

Volume 18 - n. 37  
janeiro/junho 2013

ISSN 1415-112X

# Revista da esmape

Edição especial do Mestrado em Direito Constitucional  
oferecido pela Esmape e certificado pela Universidade de Lisboa

Tomo I



Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco

**Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco**

ISSN 1415-112X

# **Revista** --- **da esmape**

**Edição especial do Mestrado em Direito Constitucional  
oferecido pela Esmape e certificado pela Universidade de Lisboa**

**Tomo I**

Volumes 18 - n. 37  
janeiro/junho 2013

Revista da Esmape – Recife – v. 18 – n. 37 – p. 001-510 – jan./jun. 2013

© Copyright by Esmape

---

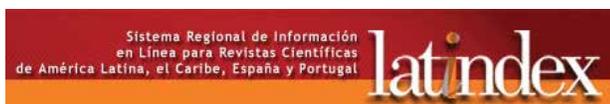
A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMAPE, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.  
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

---

*Base de dados indexadora*



*Revisão:* Autores

*Designer gráfico:* Joselma Firmino de Souza

*Tiragem:* 600 exemplares

Correspondências para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape  
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240  
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMAPE / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape – Ano 1, n.1 (1996 -). – Recife : Esmape, 1996 –  
v. Semestral  
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape. II ESMAPE

CDD 340.05



## **Tribunal de Justiça de Pernambuco**

### **Mesa diretora**

Biênio 2012 – 2013

*Desembargador* Jovaldo Nunes Gomes  
Presidente

*Desembargador* Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
Vice-Presidente

*Desembargador* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Corregedor-Geral

Biênio 2014 – 2015

*Desembargador* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Presidente

*Desembargador* Leopoldo de Arruda Raposo  
Primeiro Vice-Presidente

*Desembargador* Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
Segundo Vice-Presidente

*Desembargador* Eduardo Augusto Paurá Peres  
Corregedor Geral





**Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco**

Biênio 2012.2 – 2014

### **Diretoria Geral**

*Desembargador* Fernando Cerqueira Norberto dos Santos  
Diretor Geral

*Desembargador* Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes  
Vice-Diretor

*Juiz* José André Machado Barbosa Pinto  
Supervisor

### **Coordenadores**

*Juíza* Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz  
Pós-graduação lato sensu

*Juiz* Sílvio Romero Beltrão  
Pós-graduação stricto-sensu

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Formação Inicial de Magistrados

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Vitalicamento de Magistrados

**Diretoria**

Directors

*Juiz* Sérgio Paulo Ribeiro da Silva  
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Formação Inicial de Servidores

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Aperfeiçoamento de Servidores

*Juiz* Breno Duarte Ribeiro de Oliveira  
Programas Internacionais

*Desembargador* Eurico de Barros Correia Filho  
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

**Presidente**

*Des. Dr. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos*

**Filosofia do Direito**

*Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo*

**Direito Civil**

*Prof. Msc. José André Machado Barbosa Filho*

*Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior*

*Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão*

**Direito Ambiental**

*Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva*

**Direito Processual Civil**

*Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia*

*Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira*

**Direito Constitucional**

*Prof. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer*

*Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel*

**Direito Penal**

*Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima*

*Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo*

**Direito Processual Penal**

*Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo*

**Direito do Trabalho**

*Prof. Dr. Pedro Romano Martinez*

**Direito Tributário**

*Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos*

**Direito Administrativo**

*Prof. Msc.* Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

**Gestora da Revista da ESMAPE**

*Juíza* Andréa Epaminondas Tenório de Britto

**Gerente do Núcleo de Edição e Serviços Gráficos**

*Juíz* Eduardo Guilliod Maranhão

**Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento gráfico**

*Bel. Esp.* Joseane Ramos Duarte Soares

Editorial .....	13
-----------------	----

*Editor's note*

Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira

<b>Alfredo Sérgio Magalhães Jambo .....</b>	<b>15</b>
---	-----------

As audiências públicas como fator de legitimação democrática das decisões da Justiça estadual brasileira em matéria ambiental: necessidade de um ativismo verde em primeiro grau de jurisdição

<b>André Reis Lacerda .....</b>	<b>51</b>
---------------------------------	-----------

Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal

<b>Antonio André Muniz Mascarenhas de Souza.....</b>	<b>125</b>
--	------------

Reflexões sobre o princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro: contorno teórico e aplicabilidade prática

<b>Antonio Francisco Gomes de Oliveira .....</b>	<b>165</b>
--	------------

O direito à saúde como direito fundamental social – o fornecimento de medicamentos: análise do artigo 28 do decreto nº 7.508/11 que regulamentou a Lei 8.080/90 (Lei do SUS)

<b>Daisy Maria de Andrade Costa Pereira.....</b>	<b>235</b>
--	------------

A Liberdade de Fumar enquanto Direito Fundamental na Constituição da República de 1988: análise da (in) constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546/2011, que suprimiu os espaços reservados para fumantes em recintos coletivos públicos e privados no Brasil, segundo procedimento de ponderação do Prof. Jorge Reis Novais

<b>Damião Alexandre Tavares Oliveira .....</b>	<b>301</b>
--	------------

Ativismo judicial versus supremacia legislativa: a inviabilidade do controle legislativo sobre os atos do Poder Judiciário no ordenamento constitucional brasileiro	
<b>Erivan José da Silva Lopes .....</b>	<b>421</b>
Da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira: equilíbrio entre o ativismo e a autocontenção judicial	
<b>Flávia da Costa Lins Cavalcanti.....</b>	<b>487</b>

**D**esde o seu lançamento, em 1996 até os dias atuais, a Revista da ESMape sempre buscou arregimentar para o seu círculo de escritores, os estudantes dos cursos de mestrado e, principalmente, os magistrados que compõem o Poder Judiciário brasileiro.

Com a implantação do Curso de Mestrado, pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape, atualmente Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, foi possível concretizar este objetivo e caminhar mais além integrando em nossa Escola, juizes de outros Estados que se somaram aos desembargadores para abrilhantar o curso oferecido nas duas áreas do conhecimento – Direito Constitucional e Ciências Jurídicas, ambas oferecidas em 2011 e 2013.

Foram doze meses de estudos, para as primeiras turmas, orquestrados por doze professores doutores que integram a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e o professor doutor da Universidade Federal de Pernambuco - João Maurício Adeodato, responsável pela sua orientação metodológica. O êxito deste empreendimento da Escola pode ser comprovado pelos primeiros resultados que formam as duas edições da Revista da ESMape, números 37 e 38, ambos divididos em dois tomos e referentes aos semestres do ano de 2013. São dezessete trabalhos que decidimos publicar na sua integralidade para não prejudicar a exposição do pensamento científico e que foram avaliados pelos mestres lusitanos respeitando, contudo, a vontade de divulgação dos autores que responderam ao convite do Conselho Editorial da Revista da ESMape.

Ademais, não podemos deixar de pontuar a imensa satisfação que a Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco sente em promover o aperfeiçoamento e desenvolvimento da magistratura nacional, cumprindo rigorosamente a sua profícua finalidade tanto em sala de aula, quanto na construção da literatura jurídica.

*Des. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos*

*Diretor geral*



# Artigos

Articles



# Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira

## **Alfredo Sérgio Magalhães Jambo**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, pós-graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco, fez diversos cursos de extensão no exterior, foi Diretor de Comunicação e Relações Públicas do Jornal Judiciatura, da Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco–AMEPE, autor de livros e de publicações científicas e históricas nos jornais de grande circulação do Estado de Pernambuco e em revistas especializadas no estudo do direito, Magistrado da Justiça Estadual desde 1983, ocupando atualmente o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

### SUMÁRIO

**1** Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. **2** Modelos constitucionais ambientais. **3** Considerações sobre regime jurídico de aplicabilidade das formas constitucionais ambientais. Referências bibliográficas.

## **1 Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**

Escolhi iniciar este trabalho discorrendo sobre uma experiência pessoal, que marcou não somente minha vida pessoal, como também a profissional, pois, o lugar ecológico especial em que vivi por três anos, trouxe-me mais alegria que tristeza. Fui magistrado em um arquipélago oceânico, com regulamentações ambientais de toda a sorte, uma ambiência social extremamente peculiar, e realmente um laboratório de convivência e ambiência.

Ali as infrações são peculiares, naquela sociedade ressaltam-se um alto nível de alcoolismo e infidelidade conjugal.

Os nativos são distintos e solícitos, mas os costumes desairosos chegam através do turismo, o único motor econômico para a sustentação das ilhas.

Os navios chegam sazonalmente e despejam os turistas pelas pousadas, que tentam preservar a maravilhosa ambiência tropical.

Seus mares, com mergulhos controlados, exibem uma fauna e uma flora de exuberante beleza.

Para tentar proporcionar uma melhor investigação técnica do assunto por mim eleito, escolhi para a exposição nesta oportunidade, um fato concreto que se consubstanciou numa decisão liminar em um mandado de segurança em que a petição inicial aborda, com objetividade, o pedido e seu fundamento, cuja leitura é indispensável porquanto pela objetividade e colocação, passa a ser um conteúdo descritivo que entendo satisfatório da questão sub-júdice.

Assim, passo à transcrição da decisão de minha lavra, no primeiro momento, como a matéria era emergencial, e entendendo que o direito ambiental não admite vagueza, omissões e espera, optei, sem relutar ou pensar até em conflitos de competência, a solução que achei melhor e que, afinal, teve êxito:

BCR BRAZILIAN CRUSIES REPRESENTATION LTDA, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ nº 69.144.962/0001-10, por seu advogado, nos autos do processo em epígrafe, impetra o presente MANDADO DE SEGURANÇA, COM PEDIDO LIMINAR, contra ato do Ilmo. Superintendente do IBAMA/ICMBIO EM PER-

NAMBUCO, com fulcro no artigo 5º, LXIX da CF/88, combinado com as disposições da lei nº 1533/51.

No pedido expressa-se da seguinte forma:

‘requer a V. Exa. A concessão de liminar determinando a imediata expedição de ordem judicial suspendendo os efeitos da sanção administrativa que embargou as atividades da impetrante decorrente do auto de infração em epígrafe e, via de conseqüência restabeleça o direito da impetrante ao exercício de suas atividades em toda sua plenitude, sobretudo para o exercício de transporte marítimo de passageiros através, através de navios transatlânticos a ela vinculados para realização de visitaçõ de caráter turístico para o Distrito Estadual de Fernando de Noronha’.

Sabe-se que o Mandado de Segurança tem sua existência configurada numa lei especial que exige no momento da impetraçõ uma capacidade de demonstraçõ probatõria indiscutível, não restando dúbidas com relaçõ à liquidez e a certeza do direito.

“Ab initio” observo que a inicial sugere que o ato consubstanciado num documento, ora atacado por este writ, peca por ausência do princípio da razoabilidade, sendo este princípio aquele que tem a qualidade de ser razoável ou seja, aquele que se situa dentro dos limites aceitáveis.

O Professor José dos Santos Carvalho Filho às fls.27 do seu livro 14ª edição, pontifica sobre este aspecto o seguinte: O princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Antejevo também in casu, presente, o princípio da proporcionalidade, que segundo dizem, ainda evoluçõ tem sido acatado por alguns ordenamentos e tem se assemelhado ao princípio da razoabilidade.

Presente no princípio da proporcionalidade a preocupação no excesso de poder, que se destina a conter atos, decisões e eventuais condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado.

Na doutrina alemã, verifica-se que tal princípio fundamenta-se na seguinte forma: 1-adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado 2-exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos 3-proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens.

Ao analisar o auto de infração, é de se notar flagrantemente que ele descreve a infração como atividade potencialmente poluidora, e remete a situação hermenêutica descritiva ao artigo 66 do Decreto nº 6514/08, que vem afinal constituir a repetição descritiva do auto, sem particularizar de forma clara, evidente e cristalina quais foram as condições não cumpridas do compromisso do requerente perante os órgãos competentes que visam fiscalizar as ações ambientais.

A impetrante é incisiva em classificar o auto de infração como genérico. Ora, generalidade é uma qualidade universal, geral e de valor para todos os casos, excluindo a particularidade, a parcialidade, a singularidade a minudência ou seja, aquele pormenor identificador.

Nas relações jurídicas, sobretudo aquelas relações que dizem respeito ao controle ambiental, não devem aparecer atitudes, com dubiedade e vagueza, pois que compromete a noção de segurança jurídica do Estado e o idealismo cambiante no espaço dito de controle ambiental. O professor Humberto Teodoro Júnior sobre a noção de segurança jurídica assim preleciona: “O Estado Democrático de Direito conta com os princípios de “segurança jurídica” e de “proteção da confiança” como elementos constitutivos da própria noção de “Estado de Direito”. A partir dessa constatação, Canotilho ensaia a conceituação do que ele denomina “princípio geral de segurança jurídica” em seu sentido mais amplo, e que compreende também a idéia de “proteção da confiança”. Para o grande constitucionalista português, esse princípio geral pode ser assim enunciado: “Os indivíduos tem o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos os às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas”.



Completa, Canotilho sua conceituação, sublinhando que o princípio de segurança jurídica exige “a confiabilidade”, “a clareza”, “a razoabilidade” e a “transparência dos atos do poder”, para em seguida, revelar as mais importantes manifestações desse princípio: Relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos”.

Nesse juízo preliminar, não se devendo entrar no mérito, entendo que o ato hostilizado efetivamente não especifica nenhuma atitude potencialmente poluidora, pois somente repete a norma descrita no artigo 66 do Decreto nº 6514 de 22 de julho de 2008.

A par de tudo que foi dito, é de se dizer ainda que a atividade da impetrante, se paralisada, sem o fundamento legal razoável, sofreria irreparável prejuízo financeiro, e não honraria seus compromissos, e ainda refletia sobre atividade turística dos habitantes da Ilha, reconhecidamente como Patrimônio da Humanidade pela UNESCO.

Em Juízo perfunctório, visto e revisto, decido pela CONCESSÃO DA LIMINAR na forma requerida.

Notifique a autoridade coatora para que no prazo de 10 dias preste as informações que julgar necessárias. Intime-se o Ministério público.

Oficie-se. Cumpra-se. Recife, 04 de fevereiro de 2009.

Como vimos, o objeto da ação mandamental era o de estabelecer o exercício de uma atividade de transportes marítimos habitualmente contratada e fiscalizada pelos órgãos competentes, que para isto se movem dentro do termo-limite legal e lícito, a que o Arquipélago tem sua correspondente subsistência na área turística.

Disse que é termo e limite de fiscalização, porquanto a sociedade que ali vive em trânsito percorre os estreitos caminhos do proibir e o do que é proibido.

Como exemplo, trazemos algumas proibições que devem ser observadas com vigilância administrativa e judicial:

1. pescar ou praticar caça submarina e portar materiais próprios para estas atividades;
2. introduzir animais e plantas; abater, capturar, perseguir e alimentar animais;
3. alterar a vegetação e coletar sementes, raízes e frutos; coletar conchas, corais, pedras, animais vivos e partes de organismos;
4. mergulhar nas piscinas naturais da baía dos porcos; descer e mergulhar nas piscinas do Buraco da Raquel e da ponta das Caracas;
5. visitar a praia do Leão e a baía do Sancho, de janeiro a julho, no horário das 18 às 6h, devido às desovas de tartarugas marinhas (araúnas);
6. nadar e mergulhar com os golfinhos, mesmo fora da baía, e parar embarcações nas imediações da baía dos golfinhos;
7. parar embarcações, com exceção da parada para banho na baía do Sancho;
8. jogar lixo, ponta de cigarros e outros detritos;
9. visitar ilhas, ilhotas e rochedos;
10. acampar, pernoitar e fazer fogo na ilha principal;
11. visitar todas as áreas de uso restrito, sem autorização;
12. caminhar sobre os arrecifes das praias de Atalaia e Leão e da baía Sueste;
13. escrever ou pichar em árvores, rochas ou placas;
14. usar nadadeiras, tênis, protetor solar e similares na praia de Atalaia;
15. acesso de embarcações e veículos não credenciados;
16. praticar mergulho autônomo sem ser através de empresas credenciadas.



As trilhas também são bem definidas na área do Parque Nacional Marinho de Fernando De Noronha – PARNAMAR, que é formado por dois terços da ilha principal.

Afinal, o que é o distrito estadual de Fernando de Noronha?

Pelo decreto nº 96693/1988, com área de 11.270 hectares, perímetro de 60 quilômetros, clima tropical quente, andando as temperaturas com a média anual de 26° C; a temperatura máxima absoluta de 32° C e a mínima absoluta de 28° C.

O Arquipélago recebeu o título de sítio do “Patrimônio Mundial Natural”, entregue em 27/12/2002, ao governador de Pernambuco.

É evidente, pelas condições ambientais, que Fernando de Noronha é objeto de atração de ambientalistas do mundo inteiro e de organizações preservacionistas que se imbricam, envolvidos na luta em defesa da natureza.

Em sua geologia, diria que o Arquipélago foi formado por processos vulcânicos relativamente recentes, e faz parte de uma coluna dorsal de pico medianamente no atlântico se alargando até o ártico, numa extensão de 15000 quilômetros, ficando a uma distância de 345 quilômetros da costa do Rio Grande do Norte.

Situando historicamente os problemas do mundo, saudável para melhor compreensão, colocar o pensamento do professor Paulo Bonavides, em sua obra DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL, quando diz:

Do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas, que se desenrolam debaixo de nossas vistas e que estalaram durante

as últimas décadas. Uma é a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade.

Se as duas primeiras tiveram como palco o chamado Primeiro mundo, a terceira e a quarta têm por cenário mais vasto para definir a importância e a profundidade de seus efeitos libertários aquelas faixas continentais onde demoram os povos subdesenvolvidos.

Aí, o atraso, a fome, a doença, o desemprego, a indigência, o analfabetismo, o medo, a insegurança e o sofrimento acometem milhões de pessoas, vítimas da violência social e das opressões do neocolonialismo capitalista, bem como da corrupção dos poderes públicos. Impetram essas massas e esses povos uma solução dirigida tanto à sobrevivência como à qualidade da vida digna. (2004, p.29)

Já falei da dimensão humana do Direito ambiental, agora falo da dimensão ecológica de tal direito. Sabe-se que o direito tem como o seu núcleo central o Sujeito de Direito, também não pode ser diferente o direito ambiental. Sabe-se que se reconhecem direitos a seres não humanos, garantindo-lhes uma proteção jurídica.

O decreto-lei nº 24.645, de julho de 1934 diz:

Art. 1. Todos os animais existentes no País são tutelados pelo Estado.

Art. 2. Aquele que, em lugar público ou privado, aplicar ou fizer aplicar mais-tratos aos animais, incorrerá em multa de Cr\$. e na pena de prisão celular de 2 a 15 dias, quer o delinquente seja ou não o respectivo proprietário, sem prejuízo da ação civil que possa caber...

Parágr. 3. Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais.



Importante, nesta sequência, é falar sobre o direito econômico, como é curial a determinação econômica na sociedade é flagrante e, sem dúvida, há repercussões significativas no direito ambiental, é o que está colocado de forma pragmática no artigo 170 da Constituição Federal Brasileira, que reza:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

O desenvolvimento sustentável tem uma natureza exemplar, que é conciliatória para a conservação dos recursos ambientais com o desenvolvimento econômico. É nessa vertente que as condições humanas de milhões e milhões de pessoas devem ser garantidas com o trabalho digno e respeitado, mantendo obtenção de recursos necessários conjugado com a proteção do meio ambiente.

Como se viu no início deste trabalho, em que discorri sobre o Arquipélago de Fernando de Noronha, ali tenta se manter a atividade econômica no setor hoteleiro e de navegação marítima, evitando a degradação ambiental.

O respeito ao meio ambiente se traduz também como proteção econômica, o que me faz lembrar o parágrafo primeiro do artigo 1288 do Código Civil:

Art. 1.288 (...)

§ 1º – O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O eminente professor Doutor Vasco Pereira da Silva, com sua veracidade e proficiência de magnitude impar, admitiu adotar o nome do texto proposto pelos organizadores de uma conferência do meio-ambiente que tomou o significativo título de “VENTOS DE MUDANÇA NO DIREITO DO AMBIENTE – A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL”, e como disse, aceitou o título sem pestanejar, afirmando peremptoriamente “cai-me bem”.

Discorrendo sobre assunto tão palpitante, o eminente professor coloca a matéria tratada com uma situação presente do direito do ambiente, em que “sopram ventos” e “esses ventos trazem mudanças.”

Relacionando os fatos como descritos, em primeiro lugar ele fala nos ventos em sentido físico, dando o exemplo da inquietação da natureza com todas as alterações climáticas. Verdade é que se sabe com atualidade que os furacões continuam impertinentes na costa americana, colocando em desafios o direito do ambiente e as suas repercussões de natureza jurídica. Assim discorre o autor:

“a) ventos, em sentido físico, que sopram de maneira diferente do habitual, em razão das alterações climáticas. Ainda na semana passada, no Brasil, onde estive a fazer uma palestra, toda a gente comentava o inesperado vento, surgido de repente, o que dava também origem a pequenas excursões familiares, com os pais a passear os filhos pela mão, a fim de lhes mostrar a força da Natureza. Ventos, marés, frio, calor – hoje em dia, parece que todos os elementos naturais surgem “fora” de tempo ou de espaço, tornando evidentes aos olhos de todos a questão das alterações climáticas e colocando novos desafios ao Direito do Ambiente.”



Em segundo plano, o professor, tecendo considerações sobre os ventos jurídicos que passam pela Europa, pôs relevância ao direito europeu do ambiente com o sentido teleológico de criar regras e um tratamento de aproximação diante dos países da união. Diz ele:

“b) ventos jurídicos, que correm da Europa, e que obrigam a considerar seriamente os fenômenos ambientais, pois, em boa verdade, decisiva tem sido a importância do Direito Europeu do Ambiente, tanto para a criação de um corpo autônomo de regras comuns como para a aproximação do tratamento das questões ambientais nos diferentes países da União. Basta referir que considerável parte dos diplomas legislativos portugueses em matéria ambiental têm origem européia;”

Finalmente o douto faz considerações sobre os ventos portugueses, referindo-se a uma interessante produção legislativa recente e lembra a lei-quadro das contra-ordenações ambientais, os regimes jurídicos do licenciamento ou da REN (Reserva Ecológica Nacional) ou a nova lei de responsabilidade civil ambiental, que dá motivos às suas reflexões (DL N° 147/2008, de 29 de junho). Transcrevo abaixo:

c) ventos portugueses, que significam que as questões ambientais comecem a ser “levadas a sério”, tão entre nós. Veja-se a produção legislativa mais recente (que, de resto, está na origem deste colóquio), desde a lei-quadro das contra-ordenações ambientais, às alterações dos regimes jurídicos do licenciamento ou da REN, ou à nova lei de responsabilidade civil ambiental que motiva estas minhas breves reflexões (DL n° 147/2008, de 29 de junho).

O mestre enaltece o surgimento desta norma que estabelece o novo regime de responsabilidade civil ambiental, e diz com veemência que significa isto estarmos em dia de festa, porquanto tal diploma jurídico procura dar respostas a grande parte dos problemas.

Elenca ele, com otimismo, a resolução do problema de falta de unidade legislativa, a criação de um regime jurídico próprio e específico da responsabilidade civil ambiental.

Em seu texto, o professor enaltece estes acontecimentos com as seguintes considerações:

a) a necessidade de valorização tanto da responsabilidade civil subjectiva como da objectiva (pelo risco, por actos lícitos ou pelo prejuízo). Posto que, neste domínio, a existência de um dano ao ambiente tanto pode ser provocada por factos ilícitos como corresponder ao risco do funcionamento de uma empresa ou de exercício de uma actividade económica, da mesma maneira como pode ainda corresponder a actuações lícitas ou autorizadas mas, não obstante, nocivas;

b) a necessidade de adoptar (na responsabilidade civil subjectiva) uma noção objectivada de culpa. Na medida em que tão ou mais importante do que proceder apenas a juízos de natureza ética ou de reprovabilidade social, é antes a possibilidade de imputação de condutas humanas danosas do ambiente ao respectivo autor;

c) a necessidade de distinguir o dano subjectivo (também chamado dano ambiental), que é susceptível de individualização em face dos titulares de direitos subjectivos, do dano objectivo (também chamado dano ecológico), que é produzido relativamente a toda a comunidade;

d) a necessidade de ter em atenção que os danos ao ambiente apresentam em regra uma multiplicidade de causas, normalmente em concurso, o que obriga a adaptar uma teoria da causalidade “ambientalmente adequada”. De facto, <<só muito raramente é possível identificar uma única causa geradora de um dano ambiental, verificando-se antes, em regra, um “concurso” de causas>>, da mesma maneira como <<os factos causadores da lesão ambiental tanto podem agir isoladamente, como conjugados, ou até em colisão com outros factos; para além de poderem ainda depender de circunstâncias “externas”, como as condições meteorológicas do momento, ou a propagação através da águas (v.g. tenha-se presente o caso das florestas atingidas por chuvas ácidas, ou dos incêndios na Indonésia, potenciados

por realidades climatéricas – como o “El Niño” – situadas a grande distância)>>. Daí a necessidade de estabelecimento de “presunções de causalidade”, como sucede no <<direito alemão, que consagra uma cláusula geral de “presunção de causalidade” (“Ursachenvermutung” – vide o parágrafo 6º da “Umwelthaftungsgesetz”), segundo a qual, “sempre que uma empresa estiver, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, em condições de provocar os danos verificados, presume-se que tais danos foram por ela causados”>>; ou em alternativa a <<consideração da necessidade <<de uma certa flexibilidade (souplesse)>> na aplicação das regras da causalidade, designadamente recorrendo às <<regras da probabilidade>> (GILLES MARTIN). Ora, quer a “flexibilização” das regras de causalidade quer a adção de “presunções de causalidade”, <<implica a atribuição de amplos poderes de decisão ao juiz, a quem compete verificar a aptidão dos factos para a produção dos danos, em razão de circunstâncias como a da situação da empresa, a do seu modo de funcionamento, a das condições meteorológicas existentes, entre outros critérios>>.

Objetivando estruturar aquela decisão de forma doutrinária e didática, digo que a investigação técnica efetuada é amalgamada por vários princípios, devendo se reconhecer que o que mais relevância teve na fundamentação foi o da proporcionalidade, que deverei me aventurar a falar no mesmo mais à frente.

Ressalta-se a presença da preocupação no princípio da precaução, que teve sua evidência a ser acrescentada pelo Tratado de Maastrich aos aqueles já existentes, com relativas hesitações, mas atualmente ele está potencialmente considerado promissor no direito do ambiente.

Por força desse princípio, as emissões de poluição potencialmente poluentes devem ser reduzidas, mesmo quando não haja prova científica evidente donexo causal entre as emissões e seus efeitos.

