhão!), contra o disposto no art. 50 da L. 8.666/93, ainda que por um provimento judicial, adjudicar o objeto licitado à pior proposta?
- Para demonstrar que não há direito líquido e certo para a exclusão de outro licitante, uma simples pergunta derrota qualquer dúvida: Se a Comissão de Licitação tivesse excluído o vencedor, não seria provido o seu *writ* justamente em função do direito líquido e certo derivado do formalismo moderado e da proteção à confiança?

De fato, se a via mandamental poderia abrigar o direito de um licitante excluído em detrimento dos princípios vetores da licitação, não é menos verdadeiro que não há direito líquido e certo de um Impetrante na exclusão de outro, sobretudo por não haver nenhum sinal de irregularidade e por não haver direito líquido e certo à adjudicação do objeto.

Porém, não será essa hipótese que prevalecerá, pois serão sobrelevados o Direito, a solução justa para o caso concreto e a medida consentânea com o ordenamento jurídico.

Será demonstrado que o sistema jurídico brasileiro admite e impõe o formalismo moderado em procedimentos administrativos, como a licitação, determinando-se a total regularidade do certame em questão.

Afirmar-se-á a função integradora dos princípios da eficiência e da prevalência do interesse público, como parâmetros para o julgamento, administrativo e judicial de situações como a presente.

Reiterar-se-á a impropriedade de judicialização de matérias em que o exercício da função administrativa se apresenta processualizado³, como nas licitações, com decisões motivadas, mormente quando o interesse privado seja um entrave para a efetivação dos misteres públicos.

Demonstrar-se-á que não há direito líquido e certo e que a pretensão impõe **danos irreparáveis a todos nós!**

Por outro lado, como ficou assentado no voto da Eminente Relatora, deve-se ter presente que não é plausível a presunção *contra legem* de que uma proposta abaixo dos parâmetros orçados pelo ente estatal seja inexecutável ou possa se prestar a favorecimentos ilícitos.

Ao contrário, sendo a empresa vencedora cearense, piauiense, capixaba, acreana, gaúcha ou baiana, num Estado federado como o brasileiro, está habilitada a exercer atividade econômica na forma da lei e da Constituição. Sabe-se, como informou a autoridade administrativa, que a referida empresa realiza obra da mesma natureza em Caxias do Sul, com a construção da Penitenciária Industrial localizada no referido Município. Poder-se-ia aventar a possibilidade de fraude, pois eventuais alterações contratuais, nos limites admitidos pela Lei de Licitações, eventualmente efetivariam um 'concerto' do preço, 'consertando' as prestações estatais, mas, convenhamos, Excelência, nem a hipótese cerebrina, aventada por força da argumentação, justificaria a ação mandamental em questão. Acaso sucedesse tão infame situação, estaríamos diante dos tipos penais ligados à licitação e das soluções indenizatórias e acautelatórias previstas no plano da improbidade administrativa e da responsabilidade perante o Estado. Não é o caso, a recorrente (impetrante) não suscita dúvidas com relação à questão, pois, se o fizesse, o único caminho possível seria a remessa da denúncia ao Ministério Público, para que apurasse eventuais irregularidades.

O questionamento, em razão do valor ofertado, cinge-se à qualidade da obra, matéria que, diante do poder-dever de fiscalização da Administração no tocante aos contratos administrativos, também estaria inserta no plano penal, de controle de probidade e de responsabilidade perante o Estado. **Não se pode presumir que o menor preço determine a pior empreitada, caso contrário a Lei de Licitações deveria ser reformada, para contemplar a modalidade de maior preço, pois o interesse público seria atendido pela melhor obra.** Sabe-se que ao licitar, assim como ao celebrar concurso público, modalidades relativamente aleatórias, o Estado abre mão de uma eventual melhor proposta ou candidato, que poderiam (com grave ofensa à isonomia, à impessoalidade e à juridicidade) ser obtidas por um administrador diretamente com o fornecedor ou candidato, mas, ao preservar os princípios vetores da ação administrativa, a Administração está evitando a pior proposta ou candidato e afirmando os valores fundantes do Estado Democrático de Direito.

³ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 20. ed., 2006, p. 466 et seq. Marcos Juruena Villela Souto, Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1.

Portanto, ao contrário, no contexto da licitação sob a modalidade de menor preço, deve-se presumir que a melhor proposta é aquela que contempla o valor mais competitivo, potencializando a ação estatal sob os ditames da economicidade.

3) Pressupostos e efeitos da tutela pretendida – A necessidade de confirmação do acordão que denegou a ordem será demonstrada através do exame da prevalência do interesse público (I) e da adequação do procedimento licitatório aos princípios vetores da ação administrativa (II).

I – PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO

4) Fragilidade do interesse privado que ora se opõe ao interesse público e se apresenta como mecanismo inconstitucional com a preservação da concorrência – Se o fundamento teleológico da licitação é a preservação da concorrência, como mecanismo de seleção da melhor proposta para o Poder Público e para a sociedade⁴. O certame deve se apresentar em consonância com a legalidade, aqui intensificada pela vinculação ao edital, com a isonomia, que se expressa como impessoalidade, com a eficiência e com a moralidade. Em suma, deve atender aos princípios que regem a ação administrativa e não excluem a incidência dos ditames específicos relativos ao processo seletivo em questão, logo, é inquestionável que deve ser cumprida a melhor proposta, com a adjudicação do objeto.

5) Questão suscitada: item 4 do Edital – De acordo com o item 4 do Edital, o envelope nº 02 deveria conter a proposta comercial, contendo também “descrição clara dos produtos (marca, modelo, fabricante e demais características) e serviços oferecidos, bem como os procedimentos a serem adotados e suas seqüências executivas, observando-se as especificações feitas”.

Portanto, três elementos estavam presentes na exigência editalícia, proposta comercial, descrição dos produtos e serviços, bem como cronograma de execução.

Consoante se constata a partir do exame dos documentos constantes dos autos do *mandamus* (fl. 62 e segs.), a proposta comercial está presente e vem acompanhada do cronograma de execução, restando, portanto, a descrição dos produtos e serviços.

É inquestionável a descrição dos produtos constante da Planilha de Orçamento Global (fls. 73 e segs.), estão todos lá, com as descrições técnicas necessárias.

O que falta então? A marca.

Mas como bem mencionou, nas suas informações, o Excelentíssimo Senhor Secretário da Justiça e da Segurança:

⁴ Sobre a competição e os princípios vetores da licitação, em especial a análise do interesse público, v.: Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14-17.

“No entendimento da comissão, inclusive dos engenheiros que a compõem, é de que o item foi satisfatoriamente cumprido pela Palma Engenharia, conforme consta a fls. 1966 a 1973, do processo, em que são descritos os produtos e serviços a serem prestados. A colocação ‘entre parênteses’ das expressões: marca, modelo, fabricante e demais características indica que essas referências são meramente exemplificativas e não exaustivas ou impositivas, e esse foi o entendimento geral, uma vez que nenhum dos licitantes apresentou proposta em que todos os produtos continham marca, modelo, fabricante e demais características, alguns declinaram marca e/ou modelo de parte dos produtos, mas não de todos, nem mesmo a impetrante”.

Repitamos um ponto fundamental, nenhuma, nem mesmo a Impetrante, nenhuma das empresas licitantes apresentou marca, modelo, fabricante e demais características de todos os produtos a serem utilizados na empreitada.

Ora, então, a ser levada a vinculação ao Edital a um termo extremo, num formalismo exacerbado, todas as empresas estariam desclassificadas! Realidade que apenas reforça a inviabilidade do juízo de urgência no caso em tela, pois, a prevalecer a posição expressa na liminar, todas estariam desclassificadas, anulada seria a licitação e novo certame deveria ser inaugurado, para, após alguns meses, sem desconsiderar a judicialização de novas questões, adjudicar-se o objeto de inquestionável interesse público.

Diferente não poderia ser, pois, segundo a lógica, produtos similares tendem a variar de preço, podendo ser utilizado um equivalente mais econômico sem nenhum prejuízo à obra em si, mas com vantagem inequívoca para os custos.

A autoridade também deixa claro que a marca não garante a qualidade da obra e demonstra conhecimento do tratamento legal da matéria, ao observar que não se poderia vincular o julgamento ao critério marca-fabricante, pois ao determinar que o julgamento objetivo das propostas levasse em conta as prescrições editalícias, sem nunca se afastar dos preceitos legais atinentes à matéria, o art. 44 da L. 8.666/93, veda, inquestionavelmente, a inviabilização da competição por preferência de marca-fabricante, prevalecendo a exegese no sentido de que os princípios constantes do art. 3º da referida lei devem ser aplicados.

Ora, como foi observado pela autoridade tida como coatora, o critério exemplificativo de especificação dos materiais não prevaleceu tão-somente com relação à empresa vencedora, mas com relação a todas, sob pena de inviabilização de todo o certame. E é neste elemento que se observa o acerto com que se houve a Comissão de Licitação, pois preservou a isonomia entre os licitantes.

Neste momento, deve ser observada a qualificação dos membros da referida Comissão de Licitação, composta por uma Assessora Jurídica da SUSEPE, um engenheiro vinculado à Engenharia Prisional da SUSEPE, um Auditor Público Externo do TCE, cedido à SUSEPE, pelo Corregedor Penitenciário da SUSEPE e pelo Diretor Administrativo da SUSEPE e Agente Fiscal do Tesouro do Estado. **Raras vezes no serviço público se encontra uma comissão com pessoas portadoras de tais qualificações, sendo totalmente dispensá-**

vel o recurso aos nomes dos mesmos, pois as suas funções já demonstram o preparo adequado e a folha de serviços ao Estado.

6) Julgamento: o menor preço – Portanto, preservada a classificação não apenas da vencedora, mas de todas as empresas, procedeu-se o julgamento, selecionando-se a proposta de menor preço.

Como justificar a inviabilização de um certame licitatório, cujo objeto é essencial à preservação da ordem pública, quando foram examinadas todas as propostas e escolhida aquela de menor preço? Como onerar a sociedade em favor de interesse inegavelmente privado, econômico e avesso à concorrência?

Ao Estado do Rio Grande do Sul foi ofertada, por uma empresa que atua no setor, uma proposta de empreitada quase um terço menor do que as outras propostas.

Acena-se com uma economia mais do que milionária, num contexto em que todos os agentes públicos do Estado do Rio Grande do Sul têm plena consciência da gravidade da crise financeira estadual e da potencialização das suas responsabilidades no trato da coisa pública.

Em nenhum momento, qualquer indício de irregularidade na proposta se apresentou, nem se fale em qualidade da obra, pois:

“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial” (L. 8.666/93).

O regime de execução contratual, para garantir o fiel cumprimento das avenças, é fiscalizado pelo Poder Público, nos termos do art. 67 da Lei de Licitações.

É poder-dever do agente público determinar a reparação, correção, remoção, reconstrução ou substituição, às expensas do contratado, sempre que forem verificados vícios, defeitos ou incorreções resultantes, **justamente “da execução ou de materiais empregados”, nos estritos termos do art. 69 da L. 8.666/93.**

Excelência, a ‘pré-ocupação’ com a qualidade da obra ou dos materiais nada mais é do que um zelo que não se observa nem no *reasonable man* (*bonus pater familiae*), sendo mais afeito a um *unreasonable man* (*malus pater familiae*), pois qualquer individuo que fosse tentar construir uma casa e começasse pensando nas marcas de todos os materiais estaria se condenando a uma obra muito mais cara, sem nenhum indicativo de que fosse mais sólida.

Oblitera-se, portanto, através do subterfúgio da ‘pré-ocupação’ com a qualidade da obra, o real objeto da medida judicial, que é a preservação de um interesse privado de um agente econômico. Se neste particular ele está no exercício legítimo de seu papel, perseguir lucro no exercício da atividade econômi-

ca. Nós não estaríamos exercendo o nosso *munus* se tolerássemos a prevalência do interesse individual sobre o interesse público, deixando de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e violando os princípios expressos no art. 3º da L. 8.666/93, pois nós temos a função de perseguir a expressão da vontade abstrata do Estado, aquela vontade que se coaduna com o interesse geral.

Mas, para que não nos tornemos repetitivos no quanto não requer repetição, basta apenas um pleonasma para afastar toda a verossimilhança da pretensão: **o art. 69 da L. 8.666/93 não apenas faculta, mas impõe o controle da qualidade da execução e dos materiais empregados na obra.** Se assim é, se a casa não tiver teto, não tiver chão, não tiver parede, não tiver nada... os remédios jurídicos, de direito administrativo e penal serão ativados automaticamente, pois esse é o mister dos órgãos de controle interno e externo da Administração.

7) Defesa da concorrência em licitações – A licitação é um mecanismo de escolha da proposta mais vantajosa ao Poder Público, mas não raro se discute a possibilidade de ser tal procedimento desvirtuado, onerando a sociedade, mediante práticas atentatórias à concorrência, com risco de propiciar o domínio do mercado⁵.