É verdade que este princípio funciona como uma espécie do princípio “in dubio pró ambiente”. Isto significa que na dúvida sobre a peri-

gositade de uma certa atividade para o ambiente, decide-se em favor do ambiente e contra o potencial poluidor, significando isto que a prova da inocuidade de uma ação em relação ao ambiente é transferida do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor. Enfim, por força do princípio de precaução, o potencial poluidor tem a obrigação e o ônus da prova de que o acidente ecológico não vai ocorrer e de que tomou medidas de precaução efetivas.

Na verdade o princípio de precaução distingue-se, portanto, do da prevenção, por exigir uma proteção antecipatória do ambiente, ainda em anterioridade.

No caso sub-júdice, as provas dos documentos necessários administrativos provenientes do poder executivo não demonstraram verticalidade e presteza para aquilatar os apanágios do direito, qual seja, a certeza e a segurança, sobretudo numa questão de direito ambiental, matéria constitucional que atualmente prestigia, de forma singular, a proteção da natureza.

Naturalmente, tenho a dizer que a decisão liminar foi fundamentada em princípios administrativos, assim, evidentemente, são os postulados fundamentais que inspiram a administração pública. Os agentes públicos são aqueles com poderes para exercer a função pública e são integrantes dos órgãos públicos, sendo sua vontade personificada na pessoa jurídica. A trilogia fundamental do perfil da administração distribui-se em órgãos, agentes e funções.

Efetivamente, é bom sempre lembrar que a doutrina moderna enfoca o fenômeno da interpretação dando configuração às normas jurídicas.

Também esclarecer a densidade dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, evidenciando-se que tais normas são operadas disjuntivamente.

O princípio da razoabilidade é a qualidade do que é razoável, como se diz, aquilo que se situa dentro de limites aceitos. Certo é que se atuar fora desses poderes, algum vício estará, sem dúvida, de encontro à administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup> salienta seu princípio da razoabilidade revestindo a sua fundamentação nos princípios de legalidade e finalidade, não podendo o controle judicial invadir a seara administrativa, pois tal invasão tem sido hostilizada pelo judiciários em virtude do princípio da separação dos poderes, consignado no artigo 2 da Lei maior, que finalmente enfatiza que “tal não ocorre porque a sobredita liberdade é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas.”, ditando que uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela Lei. Logo, é ilegal; é desbordante dos limites nela admitidos.

Considero um instituto ancestral do direito anglo-saxão o princípio da razoabilidade, ligado geneticamente à garantia do devido processo legal. Sem dúvida, a origem desse instituto, que considero fundamento e matriz, remonta à cláusula *Law of de Land, inscrita na Magna Charta, de 1215*, cujo documento histórico é reconhecidamente um dos grandes monumentos estruturais e construtivistas do constitucionalismo.

Na atualidade, foi adotado com consagração máxima, no texto positivo que se deu através das emendas 5ª e 14ª da constituição americana. A 5ª estabeleceu que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”. Tal preceito vinculava apenas o governo federal. A emenda 14, aprovada em 21/07/1868, após a guerra civil americana, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal.”

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 66-67)

A expressiva cláusula *due process of Law* (devido processo legal) veio a se tornar uma das singulares fontes da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos dois séculos.

Tal princípio, sem dúvida, pontifica duas grandes fases: uma de caráter estritamente processual (*substantive due process*), tornando-se um fundamento criativo do exercício da jurisdição constitucional. É necessário lembrar que tal fundamento vem ao lado do princípio da igualdade perante a lei, como versão substantiva importante em defesa dos direitos individuais, no controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental. É bom frisar neste momento, que por meio deste instrumento, se procede o exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas e dos atos do poder público em geral.

Nesta oportunidade lembro, lendo o jurista americano *Ronald Dworkin*, que em sua teoria do Direito sustenta que os argumentos jurídicos adequados repousam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor, numa determinada circunstância e comunidade. Esta teoria da argumentação jurídica aspira uma teoria da justiça, consagrando a todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas, que efetivamente devem basear-se na idéia de que todos da comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente de suas condições particulares, devendo serem tratados em todos os aspectos com igual consideração e respeito, independentes das condições sociais, econômicas, crenças e estilos de vida.

É bom lembrar o transcrito na obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, de Luiz Roberto Barroso:

O desenvolvimento e a afirmação do substantive due process marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da cons-



tucionalidade das lei, em 1803, com *Marbury VS. Madison*. E que através desse fundamento – o do devido processo legal – abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Embora se traduza na idéia de justiça, da razoabilidade, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o Justice Harlan, da Suprema Corte:

‘Devido processo’ não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada’.

De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade. (2009, p. 226)

Surge-me à memória que o estadista Thomas Jefferson, em uma reflexão aprofundada que toda a lei contraria a liberdade do homem

Sobre o princípio da proporcionalidade, que se encontra ainda em evolução, deve-se admitir agasalhar ele um consenso em casos tais, em alguns ordenamentos jurídicos, e pode-se observar que tem franca semelhança com o princípio da razoabilidade, tendo ambos em comum o poder de exercer o controle sobre os atos dos demais poderes.

O princípio de razoabilidade tem como origem e se desenvolve numa elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, e o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, espalhando-se para o amplexo do direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus.

Contudo pergunta-se: qual o fundamento do princípio da proporcionalidade? Devo dizer que é proveniente do eventual excesso de poder, e tem um sentido teleológico de conter os atos, decisões e condutas de agentes públicos que extravasam os adequados limites.

Enseja-se dizer que a administração pública deve agir com equilíbrio, sem excesso e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

A doutrina alemã enquadra algumas condutas para que se realize efetivamente o princípio da proporcionalidade, elencando as seguintes situações:

1 – adequação; significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado.

2 – exigibilidade; porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso e oneroso para alcançar o fim público, ou seja o meio escolhido é o que causa menor prejuízo possível para os indivíduos.

3 – proporcionalidade em sentido estrito; guarda as vantagens a serem conquistadas, superando as desvantagens.

Fazendo um caminho perfunctório histórico do direito ambiental, dizemos que após 488 anos da chegada dos nossos patrícios portugueses, a riqueza natural relatada por Pero Vaz de Caminha foi reconhecida pela constituição brasileira em 1988, dentro da abordagem dada pelo escriba português “Terra e Arvoredos”.

De Colônia a Império, de Império a República, após golpe de Estado e alguma lassidão democrática, a natureza passou a ter visibilidade dentro de uma consciência ecológica nunca vista.

Num passo a passo histórico, diríamos de início, com D. Pedro I, de 1824, ocorreram a abolição da escravidão e a incorporação dos direitos fundamentais.

Antes, a sociedade não evoluía nestes termos, e não se tocava, de forma efetiva, nas questões ecológicas como foco de importante assunto.

Eis que em 1981, com a promulgação da lei nº 6938/81, (Lei da Política do Meio-Ambiente), surgiu uma energia fundamental para um incremento de um paradigma jurídico e econômico, que de forma holística desse tratamento especial às necessidades ecológicas que finalmente receberam acolhimento expressivo na constituição de 1988.

Foi um grande passo para a época, de completa transformação do planeta.

Seguidamente, veio a lei nº 7.347/85, disciplinando a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente.

É bom lembrar que a constituição federal de 1988 tipifica, em seu título VIII, no capítulo VI, do meio-ambiente, e o art. 225, caput, o seguinte:

Todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, incorporando-se o poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sucedem que surgiu a lei dos crimes ambientais (lei nº 9.605/98) e, conseqüentemente, transformações profundas nas tipificações penais, e condutas que anteriormente capituladas como contravenções penais, tornaram-se crimes contra o meio-ambiente.

Enfim conclui-se com a existência do direito ambiental brasileiro, que segundo o tratadista *Edis Milaré* (2001. p. 109) “é o complexo de princípios de normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sociedade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”<sup>2</sup>.

Tal direito é tratado como um ramo do direito difuso, também chamado de 3ª geração.

Explica-se ser difuso e de terceira geração, porquanto os interesses por ele defendidos não pertencem ou não coincidem com aqueles interesses públicos (DIREITO PÚBLICO), nem com o interesse privado (DIREITO PRIVADO). Eis que os interesses difusos não têm a guarda e tampouco pertencem a um titular exclusivo sendo, portanto, de toda a coletividade e, evidentemente, de cada um de seus membros.

Assim, consagra-se a trans-individualidade e indivisibilidade com titulares indeterminados e naturalmente por circunstâncias interligadas.

A trans-individualidade ocorre porque transcende o indivíduo, transpassando os limites do interesse individual.

Essas características especiais ocorrem porquanto não situamos quais os indivíduos são afetados, por isso é também um direito indivisível, portanto, seu objeto a todos pertence.

Sobre o objeto do direito ambiental, podemos dizer que temos razões de afirmar que este se divide na fixação do bem protegido (vida), com outras formas pragmáticas de utilização dos recursos globalizantes.

---

2 MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## 2 Modelos constitucionais ambientais

Quando se fala na constitucionalização de um bem ou valor, sobretudo em momentos de transformação política, é conveniente entender que esse processo não é, de forma alguma, aleatório. Na verdade, levando-se em conta um estudo comparado de regimes de proteção constitucional do meio-ambiente, é de se verificar as seguintes características:

I – a compreensão sistêmica (= orgânica e holística) é adotada, sendo o tratamento das questões, determinadas juridicamente das partes a partir do todo. O grande Pontes de Miranda, em contexto diverso, comentava ser possível sustentar, que nesses contextos constitucionais, “não se veio do múltiplo para a unidade. Vai-se da unidade para o múltiplo”<sup>3</sup>; o holismo é a teoria segundo o qual o todo é maior que a soma das partes. É um termo francês (holisme) mais usado na Inglaterra e na América.

II – evidencia-se também um compromisso de não tornar pobre a Terra com sua biodiversidade, querendo também alcançar, da melhor forma, as gerações futuras, a sobrevivência das espécies e do lugar onde vivem. Atenham-se a prescrever áreas protegidas, determinam-se o combate efetivo da oposição, protegem-se os biomas e ecossistemas com o efetivo dever de recuperar o ambiente e as melhores condições de vida para o planeta.

III – há de se estimular a atualização e revisão do direito de propriedade, de modo que resulte receptivo ao meio-ambiente, ou seja, a proteção do meio-ambiente restaurando a significativa marca da sustentabilidade. Com isso, é de diminuir o excesso degradador do direito de propriedade, combinando com a ecologização da função social.

3 MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, t.1, São Paulo: Ed. RT, 1967, p. 313.

IV – é de se eleger os processos decisórios transparentes e abertos, com uma comunicação franca e sem ruído, informado pelos sentimentos democráticos estruturados pelo devido processo ambiental. A constitucionalização da disciplina a que tratamos é dependente de uma participação pública e permanente. Nessa seara não cabe os regimes totalitários, autoritários e ditatoriais, e ainda estamos na esperança da implementação de situações mais felizes, do ponto de vista da proteção da natureza.

E por último é de se focar o implemento de instrumentos ágeis de resolução rápida, para evitar que a constituição se transforme em contemplativa, com lassidão e feição retórica. Peremptoriamente, é de se dizer que o Direito Ambiental tem pavor a discurso vazio.

É importante vislumbrar, sob pena de ser faltante, alguns comentários sobre a sociedade de risco:

Cá estamos, no novo milênio, com as mesmas questões e mazelas sociais, conflitos fundamentalistas e o impávido calendário cristão demarcando a sua significativa função, de lembrar a fatia do bolo temporal.

Na obra “A Sociedade do Risco”: *Rumo a nova modernidade (no original Risikogesellschaft: Aufdem Weg in eine andere Modern)*, o sociólogo alemão Ulrich Beck, identificou indícios de uma profunda transformação social.

Fala-se em crise ambiental, acontecimentos ligados à fragilidade no uso da energia atômica, modificações no quadro ideológico das nações.

Certamente os cientistas sociais estão a procurar modelos teóricos para dar conta de tais acontecimentos.

Numa discussão com Danilo Zolo, respondendo a uma indagação deste, Ulrich Beck diz:

“No meu livro *Sociedade do Risco*, que apareceu na Alemanha em 1986, havia proposto a distinção entre uma primeira e uma segunda

modernidade. Havia caracterizado a primeira modernidade nos seguintes termos: uma sociedade estatal e nacional, estruturas coletivas, pleno emprego, rápida industrialização, exploração da natureza não “visível”. O modelo da primeira modernidade – que poderíamos denominar também de simples ou industrial – tem profundas raízes históricas. Afirmou-se na sociedade européia, através de várias revoluções políticas e industriais, a partir do século XVIII. Hoje, no fim do milênio, encontramos-nos diante daquilo que eu chamo “modernização da modernização” ou “segunda modernidade”, ou também “modernidade reflexiva”. Trata-se de um processo no qual são postas em questão, tornando-se objeto de “reflexão”, as assunções fundamentais, as insuficiências e as antinomias da primeira modernidade. E com tudo isso estão vinculados problemas cruciais da política moderna. A modernidade iluminista deve enfrentar o desafio de cinco processos: a globalização, a individualização, o desemprego, o subemprego, a revolução dos gêneros e, last but not least, os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros. Penso que se estão consolidando um novo tipo de capitalismo e um novo estilo de vida, muito diferentes daqueles das fases anteriores do desenvolvimento social. E é por este motivo que necessitamos urgentemente de novos quadros de referência, seja no plano sociológico, seja naquele político.

(Texto disponível na Internet: SWIF (<http://lgxserver.uniba.it>) \_ Web italiano para a Filosofia – Copyrigt 1997-1998)

(Tradução provisória portuguesa de SELVINO JOSÉ ASSMANN – Florianópolis – UFSC – Depto. de Filosofia – julho de 2000.)

Entendo que no estágio de sociedade que nos encontramos, é muito fácil constatar a necessidade de uma atuação preventiva penal, para a repreensão de condutas socialmente indesejadas, e a necessidade da visualização de um “Direito Penal de risco”.

O sociólogo e jurista Boaventura de Sousa Santos, em sua obra *CRÍTICA DA RAZÃO INDOLENTE: CONTRA O DESPERDÍCIO DE EXPERIÊNCIA*, sobre esse aspecto diz o seguinte:

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a do bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projectos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência desses excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catástrofe. (2007, p. 39)

Ulrich Beck é peremptório em afirmar que os riscos funcionam com um efeito *boomerang*, pois reproduzem situações de perigo social e quase sempre afetam aqueles que os produzem e se beneficiam deles.

O desafio, em momento de crise, direciona-se efetivamente para o enfrentamento das forças de permanência e transformação, não somente para compreendê-las, como também, e sem nenhuma dúvida, tomar comando prudente.

Quem tem medo das transformações, geralmente, representa a permanência que objetiva, até sem tal consciência, a manutenção de privilégios, massificando domínio sobre pessoas, oprimindo-as e desumanizando-as.

Falo aqui daquilo que se passou a chamar de globalização, monstro desfigurado, sem rosto.

De concreto, não sabemos que fenômeno é este e quem, afinal, o materializa como agente transformador.

Certamente, o medo do desconhecido, tenho dito, é o mais cruel.

Para nós, centralizados em estruturas de poder fragilizadas, restam-nos, assim, tão-somente, a perplexidade.

Aqueles que se subordinam espiritualmente ao ato de fé na humanidade e do amor solidário (louvada atitude) proclamam o emblemático gesto de sua despreziosa altivez.

Entretanto, estou certo de que, ingenuamente, não resolveremos os nossos problemas, e o conhecimento para a construção de uma sociedade justa se processará pela mudança interior do homem, necessariamente, e a percepção desmistificada de sua consciência histórica que enfim resultará numa ação sobre o mundo.

Conhecer o passado não há de ser tarefa exclusiva de historiadores, mas também de todos nós que trabalhamos para a melhoria dos serviços públicos.

À globalização, diríamos que as coisas estão acontecendo com muito velocismo, resultando, às vezes, em interpretações apressadas e posturas ideológicas inflexíveis.

Inevitável, porém, afigura-se o “desemprego estrutural” que acompanha este fenômeno.

Por tudo isso, devemos nos informar cada vez mais sobre as características de tais transformações para que não tenhamos medo de encará-las, pois que, o “bonde da história” passa meteoricamente numa dialética visceral e efetiva, como uma moléstia degenerativa fatal.

Em exame profundamente crítico, o professor John Kenneth Galbraith, autor da “Era da Incerteza”, em sua obra *UMA VIAGEM PELO TEMPO ECONÔMICO*, argumenta na sua parte conclusiva:

O futuro decorrerá das conseqüências do conflito entre a autonomia social e econômica de cada país e o apelo econômico e político a uma reunião em uma comunidade maior. E dependerá do resultado da guerra silenciosa – ou, talvez, nem tanto dentre os privilegiados e as classes inferiores.

Ninguém pode hoje dizer como estas questões serão resolvidas: isto está além do alcance dos fatos e dos conhecimentos disponíveis. Por enquanto, temos que nos contentar em identificar os dois conflitos que irão dar formas às nossas vidas nos anos do porvir.(1994, p.184)

Não devemos pensar que o pessimismo é uma doença que permanece presente na mente de articulistas e publicistas desavisados.

Observando-se os comentários de historiadores modernos, a exemplo do co-autor da obra *HISTÓRIA DA VIDA PRIVADA*, Georges Duby, sobretudo em artigo publicado em edição comemorativa dos 25(vinte e cinco) anos da revista *VEJA*, o mesmo emérito mestre diz: *“Claro que o número de bocas a alimentar crescia às vezes depressa demais, e daí os bruscos movimentos regulares que surgiram em tempo: os períodos de fome”*.<sup>4</sup>

Por sua vez, o não menos ilustre professor Paulo Miceli, em sua obra *AS REVOLUÇÕES BURGUESAS*, da coleção *DISCUTINDO A HISTÓRIA*, informa o seguinte dado histórico:

A partir do Século XVI para limpar as cidades e os campos de seus pobres indesejáveis, a sociedade burguesa, que dava os seus primeiros e decisivos passos, encontrou valiosa ajuda. Companheiras inseparáveis de corpos maltratados e desprotegidos, as doenças ajudaram a equili-

4 DUBY, Georges (s/d). Lição de história. In: *Veja, 25 anos reflexões para o futuro*. São Paulo: Editora Abril. 1993.



brar o número de bocas e o alimento escasso, as ofertas de empregos e o número de braços para trabalhos.

A Esperança de vida era pouco superior a vinte anos.(1994, pp. 6-7)

A super-população, a densidade demográfica avassaladora também é um dado muito significativo para o enfrentamento do terceiro milênio.

Olhemos a história com reflexão para evitarmos que se repitam, de forma perversa, os acontecimentos acima lembrados.

Globalizemos nossa boa vontade e repensemos as nossas perspectivas.

Finalizando esta parte, tenho a dizer que assumo uma posição muito cética em relação ao conhecimento do mundo, eis que a mente de cada ser humano não se adéqua à leitura da realidade inteiramente, assim relativizando, de modo intransponível, a percepção dos acontecimentos. E quanto ao ponto de vista dos valores (axiológicos), o ceticismo não consiste em desprezar a justiça nem pelo abandono dos parâmetros éticos, mas serve como imunizador contra a intolerância e o dogmatismo.

Tomei como parâmetros as idéias dos filósofos *Sexto Empírico*, *Pirro de Élis*, *Diógenes Laércio*, que sugerem controvérsias filosóficas, que, para resumir, finalizo como as dificuldades dos quadros genéricos como:

- 1 – variação da percepção entre os animais;
- 2 – variação de percepção dos seres humanos;
- 3 – variação na constituição dos órgãos e dos sentidos;
- 4 – variação das circunstâncias que afetam o sujeito;

- 5 – variação das circunstâncias que afetam o objeto;
- 6 – variação das combinações e misturas;
- 7 – variação entre os seres humanos e o mundo;
- 8 – variação de frequência ou raridade das ocorrências;
- 9 – variação de regras de conduta (modos de vida, “disciplina”), instituições, costumes, leis, crenças míticas e presunções dogmáticas.

Digo que eu sou muito cético ao conhecimento do mundo, posto que, como vimos, a dimensão da compreensão humana se estabelece em contraditórios extravagantes. Quanto ao termo “ceticismo”, transcrevo o que diz o Prof. João Maurício Adeodato em sua obra *ÉTICA E RETÓRICA – PARA UMA TEORIA DOGMÁTICA JURÍDICA*:

O termo “cético” não era usado na Idade Média e reapareceu já depois do Renascimento, traduzido diretamente do grego das obras de Sexto Empírico e Diógenes Laércio. Aulus Gellius, que viveu no século II d. C., parece ter sido o primeiro autor a afirmar que os filósofos pirrônicos eram denominados céticos. O próprio Pírron não é chamado cético por Diógenes Laércio. Etimologicamente, a palavra grega *skeptikoi* não representava qualquer relação com a dúvida propriamente, significando “investigadores”. O que hoje se chama ceticismo era denominado pirronismo, mas, com o sentido para o qual essas palavras evoluíram, pode-se considerar o pirronismo como uma espécie no gênero ceticismo. Os textos de Sexto Empírico foram publicados na Europa em 1562, em latim, e em 1621, em grego. (2002, p. 320)

E ainda diz aquele mestre, na mesma obra:

Em primeiro lugar, de um ponto de vista gnoseológico, o postulado de que um conhecimento preciso do mundo, uma relação inteiramente

adequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível, o que relativiza de modo intransponível a percepção dos mesmos acontecimentos; depois, de um ponto de vista axiológico, o postulado de que o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, mas sim que serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo. (2002, p. 317)

Assim, trato deste assunto da incompreensão humana, porquanto o homem também é natureza, embora seu mundo seja da vontade, da liberação, e da liberdade, as questões ecológicas ressoam também dentro deste parâmetro. E nesse mundo natural, lembro o que disse o filósofo Jean-Paul Sartre, em sua obra *ESBOÇO PARA UMA TEORIA DAS EMOÇÕES*:

(...) Há muito essa noção de mundo se dissipou sob a crítica dos metodologista, e isto precisamente porque não se poderia ao mesmo tempo aplicar os métodos das ciências positivas e esperar que eles conduzam um dia a descobrir o sentido dessa totalidade sintética que chamam mundo. Ora, o homem é um ser do mesmo tipo que o mundo, é mesmo possível, como acredita Heidegger, que as noções de mundo e de “realidade-humana” (Dasein) sejam inseparáveis. Precisamente por isso a psicologia deve resignar-se a não alcançar a realidade-humana, se é que essa realidade humana existe.

Aplicados a um exemplo particular, o estudo das emoções, por exemplo, o que vão produzir os princípios e os métodos do psicólogo? Em primeiro lugar, nosso conhecimento da emoção se acrescentará de fora aos outros conhecimentos sobre o ser psíquico. A emoção se apresentará como uma novidade irreduzível em relação aos fenômenos de atenção, de memória, de percepção etc. de fato, podemos inspecionar esses fenômenos e a noção empírica que fazemos deles de acordo com os psicólogos, girá-los e tornar a girá-los à vontade, e não descobriremos a menor ligação essencial com a emoção. (2012, p. 17-18)

Fato importante para o desenvolvimento de uma consciência universal sobre as questões ambientais foi a conferência de Estocolmo reali-

zada em 1972. Com ela, houve uma consagração da forma de pensar as normas constitucionais e as infra-constitucionais, permitindo um juízo crítico sobre o que acontecia e facultando uma possibilidade de fundamentação numa arquitetura jurídica com a progressiva preocupação em se adotar medidas jurídicas vinculantes para a proteção do ambiente natural e suas últimas conseqüências, tanto no ambiente natural quanto no social, com a avassaladora globalização.

Fazendo um retrospecto sobre o ordenamento jurídico brasileiro e português, verificamos que estes países acataram com imensa recepção o cumprimento das normas internacionais, por serem signatários, é o que vemos no artigo nº 16º/1 da Constituição da República Portuguesa – PRP, e do artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Numa análise mesmo perfunctória daqueles artigos constitucionais, nota-se que o eixo central do pensamento ambiental se debruça numa hermenêutica, e episodicamente com ela vieram em sua esteira temas meta-jurídicos, como: Biodiversidade, Desenvolvimento Sustentável, Bioética, Ecossistema, Alterações Climáticas, Sociedade de Risco e evidentemente outros contextuais. Lembramos que estes países não especificaram um dado que seria fundamental, qual seja, a regra da aplicabilidade das normas constitucionais ambientais e, enfim, qual seria o regime adotado.

Evidente que em tal situação, assumem como bastiões resolutivos, a jurisprudência e a doutrina.

É verdade que tanto a Constituição portuguesa como a brasileira não entoavam, de forma harmônica, a natureza jurídica do direito ambiental. Em algumas situações, são direitos sociais, econômicos e culturais, sendo em outro contexto tratado como autônomo e constitucional.

Certamente é de se observar que as normas constitucionais do ambiente contextualizam conceitos que estão além das questões jurídicas, e como conseqüência possibilitam a exigência de um específico regime jurídico, no âmbito de sua aplicabilidade.

Pelo visto, tais normas, comandos práticos, têm conseqüências na eficácia dos direitos fundamentais, como o direito à vida, à propriedade, à saúde pública, e ao direito social do trabalho.

O conhecimento multidisciplinar do jurista deve ser esperado para uma aplicação justa e conseqüente do direito ambiental.

O artigo 17º da Constituição Portuguesa, ao estabelecer o regime dos direitos e garantias e os de análoga natureza para as normas ambientais, deixa transparecer uma ineficiência ou ineficácia.

Pois bem, como há de se ver, não se tem a compreensão plena o que sejam “direitos de natureza análogas”.

Podemos elencar variados benefícios que a constitucionalização do direito ambiental veio trazer para a ordem jurídica internacional:

1. Primeiro benefício substantivo: estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada;
2. Segundo benefício substantivo: a ecologização da propriedade e da sua função social;
3. Terceiro benefício substantivo: a proteção ambiental como direito fundamental.

### 3 Considerações sobre Regime Jurídico de aplicabilidade das formas constitucionais ambientais

Observando a Constituição da República Portuguesa – CRP, ali estão alocados: na parte I – Direitos e Deveres Fundamentais, Título III – Direitos e Deveres econômicos, sociais e culturais, capítulo II – Direitos e deveres sociais, artigo 66º – Ambiente e qualidade de vida. No amplexo hermenêutico deste artigo, é de se ver que ali se ressalta a abordagem tão-somente na pessoa humana (visão antropocêntrica), estando por fora do contexto os componentes naturais (ecocêntricas).

Numa visão mais aproximada, é de se ver a separação ou a chamada divisão dos direitos fundamentais em direitos, liberdades e garantias (título II da CRP), e vem depois os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais.

Sobre o direito de conservação do ambiente e o artigo 66º da CRP, o professor Jorge Miranda<sup>5</sup> entende ser o direito de conservação do ambiente CRP, art. 66º) um direito fundamental de aplicabilidade análoga aos direitos, liberdades e garantias, mas com limitações ou concretizações dependentes de outros princípios e institutos constitucionais. Se a norma não for exequível por si mesma, como sucede com o art. 52º<sup>3</sup> da CRP, a regra da aplicabilidade imediata constante no art. 18º/1 fica adstrita à edição de medidas legislativas para o cumprimento do dispositivo, independentemente das condições programáticas econômicas e institucionais constantes no art. 9º, alínea “d”, inerentes aos direitos sociais. Por outro lado, o incumprimento pode incidir em inconstitucionalidade por omissão.

A vagueza, dubiedade e omissão, não cabem na aplicação das normas constitucionais ambientais. É verdade que existem, de forma imbr-

5 Miranda, Jorge; Medeiros, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 145

cada ao direito do ambiente, outros direitos que limitam a aplicabilidade por terem a conotação negativa e positiva.

Observando outros aspectos dos direitos, liberdades e garantias, é de ser ver se sua exeqüibilidade funciona por si mesma.

As normas ambientais, algumas vezes, têm uma natureza pragmática, e exigem no ordenamento jurídico brasileiro, alguns remédios constitucionais, como Mandado de Injunção, que se vê abroquelado no artigo 5º, parágrafo primeiro, da constituição Federal do Brasil, e que o professor Gomes Canotilho já considerava como Mandado de Injunção Ecológico.

Fazendo uma análise com o espírito contemplativo e descritivo, dizemos que o ambiente é tido como um dos princípios fundamentais, e tem altivez de direitos fundamentais do Estado, com tarefas a serem protegidas.

Por tudo isso, diríamos que o Estado tem incumbências dirigidas para a proteção dos direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais. No Estado Português, tais obrigações situam em regiões autônomas e autarquias. No nosso Estado brasileiro, ficam na seara da União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

O professor Robert Alexy, em sua obra *TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*, define o Direito Ambiental como o direito fundamental completo, uma vez que entende que tal direito tem superposições de espécies, qualificando-as distintamente, e ainda diz aquele mestre:

que os direitos a ações positivas do Estado impõem a esse a persecução de alguns objetivos, daí por que suscitarem o problema de saber em que medida esses objetivos podem ou devem ser vinculados a

direitos constitucionalmente subjetivos dos cidadãos. Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos prestacionais são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. (2008, p. 443)

Norberto Bobbio, com a lucidez que lhe é peculiar, comentando sobre o Marx e o Estado em sua obra NORBERTO BOBBIO: O FILÓSOFO E A POLÍTICA – ANTOLOGIA, fez a seguinte consideração:

Para Marx, o Estado não é o reino da razão, mas sim da força; não é o reino do bem comum, mas sim do interessa parcial; não tem como finalidade o bem-estar de todos, mas sim dos que detém o poder; não representa o abandono do estado de natureza, mas sua continuação sob outra forma. Ao contrário, o abandono do estado de natureza coincidirá com o fim do Estado. Daí a tendência a caracterizar qualquer Estado como uma ditadura e considerar relevante apenas o problema de quem governa (burguesia e proletariado) e não de como governa. (2003, p. 79)

Sobre a importância do Direito Ecológico, lembramos que o professor Norberto Bobbio proclamou que o mais importante dos direitos sociais e humanos é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente não poluído.

As vertentes fundamentais do Direito Ambiental poderíamos colocar, metodologicamente, como sendo o direito ao meio-ambiente; o direito sobre o meio-ambiente e o direito do meio-ambiente.

As dimensões de tal direito poderiam ser distribuídas como: humana, ecológica e econômica. A humana sobressai-se já com a declaração do professor Bobbio.

Para alocar o assunto com pertinência constitucional, o artigo 225 da Constituição Federal Brasileira, e o artigo 5º, LXXIII, assim proclamam:

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.

Art. 5º LXXIII: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência.

## Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – para uma teoria dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonsoda Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia / organização e apresentação José Fernandes Santillán**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUBY, Georges (s/d). **Lição de história**. In: Veja, 25 anos reflexões para o futuro. São Paulo: Editora Abril. 1993.

GALBRAITH, John Kenneth. **UMA Viagem pelo Tempo Econômico**. São Paulo: Pioneira, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MICELI, Paulo. **As Revoluções Burguesas**. 19. ed. São Paulo: Atual Editora, 1994.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, t. 1. São Paulo: Ed. RT, 1967.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência**. v. 1. São Paulo: Cortez, 2007. p. 39.

SARTRE, Jean-Paul. **Esboço para uma teoria das emoções**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

#### Referência do texto

JAMBO, Alfredo Sérgio Magalhães. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 15-50, jan./jun. 2013.

# As audiências públicas como fator de legitimação democrática das decisões da Justiça estadual brasileira em matéria ambiental: necessidade de um ativismo verde em primeiro grau de jurisdição

## André Reis Lacerda

Juiz de Direito do Estado de Goiás – Diretor do Foro e titular da 1ª Vara Cível, Infância e Juventude de Goianésia. Pós-Graduado em Direito Administrativo (IDAG) e Direito Constitucional (UFG). MBA em Gestão do Poder Judiciário FGV/ESMEG/TJGO. Diretor de Comunicação da ASMEGO – Associação dos Magistrados de Goiás. Coordenador de Cursos de Extensão da ESMEG- Escola da Magistratura de Goiás. Ex- professor da UFG – Cidade de Goiás e Goiânia, FASEM – Faculdade Serra da Mesa, FIMES – Mineiros, professor de Constitucional da UNIEVANGÉLICA – Goianésia. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa – FDUL em Convênio com a ESMape – Escola da Magistratura de Pernambuco.

## SUMÁRIO

Indicações de redação e leitura. Lista de abreviaturas. Introdução. **CAPÍTULO I** – Audiência pública ,pró-natura'. **1.1** Audiência pública: contextualização, conceito e contributos em prol do meio ambiente. **1.2** Audiência pública no contexto dos desafios do meio ambiente. **1.3** Audiência pública, previsão normativa e devido processo legal: referências nacionais e comparadas. **1.4** Audiência pública e democracia no ordenamento jurídico brasileiro. **1.5** Audiência pública judicial e sua procedimentalização. **CAPÍTULO II** – Ativismo judicial e legitimação. **2.1** Judicialização, ativismo Judicial e capacidade institucional do Judiciário. **2.2** Legitimação democrática do Poder Judiciário. **2.2.1.** Instrumentos de legitimação: o exemplo do *amicus curiae*. **2.2.1.1.** Exemplo prático-concreto de de decisão admitindo *amicus curiae* no STF. **2.2.2.** O exemplo das audiências públicas praticadas no STF e a abertura democrático-procedimental. **2.3** Ativismo judicial e democraticidade em

matéria ambiental e na Justiça estadual brasileira. **CAPÍTULO III** – Democracia „verde“.

**3.1.** Direito à informação na defesa do meio ambiente e participação popular com vistas à criação de uma cultura e educação ambientais. **3.2** Audiência pública judicial ambiental: conscientização, participação compromissada e co-responsabilização. **3.3** Papel do Judiciário na efetivação de um Estado de Direito Ambiental Democrático: ativismo verde por meio de audiências públicas. Conclusões. Bibliografia.

## Indicações de redação e leitura

O presente Relatório, apresentado como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa foi redigido consoante os padrões convencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, aos 16 de Dezembro de 1990, por Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Moçambique e, posteriormente, por Timor Leste. No Brasil, o referido Acordo foi devidamente aprovado no Decreto Legislativo nº 54, de 18 de Abril de 1995. Neste sentido, objetiva-se justificar, à guisa de exemplo, algumas diferenças em relação ao uso do hífen, acentuação de palavras, fusão de determinados termos, não utilização de trema, dentre outros.

Importante considerar, em adendo, que o objetivo de citado Acordo trata-se, na verdade, de mera tentativa de homogenização de referências ortográficas nos países que utilizam-se da língua portuguesa como idioma oficial, em função da globalização e também numa tentativa própria de facilitar a comunicação entre os povos. Desta forma, não se descarta a existência própria de diferenças e nuances específicas a cada país que se utiliza da „língua de Camões“. Neste aspecto, optou-se neste relatório por utilizar o padrão brasileiro da língua portuguesa, tanto pelo curso ter sido ministrado na Escola da Magistratura de

Pernambuco – Brasil, quanto por tal opção ter sido devidamente franqueada pelo coordenador professor Doutor Fernando Araújo, quanto pelo professor Doutor regente da matéria própria do mestrado em Direito Constitucional.

Esclareça-se que se optou por elaborar, em separado, lista de abreviaturas para se evitar repetições desnecessárias e não aconselháveis quanto ao significado de siglas utilizadas ao longo do texto. Todas as citações específicas das obras e de autores de referência foram feitas em notas de rodapé, sendo devidamente dispostas segundo critério numérico ascendente.

No que toca à pesquisa bibliográfica, a mesma é composta por monografias, manuais, capítulos e trechos de obras coletivas, artigos científicos de revistas e periódicos físicos e de sítios na rede mundial de computadores. Advirta-se que, em determinados casos extremamente pontuais, foi necessário recurso de citação indireta, haja vista a dificuldade de acesso bibliográfico como ressaltado nas próprias aulas do curso de mestrado. A bibliografia final contém uma referência mais detalhada das obras citadas no texto, incluindo as editoras, referência a tradutor quando se tratar de obra estrangeira, bem como, em relação às coletâneas, indica o título do artigo, inserido na obra em que está inserida, com indicação da página específica na nota de rodapé. Quanto aos sítios eletrônicos referidos, ao final, elaborou-se breve lista com a indicação geral dos endereços sem contar com a data do acesso, vez que podem ter sido consultados mais de uma vez.

#### LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	– Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Cfr.	– Conferir

CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
CONAMA	– Conselho Nacional do Meio Ambiente
CPC	– Código de Processo Civil
CRFB/1988	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP/1976	– Constituição da República Portuguesa
EC	– Emenda Constitucional
IBAMA	– Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis
org.	– organizador
p.	– página
pp.	– páginas
reimp.	– reimpressão
ss.	– seguintes
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
STF	– Supremo Tribunal Federal
trad.	– traduzido
TSE	– Tribunal Superior Eleitoral

## Introdução

Traz inquietação a dúvida sobre se a inclusão de audiências públicas em procedimentos judiciais no Brasil tem se mostrado ainda incipiente, sobretudo tendo em vista que o a matéria só está prevista formalmente e de forma categórica em relação à competência do Supremo Tribunal Federal e considerando-se a necessidade de edificação concreta do Estado Democrático de Direito – que pressupõe a necessidade de participação popular em decisões que lhe são mais caras. E tal constatação toma maior vulto, sobretudo se estiver em causa a matéria ambiental que, com potencial de afetar a cada um dos indivíduos e também reflexamente a toda comunidade difusamente, deve merecer consideração de todos os interessados. Com isto, caberia analisar-se quanto à possibilidade de se criar uma cultura e consciên-

tização coletivas quanto à co-responsabilidade na preservação ambiental. Bem assim, daí defluiu-se a necessidade consequente de se emprestar maior legitimidade às decisões judiciais que envolvam tal matéria e, até mesmo, poderia-se se dizer quanto à pertinência de incentivo a um ,ativismo verde', na medida em que audiências públicas, no âmbito da Justiça Estadual, não estão regulamentadas, mormente no primeiro grau de jurisdição.

A matéria do direito ambiental, por ,natureza', para utilizar-se uma expressão tipicamente ,verde', pode ser considerada complexa. Envolve domínios outros do conhecimento que não apenas o direito como a ecologia, biologia, química, geologia, dentre outros. Tem potencialidade de afetar parcela não necessariamente contável da população presente e futura; colocar em xeque a soberania de muitos países pela característica muitas vezes transfronteiriça, além de envolver uma contraposição com as questões desenvolvimentistas e de infra estrutura dos países face às incertezas científicas dos riscos e danos ambientais. De consequência, decorre a terminologia cunhada após as sucessivas Conferências sobre o meio ambiente e Declarações de Direitos iniciadas em 1972 em Stocolmo até a recente Rio + 20 que, em geral, tiveram como centralidade e basicamente, o ,desenvolvimento sustentável' e o futuro que se quer para o planeta.

Como pode-se perceber, a opção por uma tendência mais preservacionista do meio ambiente com vistas à efetivação de verdadeiro ,Estado do Ambiente' ou mais desenvolvimentista na lógica do Estado Pós providência, dentro do contexto hoje do Estado Democrático de Direito implica, sobretudo, escolhas de ordem política. Tais escolhas, mais do que meras ou tão só opções governamentais, envolvem também a participação de grupos de interesses (agricultores, indústrias, Ong's, partidos políticos, trabalhadores ,sem terras'), seja na elaboração de leis regulamentadoras das matérias pertinentes, como o caso da votação do Código Florestal Brasileiro, seja na implementação de políticas públicas ou políticas de mercado que afetam a todos.

Por outro lado, importante se perquirir sobre a consideração de que a preservação do meio ambiente decorreria eminentemente de um direito ,coletivo‘ e/ou ,difuso‘ de toda a sociedade numa concepção objetivista, colocando em causa a fundamentalidade ínsita aos direitos que devem ser subjetiváveis – ou seja – verdadeiras posições jurídicas de vantagem exercitáveis individualmente – como titulares concretos e presentes. De mais a mais, objeta-se que enxergar a proteção ambiental apenas numa proteção objetivizada ou coletivizável, numa escala quase que interplanetária, beirando a ficção, não tornaria mais dificultosa a sua proteção, na medida do ditado popular ,com o mal dos outros passo eu bem‘? Não haveria a necessidade de uma identificação maior com este direito fundamental que só a participação direta de cada um fomentaria? Nesta perspectiva, este trabalho perquirirá sobre a necessidade de estímulo à participação popular individualizada na busca da preservação ambiental e, conseqüentemente, porque não falar de um Estado de Direito do Ambiente – como somatório das ações individualizadas de defesa do equilíbrio ecológico.

A este propósito, não é novidade que tais matérias ambientais, seja por sua relevância, seja pela luta contínua de grupos de interesse na dicotomia do desenvolvimento econômico e preservação ambiental, corroborados pelo atual estágio que vivemos de ,judicialização da vida‘ ou ,judicialização da política‘ têm ocorrido com frequência aos Tribunais. Nesta medida, cumpre indagar: se as decisões judiciais tomadas em relação a estas matérias ambientais têm cunho ativista? Se sim, quais são os limites e capacidades institucionais dos Tribunais para proferir tais decisões? Entendendo-se pela necessidade de que os juízes tenham uma postura ativista no que tange à matéria ambiental para melhor preservar o meio ambiente, de que forma pode o magistrado contribuir? Convocar audiência pública sem norma amparadora pode ser considerado ativismo? Quanto à temática do meio ambiente, está em causa um direito de cunho subjetivo ou direito do ambiente numa perspectiva

objetivista? Qual das duas perspectivas colabora melhor com uma proteção ambiental mais eficiente do ponto de vista do comprometimento e identificação com o direito fundamental em causa? Como criar mais consciência ambiental? De outro turno, como conformar maior legitimidade às decisões da magistratura nesta temática para que seu cumprimento decorra, não necessariamente da sua força coercitiva ou *self-enforcement power*, mas por uma, cultura ambiental<sup>4</sup> que deve ser disseminada, trocando-se a lógica da imposição pela do assentimento? As audiências públicas, em procedimento judicializável a permitir participação popular direta colaborariam neste sentido? Estas audiências devem limitar-se ao procedimento previsto apenas no âmbito do STF? As audiências públicas compatibilizam-se com a ideia da participação dos, *amici curiae*<sup>5</sup> também restrita ao STF? Pode a participação popular direta, em verdadeiro ,contraditório público<sup>6</sup> ou abertura procedimental e antes das sentenças judiciais em matéria ambiental contribuir para a defesa do meio ambiente ou conscientização de um, Estado Ambiental? São as audiências públicas judiciais ambientais instrumentos idôneos a colaborar com a melhoria da qualidade das decisões? A participação popular em audiência pública judicial ambiental constituiria um ,direito subjetivo<sup>7</sup>? Fazendo um paralelo necessário de Direito comparado, como o ordenamento jurídico português vê a questão da participação popular em procedimentos públicos e mesmo em informação sobre matéria ambiental? Que base normativa mínima portuguesa e/ou internacional pode ser utilizada para o fim de participação e informação popular ora colimados? No Brasil, há previsão constitucional e/ou legal para audiências públicas ambientais utilizáveis pelo Judiciário? Qual a natureza jurídica das audiências públicas ambientais judiciais? As audiências públicas, hoje já utilizadas pelo STF em determinados casos de maior relevância, poderiam ser estendidas também para a Justiça Estadual brasileira (sobretudo de primeiro grau) em franca postura ativista e servindo como fator de legitimação democrática de suas decisões? Haveria necessidade de regulamentação legislativa das audiências públicas utili-

zadas perante a Justiça Estadual Brasileira? Como seria o procedimento mínimo exigível das audiências públicas judiciais ambientais em âmbito estadual? Em que medida a informação ambiental e a possibilidade de participação popular em audiências públicas são instrumentos aptos a possibilitar a formação de cidadãos conscientes que atuem com maior embasamento quando do fornecimento de opções para subsidiar as decisões judiciais? As audiências públicas utilizadas no âmbito do Poder Executivo, por exemplo, na concessão de licenciamentos ambientais não seriam suficientes para este desiderato democrático-participativo? A utilização de tal procedimento contribui para a conformação de um Estado de Direito do Ambiente dito também democrático? Como se vê, várias são perguntas que movem o presente trabalho. Entretanto, a despeito de ainda não se ter todas as respostas e também as mesmas não serem objeto sempre de concórdia, como enxergando algumas pegadas deixadas numa picada aberta em meio à preservada mata verde, se caminhará no encalço das mesmas, entendendo que, neste início de trilha, o mais importante é enxergar o problema, na esperança de que, à saída de razoável percurso, alguns horizontes se descortinem.

## CAPÍTULO I

### Audiência Pública ,pró natura‘

#### **1.1 Audiência pública: contextualização, conceito e contributos em prol do ambiente**

Se o termo ,audiência pública‘, por si só, remete hoje à ideia de procedimento ou instrumento administrativo ou processual dentro de uma concepção do atual Estado Democrático de Direito ,participativo‘, não se pode descurar, em nenhum momento, que a conota-

ção de democracia aqui pensada e se quer esboçar é aquela fundada na participação popular direta – que tem seu prenúncio ou esboço na era clássica em Atenas de decisão dos destinos da *Pólis* na *Ágora*, a praça pública<sup>1</sup>.

Como é curial, guardadas as proporções e ante a complexidade da sociedade moderna, tal ideário se mostra inviável na prática, na medida em que se vislumbra, hodiernamente, a impossibilidade de os cidadãos resolverem todos os seus problemas de forma conjunta e participada a todo o tempo. Entretanto, a despeito desta colocação, não é demais supor que a sociedade como um todo e os cidadãos considerados individualmente, na medida do possível, não se recintam de não poder tomar corpo nas questões que mais afetem seus destinos e contribuir para efetivação e melhoria de um Estado que se encontra em crise<sup>2</sup>.

Com o temário ambiental não poderia ser diferente. ‚Sociedade de risco‘, ‚danos transformeiriços‘, preservação ambiental em cotejo com progresso científico-tecnológico a ensejar um chamado ‚desenvolvimento sustentável‘, são apenas alguns dos vocábulos da atualidade com

- 1 Por notório, a democracia ateniense é a mais popular forma de participação direta dos cidadãos no exercício do poder. Entretanto, mesmo que por óbvio, vale referir que os cidadãos atenienses com possibilidade efetiva de influenciar nos destinos do governo em praça pública eram tão somente os do sexo masculino e maiores de 21 anos, excluindo-se, categoricamente estrangeiros (metecos), mulheres e escravos – o que hoje nos soa uma ideia de democracia limitada ou deturpada. As decisões eram dadas em ‚eklesias‘ (assembléias), sendo que, na realidade, a participação se dava por sorteio e não por voto como geralmente se pressupõe. Posteriormente, já na era moderna, a democracia volta com base em uma ‚soberania popular‘, que se assenta com base em mecanismos de representatividade, sem a participação direta que ora se quer trabalhar. Advirta-se, entretanto, que neste trabalho já se pressupõe tecer considerações apenas sobre o Estado Democrático de Direito hodierno, que comporta já em si instrumentos de participação popular mas que, entretanto, precisam ser melhor trabalhados para o fim de sua concreta efetivação sobretudo em temas de caráter ambiental.
- 2 Tanto assim que, mundo afora, o que se acompanha é o patente déficit de legitimidade de parlamentares em sistemas representativos e inúmeros movimentos populares de contestação face às posturas e políticas públicas tomadas nos governos, à exemplo da crise instalada na Grécia. No que tange à dificuldade de cumprimento de políticas públicas dos governos, as mesmas já podiam ser denunciadas desde a ‚crise do Estado-Providência‘ a teor do que preceitua o professor catédra da Universidade de Lisboa, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Almedina, Coimbra, 1996. páginas 122 e seguintes. Por óbvio, a crise que se quer veicular não chega à afirmação de FORSTHOFF de que o Estado teria ‚morrido‘. E. FORSTHOFF, Der Staat der I, cit, pp. 24 e 25. Apud VASCO PEREIRA DA SILVA, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Almedina, Coimbra, 1996. páginas 124.

que temos que nos deparar, demandando a necessidade de soluções concretas aos problemas ambientais – posto que, no limite, estão por afetar problemas propriamente do homem. Apesar de se entender que hoje a proteção do ambiente é configurada como problema indeclinável do Estado Moderno, demandando mais intervenção e enquadramentos normativos, também se questiona se uma melhor forma de tutela ambiental não perpassa pela busca de participação<sup>3</sup> e colaboração junto à população, numa lógica de que o bem ambiental – de cariz especial e tratando-se de problema novo – demande também respostas novas para se enfrentá-lo. Tais respostas, calcula-se sejam melhor aceitas e cumpridas caso haja acessibilidade e transparência na discussão. Daí, volta-se à tecla da audiência pública como mais um mecanismo para validar coletivamente estas respostas que, pretende-se, sejam tomadas de forma o mais eficiente possível.

Por assim dizer, um conceito singelo de audiências públicas tomada em uma acepção ampla pode ser caracterizado como instrumento procedimental, utilizado para dar amparo a decisões políticas ou legais de forma democrática, fundamentada, transparente e, portanto, com maior legitimidade. Representa fase ou instância na tomada de uma decisão administrativa, legislativa (e também judicial), através da qual a autoridade competente permite que os interessados que tenham potencial de sofrer os influxos da decisão possam colaborar emitindo suas opiniões não vinculativas, mas que devem ser levadas em conta antes da decisão final<sup>4</sup>. Nesta medida, também pode-se arriscar uma natureza jurídica das audiências públicas como: procedimento<sup>5</sup> de contraditório público predecisionais.

3 Para um melhor entendimento Cfr SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Almedina, Lisboa, 2002.p. 27.

4 Cfr. Poder Ciudadano. *Manejando conflictos y mejorando la transparencia através de la participación ciudadana: El caso del Puente la Serna en Argentina*. Disponível no sítio [www.poderciudadano.org.ar/prog05E.htm](http://www.poderciudadano.org.ar/prog05E.htm). Acesso em 09.07.2012.

5 Esclareça-se, por oportuno, que a terminologia utilizada como ,procedimento' e como é corrente no âmbito do direito brasileiro designa aqui a noção mesma de ,etapa', ,instrumento' ou ,método' utilizado em um rito próprio abarcado pela decisão judicial. Aqui, portanto, não se desce à especulação de fundo travada entre as teorias dos professores FREITAS DO AMARAL, para quem ,o procedimento é uma modalidade de processo,

A importância das audiências públicas, segundo GORDILLO é material, vez que dão ,sustentação fática à decisão tomada', sendo que, nesta perspectiva, também tornam-se ,mais justas, mais razoáveis, mais transparentes, decorrentes do consenso, participação da opinião pública e, conseqüentemente, democratização do poder'<sup>6</sup>. Ainda segundo o mestre argentino, as audiências públicas podem ser enxergadas sob duas perspectivas: i) ,a primeira representada pela publicidade e transparência próprias do mecanismo, em que pontuam a oralidade, imediação, assistência, registros e publicações dos atos; ii) a segunda, pela própria participação processual e abertura a todos os seguimentos da sociedade'<sup>7</sup>.

Seu fundamento, portanto, finca-se na produção de atos legitimados democraticamente, na medida em que os cidadãos interessados, sentem-se partícipes nas tomadas de decisões públicas, mormente quando em causa temas de conotação ,política', ou seja, que afetem toda a comunidade, como é o caso ora explorado neste ensaio. Na exposição de GOMES CANOTILHO, a participação em audiências públicas pode ainda ,garantir-lhe mais liberdade e autodeterminação'<sup>8</sup>, até mesmo levando-se em consideração uma idéia clássica de Rousseau de que esta autonomia pública advém de uma forma de associação entre as pessoas em que, cada um, unindo-se a um todo, acaba por ,obedecer a si mes-

---

sendo que, o procedimento administrativo é actuado pela Administração Pública, enquanto o processo judicial traduz o exercício da função jurisdicional', sendo que o professor VASCO PEREIRA, enxergando procedimento e processo com funções distintas, daí decorrendo estrutura e funcionalidade também diferentes, entende que ,se é verdade que cada função do Estado corresponde a uma modalidade de procedimento diferente, então, não é o procedimento administrativo que é um processo especial, mas sim o processo que é o procedimento especial da função jurisdicional'. Cfr. SILVA, VASCO PEREIRA DA, *Em busca do Acto Administrativo Perdido*. Coleção Teses. Almedina, Lisboa, 2003. página 368.

6 GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2, página XI - 5.

7 GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho*...Tomo 2, página XI - 7-8.

8 CANOTILHO GOMES, José Joaquim; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. „o indivíduo, ao disfrutar de instrumentos jurídico-políticos possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade“. p. 151 ss.

mo<sup>9</sup>. Deste ponto, pode-se fazer uma inferência no sentido de que as normas e as decisões públicas (porque não incluir aqui também as judiciais) só se tornem legítimas quando o cidadão se sinta parte deste todo ou devidamente considerado em suas aspirações<sup>9</sup>.

No que tange à matéria, tais aspirações confundem-se com os próprios direitos individuais ao ambiente que podem ser invocados por cada um, além da própria necessidade coletiva de vida sustentável para presentes e futuras gerações. Neste sentido, põe-se os primeiros problemas: em que medida as audiências públicas justificam-se na preservação e defesa destes direitos? Qual sua referência legal nacional e de direito comparado, tanto no âmbito administrativo como judicial? Em que implica o caráter democrático deste instrumento? Que efeitos já se poderiam antever? Como se coloca a procedimentalização deste instrumento? Sugerem-se nestes tópicos algumas tentativas de resposta, na ,trilha‘ de um conhecimento esverdeado que ainda é visto como uma ,mata fechada e inexplorada‘ para a maioria de nós.