Concebida a licitação como “imposição do interesse público”, nos termos defendidos por EROS ROBERTO GRAU, ela tem como finalidade a afirmação da competição, seja como pressuposto do certame, enquanto garantia da amplitude do universo de licitantes potenciais, como também na forma da disputa, através da qual é “assegurada a todos a oportunidade de concorrerem à contratação pretendida pela Administração, apresentam-se os proponentes diante dela oferecendo vantagens distintas entre si, de modo que possa ela distinguir, a partir dos critérios, objetivos, da licitação, entre as várias propostas, o negócio mais vantajoso a ser contratado”⁶.

8) A segurança dos rio-grandenses não pode ficar sujeita a práticas predatórias da concorrência – Não se pode sujeitar o interesse público na efetivação de serviços essenciais, necessários e indispensáveis à preservação da segurança e da vida dos cidadãos rio-grandenses, a práticas questionáveis e questionadas como predatórias da concorrência, inviabilizando a prestação no plano administrativo e o cumprimento de decisões judiciais atinentes à construção de um Presídio.

Tal realidade onera duplamente a sociedade, pois além de inviabilizar a adjudicação do objeto e a construção de um estabelecimento prisional, justa-

⁵ Sobre o assunto, v.: Rosa Costa, “As práticas anticompetitivas em licitações”, in <http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=48>.

⁶ Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo*, cit., p. 14-17.

mente para minimizar a imensa carência de vagas nos estabelecimentos penitenciários, consagra uma intervenção indevida da função judicial no plano da função administrativa, quebrando a in(*ter*)dependência das funções estatais, prevista no art. 2º da CF, e inviabilizando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, em ofensa aos princípios específicos dos certames licitatórios, previstos no art. 3º da L. 8.666/93, bem como aos princípios vetores da ação administrativa numa esfera mais ampla, consoante se depreende do *caput* do art. 37 da CF.

II – ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

9) A pretensão contrária o ordenamento constitucional e infra-constitucional – A pretensão recursal contraria os princípios gerais do Estado de Direito e da ação administrativa, bem como as normas relativas à licitação.

10) In(*ter*)dependência das funções estatais – Se já em BERTHÉ-LEMY, a regra da separação das funções estatais não é uma verdade jurídica absoluta, afirmando-se como uma “*regra prática prudente e útil*”⁷, a evolução do tratamento da matéria intensifica a relação de in(*ter*)dependência das funções estatais, tal como expressa a doutrina de KARL LOEWENSTEIN⁸, não justificando, máxima vênia, uma intervenção como a que se verifica na liminar cuja reversão se impõe no juízo de mérito.

De acordo com LOEWENSTEIN, a separação de funções se dá em torno das seguintes atividades:

- a) decisão política fundamental (*policy determination*);
- b) execução da decisão política fundamental (*policy execution*);
- c) controle político (*policy control*)⁹.

No caso concreto, a violação se expressa, sensivelmente, na execução da decisão política, que consiste em levá-la à prática, atividade inerente à função administrativa¹⁰. Segundo LOEWENSTEIN, o surgimento de uma burocracia administrativa é a demonstração mais sólida de que, no século XX, passou-se de um Estado legislativo para um Estado administrativo.

Considerando-se o processo licitatório (cópia em anexo), bem como o implemento dos requisitos essenciais à sua validade, a pretensão inviabiliza o seu objeto, que em última análise é a expressão da decisão política fundamental, expressa na Constituição (art. 37, XXI), cujos efeitos são suspensos, de forma liminar, inviabilizando o exercício inafastável dos misteres públicos mais elevados, dirigidos à efetividade da segurança pública.

⁷ H. Berthélemy, *Traité de Droit Administratif*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 2ª. ed., 1902, p. 16 e s.

⁸ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970, p. 55 e s.

⁹ *Idem*, p. 63 e s.

¹⁰ *Idem*, *ibidem*.

Admitidos tais valores informadores do exercício de funções estatais, tanto a decisão política fundamental, determinada pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*, c/c art. 144), quanto a execução de tal decisão (cf. L. 8.666/93), são afastadas no plano do controle, aqui expresso jurisdicionalmente, num mandado de segurança em que, inicialmente, sequer ao Poder Executivo, encarregado da função administrativa, foram garantidos o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, em flagrante agressão ao disposto nos incs. LIV e LV, acarretando a desconsideração do ato jurídico perfeito, em contraposição ao disposto no inc. XXXV, todos do art. 5º. da CF.

11) Princípio da segurança jurídica – Portanto, ao violar preceitos inerentes à própria noção de Estado de Direito, inegável, no caso concreto, que a inversão da ordem das propostas do certame licitatório, em flagrante dissonância com o regramento jurídico, privilegiando o interesse privado em detrimento do interesse público, expressa violação do princípio da segurança jurídica na sua acepção objetiva¹¹.

12) Princípios informadores do direito administrativo – A pretensão vem de encontro aos princípios fundantes da ação administrativa, em especial aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, todos expressos no *caput* do art. 37 da CF.

Não se coaduna com a legalidade a inviabilização de procedimento que segue rigidamente os ditames jurídicos, em especial o procedimento da L. 8.666/93. Ademais, é inerente à legalidade que se presume (*juris tantum*) a juridicidade da ação administrativa, daí a completa ausência de direito subjetivo também representar um elemento determinante da denegação da ordem.

Saliente-se que a impropriedade do *writ* é clara, pois eventuais irregularidades, não suscitadas e inviáveis no *mandamus*, poderiam ser contempladas através das responsabilidades civil, administrativa e penal, sendo objeto de reparação e punição, na improbabilíssima hipótese de que as alegações da impetrante fossem procedentes e revelassem algo que sequer foi dito, um ‘concerto’ de interesses... **Já as vidas humanas em risco, como repará-las?** Ainda que em dimensões muito menos drásticas do que aquelas verificadas a partir dos motins e ataques verificados em São Paulo, poderíamos admitir tal hipótese? Poderíamos coadjuvar com o risco, acenando para o perigo e deixando de contemplar as medidas essenciais à minimização do quadro de grave e intolerável insegurança que vive a sociedade brasileira?

¹¹ Sobre as acepções objetiva e subjetiva do princípio da segurança jurídica enquanto sub-princípio do Estado de Direito, v.: Almiro do Couto e Silva, “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)”. In.: Rev. da PGE-RS, Cadernos de Direito Público: Almiro do Couto e Silva. Porto Alegre: PGE, v. 27, 2003, p. 33-74.

O regime de legalidade impõe duas vias:

a) o exame da adequação procedimental, mormente quando processualizada a ação administrativa, como no caso da licitação, sujeita aos ditames da L. 8.666/93;

b) a presunção de juridicidade, que não pode ser afastada sem ofensa ao princípio vetor da ação administrativa.

No que tange à moralidade, entendemos que ela contempla a noção de boa-fé, daí ser inerente ao exame da presente hipótese, o enfrentamento da questão diante dos critérios referentes à boa-fé objetiva, matéria a ser examinada no plano do caso concreto (infra).

Vulnera-se a impessoalidade, ao permitir que um licitante, ao saber que não traz a proposta mais vantajosa ao Poder Público e à sociedade, possa suspender o certame destinado justamente à escolha da melhor proposta, que não é da Impetrante.

E, assim procedendo, insofismavelmente abalado está o princípio da eficiência que rege a ação administrativa¹², tanto por fulminar procedimento licitatório adequado e consentâneo com os ditames da licitação, como por privar a adjudicação destinada à melhor proposta.

Por fim, a primazia do interesse público não se coaduna com intervenções lastreadas em disputas corporativas, relegando o processo de seleção da melhor proposta a um segundo plano e, em dissonância Lei de Licitações (L. 8.666/93), fazendo prevalecer o interesse privado em detrimento da sociedade, especialmente porque o objeto licitado é essencial para a preservação da segurança pública dos cidadãos gaúchos.

13) Essencialidade da licitação – A pretensão colide com os ditames constitucionais que determinam a essencialidade da licitação para aquisição de bens e serviços pelo Poder Público (art. 37, XXI, CF¹³), demonstrando relevância na conjugação com o direito fundamental à isonomia, que se expressa na noção de impessoalidade, como também nos princípios da moralidade, eficiência e legalidade que informam a ação do Poder Público. Tais preceitos também se apresentam, com idênticos contornos, nos arts. 2º.¹⁴ e 3º.¹⁵ da Lei 8.666/93.

¹² V.: Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Contratual*, cit., p. 20.

¹³ “Art. 37. (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

¹⁴ “Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

¹⁵ “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos princípios que lhe são correlatos. (...)”

14) Vinculação ao instrumento convocatório e Julgamento objetivo – Já foi demonstrado, que a decisão do recurso administrativo se efetivou de forma objetiva e nos estritos limites do instrumento convocatório, analisado em consonância com os preceitos do art. 44 da L. 8.666/93.

Ademais, não estivesse adequadamente comprovado julgamento nos estritos limites editalícios, é essencial observar os contornos do referido princípio no plano jurisprudencial, como a posição expressa no precedente relatado pelo Eminentíssimo Ministro DEMÓCRITO REINALDO, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EXIGÊNCIA DESCABIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO.

– A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência.

– Comprovando, o participante (impetrante), através de certidão, a sua inscrição perante a Prefeitura Municipal, exigir-se que este documento esteja numerado – como condição de habilitação ao certame constitui providência excessivamente formalista exteriorizando reverência fetichista às cláusulas do edital.

– Segurança concedida. Decisão indiscrepante”¹⁶.

A linha de decisão supramencionada apenas reafirma que o formalismo no plano do procedimento administrativo é moderado, não sendo admissível a vinculação a exigências que possam inviabilizar a competição ou quebrar a isonomia.

A referida linha de decisão também se expressa no precedente, da lavra do Ministro JOSÉ DELGADO, assim ementado:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CARTA CONVITE. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE.

¹⁶ STJ, MS 5.647/DF, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, v.u., DJ 17 fev. 1999, p. 102.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que concedeu segurança postulada pela empresa recorrida por ter a recorrente desclassificado-a em procedimento de licitação carta convite, ao entendimento de que a CEF teria feito, em seu edital licitatório, exigência com um formalismo excessivo, consubstanciado que a licitante apresentasse, junto com sua proposta, catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar-condicionado, que foi objeto do certame.

2. A fim de resguardar o interesse público, é assegurado à Administração instituir, em procedimentos licitatórios, exigências referentes à capacidade técnica e econômica dos licitantes. No entanto, é ilegal a desclassificação, na modalidade carta convite, da proposta mais vantajosa ao argumento de que nesta não foram anexados os manuais dos produtos cotados, cuja especificação foi realizada pela recorrida.

3. Recurso não provido¹⁷.

Por formalismo moderado não deve ser entendido informalismo, pois o certame visa à escolha da melhor proposta. Portanto, seria inconcebível o casuísmo ou a quebra dos elementos básicos, mas a pauta é justamente o exame motivado pelo interesse público, como se observa no caso presente, pois, levando-se o formalismo ao extremo, estariam desclassificadas todas as empresas licitantes, como bem observou Sua Excelência, o Secretário da Justiça e da Segurança, logo: **A mesma régua e o mesmo compasso foram usados para medir todas as licitantes, a medida do edital e o raio da lei!**

15) A questão examinada sob a lente da Eminente Desembargadora MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA: análise da modalidade de licitação – A linha de fundamentação da Eminente Relatora é consentânea com a orientação adotada pelos Tribunais Superiores, com destaque para o precedente relatado pelo Eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, assim ementado:

“EMENTA: Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade¹⁸.

A questão, relativa ao fornecimento de 186.000 urnas eletrônicas, em muito assemelha-se à presente, tanto pela irrelevância das questões objetadas

¹⁷ STJ, 1ª T., REsp 657.906-CE, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, v.u., j. 04-11-2004, DJ 02 mai. 2005.

¹⁸ STF, 1ª T., ROMS 23.714-1/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.u., j. 05-09-2000, DJ 13 out. 2000.

diante da natureza do certame, quanto pela prevalência dos critérios voltados à preservação do *telos* da concorrência.

Pois, no caso concreto, parece-nos inafastáveis os argumentos alinhavados pela Eminente Desembargadora MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, que abaixo reproduzimos:

“Mérito. De acordo com a Lei nº 8.666/93, no processo de licitação, antes da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, as propostas são avaliadas segundo (I) um critério formal de correspondência às exigências do edital e (II) um critério material referente à sua exequibilidade.

Na primeira fase, cabe, à Administração verificar tão-somente a “conformidade de cada proposta com os requisitos do edital” (art. 43, inciso IV). Sendo desatendidas as exigências, a hipótese é de desclassificação, não sendo apreciada sua exequibilidade. Superada a fase da classificação, é que será procedida à escolha conforme o tipo de licitação (menor preço, melhor técnica ou preço).

Justamente, no presente mandado de segurança, discute-se a regularidade formal da proposta da litisconsorte passiva, vencedora da licitação pelo menor preço global. Em outras palavras, cumpre examinar se, nas palavras de Marçal Justen Filho¹⁹, “atendeu ao modelo previsto. Ou seja, examina-se se contém aquilo que é obrigatório e se omitiu aquilo que é proibido, adotando a forma adequada. O exame formal deve ser formulado à luz do princípio fundamental de que a forma não é um fim em si mesmo”.