## 1.2 Audiência pública no contexto dos desafios do meio ambiente

Descabe aqui fazer um tracejo da evolução histórica do direito ambiental ou mesmo um paralelo sobre as nuances de todo o complexo envolvendo o meio ambiente, posto que pressupostos e dada a óbvia limitação deste relatório. Assim, parte-se da premissa já sugerida de nos enquadrar-

9 Vale aqui a referência, que será melhor trabalhada no corpo deste relatório que, por ‘levar em conta as aspirações populares’, no contexto das audiências públicas judiciais, não quer significar, necessariamente que as decisões tenham que ir sempre ao encontro de uma vontade popular manifestada, até mesmo porque as deliberações colhidas em sede de audiências públicas não são vinculativas e há questões técnicas e/ou direitos individuais que também devem ser contemplados. Entretanto, até mesmo por conta da racionalização das decisões judiciais, necessidade de transparência e, sobretudo de ‘legitimidade’ como se quer justificar neste relatório, tais deliberações devem, ao mínimo, ser contempladas na fundamentação das referidas decisões, mesmo que para explicar-se porque estão sendo rechaçadas.

mos em uma ,sociedade de risco<sup>40</sup> e da existência de uma ,crise ambiental<sup>41</sup> em nível mesmo planetário, caracterizada pela crescente escassez de recursos naturais, degradação ambiental decorrente, por exemplo, de práticas poluidoras e exploração predatória que só muito recentemente começaram a ser pensadas e controladas (espera-se, não a destempo), além dos próprios efeitos sentidos nas alterações climáticas (veja-se o aquecimento global e as catástrofes cíclicas como: furacões, *tsunamis*, enchentes, derretimento de calotas polares no ártico, dentre outros).

Tais fatos, relativamente recentes, trouxeram também uma gama de ,direitos novos<sup>42</sup> de incidência, além de individual e local, também coletiva, transindividual, transnacional e porque não dizer, transtemporal (porque afeta também futuras gerações). Acerca destes novos direitos, há uma necessidade constante de se pensar novas formas de proteção legal, conferindo-lhes as necessárias eficácias jurídica e social, aqui numa lógica de efetividade.

A par da vertente até mesmo internacional trazida pelo direito ambiental, em que sua proteção se perfaz mediante protocolos de cooperação, tratados e tribunais internacionais, relações diplomáticas entre Estados soberanos, o modelo que se quer investigar neste breve relatório limitar-se-á somente a uma perspectiva ,local<sup>43</sup>. Assim, ter-se-á como referência as decisões pontuais da base da magistratura mais próxima do cidadão (Justiça estadual de primeiro grau), porque aqui se entende

10 Conforme BECK, a sociedade de risco é marcada por riscos em esfera mundial, de impalpável percepção individual, sendo que *'la muerte actual de los bosques sucede globalmente, y en concreto como consecuencia implícita de la industrialización, con repercusiones sociales y políticas completamente diferentes'*; *riscos hodiernos que ,los riesgos civilizatórios hoy se sustraen a la percepción y más bien residen en la esfera de las fórmulas químico-físicas (por ejemplo, los elementos tóxicos en los alimentos, la amenaza nuclear)'*, sendo *„producto global de la maquinaria del progreso industrial'* BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 2002. p.27-28.

11 Sobre uma caracterização melhor desta denominada ,crise ambiental' cfr. Relatório Brundtland: *The World Commission on Environment and Development. Our common future*. New York: Oxford University, 1987. página 383.

12 Cfr. BOBBIO, em *A era dos Direitos*. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

13 Delimitado o tema, apenas pontual e comparativamente é que se fará referência de dispositivos de realidades internacionais e sobretudo portuguesas, dada a lógica do presente programa de mestrado.

que há a necessidade de buscar instrumentos ,concretos‘ (como as audiências públicas) para se resolver os problemas mais imediatos. Nesta medida, para utilizar-se de uma releitura de um outro ditado popular: ,só com o trabalho de cada andorinha é que se faz versão‘, apenas crendo-se em uma contribuição global a partir de posturas pontuais também por cada indivíduo. Além do mais, sem desconsiderar sua importância<sup>14</sup>, rechaça-se uma perspectiva de caráter eminentemente ,ecocêntrica‘, em que a natureza deveria ser protegida por si só, sem considerar-se uma vantagem real para o homem, pendendo para uma concepção ,antropocêntrica‘, numa lógica utilitarista em que protege-se a natureza, tendo o homem sempre como epicentro de nossas preocupações.

Não obstante estas considerações, ao que supõe o modelo de decisões que comportam o procedimento das audiências públicas, este conforma uma aparente contradição: além de poder servir em decisões paradigmáticas, por exemplo do STF que possam ter influência para toda a nação e até para outros países, podem colaborar para decisões mais racionalizáveis e justificadas do ponto de vista local. Também, por outro ângulo, apesar da visão antropocêntrica de que as decisões tenham que compatibilizar interesses concretos das pessoas contando com sua colaboração, estes interesses também não podem limitar-se a meros ,direitos de vizinhança‘, em que se discutam a possibilidade ou não se cortar o ,pé de manga‘ do quintal (para utilizar uma fruta típica brasileira), mas sim aqueles processos ambientais que afetem potencialmente parcela significativa da comunidade local, de forma a se justificar o instrumento da audiência pública.

14 Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, „de minha perspectiva, é de rejeitar que a visão negacionista, que desconhece a relevância jurídica autónoma dos fenómenos ambientais (tanto do ponto de vista da proteção jurídica subjetiva como da tutela objectiva dos bens naturais), quer o fundamentalismo jurídico e ecológico, que tudo reduz á lógica ambiental, sacrificando os demais valores e interesses em jogo. Pelo que não considero adequadas nem as soluções que ignoram a tutela dos direitos e dos bens animais, nem aquelas outras que, numa espécie de ,franciscanismo jurídico‘, conduzem á personificação das realidades da Natureza, falando em direitos subjetivos das flores, da água, do mar, da floresta, dos animais“. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Verde Cor de...* pp. 25-26.

Por assim dizer, o modelo das audiências públicas, conforme propugnado neste relatório, deve também transgredir matérias muito cozinhas que a jurisdição de primeiro grau – sobretudo nas comarcas de base dos Tribunais está acostumada a lidar. Ou seja, transpor a ,microjustiça‘ com efeitos limitados a partes individuais, para deparar-se com temas transdisciplinares, de relevante repercussão social (ao menos no âmbito local) e, por assim dizer, de alta ,envergadura política‘, como é o caso da matéria ambiental. Neste diapasão, por vezes, adentrar-se-á na seara da judicialização da política e até propriamente do ativismo, considerando-se que as decisões envolverão questões também de ,políticas públicas‘, antes afetas tão somente aos espaços das políticas majoritárias e instâncias representativas (Legislativo e Executivo), possibilitando a jurisdicização de instrumentos capazes de garantir um nível de proteção adequado ao meio ambiente, fortalecendo uma cultura de participação para prevenção e precaução ambientais.

### **1.3 Audiência pública, previsão normativa e devido processo legal: referências nacionais e comparadas**

O procedimento da audiência pública pode ser enxergado sob vários viéses ou campos de aplicação. Mundo afora, as audiências públicas são utilizadas já de há tempos como é o caso dos procedimentos de avaliação de impacto ambiental nos EUA, Canadá, França e Holanda, sendo que, em caso de processo administrativo, surgiram desde 1925 na Áustria, 1958 na Espanha, 1966 no Uruguai, 1972 na Argentina e 1978 Alemanha<sup>15</sup>.

Segundo GORDILLO a idéia central de audiência pública tem bases anglo saxônicas e conforma uma extensão do devido processo legal – numa espécie de contraditório publicizado em questões que sejam real-

<sup>15</sup> Referências com base na obra de Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II.

mente importantes para a comunidade<sup>16</sup>. Aqui se vislumbra uma espécie de devido processo legal coletivo ou *public due process of law*<sup>17</sup>.

Da extensão de uma lógica de devido processo legal em audiências individuais, que perspassam também pelas três esferas de Poder como pode-se citar os exemplos de: pré-requisito para decisões do Executivo em avaliações de impacto ambiental, aprovação de plano diretor em municípios brasileiros pelo Legislativo<sup>17</sup>, até decisões do Supremo em julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Há previsão constitucional e/ou legal para audiências públicas ambientais em que esferas do Estado brasileiro? À guisa de exemplificação, no processo administrativo brasileiro as audiências públicas surgiram com a lei 9784/94, conformando uma competência ,executiva'. Consoante o artigo 32 da lei em questão ,antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo'.

16 Em GORDILLO „A extensão do princípio da audiência individual ao princípio da audiência pública tem suas raízes no direito anglo saxão, fundamentando-se no princípio de justiça natural – o mesmo que nutre a garantia de defesa nos casos particulares e o devido processo legal festejado nos Estados Unidos da América e na própria Argentina. Este princípio, na prática, se traduz que, antes da edição de normas administrativas ou mesmo legislativas de caráter geral, ou de decisões de grande impacto na comunidade, o público deve ser escutado. – p. 02.GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho...*, Tomo II, página XI-2.

17 Cfr. Lei 10.257/01 – Estatuto das Cidades – sobre aprovação de Planos Diretores Democráticos – para um melhor ordenamento territorial dos espaços urbanos. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) A par das legislações já existentes, em sua maioria, aptas à condução de políticas públicas indutoras de um crescimento organizado das cidades, como é o exemplo da lei de parcelamento do solo urbano, a grande inovação do Estatuto da Cidade reside na participação coletiva e democrática dos cidadãos na gestão do planejamento local em cada ente municipal. Hodiernamente, chama a atenção um programa de Estado 'patenteado' pelo Governo de Goiás e que tem sido referência até para outros países. Trata-se do programa ,Cidade Pra Gente', idealizado pela Superintendência de Programas Urbanos da Secretaria das Cidades do Estado de Goiás. A visibilidade de tal política pública tem alcançado até mesmo o plano internacional. Tanto é verdade, que a Universidade da Califórnia, recentemente, premiou os gestores deste programa e criou um curso de gestão urbana voltado para a experiência de Goiás, para que este projeto possa servir de referência para vários outros governos e pano de fundo de inúmeras legislações de outros países. Em termos singelos, o programa em tela destacou-se por reunir quase 100 (cem) Municípios goianos em um só procedimento licitatório, que lhes desse experiência conjunta e suporte técnico para elaborarem concomitantemente os seus Planos Diretores. O programa, inteligente e audacioso, notabilizou-se por conseguir mobilizar parcelas significativas das populações locais destas cidades, num esforço conjunto de exercício de suas 'parcelas de cidadania'. Tal ideário, como é curial, compatibiliza-se perfeitamente com a temática proposta neste trabalho, até mesmo porque o instrumento utilizado para veicular esta participação popular foi justamente 'as audiências públicas'. SEPIN. Superintendência de Estatísticas, Pesquisa e Informação. Disponível em: <http://www.seplan.go.gov.br/sepim/>. Acesso em 30.08.2012.

No que tange mais especificamente a uma competência executiva ambiental, o CONAMA baixou a resolução 09/87<sup>18</sup> que preceitua a necessidade de convocação de audiência pública para projetos de obras de grande porte e que tenham potencialidade de causar impacto ambiental. Tão determinante é esta medida, de forma a validar o procedimento como um todo, que o art. 2º da mesma resolução estabelece que, em caso de solicitação da referida audiência por entidade civil, Ministério Público ou cinquenta ou mais cidadãos, e não realização, a licença a ser concedida pelo órgão ambiental competente poderá ser anulada.

Na dicção de CARVALHO FILHO, fazendo referência às audiências públicas de competência do Poder Executivo: ,a audiência pública propicia o debate público e pessoal por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil, considerado o interesse público de ver debatido tema cuja relevância ultrapassa as raias do processo administrativo e alcança a própria coletividade<sup>19</sup>

Com já sugerido, no Brasil também se prestam as audiências públicas a instrumentalizar o exercício da função legislativa, nos termos do art. 58 § 2º II da CRFB/1988, as práticas institucionais do Ministério Público que, por dever de ofício, para representar a sociedade (precisa ouvi-la e utilizar-se de canais como este decorrente propriamente do art. 27 § único IV, de sua lei orgânica (8625/93) e, no que mais importa ao presente trabalho, também está prevista no âmbito do das competências

18 Houve um detalhamento da resolução do CONAMA nº 9/87 publicada em 5/7/90 em que se disciplinou a finalidade, iniciativa, prazos e procedimentos da audiência pública em matéria ambiental. Em que pese a natureza consultiva, o órgão licenciador tem que levar esta audiência em conta, devendo fundamentar adequadamente sua decisão, acolhendo ou rejeitando os argumentos levantados, sob pena de invalidação administrativa ou judicial – Segundo o art. 225 § 1º IV da CRFB para análise de RIMA e também do EIA, quando há troca de informações entre privados e Administração. Assim, caracteriza-se o princípio da informação, que será melhor explicado em tópico próprio, que dá fundamento e colabora para legitimar o procedimento necessário ao licenciamento ambiental, através da participação popular – já que os cidadãos precisam colaborar com dados fáticos e/ou técnicos.

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal (Comentários à lei 9784/99 de 29/01/1999), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.185-186.

do Poder Judiciário segundo o art. 9º § 1º da lei 9868/99<sup>20</sup>, entretanto, como é curial, hoje limitado formalmente aos procedimentos de ações que ocorrem tão só ao STF – a despeito de práticas informais esparsas e não devidamente regulamentadas, como as realizadas, por exemplo, pelo CNJ, Corregedorias Estaduais e por magistrados de forma isolada em plena postura ativista.

A título de comparação, entretanto, no âmbito do direito administrativo em Portugal, são também valiosas as considerações, por exemplo, do professor VASCO PEREIRA que, ao tratar da participação dos cidadãos e legitimidade pela via do procedimento, acaba por entender que ,os privados‘ também precisam ser ouvidos em matérias como de feição ambiental,<sup>21</sup> até como forma de ,controlo e limitação do poder‘. Digna de nota, inclusive, é a consideração de que há esta necessidade diante da ,tensão entre o ideal democrático e a realidade‘.<sup>22</sup>

Detendo-se mais às disposições do direito português, à falta de legislação específica que trate de audiências públicas ambientais em procedimentos judiciais, são mais que pertinentes as detalhadas referências feitas pelo eminente professor supracitado, atendo-se entretanto à órbita administrativa, quanto tece considerações sobre a ,participação dos particulares no procedimento‘.<sup>23</sup>

20 Lei 9868/99 de 11/11/1999 – dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Art.9º § 1º – Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato o de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

21 Citando PAREJO ALFONSO, vale a pena transcrever a passagem constante da obra de fôlego do professor Vasco Pereira da Silva. Cfr. PAREJO ALFONSO, *La Actividad U.y.F. de la A.P. el. P. y los A.A in PAREJO ALFONSO/JIMENES BLANCO/ORTEGA ÁLVAREZ, Manual de Direito Administrativo. p. 353. apud SILVA, Vasco Pereira da. Em busca do acto...*p.400. 'a importância da função participativa do procedimento tem vindo a crescer a par da extensão, da intensidade e da complexidade das tarefas públicas, da intervenção administrativa, por um lado, e da generalização da entrega ou remissão à Administração, pelo legislador, da tomada de posições, por outro lado. Assim, na actualidade, ela desempenha um papel capital em matéria ou sectores da vida de grande sensibilidade, como sejam o ordenamento do território, o urbanismo e o meio ambiente'.

22 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto...*p.401.

23 Por compatibilizar-se com a ideia geral que se quer defender neste singelo ensaio, imprescindível para este tra-

Para uma conferência de uma participação ,popular‘ ou dos ,privados‘ na decisões de uma Administração Democrática sobreleva, portanto, a análise dos artigos 267, nº 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), além dos artigos 7º e 8º do Código de Procedimento Administrativo,<sup>24</sup> sendo que, em uma visão ,subjectivista e garantística‘, pode-se dizer que gozam da ,natureza de um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias‘ conforme os artigos também citados 267º, nº 4 e 17º da CRP.<sup>25</sup>

De mais a mais, apenas à guisa exemplificativa, citar-se-á aqui algumas referências normativas que podem dar embasamento à questão da participação popular em matéria ambiental, quais sejam: o Acto Único Europeu de 1987 que designou à Comunidade Comum Europeia a possibilidade de ,acção comunitária em matéria de ambiente‘, mediante a introdução dos artigos 130ºR, 130ºS e 130º T no Tratado de Roma; mais propriamente em Portugal, aprovou-se a Lei nº 11/87 Lei de Bases do Ambiente; Tratado de Amsterdão, em 1997, que no art. 251º adotou a ,codecisão‘ como procedimento de deliberação institucional normal em matéria de ambiente.<sup>26</sup>

Portanto, tem-se que apesar de previsões gerais para convocação de audiências públicas ou outros instrumentos de legitimação popular no âmbito administrativo português, não há uma regulamentação neste sentido para o procedimento judicial como aqui se quer trabalhar. Daí

---

balho também é a colocação do renomado Professor Doutor da Universidade de Lisboa de que a participação dos particulares no procedimento acaba por ser ,destinada primacialmente à proteção jurídica de interesses individuais, típica de um Estado de Direito, com os interesses de uma Administração Pública democrática, cujas decisões devem ser legitimadas também pela intervenção dos privados que são por elas afetados‘. SILVA, Vasco Pereira. *Em busca do acto...*p.424.

24 Segundo o professor Vasco e adotando-se neste trabalho a posição subjectivista o artigo 8º do Código de Procedimento Administrativo é auto-explicativo ao preceituar: ,os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações quem tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito‘. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto...*p.424 – Nota 1.

25 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto...*p.424.

26 CANOTILHO GOMES, José Joaquim; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental...*p.41-43.

a inovação no tema, considerando-se que, mesmo no Brasil, tal previsão somente é aferível ante decisões do Supremo Tribunal Federal e, como o desiderato é colaborar para a efetivação de um ‚Estado do Ambiente‘ não se pode restringir estes mecanismos de participação e conscientização popular apenas às questões ambientais que cheguem a ser decididas pelo órgão de cúpula do Judiciário. Assim, mormente porque, apesar da recente divulgação e repercussão das decisões do STF para toda a nação, a efetiva participação pública ainda se mostra incipiente e limitada.

## **1.4 Audiência pública e democracia no ordenamento jurídico brasileiro**

Como é curial, vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, ao menos ao nível formalizado e consoante as predisposições da CRFB/88. De inferência quase que óbvia, o estágio denominado ‚Estado Democrático‘ abarca uma idéia de organização estatal em compatibilidade com os anseios da sociedade civil para além do mero ‚Estado de Direito‘ – numa acepção aqui encarada de forma simplista e generalizante quanto a este último conceito, como de atividades dos governantes limitada por enquadramento legislativo devidamente votado por assembléia representativa e de acordo com método adequado de legitimação<sup>27</sup>.

---

27 Importa aqui sublinhar que não cabe neste relatório fazer digressões acerca dos estágios ‚evolutivos‘ de regimes de Governo, em verdadeira análise que caberia mais á um capítulo histórico sobre Estado Absolutista, Estado de Polícia, Estado Liberal, Estado Social de Direito e suas respectivas peculiaridades, vez que já se parte da premissa do atual Estado Democrático hoje vigente no Brasil. Daí que a acepção encarada para Estado de Direito acaba por abarcar o sentido não só de limitação dos governantes, mas também de sistema representativo legitimado. Mais detalhado e sofisticado é o entendimento do Estado Democrático que prenuncia o povo realmente como titular do Poder Constituinte originário e, mesmo que sob um sistema representativo, pressupondo a possibilidade de participação popular em vários momentos.

Parte-se então da premissa do referido Estado Democrático, sobrelevando a ideia de democracia ínsita a este conceito tem a ver com a possibilidade de os cidadãos escolherem, de forma livre, seus representantes para atuar em seu nome (democracia representativa), a despeito de a Constituição deixar já consignada formalmente a existência de mecanismos próprios de participação popular. A este passo, vislumbra-se que um dos propósitos que se pretende viabilizar com o temário deste trabalho – seja a efetivação, não do intitulado Estado ‚Democrático‘ de Direito, mas mais propriamente do que BONAVIDES<sup>28</sup> chama de um Estado Democrático ‚Participativo‘ de Direito e, para tanto, as audiências públicas podem representar importante instrumento de conexão direta do povo com o conteúdo das decisões/ políticas públicas que lhes afeta.

A participação popular nas audiências em comento, analisadas de forma geral, permite que a comunidade opine<sup>29</sup> sobre os temas de seu interesse, resistindo ao ranço de viés autoritário a que o país estava acostumado, além de retirar-se a pecha de hermetismo e burocracia ainda muito presente aos órgãos estatais, seja de qualquer Poder da República. Por outro lado, como é intuitivo, o simples fato de delegar-se aos representantes eleitos de forma majoritária a possibilidade de se confeccionarem leis em seu nome, não autoriza a inferência de que estas estejam sempre em compatibilidade com os anseios do povo ou com as promessas constitucionais.

28 “Um dos pressupostos da Constituição, incorporando à ordem democrática uma ideia de uma democracia de novo tipo, não assentada exclusivamente em fórmulas de representação política, mas agrega a estas instrumentos que repercutam a ideia de participação popular direta em todas as formas de atuação da atividade estatal também aqui incluindo-se o Estado-juiz”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3ª edição, Malheiros, São Paulo, 2008. página 8 e ss.

29 Advirta-se que deste tema podem decorrer vários desdobramentos jurídico-filosóficos que refogem ao conteúdo central deste relatório, entretanto, merecem breve referência como as imbricações envolvendo comunicação, sociedade civil e democracia descritas em HABERMAS, à exemplo de sua caracterização sobre o que seja ‘esfera pública’ em um contexto de deliberação: ‘a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos’. HABERMAS, Jürgen. ***Direito e Democracia: entre facticidade e validade***. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 92.

Em adendo, transpondo-se a questão agora para o Judiciário, além do próprio crivo obtido com a judicialização das questões, com as especificidades dos casos concretos, pode-se, de forma democrático-participativa, ser trazidos novos elementos fáticos e argumentos técnicos ou não. Este conteúdo adicional colhido junto à sociedade de forma deliberativa<sup>30</sup> por meio das audiências públicas, influenciando previamente no convencimento judicial (em contraditório público) dão às decisões, não só legitimidade porque reflexo de ‚construção coletiva‘, como se quer propor, mas também uma característica de substancialidade, racionalidade e até mesmo tecnicidade (se levar em conta também *experts* em matérias de outros ramos do conhecimento), colaborando para estabilizar seus conteúdos no seio social, dado o reconhecimento da pluralização do debate e exercício de parcela da democracia direta.

O que se quer demonstrar, entretanto, é que no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, estando formalmente previstas as audiências públicas ou não, como é o caso específico da ‚convocação‘ a ser feita pelos juízes estaduais de primeiro grau em matéria ambiental, tal providência, gera relativa ‚eficácia social‘ que, pode-se entender também como decorrência de uma postura de abertura democratizante. Isto, na medida em que utilizando-me de um raciocínio prévio de REALE<sup>31</sup>, assim como nas normas de direito, para utilizar as palavras de

30 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. vol. II p.104. A questão deliberativa para a formação de opiniões pode ser encontrável tanto no processo legislativo, quanto em decisões judiciais, veja-se: „o jogo que envolve uma esfera pública, baseada na esfera civil e a formação da opinião e da vontade institucionalizada no complexo parlamentar (e na prática de decisão dos tribunais), forma um excelente ponto de partida para a tradução sociológica do conceito de política deliberativa“.

31 – “A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina de ‚assentimento social‘, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo“. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, página 112-113. Em citação que cita o ‚pai fundador‘ da Escola do Poder Público. M. HAURIUO, *Précis É. De Droit Administrative*. Assim, ultrapassando esta teoria para aplicá-la em relação às decisões judiciais em questões de direito ambiental de alta repercussão, mesmo que locais, há que haver um mínimo de assentimento que decorre, não necessariamente da simples participação democrática, mas, sobretudo, da formação de ‚uma cultura ambiental‘ para co-responsabilização dos interessados.



Maurice HARIOU depende, para serem observadas, em certa medida, de um ,assentimento costumeiro‘.

De mais a mais, em que pese as decisões judiciais serem dotados de instrumentos de coercibilidade e não serem nem obrigatórias e nem vinculativas, tal fato não é incompatível com os procedimentos como as audiências públicas. Ao contrário, facilitam a adesão dos jurisdicionados com o que for decidido no processo, porque mais próximas do cidadão e, por tal motivo, podendo contar com participação mais intensa e presente. Daí, entende-se que há a perspectiva de defesa ambiental individualista ou antropocêntrica, até por comportar mais comprometimento e identificação do jurisdicionado que verá a necessidade de proteção do ,ambiente do qual faz parte‘, acaba por demonstrar uma eficiência maior no que tange à tutela ambiental se comparada com a lógica apenas difusa e/ou objetivista que tem sido desenvolvida no Brasil, na prática, ainda muito limitada a pequenos grupos ambientalistas ou ações pontuais sem que uma cultura ambiental tenha sido disseminada de forma generalizada, ou pelo menos de forma mais responsável e preocupada como se vê em outros países, ao exemplo característico de Portugal;

## **1.5 Audiência pública judicial e sua procedimentalização**

A par da democraticidade ínsita ao instrumento processual judicial denominado audiências públicas, este mecanismo acaba também por colaborar para a melhoria de um modelo jurisdicional em crise e fornecer alternativas para a própria limitação estatal no sentido de dar vazão à explosão de litigiosidade em meio aos desafios dos novos direitos e sociedade complexa.

Como já sugerido, e depois demonstrado, as audiências públicas em sede de decisões da justiça estadual de primeiro grau, para que sejam compatibilizados os ideais de racionalidade dos serviços, celeridade e eficiência, com o que se pretende de decisão participada, pluralização do debate e fundamentação normativa e técnica, somente podem ser utilizadas em casos realmente paradigmáticos. Estes, entendidos como aqueles que repercutam socialmente e, portanto, careçam de demonstração maior de legitimidade.

Assim é o caso propriamente das matérias ambientais que, no mais das vezes, por afetarem direitos ,fundamentais‘ individuais e também de uma comunidade difusa, reclamam este novo contributo instrumental. Agora, mesmo que o instrumento legitimador não seja utilizado de forma recorrente ou banalizada, até porque o número excessivo de demandas processuais acabariam por inviabilizar tal expediente, interessante que sejam pontuados requisitos mínimos em seu procedimento específico. Portanto, deve-se propor para o instituto um rito básico e essencial, sem que, com isto se pretenda engessar a atividade judicial – já por demais burocratizada, devendo-se ter sempre em mira as balizas gerais legais e limites constitucionais, além dos esperados resultados legítimos.