Em julgamento, aqui, o item 4, letra d, do edital, verbis:

*“d) conter **descrição clara dos produtos** (marca, modelo, fabricante e demais características) e serviços oferecidos, bem como dos procedimentos a serem adotados e suas seqüências executivas, observando as especificações feitas;”*

Tudo porque a proposta, ao descrever os materiais a serem empregados na obra, deixou de indicar a marca, o modelo e o fabricante.

De acordo com o artigo 45, inciso I, da Lei nº 8.666/93, na licitação pelo menor preço, será vencedor o licitante que apresentar a proposta (I) de acordo com as especificações do edital ou convite e (II) ofertar o menor preço.

No caso, a proposta foi considerada regular pela Administração, ainda que não tenha a Impetrante cumprido a letra d do item 4.

A respeito das exigências integrantes do edital, ensina Marçal Justen Filho²⁰ que “se, na oportunidade da edição do ato convocatório, a Administração reputou relevante certa exigência, não pode voltar atrás posteriormente. Não se admite que, na ocasião do julgamento, seja alterada a natureza da exigência (e, portanto, do vício). Não se pode ignorar uma exigência que fora veiculada como referida ao interesse público. Assim, se o ato convocatório exige planilhas, informações complexas, demonstrativos etc., sua ausência é causa de desclassificação. Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência – mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes. Era do

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 427.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 426.

conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. Quem não o fez, deverá arcar com as consequências de sua omissão”.

Todavia, adverte Marçal Justen Filho²¹:

“é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produzam a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos”.

Cumpra, assim, fazer um juízo sobre a relevância da exigência descumprida. Importante ter presente, para o desate da lide, que se está diante de licitação por empreitada global, na qual “se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total”, a que alude o art. 6º, inciso VIII, letra a, da Lei nº 8.666/93, pelo que se lê do item 4.1, letra i, do edital, verbis:

“O preço global máximo que será admitido por esta Administração para o objeto descrito no item 1 desta licitação será de R\$ 10.470.102,95 (dez milhões quatrocentos e setenta mil e cento e dois reais e noventa e cinco centavos), no qual deverá estar incluído o BDI – Benefícios de Despesas Indiretas” (fls. 32).

Na lição de Marçal Justen Filho²², nessa hipótese, “o terceiro executará a prestação (obra ou serviço) com o dever de fornecer os materiais necessários e arcar com as despesas necessárias ao cumprimento da prestação... Sendo por preço global, o contrato definirá o valor devido ao particular tendo em vista a prestação em seu todo...”.

Aliás, em se tratando de licitação para execução de obras e serviços de empreitada pelo preço global, o artigo 47 da Lei nº 8.666/92, expressamente, dispõe que

“a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessárias para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação”.

Quer dizer, “a Administração tem o dever de detalhar o objeto da licitação e fornecer aos interessados informações completas, que permitam a formulação de propostas perfeitas”²³.

Na forma do art. 7º da Lei nº 8.666/93, as licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I. projeto básico;

II. projeto executivo;

III. execução das obras e serviços

Segundo o artigo 6º, inciso IX, do referido diploma legal, “projeto básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 427.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 112.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 426.

serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

(...)

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução.”

Proíbe, contudo, a Lei nº 8.666/93, no art. 7º, § 5º, a inclusão no objeto da licitação de “bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável”. Segundo Marçal Justen Filho²⁴, “a proibição não atinge, obviamente, a mera utilização da marca como instrumento da identificação de um bem – selecionado pela Administração em virtude de suas características intrínsecas. O que se proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca...”

Em suma, no caso de licitação para a execução de obra em regime de empreitada global, a descrição do objeto é tarefa da Administração Pública. Nesse tipo de contratação, é imperioso, mais do que nunca, definir a Administração Pública com exatidão o objeto da licitação.

A proposta dos licitantes, elaborada a partir de todos os elementos e informações fornecidas pela Administração, levará em conta, também, o critério de julgamento, na espécie, o do menor preço.

Induvidoso que a exigência ora avaliada diz respeito ao objeto da licitação: “descrição clara dos produtos (marca, modelo, fabricante e demais características)”.

Diante da modalidade do regime de execução da obra pública – empreitada integral por preço global – não cabe ao licitante a escolha dos materiais, mas adquiri-los segundo as especificações feitas pela Administração Pública nos Projetos Básico e Executivo.

Qual teria sido, então, a finalidade da Administração Pública na sua inclusão no edital?

Segundo a autoridade coatora, exigiu-se da proposta a descrição dos produtos para “assegurar indicativos mínimos quanto aos materiais a serem empregados” (fls. 1036), sendo as expressões marca, modelo, fabricante e demais características meramente exemplificativas e não exaustivas ou impositivas.

Diante desta motivação, a exigência revela-se inócua, já que, conforme esclarece mais adiante, “a descrição dos produtos a serem empregados consta das especificações técnicas e das planilhas fornecidas aos licitantes, nas quais esses basearam, quase que fielmente, para a formulação das propostas. Não obstante, a simples menção à marca não garante a qualidade da

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 126.

obra, eis que não se constitui em critério de julgamento e nem poderia ser, pois é vedada a administração pública a preferência por determinada marca” (fls. 1037).

Razão assiste à autoridade coatora ao afirmar que a mera indicação da marca, do modelo e do fabricante não garante a qualidade da obra pública. Efetivamente, a exigência em exame – indicação pelo licitante da marca, modelo e fabricante dos produtos que utilizará na obra – não se mostra adequada para o fim de aferir a qualidade. Com efeito, a mera indicação da marca, por si só, não é garantia de qualidade. Inequivoco que, em certos casos, a marca está associada a um padrão de qualidade. A qualidade da obra em apreço, contudo, resultará da especificação feita pela Administração Pública na definição do objeto do contrato. A escolha da marca pelo licitante dos produtos que utilizará não garante a qualidade. Fundamental, neste passo, é a fiscalização na execução da obra da efetiva utilização dos produtos conforme especificação feita pela Administração Pública.

Ainda que se cuide de licitação para a realização de obra pública pelo menor preço, “não há impedimento a que a Administração determine requisitos de qualidade técnica mínima. Ou seja, a Administração não necessita adquirir bens de qualidade inferior. Se necessitar de bens de boa qualidade, basta estabelecer no edital os requisitos mínimos de aceitabilidade dos produtos que serão adquiridos. Em tais hipóteses o edital conterà padrões técnicos de identificação do objeto licitado. Não se tratará de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço, eis que as propostas que não atenderem aos requisitos mínimos serão desclassificadas. Mas as que preencherem esses requisitos serão classificadas em rigorosa igualdade de condições, saindo vencedora a que tiver menor preço”²⁵.

Cabendo, portanto, à Administração Pública a definição dos Projetos Básico e Executivo, exigir, na proposta, a indicação das marcas e dos fabricantes dos materiais, consoante livre escolha do licitante, afigura-se elemento irrelevante ao exame da sua regularidade. Tudo porque, como já dito, cabe à Administração Pública a escolha dos materiais que deverão ser empregados na execução do contrato. O contratado deverá adquirir todos os materiais necessários para sua execução, consoante as especificações da Administração Pública.

Nessas condições, conclui-se que a omissão na proposta da litisconsorte passiva da exigência constante do edital de indicação de marca, modelo, fabricante e demais características se constitui em mera irregularidade que não leva a sua desclassificação. Seria excesso de formalismo desclassificá-la pelo descumprimento de exigência sem relevância para a fixação de um padrão de qualidade na obra pública.

Cumpra sempre ter presente, em casos desse jaez, que o processo de licitação rege-se, dentre outros, pelos princípios da competitividade, devendo as exigências serem apreciadas à luz da finalidade e da proporcionalidade.

No caso, a exigência, por si só, não se presta ao controle de um padrão de qualidade da obra pública, não sendo adequada à finalidade pretendida.

Registre-se, ainda, a latere, que, do cotejo entre a proposta vitoriosa e a da

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 415.

Impetrante a maior diferença entre as propostas não reside nos materiais a serem empregados, mas na mão-de-obra. Enquanto a Impetrante fixou o preço pelos materiais em R\$ 6.577.201,73 e de mão de obra em R\$ 2.546.317,33, respectivamente, a litisconsorte passiva estabeleceu-os em R\$ 5.684.935,52 e R\$ 1.914.586,15.

Nessas condições, ainda que esteja a proposta apresenta no limite da exequibilidade, segundo os critérios do artigo 48, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (já que inferior a 27% do valor orçado pela Administração), é de ser denegada a segurança.

Ante o exposto, denega-se a segurança. Custas pelo Impetrante. Sem honorários advocatícios”.

A posição é complementada pelo voto do Eminentíssimo Desembargador MARCO AURÉLIO HEINZ, nos seguintes termos:

“Sr. Presidente, tenho que o conflito assume grande relevo não só pela questão debatida, mas pela qualidade das sustentações ofertadas da tribuna.

A tese da impetrante é muito interessante e invoca a natureza filosófica da condição constante de edital e sua vinculação obrigatória tanto pela Administração como pelos concorrentes.

A tese do Estado, não é menos interessante, e se fundamenta no formalismo moderado, capaz de autorizar a remoção do mundo jurídico de exigência não essencial constante de ato convocatório de licitação.

No caso, verifica-se que foi aberta licitação para a construção de um presídio, sob o regime de empreitada global.

A empreitada de preço global identifica-se como aquela em que a Administração ajusta a remuneração do empreiteiro para a obra concluída na sua totalidade, art. 6.º, inciso VII, letra ‘a’, da Lei nº 8.666/93.

Tratando de obra pública, é evidente que há a prévia aprovação do projeto construtivo e de execução, e o memorial descritivo da obra, onde consta pormenorizadamente a qualidade e quantidade do material a ser empregado na obra.

A lei das licitações define o que seja projeto básico “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.”.

Esclarecendo que no projeto básico deve constar a identificação dos tipos de serviço a executar e os materiais e equipamentos a incorporar na obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução (item c do mesmo inciso IX do art. 6.º da Lei das Licitações).

Sento assim, a obrigatoriedade de que na proposta de licitação conste a marca, modelo, fabricante e demais características dos materiais que irão ser empregados na obra, constitui-se em exigência manifestamente desproporcional.

Exigência, aliás, ilegal, uma vez que é vedada a realização de licitação, cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas (art. 7.º, inciso 5.º, da Lei das Licitações).

Desta forma, revela-se exigência manifestamente desproporcional, desnecessária e excessiva, o registro na proposta financeira da origem, marca, modelo, fabricante e demais características dos materiais e serviços oferecidos, porque isso já deve constar no projeto básico da obra.

É entendimento solidificado no STJ que: “deve ser afastada exigência obstativa à consecução do fim primordial de licitação aberta para a ampla concorrência. A interpretação soldada ao rigor tecnicista, deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena de configuração de revolta contra a razão do certame licitatório.” (MS n. 5.784-0 – DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1.ª Seção, DJ 09/12/98).

Desta forma, concordo com V. Exa. que o descumprimento pelo licitante de exigência manifestamente ilegal constitui-se em mera irregularidade.

Não vislumbro existência de direito líquido e certo a amparar o pedido da impetrante, de alijar da licitação a proposta declarada vencedora da licitação. Também denego a ordem”.

De tal sorte, inegável a adequação dos demais votos vencedores, chancelados pelas Eminentes Desembargadoras REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS, MARA LARSEN CHECHI e LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO.

Por tais fundamentos, deve ser mantida a decisão.

16) Isonomia: na licitação, o maior número possível de licitantes preserva o interesse público – Para preservação do princípio da eficiência, a noção de isonomia entre os administrados, expressa no art. 3º. da L. 8.666/93, recomenda sentido oposto ao da pretensão, v.g., não a exclusão de licitante, mas a inclusão de licitante, daí a noção *ne pas de nulité* indicar a possibilidade de, sem quebra procedimental, dentro dos critérios de formalismo moderado, ser admitido o maior número de licitantes.

A posição é indiscutivelmente sufragada pela jurisprudência, consoante demonstra o precedente do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Eminente Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE RADIOFUSÃO N° 07/97 – SPO-MC. DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS. BALANÇA DE ABERTURA. EXIGÊNCIA LEGAL. LEI N° 8.666/93 (ART. 21, § 4º).

1. O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação.

2. Não é irregular, para fins de habilitação em processo licitatório, o balanço contendo a assinatura do contador, competente legalmente para elaborar o documento como técnico especializado (Resp. 5.601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

3. *Precedentes jurisprudenciais iterativos.*

4. *Segurança concedida*²⁶.

No mesmo sentido, o precedente relatado pelo Eminentíssimo Ministro FRANCISCO FALCÃO:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. EXIGÊNCIA AUSENTE NO EDITAL. MANUTENÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO.

- O impetrante alega que a comissão de licitação ao não inabilitar as propostas de 03 concorrentes procedeu de forma ilegal, porquanto, não atendeu ao aviso da Secretaria de Fiscalização e Outorga referente à Concorrência em questão no que pertine à exigibilidade dos proponentes em prorrogar os prazos de validade das propostas de técnica e preço até o dia 1º de setembro de 1997.

- Edital que não previu a exigência criada no decorrer do processo.

- A instituição de novas regras no curso do procedimento licitatório afronta os princípios constantes da Lei nº 8.666/93, não vinculando os licitantes.

- ‘O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação’ (REsp 5.601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

*- Mandado de segurança denegado*²⁷.

Portanto, prevalece, iterativamente, na jurisprudência, a concepção de que a licitação deve contemplar o maior número de licitantes.

17) Boa-fé: indevida atuação do processo licitatório – O princípio da boa-fé impõe deveres que devem ser seguidos no plano das relações jurídicas e, no caso concreto, foram vulneradas.

ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, tratando de uma das hipóteses de exercício inadmissível de posição jurídica, a *supressio*, adverte para o fato de que se trata de conduta abusiva, relativa à impossibilidade de uma situação jurídica ser exercida após determinado lapso temporal, sem relação com um prazo por não se tratar de caducidade, mas sim com determinadas condições²⁸.

Ora, no caso concreto, devem ser ponderadas as questões relativas à interposição de recurso administrativo inexistente, com a manufatura de uma situação jurídica. Sendo relevante observar que, só após saber o resultado do certame licitatório e verificar que a sua proposta era menos vantajosa à Administração e à sociedade, a empresa lançou mão de medida judicial, justamente no momento em que, se a pretensão vingar, terá o condão de fulminar o certame, afastando a

²⁶ STJ, MS 5693/DF Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, v.u., DJ 22 fev. 2000, p. 62.

²⁷ STJ, 1ª. Seção, MS 7.211-DF, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, v. u., j. 09-05-2002, in Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ.

²⁸ Antônio Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, v. II, 1984, p. 797 e s.

licitação e impedindo a adjudicação do objeto ao licitante que apresentou a melhor proposta.

Neste plano, o conjunto de atos seguintes, no rumo da fórmula *tu quoque*, que se expressa também nas hipóteses em que o excesso das potencialidades regulatórias é utilizado para a indevida construção de uma posição jurídica, também fulmina a ação da impetrante²⁹.

A incidência do *tu quoque* pode bem ser identificada no pensamento de JESUS GONZALEZ PEREZ, assim expresso:

“Cuando la doctrina procesal se refiere al principio general de la buena fe cita preferentemente entre los supuestos de aplicación del proceso para fines contrarios a aquéllos para los que está instituido. El proceso es el instrumento idóneo para lograr la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, tutela que se ha constitucionalizado (art. 24 de la Constitución). Por tanto, se contraría el principio de la buena fe siempre que se utiliza para un fin distinto, cuando sea realmente innecesario – por no existir oposición a la satisfacción de los derechos e intereses legítimos extraprocésalmente – o por ser realmente inútil – por estar prejuzgada la cuestión. Se inicia un proceso para fines distintos a los propios de la institución siempre con ello sólo se busque el daño de un tercero, no necesario imprescindiblemente para la satisfacción de los intereses del demandante o para los intereses públicos en el supuesto de ejercicio de la acción pública”³⁰.

Não fossem bastantes os vícios derivados da quebra da boa-fé, deve-se ainda verificar que duas outras hipóteses são verificadas no caso concreto, tratam-se das seguintes noções:

- a) *Dolo agít qui petit quod statim redditurus est*;
- b) Desproporcionalidade entre vantagem e o sacrifício.

A primeira noção *“traduz uma valoração relativa ao comportamento da pessoa que exige o que em seguida, terá de restituir”³¹*. Ora, a exclusão do vencedor, após a verificação de que a impetrante não apresentava a proposta mais vantajosa não poderia, em hipótese alguma, conduzir ao objetivo pretendido, v.g., a adjudicação do objeto, pois à autoridade não seria adequado manter o certame após a verificação de que o interesse público seria prejudicado de forma expressa, na medida em que a ação administrativa é regida pelos princípios da moralidade e da eficiência, nos termos do *caput* do art. 37 da CF.

Com relação à desproporcionalidade, com o acréscimo de que o procedimento administrativo segue o formalismo moderado e que o próprio edital estabelecia regras que a todos foram aplicadas, as palavras de MENEZES CORDEIRO bem demonstram a incidência:

²⁹ António Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, cit., p. 837-852.

³⁰ Jesus Gonzalez Perez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1989, 2ª ed., p. 166.

³¹ António Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, v. II, 1984, p. 856-857.

“A desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem constitui, por fim, o mais promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio. Integram-se, aqui, situações como o desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjetivo sem consideração por situações especiais”³².

Ora, se alguma plausibilidade houvesse, como superar a desproporção?

A questão que ora se enfrenta está diretamente relacionada ao serviço de segurança pública, e sujeita ao controle no exercício da função judicial, vulnerados no caso em tela.

18) Riscos da tutela mandamental em casos análogos – Sem idêntico tratamento do controle cautelar e judicial da ação administrativa, mas com vários aspectos em comum, o direito alemão revela os riscos da tutela em casos similares.

EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, examinando os contornos da proteção cautelar, salienta que o modelo alemão se expressa de forma dualista, em que o recurso contra a decisão tem o seu efeito suspensivo do procedimento administrativo pautado pelo juízo de interesse público, regra estabelecida pela interpretação que o Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) atribui ao art. 19.4 da GG., mas não deixa de expressar, a regra excepcional pautada pelo interesse público, *verbis*:

“Es posible que intereses públicos preponderantes justifiquen la relegación de la pretensión de tutela judicial del titular de un derecho fundamental para permitir que de este modo puedan ejecutarse a tiempo medidas inaplazables justificadas en la salvaguardia del interés general”³³.

E é justamente no caráter excepcional da ponderação relativa à prevalência do interesse público que o autor identifica um caráter genuíno do sistema alemão, contra as tendências do direito comparado e motivando a condenação, pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (TJCE) da Alemanha a utilizar restritivamente o efeito suspensivo com relação aos recursos contra atos destinados à aplicação do direito comunitário, como se observa nas palavras do autor:

“Resulta difícil de justificar por qué, ante una situación abierta derivada de la pendência de un proceso aún no finalizado en firme, uno de los particulares afectados (el recurrente) se beneficia de un instrumento procesal (el efecto suspensivo) en perjuicio sistemáti-

³² Idem, p. 857.

³³ Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Trad. do original intitulado *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee* (Heidelberg, Springer Verlag, 1998) por Mariano Bacigalupo et alii. Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública e Marcial Pons, 2003, p. 237.

co del interés jurídico opuesto de su competidor (el destinatario/beneficiario del acto impugnado). Pero resulta dudoso entender que la Constitución postula la regla del efecto suspensivo, pues tal cosa entraña una minusvaloración automática del interés público en la ejecución del acto impugnado. Además, el efecto suspensivo constituye un estímulo a la interposición de recursos contra actos administrativos desfavorables con la única finalidad de beneficiarse de la suspensión automática y, al amparo de ésta, tratar de alargar el proceso principal. En otros países no es habitual que el efecto suspensivo del recurso sea regla. Por lo que se refiere al sistema jurisdiccional comunitario, el art. 185 TCE (hoy art. 242) lo excluye incluso expresamente. Tanto es así que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se ha visto obligado a condenar a Alemania a aplicar restrictivamente la regla del efecto suspensivo de los recursos interpuestos contra actos administrativos nacionales dictados en aplicación del Derecho comunitario, cuando dicho efecto pueda hacer peligrar la ejecución eficaz del mismo”³⁴.

Observando-se, especialmente sob o prisma da tutela urgência antes pleiteada, que não deve haver uma ingerência direta no plano da in(*ter*)dependência das funções estatais e que o revolvimento do objeto de um recurso administrativo em sede de uma análise de mera verossimilhança, não há como negar que, a adoção de um modelo, em que um juízo de emergência suspende, mesmo após reiterados pleitos revisionais administrativos, um processo administrativo destinado à seleção da melhor oferta e à contratação do melhor licitante, **faria com que o sistema de controle da função administrativa no Brasil fosse o mais permissivo do Mundo!** Mas este título correria o risco de se apresentar como uma solução temerária e iníqua, em que o interesse público estaria sujeito aos humores privados, mormente de grandes corporações, aquilo que mesmo nos Estados Unidos recebe a designação irônica de *Corporate Welfare* em contraposição ao *Welfare State*. Não fossem bastantes tais desvios, teríamos inegável ofensa ao princípio da isonomia na sua acepção mais primitiva, formal (na lei!), pois sobrepujando o interesse público, um interesse particular, valendo-se da prestação jurisdiccional, prevaleceria sobre outro. Ainda que este administrado *de minimis* tivesse procedido a melhor oferta, a sua contratação para fornecer bem ou serviço estaria frustrada, ou ainda, o que seria pior, a **oferta menos vantajosa à Administração Pública e, ipso facto, à sociedade, poderia prevalecer artificialmente, em parâmetros monetários muito superiores aos verificados no certame.** Neste caso haveria grave ofensa à concorrência e expressamente à impessoalidade, que no plano da relação administrativa intensifica o teor da igualdade (*na e perante a lei*) enquanto expressão da garantia geral do *caput* do art. 5º. da CF, na medida em que igualdade é

³⁴ Eberhard Schmidt-Assmann, La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, cit., p. 238-9, g.n.

garantia do sujeito enquanto pessoa e impessoalidade é uma garantia de isonomia com abstração pessoal.

Mas, Excelência, o que acima foi salientado se reforça, confirmando que o sistema brasileiro não é compatível com a maior largueza do Mundo na restrição da ação administrativa. Pois, retornando ao tratamento da matéria no sistema alemão, mesmo sob o critério da excepcionalidade na atribuição de efeito suspensivo, não restam dúvidas de que, no presente caso, o interesse público se impõe. **O que está em questão é o fornecimento de bens essenciais à preservação da segurança pública!**

O paradoxo da da efetivação da pretensão do impetrante, no entanto, é ainda mais expressivo quando observados dois deveres essenciais à ação administrativa:

a) dever efetivação da segurança pública – como acima foi expresso, há um dever no sentido de prover os meios necessários à preservação da segurança pública, mediante a construção de estabelecimentos prisionais que garantam a efetivação das penas criminais e as condições de reeducação indispensáveis ao sistema penal;

b) dever de ação ‘secundum legem’ – noção delimitada por ZANOBINI³⁵, expressiva de deveres que não se limitam à legalidade³⁶, mas à moralidade, à eficiência³⁷, à preservação da segurança jurídica e, mais especificamente, à probidade, exorbitando os efeitos civis e administrativos, com o risco de adentrar na esfera penal³⁸.

Em verdade, mesmo na hipótese de que alguma dúvida pairasse com relação ao acerto do procedimento licitatório, confirmado pelo acórdão recorrido, a inadequação do mandado de segurança seria inequívoca, pois a necessidade de dilação probatória sublimaria a eleição da via processual ativada pela parte³⁹.

³⁵ “Per quello, poi, che concerne la materia degli atti giuridici, che le autorità amministrative possono compiere, è notevole la differenza nella loro disciplina legislativa da quella che è la disciplina dei negozi giuridici dei privati. Per questi ultimi, l’interessamento della legge è limitato alla fissazione dei requisiti essenziali, che gli atti debbono presentare, per essere riconosciuti e tutelati dal diritto; ma quando, per quali circostanze della vita e per quali scopi pratici i soggetti debbano ricorrere a questo o a quel tipo di atti, le leggi civili non si occupano di determinare e sarebbe strano pretendere che se ne occupassero. Le leggi amministrative, invece, si occupano degli atti amministrativi, non tanto per stabilirne gli elementi e i requisiti, quanto per determinare volta per volta quando è il caso che sia emanato uno o un altro atto amministrativo” (Guido Zanobini, *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955, pp. 206-207).

³⁶ Cf. art. 37, XXI, CF, c/c os arts. 2º e 3º da L. 8.666/1993.

³⁷ Cf. caput do art. 37, CF, c/c o art. 3º da L. 8.666/1993.

³⁸ Sem exceções, todos os tipos previstos nos arts. 89 a 99 da L. 8.666/93.

³⁹ Por todos: STF, 2ª T., ROMS 24.934-3/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.u., j. 28-09-2004, DJ 22 out. 2004.

REQUERIMENTOS

19) Síntese da matéria discutida e requerimentos – Assim, demonstrada a inviabilidade da pretensão, expressa no mandado de segurança em questão, imperiosa é a confirmação do acórdão recorrido, negando-se provimento ao presente recurso, por ser a medida que se impõe como **Solução justa no caso concreto!**

Porto Alegre, 28 de novembro de 2006.

Sérgio Severo
Procurador do Estado
OAB/RS 28.582

PARECERES

Parecer nº 14.384

BRIGADA MILITAR. COMPETÊNCIA PARA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. SUCESSIVOS DIPLOMAS LEGAIS.

Vem a exame desta Procuradoria-Geral expediente em que se questiona a competência da Brigada Militar para lavrar auto de infração ambiental e aplicar as penalidades no âmbito das infrações à legislação do meio ambiente.