Em que pese o tema tratar também tangencialmente de ,ativismo judicial‘, a inovação do trabalho não precisa chegar ao ponto ,inventar‘ por inteiro um procedimento<sup>32</sup> próprio para as audiências públicas, entretanto, contentando-se em seguir uma base proposta pelo mestre GORDILLO quando tratou de audiências públicas no procedimento

32 Utilizando uma noção de procedimento ,funcionalista‘ como diria o professor VASCO PEREIRA DA SILVA ao referir-se a ROGÉRIO SOARES que definiu procedimento administrativo como ,conjunto de atos funcionalmente ligados com vistas a produzir um certo resultado, um efeito único‘ , não podendo ser encarada como sequência ordenada de atos e, portanto, representando uma ,perspectiva menos formalista‘, podendo-se falar em adaptabilidade e flexibilidade do procedimento. SOARES, Rogério Ehrardt. Direito Administrativo. Lições policopiadas, Coimbra, 1978 p. 153. *apud* SILVA, VASCO PEREIRA da, **Em busca do Acto Administrativo Perdido**. Coleção Teses. Almedina, Lisboa, 2003. página.370.

administrativo,<sup>33</sup> com pequenas adaptações dadas peculiaridades da Justiça estadual brasileira e matéria ambiental: i) pré- estabelecimento da ordem ou roteiro da audiência pelo juiz condutor do feito ambiental, contendo a relação das partes diretamente envolvidas no processo, fundamentação justificando a necessidade da audiência com repercussão social do caso, relatório com sequência de dados mais importantes constantes dos autos, objeto de discussão delimitado a temário ambiental complexo, tempo determinado para utilização da palavra pelas partes, peritos, representantes do Poder Público, Ministério Público, associações e população em geral; ii) providências para ampla divulgação da convocação ao público da audiência em todos os meios de comunicação disponíveis na localidade, com local, data, horário específicos e determinados e suma da matéria ambiental a ser discutida; iii) quando possível e necessário, realização de uma pré-audiência visando a ordenação ou simplificação do tema, coleta de informações mínimas que deverão ser debatidas na audiência pública; iv) durante os trabalhos, instrução através de depoimentos e interrogatórios dos interessados, testemunhas, *experts*, oportunidade de participação popular por meio de inscrições da palavra com tempo igual e delimitado para todos, recebimento de documentos, laudos, documentação digitalizada de todas as ocorrências e, se possível, gravação em áudio e vídeo, lavratura de uma ata geral com colheita da assinatura de todos os participantes; v) recebimento de alegações orais das partes e intervenientes; vi) juntada de todos os dados e documentos nos autos para fins de decisão judicial; vii) esclarecimentos aos participantes quanto às providências que poderão ser tomadas e publicação da ata quanto ao teor da audiência pública; viii) na sequência, abertura para alegações finais para as partes processuais e, ao cabo, conclusão para sentença

Portanto, a sentença judicial que encerra o processo ambiental após ter comportado o procedimento acima previsto de audiências públicas,

33 GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho...* Tomo II, página XI-5.

deve levar em consideração os argumentos levantados na referida reunião formal. Apesar de não vinculativos, recomenda-se que a decisão seja fundamentada seja para acolher as razões ali esposadas, seja para rechaçá-las, tudo com base no art. 93 IX da CRFB e, sobretudo, com vistas a fomentar legitimidade aqui propugnada, melhorar o conteúdo das decisões neste âmbito e criar-se uma cultura de co-participação responsável nos assuntos ambientais com vistas a fomentar uma cidadania ambiental.

## CAPÍTULO II

### Ativismo judicial e legitimação

#### 2.1 Judicialização, ativismo judicial e capacidade institucional do Judiciário

As questões envolvendo judicialização e ativismo judicial<sup>34</sup> no Brasil pós CRFB de 1988 inserem-se em um contexto caracterizado, pela crescente ocorrência de processos de toda a sorte ao Judiciário para resolver os problemas antes tidos como afetos tão somente aos ramos da política majoritária. Assim, veja-se o caso de políticas públicas que envolvem um ‘desenvolvimento sustentável’ a compatibilizar progresso com preservação ambiental e, ao mesmo tempo, formas inovadoras encontradas pelo Judiciário para solucionar os problemas da sociedade hodierna, sobretudo utilizando-se de uma leitura pró-ativa e principiológica das Constituições, inclusive, por vezes, extraindo-se uma interpretação direta da mesma, independente de uma regulamentação estrita da lei.

34 Esclareça-se que não é objetivo deste trabalho fazer um paralelo sobre a história e abrangência do ativismo judicial em nível mundial, conforme até mesmo utilizado em outro relatório deste curso, pontuando-se a utilização do desdobramento de alguma de suas balizas centrais para o fim que se almeja de justificar a legitimidade do mecanismo das audiências públicas por juízes estaduais brasileiros, haja vista que não há previsão legal específica para tanto.

Assim, preconcebida a ideia de complexidade da matéria ambiental em cotejo com as demandas sociais, acabam-se por caracterizar eventuais decisões judiciais sobre esta matéria como verdadeiros ‚casos difíceis‘, até por comportar necessidade de compatibilização de políticas públicas. E tais situações, a par da crise de representatividade dos ‚poderes majoritários‘, têm se dado concomitantemente a um contexto de ‚judicialização da vida‘, ‚judicialização da política‘ em que vislumbra-se um crescente acesso à Justiça. Este acesso, caracterizado como sendo democrático (como propugna este próprio ensaio) é mais facilmente perceptível a partir de práticas com vistas ao fortalecimento da cidadania e sobretudo pelo desenho institucional proposto pela CRFB de 1988. Nestes termos, se percebe a utilização, cada vez maior, do Poder Judiciário como ‚sítio‘ competente para tratar lides constitucionalizadas, sob uma perspectiva de uma nova hermenêutica que tem favorecido um ambiente propício para uma atuação judicial destacada. Esta atuação, em certa medida, tem se dado de maneira ‚ativista‘.

Para BARROSO, a judicialização decorreria tão somente do arqué-tipo estruturado pelo legislador constituinte e conjuntura das demandas sociais que, de forma natural, tem agigantado o âmbito de atuação do Poder Judiciário. Já, a idéia de ativismo judicial, para além desta impressão e considerando uma vontade deliberada ou institucionalizada do Poder ou de seus membros isoladamente, pode ser associada a uma ‚participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais‘<sup>35</sup>, sendo que, por assim dizer, as decisões têm o condão de interferir de forma mais incisiva nas funções tidas como típicas dos demais Poderes ou Funções Estatais. Assim, é o caso das políticas públicas envolvendo questões ambientais que deveriam ser devidamente regulamentadas pelo Legislativo e objeto de implementação efetiva por parte do Executivo. Para o autor, o ativismo pode então se manifestar pela:

35 Cfr, BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. In **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011. página 279.

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A discussão propriamente sobre ativismo judicial que é apenas tangenciada neste trabalho, põe em causa o próprio papel da magistratura no regime democrático de direito e, ainda, lança luzes sobre uma possível desnaturação do princípio da ‘separação de poderes’, pendente de uma leitura atualizada para compatibilizá-la com uma ideia mais cooperativa à luz de teorias de diálogo institucional<sup>36</sup>, impiedente de instâncias hegemônicas<sup>37</sup>.

É neste contexto que se inserem as discussões sobre os limites das decisões judiciais que podem envolver tanto uma alegação de transbordo das competências constitucionais, quanto a capacidade técnica, por exemplo, para apreender, processar e decidir temas envolvendo: derramamento de óleo em alto mar; efeitos de radiação nuclear; divisão de territórios envolvendo áreas de preservação permanente; efeitos de desmatamentos e erosão, caça e pesca predatórias, dentro tantos outros inúmero temas tão instigantes e complexos como são os característicos da temática ambiental. Neste passo, pendendo o Judiciário por utilizar-se de instrumentos participativos como as audiências públicas, além da própria democratização do processo, ao trazer para o seu bojo a opinião da população em geral e de técnicos especialistas demonstra, de forma categórica, o reconhecimento de suas limitações institucionais

36 Sobre teorias do diálogo Cfr. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

37 A este propósito Cfr. ACKERMAN, que sob o pano de fundo de um presidencialismo distorcido nos Estados Unidos, propõe uma crítica à própria separação clássica de poderes. Cfr. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

e predisposição para legitimar-se, ao tempo em que toma decisões mais efetivas, seja pelo assentimento, seja pelo aumento de confiança no Poder Judiciário ou da própria conscientização popular.

No desenho institucional entre os Poderes configurado pela Constituição tem-se que, ao Poder Judiciário compete interpretar as normas na resolução dos conflitos em que é chamado para prestar a jurisdição. Entretanto, o fato de a questão ter chegado no Poder Judiciário não implica, necessariamente, que este seja sempre o *locus* mais adequado para emitir uma opinião ou apresentar solução por decisão, nem mesmo que deva ostentar postura de verdadeiro ‚oráculo de Delfos‘, resolvendo todo o tipo de questões como se tivesse sempre as respostas ideais. Sob esta perspectiva, podem se colocar as questões sobre os ‚limites das capacidades institucionais e riscos de efeitos sistêmicos‘.

Segundo a preleção de BARROSO, a ideia de ‚capacidades institucionais‘ correlacionam-se com a ‚determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria‘<sup>38</sup>. E acrescenta, ‚temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de alta complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico‘<sup>39</sup>. Desta forma, segundo esta concepção, decorre a necessidade de maior rigor quanto aos juízos de discricionariedade e a necessidade de deferência para com outros Poderes. No que tange à matéria ambiental, em se considerando que mesmo ultrapassadas as avaliações feitas pelas demais instâncias, ou seja, a matéria já tenha passado pelo crivo do Poder Legislativo quando da discussão para elaboração de determinada lei regulamentadora ou mesmo pela implementação do Executivo que não soube conciliar os interesses que foram levados a sua esfera de competência de forma contenciosa isto não significa que o Judiciário não possa ou não deva se manifestar.

38 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e ...* p. 287.

39 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e ...* p. 287.

Entretanto, a depender da própria relevância da matéria, não objetiva-se uma postura de deferência dos juízes não necessariamente em relação aos demais Poderes, mas em relação à própria população<sup>40</sup> que será afetada e que poderá, mediante audiência pública, contribuir de forma coletiva a partir participação deliberativa e legitimadora de cada um dos indivíduos sobre seu individual direito fundamental ambiental.

Outra banda, sob a denominação de ‚riscos de efeitos sistêmicos‘ o Judiciário não pode pressupor demais de sua visão como sendo por demais alargada – a enfeixar o temor sob o impacto das decisões judiciais em determinados sistemas ou realidades, ao exemplo do próprio meio ambiente considerado como estrutura complexa apartada. Neste diapasão, como a análise consequencialista quanto aos efeitos das decisões judiciais, sobretudo nos temas ambientais necessita, por vezes, de um ‚colírio de pigmentação verde‘ e, de outra parte, quanto às inúmeras variáveis, nem sempre está o magistrado preparado para dimensioná-las, o recurso às audiências públicas também poderia ser de grande utilidade. Nas palavras mais uma vez de BARROSO, ‚o juiz está acostumado a fazer a microjustiça, a justiça do caso concreto‘, sendo que nem sempre está dotado de ‚informações, tempo e conhecimento para avaliar o impacto macro de determinadas decisões proferidas envolvendo todo um segmento social ou econômico“<sup>41</sup>.

Posta a questão nestes termos, guardadas as proporções do alcance das decisões dos juizes estaduais de primeiro grau, em se tratando de varas de competência de fazendas públicas, varas cíveis ou mesmo as recentes (criadas somente em alguns estados da federação brasileiras)

40 E acrescente-se que a participação popular, de tão rica, pode engendrar tanto a contribuição de um ribeirinho que explique a influência das ‚voçorocas“ no cultivo que empreendem localmente, até contar com o depoimento de expertos na matéria a ser discutida como agrônomos, técnicos agrícolas, engenheiros ambientais, ecossociólogos, dentre outros. Veja-se que tal questão pode ser também confundida com o conceito de ‚amicus curiae“ (entretanto este admitido somente no âmbito do STF), mas que serão explicados mais adiante.

41 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo e ....* p. 287.

varas especificamente ambientais, estas quase sempre, limitam-se a um Distrito, Município, microrregião ou, no máximo ao próprio Estado-membro da federação. Por isto, há que se avaliar que, mesmo estando mais próximo do cidadão, se comparado aos Tribunais Superiores, a embeber-se o juiz que está na base da magistratura dos influxos mais diretos de um assim chamado ‚sentimento social‘, não pode o magistrado acreditar ter capacidades cognitivas como uma figura mítica, qual *Hércules* – a imaginar que sua decisão sempre irá contemporizar as multifacetadas demandas sociais e/ou ambientais, nem mesmo contemplar, de forma substancial, todas nuances fáticas, técnicas ou sociológicas que impactam a relação do homem com o meio ambiente.

## 2.2 Legitimação democrática do Poder Judiciário

Simetricamente ao incremento da atuação do Judiciário considerado mundialmente, que de há muito já vem sendo ressaltadas, ao exemplo de decisões paradigmáticas da Suprema Corte americana<sup>42</sup>, assomam-se as críticas a este Poder, na esteira até mesmo de uma das pechas a si atribuíveis como de ‚instância contramajoritária‘<sup>43</sup>. Isto, na medida em que certas práticas da Justiça Constitucional, como a invalidação de opções políticas votadas em fóruns legítimos, não são consideradas como decorrência na-

42 E são inúmeras as referências sobre este ‚ativismo‘ precursorado na América, desde o célebre *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 em 1803 (com uma atuação pró-ativa na interpretação do art. III da Constituição e inaugurando as bases para um sistema de *Judicial Review* de controle difuso), perspassando por *hard cases* como *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 com declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam um regime separatista entre brancos e negros em escolas públicas até os dias atuais como em *Bush v. Gore* 531 U.S.98. que efetivamente resolveu a disputa eleitoral para a presidência dos Estados Unidos da América em 2000.

43 Apesar de não ser o ‚pai‘ da ideia, Alexander BICKEL popularizou-se por suas críticas contumazes à Justiça Constitucional americana – considerando-a como atividade ‚contramajoritária‘ porque não ‚ungida‘ por uma legitimação do voto popular sob o princípio democrático e, em certa medida, atuando como ‚desvirtuamento‘ do sistema democrático que pressupõe uma deferência precípua às opções políticas das instâncias representativas, no que BICKEL chamaria de ‚virtudes passivas‘. Cfr. BICKEL, Alexander. BICKEL, Alexander. ***The last dangerous branch: the supreme court at the bar of politics***. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986. Sobre uma necessidade de ‚autocontenção judicial‘ e teorias sobre ‚minimalismo judicial‘ vide SUSTEIN, Cass. ***One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court***. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

tural do sistema democrático por parcela da doutrina<sup>44</sup>. Por este prisma, há a necessidade constante de justificar a atuação do Poder Judiciário, sobretudo em questões em que há tensão entre política e direito ou risco de malferimento do princípio da separação de poderes.

À título exemplificativo, ressalta-se o mérito de DWORKIN ao tentar defender que as Cortes possuem papel central na defesa de direitos fundamentais no ambiente que chama de ‚fórum de princípios‘, enquanto caberia aos poderes representativos (eleitos por princípio majoritário), decidir sobre políticas públicas em ambiente de ‚utilidade‘. De forma sintética, enxerga que as críticas sobre a falta de legitimidade dos Tribunais, na realidade, confundem o real sentido de democracia. Isto, na medida em que certas demandas morais somente são resolvidas, não por meio de um tipo correto de procedimento ou mesmo de decisões de uma maioria, muitas vezes circunstancial, mas por meio da atribuição da ‚única resposta‘, ou resposta ‚correta‘<sup>45</sup> sobre direitos fundamentais. Mais que garantir de forma externa e tão somente as ‚precondições da democracia‘<sup>46</sup> (ou regras do jogo)<sup>47</sup>, no limite e em

44 Sobre a necessidade de se impor limites dogmáticos ao fenômeno do ativismo judicial vide RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, Saraiva, São Paulo, 2010.

45 Na sua explanação, DWORKIN „utiliza-se da figura mítica do juiz *Hércules* dotado de infinita sabedoria e ilimitação de tempo para decidir – „paralelo à Deusa Minerva – metáfora – qualquer normatividade jurídica consubstancia – uma vez precisados todos os seus princípios, isto é, todas as regras justas ou jurídicas, um sistema que o juiz resolve por concordância – por antecipação – os casos que se lhes apresentem. COUTINHO, Luiz Pedro Pereira Coutinho, *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Lisboa, 2009. p. 631. Ao juiz mortal se apresentariam um sistema de princípios – para se fazer justiça nos casos particulares – com uma igualdade axiológica se projetando dinamicamente. Assim, a decisão somente será justa se aplicada aos casos concretos, – „juiz como apurador de regras. *Autoridade Moral* ...p. 632. „ O juiz mortal apura as regras – as densifica – parte da apreensão e extrai as normas. O juiz mítico – *Hércules* – já as conhece antecipadamente, qual oráculo. p. 632 e ss.

46 Atente-se que na Teoria da Constituição, aqueles que admitem o papel das Cortes simplesmente como garantidores das chamadas ‚precondições da democracia‘ ou mesmo das ‚regras do jogo‘ democrático são chamados pela doutrina de procedimentalistas ou instrumentalistas, como é o caso de Jeremy WALDRON, ao passo que aqueles que defendem a possibilidade de decisões dos Tribunais sobre fórum de princípios, sobretudo envolvendo desacordos morais ou políticos, são denominados de substantivistas, ao exemplo do próprio DWORKIN. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

47 Utilizando-se desta visão instrumentalista ou procedimental, o que o Judiciário defenderia pelo menos as ‚regras do jogo‘. Para tanto, há que se fazer referência à necessidade de formação de magistrados – com capacidade de ‚resistência constitucional‘ – em detrimento de uma cultura de manual, cultura da formação de aquisição de quantitativo de informações insculpidas nas leis, como se fossem elas sempre devidamente submetidas a controle sério de constitucionalidade prévia – o que sabemos não ocorrer no Brasil. A este giro,

uma perspectiva substantiva, para esta corrente as decisões da Justiça constitucional devem levar em conta uma leitura moral da Constituição em um ideal de ‚igual respeito e consideração‘, garantindo-se também direitos de minorias<sup>48</sup>.

Nesta medida, outras doutrinas também preceituam que a legitimação democrática do Poder Judiciário não poderia resumir-se a uma mera contagem aritmética de representantes com direito a falar em nome da população também por meio de voto. Consoante, por exemplo, teorias da ‚democracia deliberativa‘, parte-se do pressuposto que o tão pro-palado ‚princípio democrático‘ não pode se restringir à mera escolha de representantes, envolvendo também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas.<sup>49</sup> Portanto, a opção de inclusão de audiências públicas nos procedimentos<sup>50</sup> judiciais para permitir uma participação direta da população sobre matérias ambientais complexas vem em reforço de uma legitimidade desejável por parte do Poder Judiciário.

---

por óbvio que deveríamos ter, na concepção de BARROSO, „deferência“ para com as posições do legislador, prestigiando as opções democraticamente votadas, também considerando até mesmo uma presunção de constitucionalidade das leis, entretanto, isto não deve retirar do Judiciário seu espírito crítico, calcado em fundamentação filófica, com o devido sopesamento dos diversos matizes da dimensão humana, muitas vezes impossível de ser levado a efeito nas regras abstratas legais, devendo-se, portanto, adaptar-se também aos casos concretos nos parâmetros idealizados pelo próprio legislador primário, qual seja – a representação do poder constituinte originário.

- 48 Interessante, neste ponto, fazermos um paralelo em relação à separação clássica em que tínhamos uma sociedade menos plural, menos complexa – e a Constituição americana – por exemplo – símbolo da democracia espalhada mundialmente – foi concebida alijando diversos segmentos que hoje não poderiam estar fora do debate das decisões públicas – como negros, mulheres, não proprietários, o que corrobora a conveniência de uma Justiça Constitucional e de excepcionais posturas ativistas, não para se impor uma preferência ou voluntarismo judiciais, mas para ‚calibrar‘, em certa medida, eventuais distorções do sistema – até mesmo no plano substantivo – como foi o caso célebre da Suprema Corte dos EUA de *Brow v. Board Education*. – que decidiu pela não segregação entre brancos e negros nas escolas. 347 U.S. 483 (1954).
- 49 A teoria da democracia deliberativa parte do pressuposto de que o princípio democrático não pode se restringir à escolha de representantes – envolve também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. Nesta medida cfr HABERMAS por considerar que deve-se trocar as ‚verdades solipsistas por verdades cooperadas‘. Jurgen HABERMAS *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. **Racionalidade Hermenêutica: acertos e equívocos**. In: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: América Jurídica, 2002. p. 355.
- 50 Cfr. NIKLAS LUHMANN ao tratar de uma legitimação pelo procedimento – dotando as escolhas das instâncias públicas de ‚específico fundamento de validade‘ ou auto-força que faz com que as autoridades levem em consideração os interesses das pessoas afetadas e que se manifestaram em procedimento próprio. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução. Editora Universidade de Brasília, Brasília.2005.

À guisa de advertência, posto que não incompatíveis a conveniência da legitimação popular com uma atuação de um ‚juiz constitucional‘ é bom que se diga que, em um Estado Democrático de Direito, atuação visando legitimidade não pode ser confundida com ‚decisões populistas‘, que andem à reboque da opinião pública ou até de uma ‚opinião publicada‘ ou forjada pela mídia. Uma ‚legitimação‘ neste sentido não necessariamente garantiria credibilidade ao Judiciário e, de outra parte, não poderia-se buscar uma estabilidade institucional por meio de um desvirtuamento ou embotamento de sua missão constitucional – de defesa intransigente de suas promessas, nem que seja apenas para garantir a instrumentalidade do procedimento democrático<sup>51</sup>.

Noutra perspectiva, no que tange mais especificamente às audiências públicas em um Estado Democrático de Direito, há que se considerar que a participação popular no procedimento não pode significar que as decisões tenham que ser sempre forçosamente consensuais ou muito menos gerando ‚expectativas de direitos‘. Isto há de ficar bem claro, vez que o compromisso do juiz deve ser com a Constituição, além, repise-se do fato categórico de as deliberações tomadas em audiências públicas não serem dotadas de caráter vinculativo. O juiz da causa, como é o paradigma aqui proposto de competência estadual ambiental é quem dará a última palavra nos processos deste jaez trazidos à sua apreciação<sup>52</sup>. Para o fim propriamente de se obter mais legitimidade nestas decisões judiciais, apenas sobreleva a necessidade desta ‚abertura procedimental<sup>53</sup>‘ como colocaria HABERLE, fazendo-se

51 Vide WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

52 E veja-se que no Brasil – independente de serem realizadas ou não audiências públicas, vigora no Brasil o princípio da ‚inafastabilidade do Poder Judiciário‘ (art. 5º XXXV da CFRB de 1988) daí deduzindo-se que o juiz é obrigado a oferecer uma resposta jurisdicional às matérias em que é provocado (art.2º do CPC).

53 Cfr. HABERLE. Para o renomado autor alemão, ao teorizar sobre uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, acaba por enxergar a necessidade de uma abertura procedimental na leitura dos temas mais caros às sociedades, daí decorrendo, por exemplo, uma ampliação do rol de legitimados para interpretar a Carta magna. ‚Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. HABERLE, Peter. **Heremênutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 48. Acrescente-se que a abertura procedimental também pode se dar no âmbito das decisões judiciais

escolhas mais substanciais, ponderando-se as posições dos indivíduos, contando com sua colaboração em verdadeiro contraditório ampliado, sendo que a participação popular funcionaria apenas como acréscimo e não como sobre-representação da decisão judicial.

Por assim dizer, a legitimação democrática das decisões judiciais ambientais ora propugnada seria viável antes, não só pela própria participação popular direta nas deliberações que poderão compor o conteúdo das sentenças (ressalte-se de forma não vinculativa), mas também pela facilitação de acesso à Justiça e desburocratização, retirando a pecha de ‚hermeticidade‘ com que é enxergado o Poder. Em acréscimo, não se questionaria a necessária redução da morosidade judicial<sup>54</sup>, com o fomento de transparência e mínima prestação de contas, inclusive em decorrência da publicidade de seus atos e fundamentação razoável, ao levando-se em conta os argumentos trazidos pelas partes e população, além de incremento de credibilidade e confiança por meio de adoção de regras e critérios que denotem a independência e/ou imparcialidade.

Assim, somente por meio desta jurisdição aberta à sociedade a possibilitar uma participação plural é que os processos ambientais de natureza complexa responderão às exigências de uma República democrática, para além de uma perspectiva representativa, também numa dimensão ‚participativa‘. A utilização de tal expediente, como se quer demonstrar, fomentando uma participação individualizada de cada jurisdicionado cada vez mais cioso de suas responsabilidades e de seus direitos ambientais, acabará também por ‚salvaguardar‘, reflexamente, um interesse público esverdeado – ainda mais considerando-se que, para criar-se ‚precompromissos‘, a teor de uma tutela ambiental, a autoridade da de-

---

ambientais com a interveniência de ‚terceiros‘ interessados que são todos os potencialmente afetados pelo conteúdo da decisão, sendo que, como as decisões podem não limitar-se tão somente às ‚partes‘ formais do processo, também a participação pode se dar de forma pluralizada a partir do contributo das audiências públicas.

54 Como é notório, a morosidade processual é encarada como o maior dos gargalos da Justiça no Brasil, bem assim, também em várias partes do mundo.

cisão judicial não deve se basear apenas em uma fundamentação deduzida racionalmente, mas, sobretudo, no sentimento de cada um afetado como fazendo-se parte do todo, ao colaborar com o resultado final a ser transposto para a sentença.

## 2.2.1 Instrumentos de legitimação: o exemplo do *,amicus curiae'*

O instrumento processual conhecido como *,amicus curiae'*<sup>55</sup>, utilizado em decisões judiciais de grande repercussão e de efeitos semelhantes aos da audiência pública<sup>56</sup>, dada a participação de membros da sociedade civil, é emblemático a caracterizar também a influência positiva de uma abertura procedimental do Judiciário como fator de legitimação do próprio Poder.

É característico de decisões complexas,<sup>57</sup> de grande amplitude, com potencial de afetar à toda comunidade, em ambiente próprio do controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos em abstrato, em que representantes de vários segmentos da sociedade se organizam e pleiteiam,<sup>58</sup> voluntariamente, a participação no processo em questões

55 Nos Estados Unidos da América esta figura procedimental é conhecida como *,amicus curiae brief'*, sendo que os, terceiros interessados' e que solicitam ao relator a sua participação no processo, entregam um memorial denominado de, brief' ou, briefing' a conter suas opções que pretendem tenham influência no conteúdo das decisões.