Inaugura o expediente requerimento de dispensa de ajuizamento de execução fiscal formulado pelo Procurador do Estado lotado em Caxias do Sul ao Coordenador da Procuradoria do Interior, sob o fundamento de que inexistente amparo legal para realização dessas atividades pela Brigada Militar, em vista de que a Lei nº 10.330/94, que estabeleceu o Sistema Estadual de Proteção Ambiental, em seu art. 27, inciso III, tão-somente prevê como atribuição da Brigada Militar a lavratura de auto de constatação, e que na Lei nº 10.991/97, que regulou a Organização Básica da Brigada Militar, restou preconizado que outras atribuições a serem desenvolvidas deverão ser previstas em lei. Por fim, aduz que a Resolução 006/99 da CONSEMA não poderia, pelas razões expostas, delegar à Secretaria da Justiça e da Segurança (Batalhão de Polícia Ambiental), através de convênio, o desempenho da fiscalização administrativa e policiamento ambiental estadual.

Foram juntados acórdãos que corroboram o entendimento exposto, bem como a legislação pertinente ao caso.

Ao exame da questão, o Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos, após longo arrazoado, manifestou-se pela existência de base legal para que a BM proceda à lavratura de auto de infração ambiental.

Remetido o expediente à Equipe de Defesa da Procuradoria Fiscal, foi exarado entendimento de que se trata de matéria afeta à Procuradoria de Domínio Público examinar, por ser objeto de apreciação a legalidade do procedimento realizado pela BM (lavratura de auto de infração ambiental) e não os aspectos financeiro-fiscais decorrentes das Certidões de Dívidas Ativas. Por fim, foi encaminhada a consulta a esta Especializada.

É o breve relatório.

Cuida-se, no caso, de analisar a existência, no arcabouço normativo, de previsão legislativa para a realização de lavratura de auto de infração pela Brigada Militar, no que tange à proteção ambiental.

O meio ambiente saudável é direito de todos, incumbindo ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo, conforme previsto no art. 225 da Constituição Federal:

“Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Parágrafo 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

...

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

É também na Carta Federal que a instituição Brigada Militar tem assento, com expressa previsão no art. 144, inciso V e parágrafo 5º, *verbis*:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

...

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

...

Parágrafo 5º – Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”. (grifou-se).

Em consonância com a Carta Federal, a Constituição do Estado assim dispõe, em seu artigo 129:

“Art. 129 – À Brigada Militar, dirigida pelo Comandante-Geral, oficial do quadro da Polícia Militar, do último posto da carreira, de livre escolha, nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, incumbem a polícia ostensiva, a preservação da ordem pública, a guarda externa dos presídios e a polícia judiciária militar.” (grifou-se).

As normas constitucionais, portanto, referem-se à proteção da ordem pública, expressão à qual se deve buscar dar o devido alcance. Há muito no direito pátrio o termo ordem pública ganhou elástico significativo, tornando-se paradigmática a definição dada pelo então Presidente do Tribunal Regional Federal, após Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Néri da Silveira, de que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (TRF, Suspensão de Segurança nº 4.405-SP, DJU 07/12/1979).

Seguindo essa mesma orientação, a doutrina também esposou conceito amplo de ordem pública. Veja-se o magistério de ODETE MEDAUAR:

“No Direito Civil a expressão é utilizada quando se estabelecem limites à autonomia da vontade privada ante valores que o ordenamento quer preservar, (...) por exemplo em matéria de capacidade das pessoas, em matéria de disposição de bens. No âmbito administrativo, sobretudo para fins de exercício do poder de polícia, ordem pública significa um mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e pacífica. Além dos aspectos clássicos da segurança dos bens e das pessoas, da salubridade e da tranqüilidade, abarca também aspectos econômicos (contra alta absurda de preços, ocultação de gêneros alimentícios), ambientais (combate à poluição) e até estéticos (proteção de monumentos e paisagens)”. (*In* Direito Administrativo Moderno, 2ª ed., 1998, p. 351)

No mesmo sentido, o entendimento de ÁLVARO LAZZARINI:

“A noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla, não se tratando apenas da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa ordem moral, o que é básico em Direito Administrativo, porque, como sustenta, a ordem pública é constituída por mínimo de condições essenciais à uma vida social conveniente, formando-lhe o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e à tranqüilidade, revestindo, finalmente, aspectos econômicos (luta contra os monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e monumentos)” (*In* Estudos de Direito Administrativo, 2ª ed., Ed. RT, SP, 1999)

Nessa perspectiva, visualizado o conceito de ordem pública em sua ampla dimensão, abarcando um meio ambiente equilibrado, temos que a competência da Brigada Militar, relativamente à manutenção da ordem pública, estende-se aos aspectos ambientais.

Com efeito. No plano infraconstitucional, a questão relativa ao poder de polícia em matéria ambiental, no âmbito estadual, foi regulada pelo Código Florestal, que adveio através da Lei nº 9.519/92 e estabelecia como um dos objetivos específicos da política florestal *o exercício do poder de polícia florestal no território estadual*, atividade esta, que, por disposição do art.4º, constituía-se passível de ser objeto de convênio a ser firmado com pessoas jurídicas de direito público e privado.

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 34.974/93, que atribuiu à Brigada Militar o exercício da Polícia Florestal, prevendo expressamente a competência para a lavratura de auto de infração e aplicação das sanções e penalidades administrativas constantes na legislação florestal. Assim, a contar deste comando normativo, havia regular previsão para que a Brigada Militar desempenhasse a função fiscalizatória.

Após, em 1994, surgiu a Lei nº 10.330, que dispôs sobre a organização do Sistema Estadual de Proteção Ambiental, quando então se aludiu à Brigada Mi-

litar como órgão de proteção ao meio ambiente, o que se deduz do art. 5º, inciso IV, *verbis*:

“Art. 5º – Compõem o Sistema Estadual de Proteção Ambiental:

(...)

IV – os órgãos responsáveis pela gestão dos recursos ambientais, preservação e conservação do meio ambiente e **execução da fiscalização das normas de proteção ambiental, como órgãos executores.**” (grifo nosso)

A seguir, nos art. 26 e 27, no mesmo diploma, no título que trata Da Proteção ao Meio Ambiente, consta expressamente prevista a competência da Brigada Militar para efetuar o policiamento ostensivo visando à proteção ambiental.

Nesse particular, passou a Brigada Militar a integrar efetivamente o Sistema de Proteção, como órgão incumbido da fiscalização do meio ambiente, estando sua atuação voltada para o cumprimento das disposições protetivas da legislação ambiental. Assim, nos aludidos dispositivos da Lei nº 10.330/94, constaram as atribuições da BM, da seguinte forma:

“Art. 26 – A Polícia Ostensiva de Proteção Ambiental será exercida pela Brigada Militar nos estritos limites da lei.

Parágrafo único – As ações da Brigada Militar deverão, de preferência, atender ao princípio da prevenção, objetivando impedir possíveis infrações relacionadas com o meio ambiente.

Art. 27 – Para o exercício de suas atribuições, compete também à Brigada Militar:

I – auxiliar na guarda das áreas de preservação permanente e unidades de conservação;

II – atuar em apoio aos órgãos envolvidos com a defesa e preservação do meio ambiente, garantindo-lhes o exercício do poder de polícia, do qual, por lei, são detentores;

III – lavrar autos de constatação, encaminhando-os ao órgão ambiental competente.”

Uma leitura açodada das normas acima transcritas poderia levar o intérprete à conclusão de que o policiamento a ser desenvolvido pela Brigada Militar na seara ambiental se restringiria à realização de uma atividade de cunho preventivo e auxiliar, não abarcando a ação repressiva, em que estaria inserida a aplicação de auto de infração. Certo é que a norma expressamente estatuiu como atribuição da Brigada Militar a lavratura de *auto de constatação*, que se poderia considerar até como uma medida coibitória, mas que não prescindiria da remessa dos autos a determinados órgãos, para a formalização da infração e aplicação das penalidades.

Todavia, as normas da Lei 10.330/94, inseridas que estão dentro do ordenamento jurídico, devem ser interpretadas de modo sistemático, guardando, pois, compatibilidade com as demais normas sobre a espécie, notadamente as normas constitucionais, que fundam todo o sistema.

A propósito da interpretação sistemática, com relevo ao princípio da hierarquização axiológica, explicita JUAREZ FREITAS:

“(…). Neste prisma, o conceito esposado (a) elucida a exigência teleológica e operacional do princípio hierárquico-axiológico que confere sentido unitário à vontade da Constituição, construída (mais do que descoberta) no círculo hermenêutico, que acontece tópica e sistematicamente; (b) robustece a necessidade de, sob o ângulo da coerência, realizar uma interpretação conforme a Constituição, justamente para assegurar a aludida hierarquização – mais do que lógica, eminentemente teleológica -, observando-se que o diferenciador do sistema jurídico radica no primado principiológico-valorativo; (c) aponta princípios e objetivos, em face dos quais – em caso de incompatibilidades internas – devem as normas infraconstitucionais guardar a função instrumental, tendo em vista a realização superior da Constituição e a preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis; (...)”. (*In A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

Nesse passo, como já dito anteriormente, a Constituição Federal – assim como a Estadual – expressamente atribui à Brigada Militar competência para a manutenção da ordem pública, essa entendida em sentido lato. Em consonância com o mandamento constitucional, em 1997, foi promulgada a Lei 10.991, que estabeleceu a Organização Básica da Brigada Militar, especificando as competências daquele órgão e sua estruturação. O aludido diploma, no que concerne ao presente caso, assim dispõe:

“Art. 3º – Compete à Brigada Militar:

- I – executar, com exclusividade, ressalvada a competência das Forças Armadas, a polícia ostensiva, planejada pela autoridade policial-militar competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;
- II – atuar preventivamente, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser possível a perturbação da ordem pública;
- III – atuar repressivamente, em caso de perturbação da ordem pública e no gerenciamento técnico de situações de alto risco;
- IV – exercer atividade de investigação criminal militar;
- V – atuar na fiscalização e controle dos serviços de vigilância particular no Estado;
- VI – executar o serviço de prevenção e combate a incêndio;
- VII – fiscalizar e controlar os serviços civis auxiliares de combate a incêndio;

- VIII – realizar os serviços de busca e resgate aéreo, aquático e terrestre no Estado;
 - IX – executar as atividades de defesa civil no Estado;
 - X – desempenhar outras atribuições previstas em lei. (grifo nosso)
- (...)"

Note-se que a previsão normativa contida no inciso III do diploma legal em questão comporta uma diversidade de atividades que a Brigada Militar pode e deve exercer repressivamente, voltando-se ao resguardo e à preservação da ordem pública em geral, conceito dentro do qual se inclui a integridade do meio ambiente.

Por evidente, não se poderia subtrair da Brigada Militar uma atividade que lhe é inerente – preservar a ordem pública nos seus diversos aspectos –, o que implica competências não só preventivas, mas também repressivas, abarcando a hipótese de realizar o policiamento ambiental com as devidas lavraturas de autos de infração.

Importa, ainda, destacar que o Decreto nº 39.840/99 conferiu àquele órgão (BM) expressamente a faculdade de lavrar auto de infração e aplicar penalidades, agora no tocante às infrações contra a flora, *verbis*:

"Decreto nº 39.840, de 26 de novembro de 1999.

Regulamenta o Fundo de Desenvolvimento Florestal, e dá outras providências.

O Governador do Estado do Rio Grande do Sul, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 82, inciso V, da Constituição do Estado, e tendo em vista a Lei nº 9.519, de 21 de janeiro de 1992, que institui o Código Florestal Estadual, e a Lei nº 11.362, de 29 de julho de 1999, que dispõe sobre a Secretaria do Meio Ambiente,

DECRETA:

(...)

Art.9º – A Brigada Militar do Estado poderá lavrar autos de infração e aplicar penalidades por infração contra a flora."

No mesmo diapasão, a Resolução CONSEMA nº 006/99 e o Termo de Convênio firmado em 2000, entre a Secretaria do Meio Ambiente, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM, a Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul – FZB, o Departamento de Recursos Hídricos – DRH, a Secretaria de Estado da Justiça e da Segurança com interveniência da Brigada Militar, expressamente conferiram à BM atribuições de polícia ambiental.

Recentemente, o Código Estadual do Meio Ambiente, Lei nº 11.520, promulgado em 03 de agosto de 2000, expressamente referendou a atuação da

Brigada Militar na seara repressiva, corroborando entendimento anteriormente esposado, quando aludiu no art. 116, ao tratar Dos Procedimentos, que:

“Art. 116 – O auto de infração será lavrado pela autoridade ambiental que houver constatado, na sede da repartição competente ou no local em que foi verificada a infração, devendo conter:
(...)”

Como se constata do dispositivo acima transcrito, aquela autoridade ambiental que realizar a constatação do ilícito poderá lavrar o auto de infração correspondente. Assim, sendo a BM (Batalhão de Polícia Ambiental) órgão exercente da função fiscalizatória integrante do Sistema Estadual de Proteção Ambiental e detendo a atribuição para lavrar o auto de constatação, conforme Lei 10.330/94, igualmente, dispõe de competência para a lavratura do auto de infração ambiental.

Ressalte-se que o Código Ambiental Estadual foi editado em 2000, afigurando-se como lei posterior à Lei 10.330/94, que organiza o Sistema Estadual de Proteção Ambiental, de modo que suas normas derogam as anteriores que com ela conflitam, conforme art. 2º, par. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Sendo assim, *ad argumentandum*, se antes do advento do Código Ambiental – Lei 11.520/2000 – pairava alguma dúvida acerca da competência da Brigada Militar para lavrar auto de infração ambiental, depois da sua edição, em face do comando do art. 116, que atribui competência à autoridade ambiental que houver constatado a infração para lavrar o respectivo auto (auto de infração), dúvida agora não mais pode existir a respeito da competência da BM para lavrar não só autos de constatação, como também de infração.