56 Importa registrar que o instrumento do *amicus curiae*, conceitualmente falando, admite a defesa apenas de interesses difusos ou coletivos, enquanto o instrumento da audiência pública, a par de servir para a defesa de interesses transindividuais (como geralmente entendidos os direitos ambientais), é prestante para a defesa mais eficiente também de direitos individuais – a exemplo do próprio direito ao meio ambiente que, antes de característico por sua dimensão publicizada, precisa ser defendido em sua feição subjetiva para o fim de que o meio ambiente seja melhor protegido, vez que, cada um, responsabilizando-se pelo que é seu, acaba resguardando o que é de todos, ao passo que o que é apenas, de todos', acaba não sendo curado por ninguém.

57 Sublinhe-se que as matérias paradigmáticas de cunho ambiental são exemplos característicos em que se poderia utilizar a figura do *amicus curiae*.

58 No instrumento do *amicus curiae* há uma manifestação espontânea e pedido para relator do processo, no caso, geralmente Ministros do Supremo Tribunal Federal (quando tratar-se de processo de sua competência) cabendo a este admitir ou não a entrada dos interessados – em despacho irrecorrível. Art.7º da lei nº 9868/99. Importa registrar que tal expediente visa funcionar como uma espécie de, filtro' processual, a par da necessidade de

de ‚interesse público‘,<sup>59</sup> com o intuito de fazer valer suas opiniões, de modo a tornar o Judiciário um ‚locus poroso‘ a enfeixar uma democracia do tipo participativa<sup>60</sup>.

No Brasil, esta figura está prevista no processo objetivo de controle do constitucionalidade (de caráter abstrato), tanto para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) quanto na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a teor do art. 7º § 2º da lei 9868/99. Também há previsão do mesmo instituto no art 6º §§ 1º e 2º da lei 9882/99 que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), bem como em incidentes de inconstitucionalidade em Tribunais inferiores *ex vi* do art. 462 do Código de Processo Civil (CPC).

Analisando-se de forma geral o ordenamento jurídico brasileiro<sup>61</sup> também vislumbram-se outros exemplos de abertura procedimental a permitir a participação de ‚terceiros‘ como o ‚amicus curiae‘, sobretudo com vistas a uma ‚abstrativização do controle difuso‘, veja-se o exemplo trazido pela lei 11.417/06, art. 3º § 2º que trata do procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciados de ‚súmulas vinculantes‘.<sup>62</sup> Também, se visualiza a possibilidade desta figura ser ad-

---

pluralização do debate, para que haja a demonstração de pertinência temática e conveniência da colaboração informativa, para que se evitem os excessos de interessados e, com isto, não se inviabilize a efetivação da Justiça.

59 Ressalte-se que o instituto do *amicus curiae* comporta apenas discussões de ‚interesse público‘ sendo que o relator pode descartar as petições que não se encaixem neste conceito. Assim, com *amicus curiae* o interesse a ser perseguido não pode ser individual – tem que ser coletivo e novos interesses tem que ser trazidos, sob pena de inadmissibilidade, para que não sejam confundidos com os interesses das partes; Ao revés, e até por isto o tema do trabalho limita-se ao instituto das audiências públicas ambientais, o interesse aqui defendido pode tanto ser difuso, quanto um direito fundamental individual de cada cidadão que sinta-se potencialmente afetado pela decisão judicial, daí carecendo de sua participação direta.

60 Requisitos para admissão do instituto do *amicus curiae*: existência de situação concreta para ensejar a participação do *amicus curiae*; tema ser de alta indagação; a discussão ser suficiente para que o relator sinta a necessidade de recolhimento de mais informações o caso possuir complexidade; existência de repercussão social geral (como no caso de prejuízos ao meio ambiente).

61 SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011 p. 345.

62 Art 3º §§ 2º – No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

mitida pelo relator em questões de repercussão geral em recurso extraordinário com reconhecimento pelo regimento interno do STF, conforme art. 543 – A § 6º e introduzido pela lei 11.418/2006, além das demandas que sejam consideradas repetitivas pelo STJ, de acordo com o art. 543-C § 4º. Entretanto, como se pode antever, os supracitados artigos, a permitir a autorização formal para a abertura procedimental, limitam-se aos Tribunais Superiores. Desta forma, a teor do que é proposto neste ensaio em relação às audiências públicas, para se fomentar uma democracia do tipo participativa, sugere-se a ampliação deste mesmo instrumento procedimental para a primeira instância brasileira, sobretudo da Justiça Estadual.

### **2.2.1.1 Exemplo prático-concreto de decisão admitindo *amicus curiae* no STF**

O instrumento do *amicus curiae*, já muito utilizado na estrutura judicial norte americana, ainda demonstra utilização incipiente no Brasil, mesmo em sede das decisões prolatadas pela Corte Suprema em que há previsão legal expressa. Não obstante, há que se fazer breves considerações sobre a possibilidade legitimante deste instrumento e, ainda, aproveitando-se, por exemplo, a íntegra<sup>63</sup> das considerações de um de seus membros sobre as contribuições desta abertura procedimental para a melhoria da qualidade da democracia na ADI 2548/PR. Veja-se:

DECISÃO (...)“ Ressalto que compete ao Relator, por meio de despacho irrecurável, acolher ou não pedido de interessados para que atuem na situação de *amici curiae*, hipótese diversa da figura processual da inter-

63 Optou-se, excepcionalmente, por transcrever na íntegra a decisão supra que acolhe a figura do *amicus curiae*, vez que além de extremamente didática, comporta em si inúmeros argumentos sobre o potencial legitimador desta figura no âmbito da Justiça brasileira, conforme se quer demonstrar durante todo o trabalho em relação o instrumento correlato das audiências públicas.

venção de terceiros.(...) Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des) interessados. O chamado „Brandeis-Brief“ – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no „case Muller v. Oregon“ (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples „questão jurídica“ de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. (Cf., a propósito, HALL, Kermit L (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85.) Hoje não há como negar a „comunicação entre norma e fato“ (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (Cf. MARENHOLTZ, Ernest Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53-54. Neste sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) -, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades. A propósito, referindo-se ao

caso *Webster v. Reproductive Health Services* (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe v. Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, Dworkin afirma que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (briefs) sobre os mais variados aspectos da controvérsia – possivelmente o número mais expressivo já registrado – por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grupo de organizações contra o aborto (cf. Dworkin, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge- Massachussetts. 2ª e. 1996, p. 45). Evidente assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função social de integração extremamente relevante no Estado de Direito. A propósito, Peter Haberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às „intervenções de eventuais interessados“, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Haberle, Peter, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p.47-48.) Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos „amigos da corte“. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos pelo Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista

e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito. (...) Ministro Gilmar Mendes Relator.<sup>64</sup>

Sobre este prisma, apesar das extensas declarações um tanto quanto auto-explicativas, sobleva a necessidade apenas de enfatizar a consideração dos próprios membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto capacidade legitimadora do instrumento do *amicus curiae*. Nesta medida, em resumo, o amplo acesso e participação de sujeitos permite, a um só tempo e além da democratização propriamente dita: i) que o Tribunal contemple diversas perspectivas de legitimidade;<sup>65</sup> ii) que o controle de constitucionalidade saia de uma esfera eminentemente individualista/ subjetiva, passando para uma categoria objetivável; iii) para que novos elementos de informação sejam trazidos pelas potências públicas pluralistas; iv) que o diálogo institucional e com a sociedade em geral se dê de forma permanente; tudo, contribuindo sobremaneira para a melhoria da substancialidade e qualidade da prestação jurisdicional.

À falta de uma legislação específica a regulamentar a matéria, entende-se que os juízes de primeiro grau poderiam se valer da disposição utilizada no âmbito do STF de forma analógica, até mesmo porque não vedado constitucionalmente e, ao contrário, compatível com uma idéia de *contraditório* como princípio e direito fundamental aqui no sentido publicizado. As informações trazidas nos *briefs* ou relatórios dos *amigos da Corte*, utilizados no âmbito de primeiro grau, poderiam, perfeitamente, servir como uma espécie de contribuição feita por *peritos* e auxiliares da Justiça de que se valem sempre os juízes de primeiro

64 ADI 2548/ PR – STF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 10/11/2006. DJE -037 publicação 15-06-2007.

65 O que importa cada vez mais, em busca daquela legitimidade decisional, é que, por força do que ocorre *fora* ou *dentro* do processo, a decisão seja completa e compartilhada com as vozes representativas da sociedade e do próprio Estado. O *amicus curiae* tem condições de canalizar estes interesses, levando-os ao conhecimento do Estado-juiz. BUENO, Cassio Scarpinella, **Amicus Curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 666.

grau no âmbito estadual. De mais a mais, no Brasil, costumeiramente, o Ministério Público é quem adentra com as ações civis públicas a configurar um interesse ‚social/difuso‘ em que a contribuição dos ‚terceiros‘ apenas reforçaria os argumentos. Em complemento e em contrapartida, as partes do processo, a todo o tempo, poderiam também contra-argumentar ou exercer um contraditório ampliado em relação às questões trazidas pelos ‚*amici curiae*‘ admitidos de forma ativista<sup>66</sup> nos processos de cunho ambiental. Transposta esta idéia para o fim que se pretende de legitimação das audiências públicas em matéria ambiental da Justiça estadual de primeiro grau, percebe-se, à toda evidência, que os mesmos contributos seriam aproveitados também neste âmbito de jurisdição. Antes, porém, necessário se especular sobre o exemplo das audiências públicas praticadas pelo STF.

## 2.2.2 O exemplo das audiências públicas praticadas no STF e abertura democrática-procedimental

Aproveitando-se das discussões já referidas em torno instituto do *amicus curiae*, as audiências públicas judiciais, dentro de um contexto de processo constitucionalizado e sociedade plural apresentam-se hoje como uma das alternativas viáveis a enfeixar um novo modelo de participação popular na prestação jurisdicional, de teor democrático, coletivo e transparente. Segundo o art. 9 § 1º da lei 9868/99 que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, um dos Ministros, na condição de relator, ‚pode‘ (de forma discricionária) fixar uma data para ouvir depoimentos de pessoas com ‚experiência e

66 Importante repisar que o caráter ativista na admissão de *amicus curiae* ou audiências públicas no âmbito da Justiça estadual decorre da consideração de que não há norma específica a possibilitar a utilização destes instrumentos procedimentais.

autoridade na matéria' em audiência pública<sup>67</sup>. Isto, de forma a melhor instruir o feito com base na participação popular, dando fundamentos mais substanciais, tanto fáticos, quanto técnicos às decisões judiciais.

À guisa exemplificativa, podem ser citados, mesmo que forma resumida, dois casos emblemáticos de audiências públicas no âmbito do STF e que tenham uma correlação mesmo que indireta com a temática ambiental, quais sejam: a audiência pública ,sobre o uso do amianto' e a audiência pública sobre ,importação de pneus usados pelo Brasil'.

No primeiro caso, a audiência pública convocada pelo Ministro Marco Aurélio Melo na ADI nº 3937 aforada pela Confederação Nacional de Trabalhadores na Indústria (CNTI) em que é posta em causa a lei do Estado de São Paulo nº 12.684/07 ao proibir, em seu território, produtos materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros materiais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto em sua composição<sup>68</sup>. Participaram da referida audiência pública como interessados: a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, o Instituto Brasileiro de Crisotila, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração de Minerais não Metálicos de Minas-GO, além do Ministério da Saúde, o Estado de São Paulo, a Associação Brasileira de Expostos ao Amianto, a Associação Brasileira de Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento.

67 Lei 9868/99. Art. 9º § 1º – „ em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita(m) parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos pessoais de pessoas com experiência e autoridade na matéria'. Cfr. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

68 Segundo informações do próprio STF „o objetivo é analisar, do ponto de vista científico, a possibilidade de uso seguro do amianto da espécie crisotila e os riscos à saúde pública que o referido material pode trazer bem como verificar se as fibras alternativas ao amianto crisotila são viáveis à substituição do mencionado material, considerados, igualmente, os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade. Também se pede aos especialistas que apontem os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções. Cfr. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Gabinete do Ministro Marco Aurélio. Atualizado aos 26/09/2012.

Sobre este caso apresentado, além das considerações próprias sobre o procedimento legitimante das audiências públicas, interessante a consideração constante da própria ata da referida audiência pública em que a questão ambiental, em cotejo com os riscos à saúde, é referida, não só pela degradação do meio ambiente no local onde é feita a extração do material, bem como pela potencialidade de contaminação dos familiares dos trabalhadores com amianto pelo contato com suas roupas, a possibilidade de residirem próximo às fábricas, minerações, presença do amianto livre na natureza ou exposição em pontos de depósito.<sup>69</sup> Entretanto, a despeito das discussões técnicas sobre a viabilidade ou não do uso de tal mineral poder prejudicar ou não o direito dos homens a um meio ambiente equilibrado,<sup>70</sup> como o que interessa no presente trabalho é a possibilidade de a problematização em torno das causas levadas ao Judiciário ter a maior participação e legitimação possíveis, entende-se que este último objetivo foi devidamente atingido, na medida em que a decisão final contou com a colaboração de vários segmentos sociais.

Quanto à audiência pública envolvendo a importação de pneus usados pelo Brasil, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 101 o número de participantes externos foi ainda mais significativo como: Ministério Público, Conselheiros do CONAMA,<sup>71</sup> especialistas do IBAMA, ambientalistas, componentes do Ministério das Relações Exteriores, Secretários de Estado, empresários, membros do Ministério da Saúde.

69 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937 – Notas taquigráficas. Audiência Pública – amianto – p. 7-8.

70 O Ministério do Meio Ambiente se fez representar e apresentou análise sobre „aspectos técnicos dos impactos do amianto para o meio ambiente“. Uma das preocupações mais significativas é quanto a dificuldade de controle dos resíduos do amianto, dos produtos pós-consumo, bem como, mais á frente, tece considerações sobre uma „ecotoxicologia“ para se fazer uma avaliação ambiental dos produtos que são utilizados. Cfr. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Notas taquigráficas. Audiência Pública – amianto – p. 22-28.

71 O CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente é órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), instituído pela Política Nacional do Meio Ambiente. Cfr. [www.direitoambiental.adv.br](http://www.direitoambiental.adv.br) Acesso em 30/08/2012. Segundo declarações da Ministra do Meio Ambiente Izabella Teixeira „o Conselho hoje é o espaço democrático que recepciona as diferenças de opinião e pensamento e que também representa o ideal de luta pela consolidação da democracia dos últimos 30 anos. É o espaço legítimo para a mudança do meio ambiente no país“ Cfr. [www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br). Acesso em 30/08/2012.

A referida audiência pública, a segunda realizada pelo STF,<sup>72</sup> foi convocada pela Ministra Relatora Carmem Lúcia, considerando este procedimento de audiências públicas, segundo referenciais da própria Corte, como inaugurante da possibilidade de ‚voz ativa‘ social, para auxílio dos votos em decisões mais polêmicas por parte do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, a discussão girou em torno da posição contrária do Governo Federal à importação de carcaças de pneus usados, defendida por empresas brasileiras que utilizavam desta matéria-prima para o fabrico de pneus reformados. De um lado, o Governo entendia que a utilização destes pneus afetava o meio ambiente ecologicamente equilibrado e também a saúde humana. A outro giro, as empresas batiam na tecla de que tal questão limitava-se apenas aos aspectos comerciais. Tendo a matéria sido votada pelo pleno do STF e este decidindo pela proibição de importação dos referidos pneus usados, resta claro que a contribuição técnica levada ao conhecimento dos Ministros quanto aos riscos à saúde e meio ambiente foi imprescindível a subsidiar seus votos, na medida em que tal decisão repercutiu os argumentos trazidos na audiência pública e, ainda, considerando-se que o Supremo, em tese, não poderia decidir somente com base em especulações ou ‚achismos‘ em torno da questão ambiental e da saúde, sem levar em consideração abalizadas opiniões técnicas e referências fáticas.

Portanto, ao que se vê, é significativa a potencialidade contributiva das audiências públicas, não só no que tange ao efeito legitimador de participação democrática (argumento mais lógico e óbvio), como a tendência de contribuição para um Estado de Ambiente – como se quer colocar.

72 A primeira audiência pública realizada pelo STF data de 20.04.2007 convocada pelo Ministro Carlos Ayres Brito, que subsidiou o julgamento da ADI 3510 contra a Lei de Biossegurança, considerada como ‚a abertura do Supremo para participação popular no enfrentamento da controvérsia constitucional‘ Cfr. Notícias do Supremo – Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade – 19.04.2010. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso aos 30/08/2012.

## 2.3 Ativismo judicial e democraticidade em matéria ambiental na Justiça Estadual brasileira

Uma postura do magistrado brasileiro em geral, que saia do senso comum de aplicação meramente burocrática e legalista do direito, com vistas a fazer uma interpretação mais alargada dos dispositivos constitucionais pode ser encarada como prática ativista. Sem querer, necessariamente, se substituir à figura do legislador positivo, o que seria temerário e até repudiado, o fato de utilizar-se de uma audiência pública no âmbito dos processos ambientais da Justiça Estadual (com repercussão social patente), dentro das balizas constitucionais pode ser considerado como necessário à conformação de um Estado Democrático do Ambiente.

Se um meio ambiente equilibrado é direito dos homens, mas que pressupõe também uma preservação como ‚dever‘ de todos, a utilização da regra contida no art. 9º § 1º da lei 9868/99 de forma analógica pelo juiz de primeiro grau, a convocar uma audiência pública em matéria ambiental relevante no âmbito local vem ao encontro também de princípios fundamentais da ordem constitucional como o próprio ‚princípio democrático‘ e do ‚contraditório‘ numa perspectiva pública – já que todos os potencialmente afetados pela decisão de forma difusa e também de forma individualizada, em tese, poderiam ser legitimados a participar do processo.

O fenômeno da judicialização, decorrente de uma constitucionalização abrangente e necessidade de efetivação de direitos fundamentais, por si sós, criam todo um ambiente propício às posturas ativistas na função jurisdicional. De outra parte, favorecem-se tal protagonismo judicial ante a inércia ou recalcitrância dos Poderes eleitos majoritariamente em cumprir com seus desideratos constitucionais ou acompanhar a dinâmica e demandas sociais.

Os limites do ativismo, por curial, não podem ser especificamente relacionados, cabendo a análise sobre um transbordo de competências em cada caso concreto. Não obstante, a convocação de audiências públicas no âmbito da Justiça Estadual brasileira, sobretudo em tema ambiental, mesmo que ante o vácuo legislativo, parecem não incompatíveis, nesta medida, com o princípio da separação de poderes, até mesmo porque a inovação no procedimento prévio a se prolatar decisões ambientais, faz valer diretamente uma necessidade constitucional de efetivação de um ,Estado Democrático de Direito‘ (Ambiental) em feição participativa.

Por assim dizer, há necessidade de se fazer uso de instrumentos como este que qualificam o Sistema de Justiça, em que a sociedade participa da solução de conflitos complexos e de interesse geral como é a causa ambiental em geral, de forma a contribuir com a metodologia de atuação judicial numa perspectiva democrática, de abertura procedimental. De mais a mais, se tal mecanismo tem se mostrado útil em sede de decisões do Supremo Tribunal Federal, porque não dilargá-lo, em casos pontuais e necessários, também para a esfera de competência da Justiça Estadual de primeiro grau<sup>73</sup>.

Os modelos e métodos processuais tradicionais não têm se demonstrado como suficientes para responder a esta demanda acrescida, tecnicamente complexa e com potencial de afetação a toda uma comunidade. Por outro lado, a solução do problema, ao que se vê, parece não prescindir de uma participação popular, vez que a decisão judicial, por si só e colocada de forma imposta, verticalizada,

73 Exemplo prático em que seria recomendável a utilização deste instrumento no âmbito da Justiça Estadual de primeiro grau seria uma audiência pública a ser realizada na Comarca de Mineiros – Estado de Goiás, para solução de problema judicializado em ação civil pública para a solução de „voçoroca“ que envolvia uma erosão em fazenda no Parque Nacional das Emas – envolvendo 3 Estados da Federação, sendo que um fazendeiro ambientalista comprou o terreno da extensão de uma cidade para recuperá-lo ambientalmente – e as decisões do processo judicial afetariam toda uma microrregião, populações ribeirinhas, empresários locais e, porque não dizer todo um microecossistema. A promotoria de Justiça da referida Comarca adentrou com uma Ação Civil Pública responsabilizando o novo proprietário da fazenda pelos danos causados à terra há décadas, sem que, contudo, fossem também co-responsabilizados os poderes públicos locais, ou mesmo pudesse se dar voz à população local quanto à forma de melhor preservar a natureza.

não contribuiria com uma maior conscientização popular no que tange à preservação do meio ambiente.

Em casos como tais, em um contexto que se pretende de Estado de Justiça Ambiental, porque envolvem uma gama potencial incomensurável da população local, para que as promessas constitucionais sejam realmente implementadas, não poderiam os juízes de primeiro grau nos Estados ficarem à mercê de uma limitação subjetiva, amarrados por provas restritas e decotados quanto à extensão da coisa julgada, até porque os efeitos de suas decisões neste campo, na prática, não sucumbem a estes limites e formalidades.

### CAPÍTULO III Democracia, verde'

#### **3.1 Direito à informação na defesa do meio ambiente e participação popular com vistas criação de uma cultura e educação ambientais**

Com efeito, a sociedade atual, cunhada de pós-industrial, traz uma ampla gama de demandas como a necessidade de proteção ambiental, dada a ocorrência de danos ecológicos frequentemente observáveis e ainda a caracterização da chamada ,sociedade de risco'. Tal temática transformou-se em questão política das mais relevantes gerando novos tipos de direitos, sendo que a proteção do meio ambiente, pode ser enxergada em uma ,dimensão individual' por cada cidadão e também em uma ,dimensão institucional'<sup>74</sup> como política de defesa coletiva. Ocorre

74 A teor do que preceitua o professor VASCO PEREIRA, a ,dimensão individual' decorre da ,conscientização dos cidadãos relativamente à perenidade dos recursos e à necessidade de contribuir de modo activo para a preservação da natureza' (...) e tal conscientização é fundamental para ,a criação de uma opinião pública interessada

que, de uma forma ou de outra, para melhorar-se o Estado de Ambiente, há a necessidade de obter-se informação sobre as questões ambientais e também criar-se uma cultura ,pró-ambiente‘.

Assim, depara-se com uma via de mão-dupla, pressupondo-se circularidade. Tanto Administração pública quanto a sociedade devem discutir as questões ambientais de forma o mais democrática possível para que as decisões não sejam apenas impostas e isto gere um reflexo de assentimento e incremento de participação da população porque sentindo-se responsável por temática que lhe afetará diretamente. Entretanto, para a efetivação desta democracia ambiental há a necessidade prévia de informação ambiental suficiente com vistas colaborar efetivamente para a melhoria das decisões e também com vistas à criação de uma ,educação para a defesa e preservação do meio ambiente‘.

Fazendo-se um paralelo, se para a participação democrática é necessária uma informação cada vez maior a gerar conscientização e consequente engajamento, também assim se pode enxergar em relação à sustentabilidade ambiental que carece de mais dados para se manejar adequadamente tecnologias em compatibilidade com preservação do verde, daí entendendo-se uma ligação estrutural entre informação e defesa ambiental.<sup>75</sup> Neste sentido, o acesso à informação ambiental adquire uma conotação de participação política conforme preleciona a professora Carla AMADO GOMES.<sup>76</sup>

---

na temática ecológica: De outro turno, a dimensão institucional' decorre da ,multiplicação e o desenvolvimento de movimentos ambientalistas, de departamentos governamentais ligados ao ambiente, de entidades administrativas várias destinadas à defesa ambiental' (...). SILVA, Vasco Pereira da. *Lições de direito...* p. 20.

75 GOMES, Carla Amado. *O direito à informação ambiental em Portugal*. Revista do Ministério Público, nº 109, 2007. pp.55 e ss. Citando SÉRVULO CORREIA a sobredita professora induz que o princípio da informação ambiental também decorre de um princípio maior de ,publicidade ou transparência da Administração‘.

76 GOMES, Carla Amado. *O direito à ...* p.55 e ss.,O acesso à informação ambiental assume, por si só, uma dimensão de *participação política*, que se traduz num simples desejo de estar informado sobre as intervenções, públicas e privadas, em bens de fruição colectiva. Depois, poderá revelar uma feição *pedagógica*, dotando o indivíduo do conhecimento essencial à determinação da sua interacção, nos planos pessoal e profissional, com o ambiente. Finalmente, descortina-se ainda uma vertente *instrumental* do direito à informação ambiental, no seu entrelaçamento com o direito à participação na tomada de decisões com incidência ambiental‘.

Em um plano mundial, pelo texto acima referido infere-se a permissividade a um direito à informação e participação ambientais pelo princípio 10 da Conferência do Rio de 1992;<sup>77</sup> Na Conferência de Sofia de 1995, fixaram-se diretrizes para a participação em matéria ambiental, direito à informação e acesso à Justiça. Na Convenção de Aarhus (Dinamarca), de 1998, também foram estipulados instrumentos que favorecem a participação democrática do meio ambiente.<sup>78</sup> Ao cabo, ainda é citada a Diretiva 90/313, da União Européia, que estabelece a necessidade de acesso à informação sobre questões ambientais ao cidadão.<sup>79</sup>

No que tange às disposições normativas portuguesas, sobre esta temática entende a referida autora e o professor JORGE MIRANDA que, não obstante não haja uma disposição expressa de direito à informação ambiental na CRP, pode-se inferir sua decorrência a partir dos artigos „ 9º e 66º, 20º, 2, 37º, 48º, 268º – 1 e 2, todos dentro do contexto do Estado Democrático de Direito.<sup>80</sup> Em relação aos dispositivos infraconstitucionais, entende a professora da Universidade de Lisboa que, *litteris*:

„estão disponíveis a partir de procedimentos autorizativos (v.g., consulta pública no âmbito da avaliação de impacto ambiental — artigos 14º e 15º do DL 69/2000, de 3 de Maio; divulgação dos elementos do pedido de licença ambiental — artigo 24º do DL 194/2000, de 21 de Agosto),

77 Princípio 10 da Conferência do Rio de 1992 – „A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.“

78 Cfr. GOMES, Carla Amado. **O direito à ...**.p. 55 e ss. Sendo que em relação à Convenção de Aarhus visa harmonizar os pressupostos de exercício de três direitos: o direito de acesso à informação ambiental (artigos 4º e 5º), o direito de participação em procedimentos tendentes à aprovação de actividades específicas (artigo 6º) e de planos, programas e políticas em matéria de ambiente (artigos 7º e 8º), e o direito de acesso à justiça (artigo 9º);

79 GOMES, Carla Amado. **O direito à ....** p.55 e ss.

80 GOMES, Carla Amado. **O direito à ....** p.55 e ss.

quer a jusante (v.g., publicitação periódica dos relatórios de monitorização, no âmbito da pós-avaliação — artigo 23º/3 do DL 69/2000; disponibilização da decisão e seus fundamentos, das renovações e das monitorizações de emissões previstas na licença ambiental — artigo 25º do DL 194/2000“.

Em relação ao direito à informação ambiental propriamente dito, Portugal inovou ao criar sua legislação própria e específica a este respeito, conforme a Lei 19/2006. Destas colocações, infere-se que a participação popular nesta matéria está devidamente amparada, podendo-se contudo, ampliar-se posteriormente o âmbito de aplicação de referidas normas para os procedimentos judiciais como se quer propor no presente trabalho.

No Brasil, de outra parte, devem se compatibilizar direito à informação com ‚dever‘ de participação em defesa do meio ambiente. O direito à informação, além de decorrer propriamente do art. 5º XXXIII da Constituição, também hoje é previsto especificamente pela recente Lei 12.257 de 18 de novembro de 2011<sup>81</sup>. Assim, imbricam-se direitos fundamentais próprios artigo 225 que trata do meio ambiente de forma geral, a objetar que „todos têm direito a um meio ambiente equilibrado“ (..) „impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo“ (*caput*), sendo que ao Poder público, pelo inciso VI: „incumbe promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente“<sup>82</sup>. Assim, em que pese a Constituição brasileira ter um caráter eminentemente objetivista em termos de matéria ambiental, prenuncia-se que também são extraíveis direitos fundamentais ambientais de caráter subjetivo, diretamente exigíveis como o exemplo de se ter um direito a ter informação e educação ambientais.

81 Lei 12.257 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso à informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CRFB de 1988.

82 Art. 225 *caput* e 225 VI da CRFB de 1988.

Em outra medida, em reforço aos dispositivos envolvendo mais propriamente a possibilidade de convocação de audiências públicas já citadas no Capítulo I, quanto à participação popular com vistas a se criar uma cultura de defesa do meio ambiente podem-se referir também a própria iniciativa popular, conforme art. 61 *caput* e § 2º da CRFB de 1988 que pode perfeitamente tratar de matéria ambiental, art. 6º da lei 6938/81 alterada pela lei 7840/89 e lei 8028/90 tratando dos órgãos que constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e de forma a formular propostas para a política nacional e diretrizes governamentais para o meio ambiente – sendo que permite em seu bojo a colaboração de ,terceiros‘ inclusive com utilização de audiências públicas.

Assim, a comunidade potencialmente afetada pode também colaborar perfeitamente para a definição de políticas ambientais, seja por meio de seus representantes eleitos, seja atuando diretamente através de associações, ONG´s, ou pela atuação individual destacada nos fóruns deliberativos a serem convocados à exemplo das discussões de prévio impacto ambiental pelo executivo, ex vi do art. 11 § 2º da Resolução 01/86 do CONAMA. Nesta medida, seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo ou pelo Judiciário, o que se tem, é que os três Poderes têm o condão de fomentar a colaboração popular na efetivação de um Estado Democrático de Direito Ambiental.

Conforme adverte DIAS, mais informação gera mais transparência e consciência, daí facilita-se o assentimento para uma decisão mais ,acertada‘.<sup>83</sup> Essa decisão ,cooperada‘, ao respeitar a participação popular, acaba por gerar um sentimento de cidadania e necessidade quanto à formação de uma cultura ambiental a fazer florescer . Esta, como é

83 „O Estado de Direito ambiental necessita de maior transparência, visando ao exercício de maior democracia, incluindo uma sociedade mais informada e com maior formação e consciência ambiental. E mais, esta transparência implicará uma decisão ambiental com maior consenso, com vistas à aceitação da coletividade e para a produção de seus efeitos de forma mais pacífica“.DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela ambiental e contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Ed. 1997, p. 56-57.



cedição, só pode existir se for ,plantada e regada‘ dia a dia. Assim, acerca de uma educação ambiental, fazendo uso de célebre provérbio chinês:

„Se tens planos para um ano, plante arroz.

Se tens planos para dez anos, plante árvores.

Se tens planos para cem anos, instrua o povo. „<sup>84</sup>

Paralelamente ao que dispõe HABERLE quanto à criação de uma ,cultura constitucional<sup>85</sup> estimulada pela ,sociedade aberta‘ e a enfeixar um verdadeiro ,Estado Constitucional‘, no que tange a um desejado Estado do Ambiente, tal cultura somente pode se formar a partir de um uma intenção pedagógica proveniente das Organizações Internacionais, dos Poderes Estatais, empresas e órgãos representativos da Sociedade Civil de educação permanente dos cidadãos que ,vivem no ambiente‘ que se quer preservar.seja em um plano global difuso, seja, principalmente, integrando a cultura do cotidiano de cada de nós que, por isto, não pode se afastar do quintal de nossas casas.

### **3.2 Audiência pública judicial ambiental: conscientização, participação compromissada e co-responsabilização**

Na realidade, a par de todos os argumentos já colocados, entende-se que a proteção ambiental é tarefa inevitável do Estado Moderno e a consecução, propriamente, de um Estado de Direito Ambiental somente se dará a partir de uma tomada de consciência quanto ao papel de cada um

84 Constante na epígrafe da obra de MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *Direito à educação*. Editora Renovar, Biblioteca Teses, 2002.

85 Cfr. HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional.a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

ante a crise ambiental que se delinea. Tratando-se de novos direitos, também há a necessidade de se buscar novos instrumentos para que os mesmos sejam protegidos como se vislumbra com a possibilidade da introdução de audiências públicas nos processos judiciais ambientais. A configuração de um Estado de Direito Democrático participativo, no pertinente ao meio ambiente, tem como premissas uma cidadania engajada, população informada e ciosa de suas responsabilidades, pró-ativa, que veja no problema ambiental um problema de todos, mas que, por isto mesmo, não pode apenas ser cobrado dos gestores públicos e representantes de Poder.

Na mesma medida, os fóruns de debates destas matérias levados à esfera judicial não podem ser encarados como soluções paternalistas ou mesmo ‚messiânicas‘ para os problemas que necessitam de debates amplos e participados. Isto, até mesmo para que as decisões judiciais tenham mais força legitimante para se fazer prevalecer e sejam respeitadas também pelo ‚precompromisso‘ que as pessoas devam ter para com o meio ambiente.

Em questões complexas como tais não pode valer à máxima ‚com o mal dos outros passo eu bem‘. A cultura do egoísmo de avaliar apenas o que importa no nosso ‚quintal‘ talvez não seja decisiva para se preservar o meio ambiente de forma conjunta. Agora, também pode-se aquilatar que adotar-se apenas compromissos difusos globais, não geraria efeitos concretos locais, porque impalpáveis para a maioria dos cidadãos que enxergam-se distantes destas responsabilidades. Ou seja, o ideal é que para um ‚meio ambiente equilibrado‘, equilibrem-se também as práticas de defesa, fomentando-se participações de maior abrangência<sup>86</sup>

86 Constitui um forma de democratização da Administração Pública. A generalização do procedimento administrativo e a conseqüente abertura a uma maior colaboração e participação dos privados significam uma importante transformação de fundo, que é a passagem de uma Administração autoritária a uma administração de serviço. SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Acto...* pp. 401 . No âmbito da Justiça significa a transformação de uma Justiça impositiva para uma Justiça assentida, ‚consensualizada‘, decorrente de uma procedimentalização aberta em matéria em que o conteúdo da decisão se espalha ultrapartes, para além do processo judicial clássico.



e participações mais individualizadas como propugnam as audiências públicas na perspectiva deste trabalho.

Por assim dizer, para uma melhor proteção ambiental, para além de uma política ambiental intercomunitária, sobreleva a participação popular co-compromissada, mas somente possível na medida em que forem efetivadas mudanças nas tarefas fundamentais do Estado, na medida em que este mesmo Estado fomente também este engajamento público. Para um Estado que se proponha de Direito do Ambiente, caberá, além de protegê-lo por seus mecanismos institucionalizados, não descurar que seus resultados dependerão da criação de espaços comunitários permanentes para: promover educação ambiental, se estruturar planejamentos de curto, médio e longo prazos, ampliando-se o número de interessados e pressupondo-se que estas questões sejam debatidas, amadurecidas e colocadas em prática. Com as decisões judiciais sobre a mesma matéria a lógica deveria ser a mesma, incorporando-se todos os ganhos decorrentes desta abertura procedimental em decisões melhores do ponto de vista, inclusive técnico e fático.

Nas palavras do professor VASCO PEREIRA, para utilizar de um termo referido quanto à necessidade de democraticidade da Administração Pública, o caminho seria ,transformar uma ação autoritária em ação participada<sup>87</sup>, segundo uma leitura adaptada que pode também ser utilizada para o tema deste trabalho, além das características próprias da democraticidade, tal tipo de procedimento propugnado pelas audiências públicas faz com que os ,extra-partes', o cidadão comum atingido pelas decisões judiciais ambientais também se sinta motivado a exercer seu direito ,subjeto' a um meio ambiente equilibrado que, reflexamente, servirá como defesa objetiva de um ,patrimônio ambiental comum'.

---

87 SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Acto...* pp. 401-402

Descendo um pouco mais à minúcia desta tese levantada, no Brasil, carece-se de mecanismos como este que permitam um engajamento ambiental popular numa perspectiva antropocentrista<sup>88</sup> e, até mesmo individualista<sup>89</sup>. Isto porque, a falta de comprometimento individualizado tem permitido apenas uma tutela ‚difusa‘ do meio ambiente. Enquanto em Portugal os pedidos ambientais são eminentemente particulares, aqui, o Ministério Público, alçado pela Constituição de 1988 nos arts. 127 e ss como defensor por excelência dos direitos ‚difusos e coletivos‘, atuando na condição de substituto processual de uma coletividade ‚sem rosto‘, ‚amorfo‘. Ou seja, calcando-se uma dicção mais objetivizada por parte da Constituição Federal de 1988, quanto aos direitos ambientais, esta forma de proteção acaba por perder a concretudo necessária que o Estado de Justiça Ambiental reclama, já que a sociedade se escora na espera de atitudes paternalistas e a comunidade vai perdendo uma desejável ‚pigmentação verde de cidadania ambiental‘.

Neste prisma, a experiência da participação popular na audiência pública judicial ambiental fomenta a participação individualizada daqueles que se sentem diretamente afetados pela potencial degradação ambiental, com base, primeiramente na cultura de informação ambiental que, consequentemente, estimula uma conscientização e dá subsídios às decisões judiciais, tornando palpável a difusão de um Estado Democrático de Direito Ambiental – ou Estado do Ambiente em que, cada um defende, ao mesmo tempo, a ‚sua quota parte‘ do microespaço verde, sem exclusão de uma defesa reflexa do meio ambiente em uma concepção objetivista.

88 Na linha de pensamento do professor Doutor Vasco Pereira da Silva, se defende aqui neste trabalho, mesmo que de forma tangencial, um antropocentrismo ambiental moderado. Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de...pp.* 21 e ss.

89 Fazendo-se um paralelo, entretanto, limitando a questão no âmbito das questões dos procedimentos administrativos para RUI MACHETE –, o fato da participação dos privados no procedimento administrativo não deve ser vista como instrumento de defesa de posições jurídicas subjetivas, mas como fazendo parte de um processo de aquisição de conhecimentos“ RUI MACHETE, *Introdução, in Código do Procedimento Administrativo e Legislação Complementar*, Editorial Notícias, 1992, p. 10. *apud* SILVA, Vasco Pereira da, **Em Busca do Acto...** p. 405. Ainda para o autor, ‚a participação não apenas consubstanciada no instituto do contraditório, mas destinada à ponderação dos interesses‘ SILVA, Vasco Pereira da, **Em Busca do Acto...** p.405-406.

Como se sabe, os problemas ambientais não se circunscrevem apenas aos domínios locais, antes, demonstram, muitas vezes potencial transfronteiriço, sendo que, também nesta dimensão internacional, há a necessidade da cooperação de todos e de cada Estado de forma concomitante. Apenas a título de exemplo, tal foi a problemática vivenciada recentemente na Conferência Mundial RIO + 20 em que, ante as várias teorizações e discursos, havia uma dificuldade de alguns países para se comprometerem individualmente na assinatura dos protocolos de políticas públicas para combate à degradação ambiental. Para a proteção de um patrimônio comum, na mesma medida que as questões suscitadas intraestadualmente os vários Estados e organismos internacionais também precisam cooperar, seja com políticas públicas de conscientização, seja na penalização e inibição de práticas poluidoras, seja na implementação de mecanismos aptos a salvaguardar uma qualidade efetiva do chamado Estado do Ambiente.

### **3.3 Papel do Judiciário na efetivação de um Estado de Direito Ambiental democrático: ,ativismo verde' por meio de audiências públicas**

A par das discussões aqui enfeixadas, a utilização do Poder Judiciário deve ser a última ratio na implementação do Estado de Direito Ambiental, já que, antes espera-se que a legislação ambiental, as políticas públicas executivas e a própria atuação voluntária da sociedade civil sejam tendentes a conformar o equilíbrio esperados. Entrementes, superada esta possibilidade e judicializada a questão, o que mais se espera do Judiciário no que tange à sua contribuição para o Estado Democrático do Ambiente é, justamente, a permeabilidade a um amplo debate no interior dos procedimentos de forma a canalizar as vozes populares,

permitindo um contraditório publicizado e, com isto, comportando elementos fáticos mais consistentes<sup>90</sup>.

Por estas considerações, dois princípios constitucionais básicos são trazidos à lume: o acesso à Justiça e devido processo legal. Princípios fundamentais constantes do art. 5º incisos XXXV e LV da Constituição Federal de 1988, ambos colaboram, significativamente, com um aumento de conscientização popular e co-participação se pensados no seio de mecanismos como o das audiências públicas judiciais ambientais.

A outro giro, não se pode deixar de mencionar que nem sempre o procedimento será observado sob ,céu de brigadeiro<sup>91</sup>. Em certa medida, a intervenção judicial, por vezes é necessária<sup>91</sup> e, já que somente por meio de métodos coativos poderia se obrigar organismos públicos ou particulares a responsabilizarem-se por ameaças ou degradação ambientais. Entretanto, a democracia que se quer pressupor não decorre da atuação necessariamente das partes, mas da população potencialmente afetada. Assim, valendo-se de CANOTILHO, o Estado Ambiental não poderia ser um Estado autoritário, utilizador apenas de instrumentos coativos, penalizações, com uma unilateral estatização/publicização dos bens ambientais<sup>92</sup>.

Como é pauta de acalouradas discussões hoje em dia, a realização do direito não se esgota na simples aplicação, ainda mais a-crítica das nor-

90 Importante, a todo momento, não se perder de vista a advertência do professor Vasco Pereira da Silva quanto ao risco desta participação como ocorre no Direito austríaco. Esta participação, não poderia minar o Estado de Direito – caminhando para um Estado Associativo e Corporativo – não pode aqui haver um mecanismo sucessâneo da participação dos privados concretamente atingidos pelas medidas administrativas, nem ponha em causa a responsabilidade. Assim, também transposta a questão para o âmbito das decisões judiciais e a par da consideração sempre presente e óbvia de que as manifestações em audiências públicas não são vinculativas, tenha-se última, não se pode substituir a legitimidade democrática por uma legitimidade corporativa." SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Acto*....p.404.

91 Esta intervenção judicial de tutela ambiental muitas vezes se dá por meio de Ações Cíveis Públicas e Ação Popular no Brasil – conforme dicação das leis 7347/85 e 4717/65, em outras realidades como a Portuguesa – Ação Popular conforme o art. 52 § 3º da CRP/76 e *Class Actions* americanas.

92 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Acesso à Justiça em matéria de ambiente e de consumo: privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do Ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público*, in Siddamb, 1996. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt>. Acesso em 01/09/2012.



mas jurídicas. Tampouco a jurisdição estatal resume-se à pacificação dos conflitos sociais, que muitas vezes envolvem complexidade iminente como é a causa ambiental. A realização do Estado do Ambiente, na perspectiva democrática, exige uma mediação normativa juridicamente constitutiva entre o texto da lei e a decisão judicial. E porque não dizer, em verdadeiro enfeixamento de um ativismo judicial, um „ativismo verde“ – que inove na aplicação de preceitos e procedimentos metodológicos se estes forem aptos a conformar as disposições constitucionais de um meio ambiente equilibrado para a atual e para as futuras gerações.

Destas considerações, emerge a seguinte pergunta: como pode o Judiciário contribuir para a efetivação de um Estado de Direito Democrático do Ambiente? Como tornar viável a participação popular na construção de respostas mais coerentes e compatíveis com este modelo de Estado? Mais que apresentar uma solução para o problema, e considerando que a questão posta em causa pode ter diversos vieses para ser abordado, sobreleva dizer, que o acesso ao Judiciário, o fomento a transparência e publicidade dos atos do Judiciário, além da possibilitação de contraditório publicizado e participação cidadã<sup>93</sup> durante o trâmite do processo contribuem sobremaneira para este desiderato. Entretanto, para viabilizar-se estes mecanismos, as audiências públicas aparecem como reforço e permitem um adicional de legitimação e democraticidade enfeixados no teor das próprias deci-

93 Nesta medida é que o componente participação popular assoma-se ao ativismo, para se caracterizar como participação da população também nos movimentos sociais promovidos pela Magistratura e nos modernos conceitos de cooperação judicial como é o caso das práticas conciliatórias – em que o jurisdicionado é chamado a ser também protagonista da solução de seu próprio conflito levado ao Judiciário. Com base em estudos de Boaventura de Souza SANTOS, nos países tidos como periféricos e semiperiféricos, como estávamos atrasados em termos da efetividade das gerações de direitos fundamentais, em relação ao ativismo experimental, os Tribunais passaram a assumir a sua corresponsabilidade política na atuação providencial do Estado. A distância nestes países entre a Constituição e o direito ordinário é enorme. Daí a constatação de que no Brasil o ativismo vem ganhando espaço e muitas vezes mostrando uma postura “agressiva” na defesa de direitos fundamentais como são também os ambientais – sobretudo na primeira instância. SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma democracia de alta intensidade: renovar a teoria crítica e renovar a emancipação social*. São Paulo: Bontempo, 2007.

sões judiciais. Isto vez que, a participação popular nestes termos traz qualidade para as decisões que passam a ser mais abalizadas, por ter o potencial de equalizar argumentos que envolvem diversos matizes técnico e fáticos de várias segmentos sociais, somente possíveis ante esta pluralização do debate judicial.

Pensada a questão sob este prisma, importante considerar que esta busca pela efetivação de um Estado Ambiental não terá o condão de restabelecer o planeta a um „*status quo ante ambientalis*“, contudo, os Poderes passam a instrumentalizar-se de mecanismos aptos a combater, de forma mais eficaz,<sup>94</sup> a degradação ambiental, gerando responsabilizações não só difusas, mas também individualizadas, somente possível após a implementação de uma política ou cultura de conscientização ambientais em prol de um espaço adequado para se viver.

Assim, a experiência da participação popular na audiência pública ambiental estadual, mais próxima também das pequenas cidades, fomenta a participação individualizada dos que possam se sentir diretamente afetados pela potencial degradação ambiental. O direito ambiental, nestes termos, passa a ser tutelável subjetivamente, sendo que o indivíduo passa a acreditar que defende seu próprio direito fundamental e, reflexamente, com o incentivo de participação judicial acaba por construir uma cultura de defesa do meio ambiente em uma perspectiva objetivista, difusa e também global.

Portanto, a missão do Poder Judiciário de garantia e concretização das promessas constitucionais somente pode ser pensada com uma pre-

94 Concorde-se, neste ponto, com a posição do professor Vasco Pereira vez que, o direito ao ambiente, que fica vinculado ao regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 17 CRP), tem também uma estrutura bifronte na medida em que não só implica a pretensão de cada pessoa a não ver afectado o seu direito a um “ambiente sadio” (devendo ter acesso a todos os meios indispensáveis para proteger e garantir a tutela do direito), mas implica também que o Estado elabore um conjunto de prestações positivas de modo a que sejam criadas formas de melhorar o equilíbrio ecológico. SILVA, Vasco Pereira da, **Responsabilidade Administrativa em matéria de Ambiente**, Lisboa: Príncipia, 1997, pág. 6/19.



disposição do próprio poder em não tornar-se passivo ante aos desafios que se colocam, de forma que não pode ficar refém de instrumentos burocratizados, típicos de procedimentos anacrônicos ou limitantes desta tarefa. Assim, na concepção de um Judiciário ativista moderado, que respeita as balizas constitucionais e o núcleo fundamental do princípio da separação de poderes, para o fito de edificar este Estado de Direito Democrático Ambiental, é aquele que busca métodos inovadores e legitimadores como são as audiências públicas ambientais.

As audiências públicas judiciais ambientais, tanto nos Tribunais Superiores, quanto na Justiça Estadual de primeiro grau, não são a panacéia para todos os problemas da edificação do Estado de Direito Ambiental, no contexto do Estado Democrático de Direito. Entretanto, abrem flanco para a problematização da concretização efetiva deste direito, com um viés não individualista no que tange à tomada de decisões que tem potencial para atinjar a todos, criando compromisso e efetividade social, na medida em que as decisões judiciais, a par de, a partir de então, serem consideradas mais democráticas nesta matéria, passarão também a serem vistas como resultado de uma construção coletiva, portanto, mais legítimas.

## Conclusões

1. Como é cediço, problemas novos e de cariz especial por afetar direitos fundamentais individuais e, reflexamente, direitos coletivos de presentes e futuras gerações como os relacionados ao temário do direito ambiental, a envolver os aspectos peculiares da ,Sociedade complexa e de Risco', demandam também a busca permanente por novos e mais eficientes mecanismos de solução. E, a despeito de tal busca configurar uma tarefa indeclinável do Estado e pela impossibilidade lógica de

a população potencialmente afetada deliberar a cada decisão que lhe interessa e a todo momento, isto não desconsidera a necessidade de ,cooptação' e incentivo à participação de privados nestas causas, mesmo que levadas aos Tribunais, sobretudo a se pretender a concretização de um Estado Democrático de Direito. Nesta lógica, em um contexto de judicialização abrangente, os procedimentos das audiências públicas sobrevêm como uma alternativa viável se para conferir maior legitimidade e qualidade às decisões judiciais que tratem da matéria em causa e, com isto conformando um envolvimento popular que acabe por colaborar para uma maior efetivação de um chamado Estado do Ambiente;

2. As audiências públicas ora discutidas caracterizam-se como instrumentos procedimentais, utilizados para dar amparo a decisões políticas ou legais de forma democrática, fundamentada, transparente e, portanto, com maior legitimidade. Representam-se como fase ou instância na tomada de uma decisão judicial, através da qual a autoridade competente permite que os interessados que tenham potencial de sofrer os influxos da decisão possam colaborar emitindo suas opiniões não vinculativas, mas que devem ser levadas em conta antes da decisão final, daí decorrendo uma natureza jurídica das audiências públicas judiciais como: procedimento de contraditório público judicial predecisionais;

3. Apesar das características transfronteiriça, transnacionais, multidisciplinar e potencial de impacto coletivo e difuso dos riscos e danos ambientais, rechaça-se uma perspectiva de caráter eminentemente ,ecocêntrica', em que a natureza deveria ser protegida por si só, sem considerar-se uma vantagem real para o homem, pendendo para uma concepção ,antropocêntrica', numa lógica utilitarista em que protege-se a natureza, tendo o homem sempre como epicentro de nossas preocupações. Daí, em que pese um caráter objetivista do direito do ambiente que é o mesmo adotado em termos gerais pela Constituição brasileira, o que se propugna preservar por meio das audiências públicas judiciais

em matéria ambiental é um direito fundamental individual e subjetivo, cabível a qualquer potencial afetado, sobretudo em decisões mais pontuais, mais palpáveis da Justiça estadual de primeiro grau, porque mais próximas do cidadão e, por tal motivo, podendo contar com participação mais intensa. Daí, entende-se que há a perspectiva individualista ou antropocêntrica, até por comporta mais comprometimento e identificação do cidadão que verá a necessidade de proteção de um ‚verde‘ seu, acaba por demonstrar uma eficiência maior no que tange à tutela ambiental se comparada com a lógica apenas difusa e/ou objetivista que tem sido desenvolvida no Brasil;

4. No que interessa ao caráter democrático propriamente dito das audiências públicas, o viés aqui é de participação direta e não de sobre-representação ou defesas difusas promovidas por substitutos processuais como o Ministério Público, acabando por tornar a população apática em termo de civismo ambiental. De mais a mais, tem-se que as referidas audiências contribuem para a melhoria da qualidade e efetividade das decisões, na medida em que novas questões fáticas são trazidas, dá-se mais transparência em ambiente de deliberação o que gera mais assentimento social, confiança no Judiciário e, por isto mesmo, podendo gerar mais respeito e cumprimento em prol da efetivação de um Estado do Ambiente. Por outro lado, o procedimento interno a ser utilizado ou iter a ser seguido, deve demonstrar o mínimo de racionalidade, transparência, informação adequada, fundamentação e, por óbvio, uma organização própria e regras para a participação oral,

5. A despeito de inúmeras legislações, nacionais e estrangeiras fazerem previsão quanto à possibilidade de se convocar audiências públicas com a finalidade aqui observável, tal enquadramento se dá sobretudo no âmbito do direito administrativo e definição de efetivação e regulamentação de políticas públicas perante os poderes Executivo e Legislativo, como para fins de estudo de avaliação de impacto am-

biental. À título ilustrativo, o acto único europeu nos artigos 130 ° R, 130 ° S e 130 ° contempla estas possibilidades e o Direito português contempla previsões proambientais que dão ensejo a uma participação popular por exemplo no art. 267 n° 14 da CRP, 7° E 8° do Código de Procedimento Administrativo. No Brasil, além de uma permissibilidade geral de ‚direito a um contraditório‘ publicizado, pode-se cotejar o art. 225 da CRFB, com normas esparsas como a lei 9784/99 e Resoluções do CONAMA que tratam especificamente sobre convocação obrigatória de audiências públicas ambientais para projetos de alto impacto ambiental. Entretanto, por vezes observa-se que a tão só participação no âmbito da Administração Pública não é suficiente e, ainda mais considerando o princípio da infastabilidade da apreciação judicial – carecendo daí uma judicialização abrangente e inevitável. Já, entretanto, numa lógica de comparação interna e externa, importa referir-se que o art. 9° da lei 9668/99 (ADI e ADC no Brasil) prevê a convocação de audiências públicas judiciais no âmbito do STF, enquanto que não há previsão específica apenas para a matéria ambiental e, de outro turno, o direito português, que se preocupa menos com uma lógica difusa como no Brasil e dá mais importância aos direitos exercitáveis subjetivamente não contempla o enquadramento de audiências públicas judiciais em matéria ambiental em qualquer de suas instâncias;