Por fim, em consonância com a Lei de Organização Básica da Brigada Militar e com o Código Ambiental, em 04 de fevereiro de 2004, foi editado o Decreto nº 42.871, que regulamenta a primeira lei citada, assim dispondo a respeito da Polícia Ambiental:

“Art. 45 – Ao Batalhão de Polícia Ambiental compete cumprir e fazer cumprir a legislação ambiental, representar a Brigada Militar nas atividades atinentes à área e promover o intercâmbio com outros órgãos governamentais, por intermédio da preposição de convênios estruturando-se em:
(...)”.

Nesse passo, à vista do contexto normativo acima exposto, concluo pela competência da Brigada Militar para atuar na repressão às infrações ambientais, com a lavratura do respectivo auto de infração.

É o Parecer.

Porto Alegre, 10 de outubro de 2005.

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado

Processo nº 051601-10.00/04-8

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.384, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.

Em 03 de novembro de 2005.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Parecer nº 14.391

DETRAN. AGERGS

NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES CONCERNENTES A REMOÇÃO, DEPÓSITO E GUARDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DECORRENTES DE INFRAÇÕES DE TRÂNSITO, ILÍCITOS PENAIS E ACIDENTES DE TRÂNSITO DE COMPETÊNCIA DO ESTADO. CONSEQUÊNCIAS.

1. As atividades de remoção, depósito e guarda de veículos automotores apreendidos pelas razões acima referidas são, por sua essência, exercício do poder de polícia estatal, não se cuidando de serviço público.

2. Dessa constatação, decorrem consequências.

2.1. Tratando-se de poder de polícia, a indelegabilidade é uma característica essencial.

2.2. A indelegabilidade não quer dizer que alguns atos materiais concernentes ao poder de polícia não possam ser praticados por particulares (o que a doutrina admite desde que não esteja em jogo a liberdade de pessoas) já que, nestas circunstâncias, o exercício em si do poder de polícia fica no Estado.

2.3. Para a atribuição a particulares de alguns atos materiais concernentes ao poder de polícia, também admite a doutrina a utilização do instituto do credenciamento (com algumas condições), sem, no entanto, qualquer restrição quanto à utilização do contrato típico de prestação de serviços.

2.4. Inexistência de regulação por parte da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados (AGERGS), considerando-se as suas competências e a própria natureza do poder de polícia.

2.5. Apontada inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Estadual nº 11.284/98, e ilegalidade de dispositivo do Decreto Estadual nº 43.873/2005.

1. Relatório

Cuida-se de expediente administrativo aberto no Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN), a partir de ofício encaminhado pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados (AGERGS), veiculando divergência entre ambos, relativamente à competência para a gestão, fiscalização, coordenação, controle, bem como a execução de atividades atinentes a remoção, depósito e guarda de veículos automotores, removidos por infrações de trânsito, ilícitos penais e acidentes de competência do Estado.

A AGERGS expediu o ofício nº 032/05-CS, em 26.01.2005 (fls. 03-04), alegando que o DETRAN vem desrespeitando as suas competências. Isto porque, no que diz com o “serviço público” de remoção, depósito e guarda de veículos, cuja autorização para concessão se deu através da Lei Estadual n.º 11.284/98, vários atos vêm sendo realizados pelo DETRAN sem a chancela da autarquia reguladora, inclusive credenciamento para prestação por entidades privadas, o

que, ademais estaria ocorrendo sem que fosse realizada a devida licitação prevista na mencionada lei. Em anexo ao ofício, junta a AGERGS histórico destas atividades do DETRAN sem que houvesse regulação pela agência, inclusive, por exemplo, autorização para o reajuste de valores para pagamento de remoção e depósito de veículos automotores (fls. 05-16).

Na fl. 16v., informa o Chefe da Divisão Financeira e Contábil do DETRAN que: (a) a remoção de veículos e similares, bem como o leilão de sucatas e apreensão por infrações ao Código de Trânsito Brasileiro por mais de 90 dias, no âmbito do Estado do RS, são atividades efetuadas pelo DETRAN; (b) os valores são arrecadados pelo Poder Público em decorrência do poder de polícia diretamente pela rede bancária através da *guia de arrecadação* do DETRAN; (c) os credenciamentos a particulares, para que efetuem a remoção e depósito de veículos são efetuados pelo DETRAN; (d) a remoção e o depósito de veículos nada mais decorreriam do que da aplicação de penalidades e medidas administrativas pelos órgãos policiais e de trânsito no exercício do poder de polícia; (e) os credenciados são remunerados diretamente pelo DETRAN; (f) não seria caso de tais atividades dos particulares serem reguladas pela AGERGS “por se tratar de aplicação do poder de polícia”.

Posteriormente, a assessoria jurídica do DETRAN se manifesta respondendo as questões levantadas pela AGERGS e abordando sua posição jurídica acerca do tema (fl. 44-75). Em suma, defende que não há nenhuma atividade envolvendo a remoção e depósito de veículos, bem como leilões realizados pelo Departamento Estadual de Trânsito que devam ser submetidos à regulação pela AGERGS. Isto porque, a seu ver, compete à AGERGS, controlar e fiscalizar, normatizar se for o caso, padronizar, conceder e fixar tarifas dos serviços públicos delegados no Estado nas áreas de saneamento, energia, rodovias, telecomunicações, portos, transportes intermunicipais, aeroportos, gás e inspeção de segurança veicular, onde não inseridos os serviços aqui em exame. Ao DETRAN foram atribuídas funções de gerenciar, fiscalizar, controlar e executar os serviços de trânsito, antes afetas à Polícia Civil de acordo com dispositivos legais como as leis 10.847, 10.955, decreto n.º 36.870/96 e inúmeras leis federais.

Ademais a Lei Estadual n.º 11.284/98 autorizou o Poder Executivo a conceder a particulares os serviços de remoção e depósito de veículos, mediante licitação, ou seja, não praticar os atos diretamente, porém se isto for de interesse da Administração Pública, ou seja, respeitando critérios de conveniência e oportunidade. Igualmente, a responsabilidade para estabelecer os locais e municípios para instalação dos Centros de Remoção e Depósitos, de acordo com as exigências técnicas e operacionais é da competência exclusiva do DETRAN e não da AGERGS.

Notícia também a assessoria jurídica do DETRAN que foram firmados vários convênios por aquela autarquia buscando-se a regularização gradativa dos depósitos e da remoção de veículos e os leilões no Estado. Além disso, os depósitos credenciados estariam abarrotados de sucatas, que devem ser leiloadas na forma do art. 328 da Lei Federal n.º 9.503/97.

O cerne do entendimento do DETRAN é que, no presente caso, não existem usuários e sim presença do Estado através da polícia, recolhendo veículos envolvidos em crimes, acidentes e adulterações. Ou seja, incide o poder de polícia exercido em nome do Poder Público e em defesa da sociedade. Se a atribuição é implementada diretamente pelo Estado – DETRAN, e mantido pelo erário, inexistiria espaço para outro ente público. A participação da AGERGS só se justificaria, em tese, como atividade reguladora na execução de serviços de entes privados e no caso de serem serviços concedidos, o que não seria o caso. Isto porque competiria ao DETRAN definir os requisitos técnicos e operacionais no instrumento hábil delineados no Termo de Credenciamento, onde os credenciados seriam meros executores materiais das atividades mediante regulamento e termo de Adesão. Neste aspecto, a atividade do DETRAN em credenciar terceiros para esta “execução material” estaria obedecendo o princípio constitucional da economicidade com a menor onerosidade ao erário público e com a menor possibilidade de dano ao Estado. Alega, ainda, que diante da natureza das atribuições desempenhadas pelo DETRAN, os editais de credenciamento têm atendido os procedimentos propostos pela Secretaria de Justiça e Segurança e com benefícios ao Estado no que tange a coordenação orçamentária e à racionalização do gasto público. A seu ver, então, a AGERGS pretende usurpar competências legais de gerenciar, controlar, implantar, coordenar e fiscalizar as atividades de trânsito que seriam, na verdade, pertencentes ao DETRAN como órgão central e executivo do Sistema Estadual de Trânsito, decorrentes do poder de polícia.

Na data de 08.03.2005, a AGERGS encaminha novo ofício à Secretaria de Justiça e Segurança (fls. 78-79) solicitando providências ao DETRAN em vista da demora nos procedimentos para concessão dos serviços e, ainda, explicações quanto ao credenciamento à empresa Atento Service e Logística Ltda. em Porto Alegre. No mesmo ofício, reafirma que a regulação do “serviço público” de remoção, depósito e guarda de veículos é de sua competência, uma vez expresso no § 3º do art. 3º da Lei Estadual nº 11.284/98, bem como art. 4º, IV, da Lei Estadual n.º 10.931/97. Noticiou, ainda, que, caso não respondido em quinze dias, seria dada ciência do problema ao Ministério Público Estadual.

O processo foi encaminhado ao Secretário da Justiça e da Segurança, que o redirecionou à PGE no intuito de receber orientação jurídico-normativa sobre o tema, veiculando, então, a seguinte consulta (fl. 81):

“Sra. Procuradora-Geral:

Cuidam os autos de considerações acerca da competência para a regulação, gestão, coordenação, fiscalização, controle e execução das atividades atinentes a remoção, depósito e guarda de veículos automotores, sucatas e similares removidos por infração de trânsito, ilícitos penais e acidentes de trânsito de competência do Estado.

Divergem diametralmente o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/RS e a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, onde ambos avocam para si aquela competência.

Diante disso, com base no art. 115 da Constituição Estadual, remeto-lhe o presente expediente para exame e manifestação.”

Já quando o expediente achava-se com o signatário, foram recebidos ofícios do Ministério Público Estadual (Promotoria de Justiça do Patrimônio Público), para informar a respeito do seu andamento (fls. 82 e 84), que foi devidamente respondido pela Coordenação da Procuradoria do Domínio Público Estadual (fl. 83 e 85).

Ademais, em 10 de junho de 2005, foi publicado o Decreto Estadual nº 43.873, que traz nova regulamentação sobre a matéria.

É o relatório.

2. Fundamentação

2.1. Objeto da consulta

O objeto da consulta, como se viu no relatório supra, seria nada mais do que apontar a competência regulatória e a competência para a gestão, coordenação e controle da execução das atividades concernentes a remoção, depósito e guarda de veículos automotores. No entanto, antes disso necessário que se estude a natureza jurídica destas atividades, o que dará o balizador para a resposta da consulta.

Ademais, há de se verificar da correção ou não dos procedimentos até aqui adotados pelo DETRAN/RS, relativamente ao chamado credenciamento dos centros de remoção, depósito e guarda, apontando, se for o caso, as correções.

2.2 Natureza jurídica da atividade de remoção, depósito e guarda de veículos

Como premissa para a solução da questão posta, necessário que se estabeleça a natureza jurídica desta atividade de remoção, depósito e guarda de veículos.

Pois bem. A sua posição no Código de Trânsito Brasileiro é variada.

Aparece, inicialmente, dentre as competências dos órgãos executivos de trânsito, *verbis*:

Art. 22. Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição:

(...)

V – executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis pelas infrações previstas neste Código, excetuadas aquelas relacionadas nos incisos VI e VIII do art. 24, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito; (...)

VII – arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos; (...)

X – credenciar órgãos ou entidades para a execução de atividades previstas na legislação de trânsito, na forma estabelecida em norma do CONTRAN; (...)

Por sua vez, no capítulo das medidas administrativas (expressão já usada no supratranscrito art. 22, V) a cargo dos órgãos executivos de trânsito, consta:

Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas:

(...)

II – remoção do veículo; (...)

Quanto ao *modus operandi* da apreensão, tem-se:

Art. 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN.

Finalmente, sobre a remoção e a retenção do veículo, veja-se:

Art. 270. O veículo poderá ser retido nos casos expressos neste Código.

(...)

§ 4º Não se apresentando condutor habilitado no local da infração, o veículo será recolhido ao depósito, aplicando-se neste caso o disposto nos parágrafos do art. 262.

Art. 271. O veículo será removido, nos casos previstos neste Código, para o depósito fixado pelo órgão ou entidade competente, com circunscrição sobre a via.

Parágrafo único. A restituição dos veículos removidos só ocorrerá mediante o pagamento das multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.

A primeira grande controvérsia que se verifica é realmente a da natureza jurídica desta atividade: se serviço público (delegado ou delegável) ou exercício do poder de polícia. A lei, como visto acima, não resolve o problema, e nem poderia, porque o *nomen juris* quem dá é o intérprete.

Já foi dito no Parecer nº 14.118, de autoria do signatário, que a caracterização de determinada atividade como serviço público é de todo tormentosa, variando na doutrina e no tempo, segundo o influxo histórico e até econômico. A propósito, adverte Alexandre Santos de Aragão (*in* Agências Reguladoras e evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro, Forense, 2002; p. 145):

“Neste contexto, o conceito de serviço público, tradicionalmente o mais forte mecanismo de regulação social, tem passado por grandes desafios: se mantido o seu conceito tradicional de atividade exclusiva da esfera pública, cujo mero exercício poderia ser delegado a particulares, terá a sua esfera bastante reduzida; se ampliado o seu conceito para todas atividades, ainda que não exclusivas do Estado, em que este exerça uma regulação ordenadora, o serviço público alcançará uma amplitude tal que dispersará o seu conceito, abrangendo realidades bastante díspares.”

Nessa linha, e, então, passando ao largo de toda a discussão doutrinária a respeito do tema, três são os conceitos que se opta trazer no momento, a partir da lição de reconhecidos autores do Direito Administrativo brasileiro. Primeiramente, Hely Lopes Meirelles (*in* *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1993; 18^a ed., atualizada; p. 294-295)

“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. (...)”

O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aqueles e estes. (...) Essa distribuição de serviços não é arbitrária, pois atende a critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação.”

Agora, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*in* *Direito Administrativo*; São Paulo, Atlas, 2002; 15^a ed.; p. 99-100):

“(...) Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

(...)

O serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expreso, aliás, no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do Poder Público (cf. Rivero, 1981: 496):

1. a sua criação é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada;
2. a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo diretamente (por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios) ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade. (...)

Finalmente, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Serviço público e poder de polícia, *in* Revista Trimestral de Direito Público nº 20/1997, p. 23):

“Serviço público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestadas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”

Já o poder de polícia tem outra caracterização. Vejamos o que diz Di Pietro (obra citada, p. 111-112):

“Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária, etc.

(...)

No direito brasileiro, encontra-se o conceito legal de poder de polícia no artigo 78 do Código Tributário Nacional: ‘considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.’”

E novamente Celso Antônio Bandeira de Mello, inclusive diferenciando-o do conceito de serviço público (texto citado, p. 25):

“A atividade conhecida entre nós como ‘polícia administrativa’ – e que, com exceção da França, da Bélgica e dos países subdesenvolvidos, caso do Brasil, é hoje estudada sob a designação de ‘limitações administrativas à liberdade e à propriedade’ – corresponde à ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao exercício da liberdade e da propriedade das pessoas, a fim de compatibilizá-los com o bem-estar social. Compreende-se, então, no bojo de tal atividade, a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividade, apreensões).

(...)

Com efeito, o que o serviço público visa, o que tem por objeto, é algo material: fornecer água, iluminação elétrica, comunicação telefônica, telegráfica, recolhimento de lixo, tratamento médico, ministério de aulas, etc. A realização de obra pública, igualmente, é a oferta de uma utilidade material: a rua, a estrada, a ponte, o viaduto, etc.

O que a ‘polícia administrativa’ visa, diversamente, é a expedição de pro- vimentos jurídicos: atos que habilitam os administrados à prática de deter- minada atividade (licença de construir, licença para dirigir automóveis, autorização de porte de arma, etc.) ou que, inversamente a proíbe (dene- gando os atos referidos) ou a impede (expedindo ordens, como ocorre quando o guarda de trânsito o desvia, obstando a circulação por vias con- gestionadas por algum acidente) ou, ainda, sanciona (expedindo multas, determinando o embargo de atividades) se desatendidas as normas perti- nentes, quando constatada sua violação, o que ocorre como resultado de fiscalização do comportamento dos administrados”

Em suma, eles se distinguem, resumidamente, segundo Francis-Paul Bé- noit, pelo seguinte: “*L’essentiel ce sont les caractéristiques propres de chaque mission: le procédé de la police, c’est la prohibition; le procédé du service public, c’est, comme on le verra, la prestation positive*” (in *Le Droit Administratif Français*; Paris, Dalloz, 1968; p. 753).

Frente aos ensinamentos doutrinários trazidos e à legislação transcrita, não há dúvida que a remoção, o depósito e a guarda de veículos apreendidos decor- rentemente de infrações de trânsito é um exercício do poder de polícia estatal.

Examina-se a situação hipotética: há o exercício de um direito individual, ou seja, a fruição, pelo proprietário de um veículo automotor, deste veículo; tal exercício do direito de propriedade acaba cedendo ao interesse público, e o veí- culo é removido, depositado e guardado, pois, por razões legais, ele não pode permanecer trafegando. É em função de determinação legal que deve a autori- dade de trânsito promover os atos referidos de remoção, depósito e guarda, até que se solucione a razão ensejadora da apreensão.

Com efeito, não se está fornecendo a um “usuário” uma prestação mate- rial, no sentido de oferecimento – não é uma prestação nem um oferecimento porque não há opção pelo administrado: ele deve se submeter, em virtude de lei, à apreensão do veículo - de uma utilidade – se alguma utilidade há, ao proprie- tário do veículo apreendido é que não é – ou comodidade material – retirar o veículo de circulação não causará a menor comodidade ao seu proprietário, ao contrário. Não se trata, portanto, de um serviço público. Ainda que se possa admitir que benefícios são usufruídos pela coletividade na medida em que um veículo que não deveria estar trafegando é retirado de circulação, isto não signi- fica dizer que do ponto de vista do proprietário haja benefícios; pelo contrário, há restrições. E, além disso, não se olvide que sempre, em qualquer caso do exercí- cio do poder de polícia, haverá benefícios para a coletividade (exceto ao admi- nistrado sujeito ao poder de polícia) justamente porque é da natureza do poder

de polícia a submissão ao interesse público, onde se inserem, naturalmente, os interesses dos demais administrados.

Assim, não vejo como se possa caracterizar como serviço público os atos de remoção, depósito e guarda dos veículos.

Eles são, na verdade, exercício do poder de polícia estatal, e isso acarreta várias conseqüências, que serão examinadas no item seguinte.

2.3. Conseqüências da definição do atos de remoção, depósito e guarda de veículos como sendo exercício do poder de polícia estatal

2.3.1. Indelegabilidade

A primeira grande conseqüência que deve ser aqui examinada é a indelegabilidade do poder de polícia.

Por se tratar de atividade estatal típica, não pode o poder de polícia ser delegado a particulares, via de regra. O serviço público, de modo oposto, pode ser delegado, justamente por sua natureza prestacional, mas o mesmo não ocorre com o poder de polícia.

Ensina, a respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* Curso de Direito Administrativo; São Paulo, Malheiros, 2005; p. 768):

“33. Os atos jurídicos expressivos de poder de público, de autoridade pública, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas (caso, *exempli gratia*, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou por eles praticados. A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.”

Admitem-se algumas hipóteses excepcionalíssimas de poder de polícia delegado a particular, por exemplo, nos casos de capitães de navio, como visto na transcrição supra. Mas de regra, como já dito, não há delegabilidade ao poder de polícia. E as atividades em exame no presente caso certamente não se enquadram na exceção.

Isto não quer dizer, no entanto, que certos atos materiais concernentes ao poder polícia não possam ser produzidos por particulares, o que de modo algum significará que o poder de polícia foi delegado ou de qualquer modo transferido.

Celso Antônio Bandeira de Mello refere a possibilidade de particulares executarem determinados atos materiais relativos ao exercício poder de polícia, seja de modo precedente, seja de modo sucessivo. No que diz com os atos materiais sucessivos, o que se afeiçoa melhor com o caso presente, ensina o renomado autor (obra citada, p. 769):

“35. Há, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material sucessivo a ato jurídico de polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de executar materialmente ato jurídico interferente apenas com a propriedade dos administrados; nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados. Tome-se como exemplo a possibilidade de a Administração contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalçar em providenciá-las por seus próprios meios, inobstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto. Ou seja: o Poder Público não estaria obrigado a proceder à demolição ou implosão do edificado – ou, em outro exemplo, à desobstrução da faixa marginal de rodovias – mediante servidores públicos.”

Mas, então, sendo indelegável, como poderia determinado ente privado exercê-lo?

Não há qualquer violação à lei, como se viu.

Ocorre que a decisão/atuação estatal, decorrente de lei, de remover, depositar, guardar, não se transferiu. O que se transferiu foram apenas alguns atos de execução material, considerando a impossibilidade fática de a autoridade de trânsito (no caso, o DETRAN) em promovê-los por seus próprios agentes. Contudo, a autoridade de trânsito não transfere o poder de polícia, pois continua sendo ela quem determina quem deverá ter seu veículo recolhido e por que, em decorrência do cumprimento da lei. A este particular executor de parcela dos atos materiais atinentes ao poder de polícia nada resta senão cumprir a determinação da autoridade de trânsito, ou seja, ele não faz qualquer exame de mérito da decisão/atuação estatal. E ao proprietário do veículo, resta submeter-se ao poder de polícia.

2.3.2. Possibilidade de utilização do instituto do credenciamento, não se excluindo o contrato administrativo

Após o exame do item precedente, chega-se à segunda conseqüência: a possibilidade de contratar determinados serviços para exercício deste atos materiais, o que significa que, se serviços há, são eles prestados ao DETRAN, e não à população; ou, ainda, a possibilidade de se credenciar particulares para a execução material, mediante remuneração, recebida do proprietário do veículo removido e depositado, que é repassada pelo DETRAN ao credenciado.

O DETRAN defende que no caso deve-se utilizar o instituto do credenciamento.

A Lei Estadual nº 11.284/98, ao seu turno, fala em contratação, mas ela também fala em delegação do serviço, o que, aliás, merecerá considerações no item seguinte.

Esta PGE já teve oportunidade de chancelar a utilização da modalidade credenciamento, no caso dos Centros de Formação de Condutores (consulta também formulada pelo DETRAN), no já referido Parecer nº 14.118, assim ementado:

DETRAN. AGERGS.

CENTROS DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES (CFCs): NATUREZA DA ATIVIDADE POR ELES REALIZADA.

1. Os Centros de Formação de Condutores prestam serviço particular de formação de motoristas, tal como se uma escola particular fossem, tratando-se de ensino que antes do atual Código de Trânsito Brasileiro era denominado auto-escola. O fato de prestarem outros serviços ao DETRAN não desnatura esta conclusão.

Portanto, não se trata de prestação de serviço público por delegação.

2. Por esta razão, os CFCs estão sujeitos somente ao regime do credenciamento reconhecido pelo CONTRAN e promovido pelo DETRAN, bem como não se submetem à atividade regulatória exercida pela AGERGS.

3. REVISÃO DO PARECER PGE Nº 13.426.

Do corpo do Parecer, extraio:

“(…) E dele a conclusão que emerge é uma só: a de que os serviços prestados pelos CFCs, tal qual enumerados na legislação supracitada, são os particulares de ensino de condução de veículos, seja teórica, seja prática, aos candidatos à habilitação de motorista. Embora o seu denominado “caráter público”, nos termos da norma acima transcrita, merecem esta adjetivação exclusivamente pelo fato de que, para serem prestados, necessitam de credenciamento (ou seja, de um “reconhecimento” do ente público de que estão aptos a ministrarem cursos teóricos e/ou práticos aos futuros motoristas), mas isto não acarreta a conclusão de que o serviço, em si, seja público.”

A situação lá examinada, contudo, é bastante diversa da presente, tendo em conta que, como visto, naquele caso cuidava-se de serviço particular, credenciado pelo DETRAN. No caso presente, tem-se exercício do poder de polícia. Por tal razão fundamental, o precedente não serve para o caso aqui em exame, devendo prosseguir o estudo em sede doutrinária para ver o que mais se afeiçoa à execução material, por particulares, de alguns atos decorrentes do poder de polícia.

E, para isto, necessário que se busque a melhor definição do credenciamento e das situações jurídicas onde se autoriza o seu emprego.

A doutrina, de modo geral, não trata do tema credenciamento, provavelmente porque é bastante recente na sua utilização, mas também porque, como instituto, é usualmente envolto em caracteres nebulosos e imprecisos. O que não significa que não tenha certo emprego na Administração Pública. É o caso, por exemplo, dos Centros de Formação de Condutores (que necessariamente devem passar por um procedimento de credenciamento para que possam regularmente funcionar), dos médicos credenciados pelo Instituto de Previdência do Estado para exercerem atividades médicas aos segurados da autarquia, e dos distribuidores e vendedores de vacinas contra a febre aftosa (que devem estar credenciados na Secretaria da Agricultura e Abastecimento para comercialização de tais vacinas – Lei Estadual nº 11.099/98).

Apesar da insuficiência doutrinária a respeito do tema, há uma monografia bastante elucidativa de Adilson de Abreu Dallari, na qual o renomado autor parte dos conceitos de poder de polícia e serviço público para chegar à melhor adequação do credenciamento. Colhe-se, das suas lições (“Credenciamento”, *in* Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba; Celso Antônio Bandeira de Mello, organizador; São Paulo, Malheiros, 1997; p. 50-51):

“Polícia, portanto, sendo uma idéia indissociável da do Estado, só pode ser exercida por órgãos da Administração Pública, enquanto poder público, e não através de órgãos paraestatais, como empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição de 1988.”

Esse entendimento não impede a atribuição a particulares das atividades técnicas, instrumentais, de mera verificação, com base nas quais a entidade pública emitirá a declaração de conformidade (habilitando ao exercício de um direito) ou aplicará alguma sanção, no caso de desconformidade. (...)

Tudo isso foi dito e demonstrado para que se possa melhor compreender a afirmação no sentido de que o credenciamento está precipuamente voltado para execução, por particulares, dos serviços instrumentais necessários ao desenvolvimento das atividades de polícia administrativa.

Serviços públicos podem ser prestados por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão, ou, ainda, mediante contrato de direito público ou convênio, no caso de participação de forma complementar no sistema único de saúde, conforme o disposto nos arts. 21, XII, 175 e 199, § 1º, da Constituição Federal.

Já os atos jurídicos administrativos inerentes ao exercício de atividades de polícia administrativa, segundo a doutrina predominante, não podem ser delegados a particulares ou mesmo entidades governamentais dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que pode ser atribuído a particulares é o desempenho das atividades técnicas instrumentais ao exercício da atividade jurídica de polícia administrativa. Esta atribuição é feita precipuamente sob a forma de credenciamento.” (grifei)

E, logo a seguir, no mesmo texto, uma ressalva que corrobora o entendimento exarado no Parecer nº 14.118, no sentido de que também alguns serviços (e não só os atos materiais relativos ao poder de polícia) podem ser objeto de credenciamento (texto e obras citados, p. 52):

“Cabe ressaltar que o credenciamento serve precipuamente para isso, conforme já foi dito e repetido, mas não exclusivamente, porque, conforme também já foi observado, alguns serviços de natureza pública ou interesse público também são objeto de credenciamento, como é o caso da polícia judiciária, de atividades integrantes do sistema único de saúde, de atividades de ensino e de ações compreendidas no campo da pesquisa científica e tecnológica.”

Para o mesmo autor, o credenciamento assim se conceitua (texto e obras citados, p. 53):

“Credenciamento é o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé.”

Quanto às características do credenciamento na Administração Pública, diz (texto e obras citados, p. 52-53):

“Credenciamento é uma outorga ou atribuição. O credenciado recebe do Poder Público uma qualificação, uma situação jurídica ou uma prerrogativa que, sem isso, não lhe assistiria. O resultado do credenciamento é um acréscimo; o enriquecimento do patrimônio jurídico de alguém pessoa física ou jurídica.

(...)

Esse ato formal terá sempre um conteúdo negocial, correspondendo a um interesse recíproco do outorgante e do outorgado, mas pode ser unilateral ou bilateral, assumindo caráter tipicamente contratual.

A prerrogativa, faculdade ou obrigação atribuída ao outorgado se limita à habilitação para o desempenho de atividade material ou técnica, não jurídica, mas meramente instrumental ou de colaboração com a Administração Pública.

Essa atividade material ou técnica é desenvolvida a título oneroso. Quando a remuneração é paga pelo Poder Público tem-se, aí, um simples contrato de colaboração. Quando a remuneração é paga pelo particular interessado, aí se terá um credenciamento propriamente dito, um típico contrato de atribuição.”

Em leitura e compreensão das lições até aqui trazidas, tem-se como possível a utilização do credenciamento no caso dos centros de remoção depósito e guarda de veículos apreendidos por força de lei. Tratando-se de exercício do poder de polícia, a figura do credenciamento está apropriada.

Com efeito, o ente público confere a determinados particulares, mediante o exame de requisitos previamente estabelecidos, quem se acha em condições de praticar determinados atos materiais decorrentes do exercício do poder de polícia, e confere a estes credenciados tais atividades. É o caso dos centros de remoção, depósito e guarda de veículos.

Isto não quer dizer que não se possa utilizar o contrato administrativo no caso. Aliás, a questão da remuneração dos particulares que executam os atos materiais relativos ao poder de polícia sinaliza que a figura do contrato típico poderia ser utilizada e talvez até seja recomendada. E, para que a autarquia opte

pelo credenciamento, exige-se, no mínimo, que todos os interessados possam ser credenciados. Ou seja, ou todos são credenciados ou faz-se uma licitação para contratar o melhor habilitado a realizar tais atos materiais.

Segundo as normas da Lei Estadual nº 11.284/98, que merecerá exame logo a seguir, o proprietário deve recolher ao DETRAN os valores referentes à remoção, depósito e guarda de seu veículo, mediante pagamento da guia própria de arrecadação expedida por aquela autarquia. Ela, por sua vez, transfere os valores cabíveis ao particular que executou os “serviços”.

Apesar de a remuneração se dar pela via indireta (o proprietário paga ao DETRAN que repassa ao centro de remoção, depósito e guarda), não parece ser procedimento condenável, porque profilaticamente pode servir para evitar a promiscuidade entre proprietário e centro de remoção. De todo o modo, é de se entender que não é o DETRAN quem está remunerando o centro, e sim o proprietário do veículo removido, e neste caso, mais uma vez o credenciamento se admite.

2.3.3. *Impossibilidade de regulação, pela AGERGS*

Em virtude dos estudos até aqui realizados no presente trabalho, necessário que se examine a legislação estadual atinente ao tema dos centros de remoção, depósito e guarda de veículos, apontando-se inconstitucionalidades e/ou ilegalidades.

Como prefacial a isto, não há dúvida que necessário entrar na questão regulatória. No caso, apontar a inexistência e impossibilidade de regulação por parte da AGERGS. Sobre a atividade regulatória em si, natureza jurídica, características, modo como ela se expressa, que são estudos aqui tidos por acessórios, mantém-se o que já foi dito no Parecer nº 14.118.

A premissa para que se conclua que não tem a AGERGS competência regulatória no caso é a conclusão do item 2.2 supra, ou seja, de que a atividade aqui em estudo não é serviço público, e sim poder de polícia. Como à AGERGS cumpre a regulação dos serviços públicos delegados, falece-lhe tal competência quando não se tratar de serviço público, e quando não houver delegação, sendo as duas hipóteses ocorrentes no presente caso.

Com efeito, diz o art. 3º da Lei Estadual n.º 10.931/97 (alterada pela Lei nº 11 292/98), que criou a AGERGS:

Art. 3º – Compete à AGERGS, a regulação dos serviços públicos delegados prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual.

Parágrafo único – A atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial, nas seguintes áreas:

- a) saneamento;
- b) energia elétrica;

- c) rodovias;
- d) telecomunicações;
- e) portos e hidrovias;
- f) irrigação;
- g) transportes intermunicipais de passageiros, inclusive suas estações;
- h) aeroportos;
- i) distribuição de gás canalizado;
- j) inspeção de segurança veicular.

Como se vê, coerentemente, os atos de remoção, depósito e guarda de veículos sequer constam dentre a enumeração (exemplificativa, é bem verdade) do parágrafo único do art. 3º da Lei que institui a AGERGS.

Ou seja, descabe, no caso, regulação, seja pela AGERGS, seja por qualquer outro órgão.

2.3.4. Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Estadual nº 11.284/98 e ilegalidade de dispositivo do Decreto Estadual nº 43.873/2005

Posta a prefacial de que não há regulação, necessário agora que se vá adiante, examinando a legislação estadual. Começa-se pela Lei Estadual nº 11.284/98.

Diz o art. 1º da mencionada Lei:

Art. 1º – Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, mediante licitação, os serviços relativos à remoção e depósito de veículos automotores envolvidos em infrações previstas na legislação de trânsito de competência do Estado à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para seu desempenho.

Parágrafo único – Ao Departamento Estadual de Trânsito compete estabelecer os locais e municípios nos quais serão instalados os Centros de Remoção e Depósito (CRD), de acordo com as necessidades e exigências técnicas e operacionais que farão parte do procedimento licitatório.

Como se vê, o tratamento jurídico dado pela lei à remoção, depósito e guarda de veículos é de serviço público a ser concedido. Trata-se, portanto de inconstitucionalidade material frente aos princípios que regem a Administração Pública na Constituição Federal, já que pretende conceder aquilo que não pode ser concedido (poder de polícia), embora nominalmente utilizando a expressão “serviços públicos”, mas de modo incorreto, como se viu acima.

Por seu turno, o art. 2º da mesma Lei dispõe:

Art. 2º – A concessão dos serviços públicos tratados nesta Lei terá vigência de 10 (dez) anos, prorrogável por igual período, incluído o prazo necessário à implantação do empreendimento.

Igualmente, pelas mesmas razões acima apontadas, tal dispositivo é inconstitucional. A seguir, dispõem os art. 3º e 4º:

Art. 3º – A remuneração dos serviços concedidos será efetuada pelos usuários mediante arrecadação à rede bancária, em Guia de Arrecadação DE-TRAN/RS, em conta corrente bancária especialmente aberta para esse fim.

§ 1º – As tarifas estabelecidas na proposta vencedora refletirão nos custos com a implantação, operação e manutenção dos serviços de remoção e depósito.

§ 2º – Do valor das tarifas, será deduzido e creditado ao Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul (DETRAN/RS) o percentual ofertado na proposta vencedora, a título de fiscalização dos serviços prestados.

§ 3º – Da quantia paga ao DETRAN/RS será destinada à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio Grande do Sul (AGERGS), percentual estabelecido no edital e no contrato.

Também aqui, no *caput* do dispositivo, a menção a “serviços públicos” torna-o inconstitucional. Tampouco se pode falar no caso em tarifa (§§ 1º e 2º), já que não há serviço público sendo prestado a usuários; no caso, se algum valor deve ser recolhido, não é tarifa de serviço público. Finalmente, como não há regulação na espécie, o § 3º também apresenta vício de inconstitucionalidade.

Os demais dispositivos da referida lei que fizerem menção “serviços públicos” e “tarifa” também estão eivados de inconstitucionalidade.

Em face destes vícios apontados, não há dúvida que certas providências devem ser tomadas, especialmente para que a remoção, depósito e guarda de veículos possa se manter nos termos em que determina o Código de Trânsito. Assim, cabe aqui a sugestão ao Chefe do Poder Executivo Estadual no sentido de que novo projeto de lei regulamentando a matéria seja encaminhado ao Poder Legislativo, em consonância com as orientações que neste momento são apresentadas por esta PGE, com expressa revogação dos dispositivos inconstitucionais da lei examinada. A outra opção seria a declaração de inconstitucionalidade relativamente a tais artigos da Lei 11.284/98, o que, no entanto, poderia vir a deixar um vácuo legislativo relativamente ao tema. Assim, parece mais adequada a primeira opção (encaminhamento de projeto de lei).

Quanto à regulamentação desta Lei, havia o Decreto Estadual nº 40.796/2001. Contudo, observo que a edição do Decreto Estadual nº 43.873, de 09.06.2005, tornou aquele tacitamente revogado, considerando que este regulamenta o credenciamento com mais minúcia e de modo um tanto diferente do seu anterior. Assim, deixo de examinar o Decreto 40.796/2001, mas desde já deixo anotado que apresentava ele as mesmas inconstitucionalidades da Lei 11.284/98.

Quanto ao Decreto 43.873/2005, observo que alguns de seus dispositivos falam em certame para credenciamento (§ 1º do art. 2º). Trata-se de ilegalidade porque, como já dito acima, se for para credenciar, não há certame, o que ocorreria no caso de contratação (a ser realizada com base na Lei Federal nº 8.666/93).

No caso do credenciamento, todos os habilitados (ou seja, todos aqueles que cumprirem os requisitos jurídicos e técnico-operacionais) devem ser credenciados, sem possibilidade de que um seja credenciado e outro não se ambos

atenderem os requisitos. Por conseguinte, se houver necessidade de se estabelecer competitivo entre os possíveis “prestadores”, não há falar em credenciamento; nesta hipótese, deve haver uma licitação para contratação de prestador de serviços ao DETRAN.

Finalmente, pertinente advertir que a simples edição de tal Decreto (bem como eventualmente outro que possa corrigi-lo em relação aos problemas aqui apontados) não elide a necessidade de se corrigir as inconstitucionalidades da Lei Estadual nº 11.284/96 acima apontadas, preferentemente mediante edição de outra.

3. Conclusões

Isso posto, conluo no seguinte sentido:

3.1. remoção, depósito e guarda de veículos automotores definem-se juridicamente como poder de polícia estatal, não se tratando de serviços públicos, podendo, alguns de seus atos materiais, serem realizados por particulares, devidamente credenciados ou contratados para tanto;

3.2. por sua natureza de polícia, não se submetem à regulação por parte da AGERGS;

3.3. há inconstitucionalidades na legislação estadual que rege a matéria, cabendo duas sugestões ao Exmo. Sr. Governador do Estado: (a) ou que se determinem estudos para ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade; (b) ou que se encaminhe projeto de lei à Assembléia Legislativa para revogação da lei inconstitucional, com aprovação de texto em consonância com as orientações jurídicas aqui apresentadas.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 21 de junho de 2005.

Luís Carlos Kothe Hagemann,
Procurador do Estado

Processo nº 000163-12.44/05-9

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.391, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria do Procurador do Estado Doutor LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN.

Encaminhe-se cópia, mediante ofício, ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça para ciência.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Justiça e da Segurança.

Em 10 de novembro de 2005.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra pode ser acessado no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1, 1.2, 2.1, 2.2 etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações

de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir obrigatoriamente um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(a).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.