6. Em virtude então de as audiências públicas judiciais no Brasil serem previstas apenas na órbita de competência do STF, assim como a possibilidade paralela de se permitir o acesso de ‚amicus curiae‘, ressalta-se um caráter nitidamente ativista por parte da magistratura de primeiro grau a convocar referidas audiências, na medida em que terá que fazer interpretação dilargada dos comandos constitucionais e daí deduzir a lógica de um contraditório publicizado em cotejo com a tarefa estatal e social de proteção ambiental e, também, compatibilizada com o princípio democrático. De outra parte, este ativismo, em patente postura protagonista do judiciário se notabiliza pela abertura procedimental, aces-

so à Justiça, permeabilidade a influxo popular durante as deliberações predecisionais, além, é claro da própria interpenetração em questões que por vezes vinculam-se a políticas públicas, questões de alta complexidade e transdisciplinaridade, potencial de impacto relevante como costuma ocorrer no ,terreiro‘ ambiental e, por assim dizer, objetáveis pelos demais Poderes estatais como devendo ser tratados em ,fóruns majoritários‘. Nesta medida, por vezes o fenômeno do ativismo é colocado em causa, sobretudo quanto à legitimidade democrática deste poder que pode representar o contrabalanceamento de forças ou mesmo, no mínimo ser responsável por garantir as precondições da democracia. Daí a necessidade permanente de legitimação. Nesta senda, sobreleva um cuidado com os limites de capacidade institucional do Judiciário demonstram: i) a imprescindibilidade de uma atualização e porosidade do Judiciário para comportar a abertura para tal matéria transdisciplinar e de complexidade ínsita às próprias demandas da ,Sociedade de Risco‘; ii) a imprescindível consciência judicial quanto aos limites fáticos de cognição que, podem, em parte, serem suplantados pela realização de audiências públicas em tal matéria e em casos pontuais mais relevantes iii); e, a toda evidência, a necessidade de deferência do Judiciário para com as demais instâncias decisórias em verdadeira postura de autocontenção quando o juiz enxergar que determinada matéria precisa ser tratada em fórum deliberativo mais adequado;

7. Em relação ao instituto do ,*amicus curiae*‘, sua referência no presente trabalho é importante, na medida que trata-se de inovação jurídica de caráter similar ao das audiências públicas no que tange à possibilidade de trazer as ,vozes ativas‘ da sociedade ao debate judicial das matérias ambientais em uma sociedade plural e que, por assim dizer, carece de uma abertura para visões também pluralistas em permanente diálogo. Permite a visualização necessária e comparativa de sua abertura procedimental, entretanto, considerando que, diferentemente das audiências públicas que são convocadas, aqui, os ,terceiros‘ caracterizados como

com experiência e autoridade na matéria (que não são terceiros intervenientes ou interessados processualmente falando), devem ,solicitar‘ uma a participação que será aferida em seus ,*briefs*‘ (relatórios), contudo, aptos a defender apenas um interesse público-coletivo e não individualizável como na lógica pretendida para as audiências públicas. A par de seus contributos perfeitamente dimensionáveis, por exemplo, pelas práticas americanas, no Brasil, foi positivado nas leis 9868/99 (art. 7º) e 9882/99 (art. 6º § 1º e § 2º) que tratam, respectivamente, das ADI e ADC e da ADPF. Entretanto, em que pese sua potencialidade contributiva, formalmente falando este instituto também está limitado à prática de Tribunais Superiores como o STF. Daí, necessário também encará-lo de maneira ativista, de forma a aproveitá-lo nas decisões referentes à matéria ambiental para o fim de se efetivar ou otimizar-se um Estado Democrático ,participativo‘ do Ambiente;

8. Seja qual for a perspectiva que se pretenda utilizar para a defesa do meio ambiente, individualista e/ou antropocêntrica, coletivista e/ou ecocêntrica ou mesmo de cunho moderado, necessário se faz buscar e fomentar a disseminação de mais informações sobre os riscos ambientais, sobre as necessidades ecológicas e sobre as formas de colaboração pró-ambiente que acabam também por imbricar-se com o direito de participação em matéria ambiental. A este giro, requisita-se conscientização e engajamento que são estimulados por normas várias aos exemplos do Princípio 10 da Conferência do Rio de 1992, previsão de artigos de norma de cúpula da Constituição da República portuguesa, aqui elencados apenas a título de comparação vide 9º, 66º, 20, 2, 37º, 48º e lei 19/2006 que confere direito à informação ambiental, além das legislações propriamente brasileiras envolvendo o SISNAMA, Resolução 01/86 CONAMA, lei 6938/81 art. 225 da CRFB. De toda a sorte, a informação e a participação nas matérias ambientais e com vistas a subsidiar as audiências públicas judiciais irão pressupor uma decisão cooperada, mais transparente, mais respeitada,



portanto com maior assentimento e legitimidade social, a configurar mais eficiência na proteção estatal, até mesmo por evitar-se mecanismos impositivos das decisões judiciais;

9. Com o desiderato de se oferecer uma proteção ambiental mais efetiva, para além de uma política ambiental de dimensão apenas difusa e global, como se estivesse-se a falar de um filme em que os cidadãos assistissem como se não fossem atores protagonistas, demanda-se uma participação popular co-compromissada, mas somente factível na medida em que o Estado fomrente engajamento popular, inclusive o Estado-juiz, porque hoje às voltas com o fenômeno da judicialização abrangente. Desta maneira, um Estado que se proponha de Direito do Ambiente, caberá, além de protegê-lo por seus mecanismos institucionalizados, não descurar que seus resultados dependerão da criação de espaços comunitários permanentes para promover educação e cultura ambientais, somente possíveis, na prática do dia a dia e com esforços contínuos;

10. Novos direitos reclamam uma nova forma de atuar este mesmo direito, sendo que para sua efetividade, não basta apenas aplicar-se as normas jurídicas de forma acrítica, daí decorrendo também a necessidade de mudança de se encarar a própria jurisdição. Para a realização do Estado do Ambiente, em uma perspectiva democrática, requesta-se, além da concretização do princípio participativo, uma mediação normativa proporcionada por uma visão judicial ativista de cariz esverdeado. Um ativismo tal que inove corajosamente na aplicação de preceitos e procedimentos metodológicos, como a permeabilidade propugnada pelas audiências públicas em matéria ambiental da justiça de primeiro grau. A toda a evidência, audiências públicas judiciais ambientais não são a panacéia para todos os problemas da edificação do Estado de Direito Ambiental, no contexto do Estado Democrático de Direito, entretanto, abrem flanco para a problematização e busca de soluções conjuntas

para um problema que pode afetar a todos. De toda a sorte, se a despeito da intervenção necessária e participada de todos, tal procedimento inculca compromissos também de cada um, a preservar-se-á não só o próprio ambiente, como também a integridade de todo o sistema de justiça, posto que decorrentes de uma cultura coletiva.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Princípio da Legalidade**, Polis, III, Lisboa, 1986.

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Haberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário**. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. In **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Retrospectiva 2008, Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**, Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE), n. 18, abr/jun, 2009.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**, 7. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad.** Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001.

BRUNDTLAND. Relatório Brundtland: The World Commission on Environment and Development. **Our common future.** New York: Oxford University, 1987.

BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch: the supreme court at the bar of politics.** 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social,** 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional,** 18. ed., Malheiros, São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade.** 3. ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático,** São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada,** 8. ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Almedina, Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_.LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal** (*Comentários à lei 9784/99 de 29/01/1999*), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Racionalidade Hermenêutica: acentos e equívocos**. In: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: América Jurídica, 2002.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Separation of Powers and Judicial Review of Administrative Decisions in Portugal**, Revista da FDUL, XXXIV, Lisboa, 1993, pp. 87-110.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela ambiental e contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Ed. 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Carla Amado. **O direito à informação ambiental em Portugal**. Revista do Ministério Público, n. 109, 2007.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, 2000.



HABERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.** Tradución de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Racionalidade e Comunicação.** Lisboa/Portugal: Edições 70, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução. Editora Universidade de Brasília, Brasília. 2005.

MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração paritária** – Almedina, Coimbra 2007, 3. parte.

MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., Saraiva, São Paulo, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, IV, 4. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **Direito à educação**. Editora Renovar, Biblioteca Teses, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, Lisboa 2003.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

Poder Ciudadano. **Manejando conflitos y mejorando la transparencia através de la participación ciudadana: El caso del Puente la Serna en Argentina**. Disponível no sítio [www.poderciadano.org.ar/prog05E.htm](http://www.poderciadano.org.ar/prog05E.htm). Acesso em 9.7.2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**, Saraiva, São Paulo, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma democracia de alta intensidade: renovar a teoria crítica e renovar a emancipação social**. São Paulo: Bontempo, 2007.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Controlo judicial da Administração e responsabilidade democrática da Administração** – artigo – Fórum de Contratação e Gestão Pública – Ed Fórum, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente**. Almedina, Lisboa, 2002.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Responsabilidade Administrativa em matéria de Ambiente**. Princípia, Lisboa 1997.



\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Em busca do acto administrativo perdido.** Almedina, Lisboa, 1995.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia.* FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial.** Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011.

SUSTEIN, Cass. **One case at time: judicial minimalism in the Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Princeton: Princeton University Press, 2008

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## Referências de sítios eletrônicos

[www.diramb.gov.pt](http://www.diramb.gov.pt).

[www.direitoambiental.adv.br](http://www.direitoambiental.adv.br)

[www.poderciudadano.org.ar](http://www.poderciudadano.org.ar)

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br).

[www.seplan.go.gov.br/sepin/](http://www.seplan.go.gov.br/sepin/)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

**Referência do texto**

LACERDA, André Reis. As audiências públicas como fator de legitimação democrática das decisões da Justiça estadual brasileira em matéria ambiental: necessidade de um ativismo verde em primeiro grau de jurisdição.

**Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 51-124, jan./jun. 2013.

# Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal

**Antonio André Muniz Mascarenhas de Souza**

## SUMÁRIO

**CAPÍTULO I** – Renúncia a direitos fundamentais. **1.1** Conceitos e premissas. **1.2** Renúncia à titularidade e renúncia ao exercício do direito. **1.3** Renúncia parcial e renúncia total. **1.4** Limites e critérios de ponderação. **CAPÍTULO II** – Das renúncias no parcelamento fiscal. **2.1** Natureza do parcelamento. **2.2** Hipóteses de renúncia. **2.2.1** Confissão irrevogável e irrevogável. **2.2.2** Desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito sobre o qual se funda a ação. **2.2.3** Sigilo fiscal. Conclusões.

## Introdução

Pode o Estado oferecer benefícios fiscais e como contrapartida exigir que o contribuinte renuncie a direitos fundamentais?

A questão central deste estudo, com a qual me deparei no exercício da jurisdição de juiz federal, é motivada por um interesse prático em relação aos parcelamentos de créditos tributários previstos na legislação brasileira, a partir de um modelo instituído durante o regime militar<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Decreto-Lei nº 352, de 17/06/1968. Este diploma normativo, assim como todos os outros referidos neste traba-

segundo o qual a União propunha-se a receber seus créditos tributários de forma parcelada, desde que o contribuinte estivesse disposto a confessar a dívida de forma irreatável.

Desde o ano 2000<sup>2</sup>, o governo federal, cedendo à pressão dos interessados, tem instituído periodicamente programas de recuperação fiscal cada vez mais sofisticados, com especiais vantagens e possibilidades ao contribuinte, porém sob condições gravosas, especialmente àqueles que ingressaram ou pretendiam ingressar no Poder Judiciário para impugnar a dívida. Passou a exigir a desistência expressa e irrevogável da ação judicial, bem assim a renúncia do direito sobre o qual se funda a demanda. Além disso, já chegou a estabelecer que o contribuinte tinha de abrir mão do direito à privacidade constitucional, relativo à sua movimentação financeira, durante o período do parcelamento, fórmula última que não mais repetiu.

Surgem as dúvidas, refletidas em jurisprudência não pacificada: o enfraquecimento de direitos do contribuinte para a concessão de favores fiscais está de acordo com a Constituição? Quais critérios podem ser utilizados para sindicar a constitucionalidade dessas renúncias?

De partida, encontrei na obra *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, de Jorge Reis Novais, Coimbra Editora: Coimbra, 2006, especificadamente no seu capítulo VI – *Renúncia a direitos fundamentais*, uma abordagem sistêmica, referência em língua portuguesa na matéria, com a definição de conceitos, modalidades, requisitos e limites, de modo a servir de norte para as respostas às questões acima formuladas.

---

Iho, estão disponíveis para consulta no portal oficial «<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>».

2 Lei nº 9.964, de 10/04/2000, que criou o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS. Na seqüência, vieram, entre outros, o regime de parcelamento ordinário (Lei nº 10.522/2002), o Parcelamento Especial – PAES (Lei nº. 10.684/03), o Parcelamento Excepcional – PAEX (Medida Provisória nº. 303/06) e o ‘REFIS da Crise’ (Lei nº. 11.941/09).

Mais à frente, durante o aprofundamento da pesquisa, para minha grata surpresa, tive acesso ao livro *Renúncia a direito fundamental*, de Pedro Augustin Adamy, São Paulo: Malheiros, 2011, fruto de dissertação de mestrado, cujo escopo inicial era buscar soluções para as indagações acima formuladas, embora o autor tenha alargado posteriormente o objeto do estudo. Enfrentou então diretamente o tema, de tal maneira que meu desafio não parte do desconhecido e facilita, de um lado, na parte metodológica, porque poderei confrontar suas posições e extrair críticas e concordâncias que conduzirão às minhas conclusões; mas, de outro, exige maior rigor na análise da obra específica, o que, ao final, contribuirá nesta dialética para que seja extraído melhor proveito neste relatório acadêmico.

Para tanto, foi preciso dividir o trabalho em dois capítulos: o primeiro sobre o tema maior da renúncia a direitos fundamentais e o segundo sobre o tema específico das renúncias no regime de parcelamento fiscal e sua questionada constitucionalidade.

Assim, no primeiro capítulo, apresenta-se o conceito de renúncia a direito fundamental; insere-se o tema no âmbito do Direito constitucional e na relação Estado/contribuinte, com a adoção de uma concepção de disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais; enquadram-se as disposições do contribuinte como evidentes exemplos de renúncia a direito fundamental; e, por fim, indicam-se os limites e os critérios de ponderação que servirão à análise da constitucionalidade.

No segundo capítulo, aborda-se a natureza do parcelamento e especificadamente quais as principais hipóteses de renúncia a direito fundamental nele estabelecidas. São três as designadas para o estudo: a) confissão irretratável e irrevogável da dívida; b) encerramento de processo por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e renúncia do direito sobre o qual se funda a ação; c) acesso irrestrito às informações relativas à movimentação financeira, a partir da adesão ao

parcelamento. Em seguida, examina-se a validade delas perante a Constituição Federal, com apoio da jurisprudência brasileira sobre o tema.

## CAPÍTULO I

# Renúncia a direitos fundamentais

### 1.1 Conceitos e premissas

Bem se sabe a relação jurídico-tributária é eminentemente vertical, voltada à retirada compulsória pelo Estado de parcela da propriedade dos indivíduos, mediante a observância das limitações ao poder de tributar. Nessa quadra, não há dificuldade para localizar o tema no âmbito do Direito Público, especialmente no Direito Constitucional<sup>3</sup>, em que os direitos fundamentais encontram sua primordial vocação na proteção contra arbítrios estatais.

A ilustrar a importância dos direitos fundamentais e do equilíbrio de forças na relação Estado/contribuinte, vale mencionar o julgado emblemático de 15 de dezembro de 1993 em que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, reconheceu que o princípio da anterioridade, o qual impede a cobrança de impostos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, é um direito fundamental do cidadão, insuscetível de reforma. A maioria dos ministros entendeu que aludido princípio, destinado a prevenir surpresas tributárias, deve ser observado não apenas pelo legislador ordinário, mas também pelo poder constituinte derivado, em face do disposto no artigo 60, § 4º, da Constituição. A

3 Essa localização do tema sob a perspectiva do Direito Constitucional é importante para afastá-lo dos domínios do Direito Civil, onde a vontade e ramos nos quais a renúncia e o consentimento têm contornos diversos.



premissa é a de que a própria Carta implicitamente estabeleceu outros direitos e garantias individuais, fora do rol do artigo 5º.

Essa primeira noção, sob a perspectiva da Constituição, permite encontrar soluções a partir de princípios constitucionais para averiguar a validade da renúncia concreta a direitos fundamentais, rejeitando tomar por base a interpretação consagrada noutros ramos do Direito, que conferem enfoque diverso à temática da renúncia e do consentimento, como no Direito Civil (em que prevalece a autonomia da vontade) e no Direito Penal (no qual pode configurar excludente de tipicidade ou de ilicitude). As próprias normas legais que regem o instituto no Direito ordinário podem ser objeto de um juízo de constitucionalidade, como ocorrerá neste trabalho em relação às normas administrativo-tributárias que disciplinam as renúncias no parcelamento fiscal<sup>4</sup>.

Além disso, tal delimitação autoriza afastar-nos da abordagem da renúncia a direitos fundamentais entre particulares e, por conseqüência, da discussão anterior sobre a própria aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, ainda que seja conveniente sublinhar que situações concretas nessa perspectiva estejam a aflorar cada vez mais na sociedade contemporânea. Reis Novais menciona, entre outros, os exemplos da cláusula contratual que proíbe entrevistas de jogador de futebol sem autorização da diretoria do clube (liberdade de expressão) e da submissão de doente a testes de laboratório privado sobre novo medicamento (direito à vida)<sup>5</sup>. Nessas situações entre particulares, a ausência de lei e a maior espaço de soberania da vontade tornam a solução sobre a admissibilidade da renúncia ainda mais difícil.

Ainda como premissa, é preciso rejeitar um aparente consenso existente no Brasil e ainda não devidamente submetido à crítica de

4 Reis Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora: Coimbra, 2006, p. 211-213.

5 *Direitos Fundamentais...*, ob. cit., p. 214.

que os direitos fundamentais são irrenunciáveis<sup>6</sup>. A vantagem do cidadão contra o Estado não pode transformar-se apenas em ônus sem efetividade. No espaço que preserve seu mínimo essencial, mostra-se conveniente uma abertura para relações jurídicas de custo-benefício, em que o enfraquecimento de um direito, além de simplesmente ampliar a margem de atuação estatal, jogue também a favor de seu titular, consciente dessa opção.

O que está pressuposto nesse raciocínio é a evolução de um conceito amplo de liberdade no Estado de Direito, por meio do qual devem ser respeitadas as escolhas do cidadão, na autodeterminação de seu plano de vida e no desenvolvimento de sua personalidade<sup>7</sup>, como destinatário da proteção e da efetividade dos direitos fundamentais, em contraposição a uma postura estatal puramente paternalista e excessivamente intervencionista.

Conforme ressalta Benedita McCrorie, “o paternalismo estadual, tal como o definimos, deve ser, então, de afastar, não cabendo ao Estado, em princípio, um dever de proteção contra a vontade do indivíduo (desde que capaz). Tal dever existe apenas em situações extremas ou quando este não esteja em posição de cuidar de si. Excetuando estes casos não é de admitir uma proteção imposta, que restrinja as possibilidades de atuação do visado, já que tal proteção implica uma violação grave ‘da presunção de liberdade que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana.’”<sup>8</sup>

6 A influência no constitucionalismo brasileiro parte de José Afonso da Silva: “II – *inalienabilidade*: são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode se desfazer, porque são indisponíveis.” [...] IV – *Irrenunciabilidade*: não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, mas não se admite sejam renunciados” (*Curso de Direito Constitucional positivo*. S Paulo: Malheiros, 1999. p. 166).

7 Interessante anotar que a Constituição da República portuguesa consagrou o princípio do livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental (art. 26, nº 1).

8 McCRORIE, Benedita, *O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria*, in Responsabilidade e Cidadania, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, p. 99.

Na mesma linha, Virgílio Afonso da Silva posiciona-se no sentido de que “os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é uma posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoria liberal acerca dos direitos fundamentais.”<sup>9</sup>

Assim, reconheço a admissibilidade, *prima facie*, da renúncia a direitos fundamentais.<sup>10</sup>

Esclareça-se que a renúncia não se confunde com a perda e o não exercício de um direito fundamental, os quais têm contornos próprios e distintos. A renúncia deriva de um compromisso voluntário de não exercício de um direito, ao passo que a perda não decorre da vontade consentida, mas sim da própria ordem jurídica que, na ocorrência de seus pressupostos, estabe-

9 SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, 2004. Tese de Livre Docência em Direito – Universidade de São Paulo, p.163-164.

10 A respeito da natureza do poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais, recomenda-se a leitura do artigo *São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin*. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 6328-6348, no qual Leticia Martel põe em cheque a afirmação de Reis Novais acerca da disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais, como trunfos nas mãos do indivíduo, do que decorre o poder de dispor da posição de vantagem. A autora defende que esse raciocínio distancia-se do pensamento de Dworkin, o qual tem visão diversa quanto aos direitos de liberdade, aos direitos como conceitos interpretativos e ao dever de tratar a todos com igual respeito e consideração. Todavia, as premissas do artigo soam deslocadas na leitura isolada do texto *Renúncias a Direitos Fundamentais* (possivelmente justificada pela publicação separada em MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996), uma vez que, na obra já citada *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, p. 29, apesar de se utilizar da metáfora dworkiniana dos trunfos, Reis Novais expressamente rejeita a distinção dogmática entre *rights/principles* e *policies*, explorando noutra direção a ideia dos direitos como trunfos, enquanto exigência contra-majoritária imposta pela observância da dignidade da pessoa humana, mais próxima da evolução histórica dos direitos fundamentais.

lece o enfraquecimento do direito, a exemplo do artigo 15 da Constituição Federal (perda de direitos políticos nas hipóteses fixadas). O mero não exercício, por sua vez, ocorre quando há previsão de escolha entre exercer ou não uma pretensão ou faculdade do direito fundamental.<sup>11</sup>

Assim, são pressupostos da renúncia: a) a titularidade do direito fundamental (não se pode renunciar a direito de terceiro); b) declaração livre e inequívoca de vontade (é possível opor os vícios de consentimento, embora com ressalvas no tocante à coação<sup>12</sup>); c) existência de vantagem ao particular (não podem ser toleradas restrições a direitos fundamentais sem interesse imediato do seu titular); e d) previsão de lei no tocante à restrição imposta pelo Estado (princípio da legalidade).

Nos parcelamentos fiscais, é fácil enquadrar a situação como renúncia: o contribuinte, num quadro de compromisso bilateral com o Estado, emite uma declaração de vontade expressa para confessar a dívida e renunciar ao exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário<sup>13</sup> e ao sigilo fiscal<sup>14</sup>, em busca de facilidades no pagamento da dívida tributária. O resultado é um enfraquecimento da proteção de direito fundamental do contribuinte, de forma pontual e temporária, para trazer-lhe outras vantagens, com correspondência a uma ampliação da margem de atuação da entidade pública.

Dessa forma, as restrições aludidas no parcelamento fiscal constituem-se em exemplos bem acabados de renúncias previstas em lei, sobre as quais recaem dúvidas quanto ao alcance da disposição voluntária e seus limites perante a Constituição Federal.

11 Sobre a diferenciação da renúncia e suas figuras afins, vide Reis Novais (*Direitos Fundamentais...*, ob. cit., p. 221/226) e Pedro Adamy (*Renúncia a direito fundamental*, ob. cit., pág. 29/47).

12 Vide texto referido na nota 28 infra a respeito de coação.

13 Art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

14 Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.



## 1.2 Renúncia à titularidade e renúncia ao exercício do direito

A doutrina majoritária atual rejeita a diferenciação entre renúncia ao direito fundamental e renúncia ao exercício do direito fundamental, a qual foi construída a partir das relações especiais de poder de integração voluntária, tal como ocorre com os militares e funcionários públicos, para justificar que, na ausência de lei, não seria admissível renunciar ao direito em si, mas tornar-se-ia razoável renunciar ao exercício de determinado direito que fosse incompatível com as exigências do regime jurídico específico. Argumenta-se que, se a especialidade de uma relação jurídica pudesse justificar o não exercício de um direito, este perderia totalmente seu conteúdo e passaria ao valor do nada jurídico.

Todavia, neste aspecto, Reis Novais discorda e insiste na vantagem da distinção, esclarecendo que “renunciar à titularidade de uma posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental é renunciar total e irrevogavelmente à capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes que decorrem dessa posição por todo o tempo previsto na declaração de renúncia, enquanto a renúncia ao mero exercício nunca é, pelo menos, definitiva, uma vez que, continuando o sujeito na titularidade da posição jurídica, pode sempre, potencialmente, reassumir a plenitude da capacidade de exercício, em última análise através da possibilidade de revogação da declaração de renúncia.”<sup>15</sup>

A hipótese do parcelamento de débito corrobora a tese do professor português. É possível notar que o contribuinte, ao renunciar ao direito de impugnar determinado débito, fá-lo quanto ao exercício de poderes determinados de acesso judicial, mas mantém intocada a titularidade do

<sup>15</sup> *Direitos fundamentais...*, ob. cit., p. 231.

direito de ação contra o Estado para discutir o tributo parcelado, bem como o próprio exercício desse direito quanto aos aspectos não abarcados na restrição.

De outro lado, no caso do parcelamento, a confissão e a desistência, por força de lei, têm caráter irrevogável e irretratável, o que, em princípio, impossibilita ao contribuinte reassumir a plenitude da capacidade de exercício, o que afastaria a perfeita revogabilidade como condição da renúncia a direito fundamental. Essa característica, de certa forma, dá azo à crítica da doutrina dominante, que aponta para a irrelevância prática entre renunciar ao direito ou ao seu exercício. Contudo, o alcance da desistência e da renúncia é limitado ao plano processual e o contribuinte concentra o poder de, a qualquer tempo, revogar o próprio parcelamento, bem como mantém preservado o direito de ação para discutir a validade da declaração de vontade e outras matérias não alcançadas pelo enfraquecimento do direito fundamental.

Nessa quadra, pertinente a conclusão de Pedro Adamy, no sentido de que, perante o ordenamento jurídico brasileiro, a diferença entre a renúncia ao direito e renúncia ao exercício do direito encontra maior importância nos efeitos da revogação. “Enquanto a primeira afeta mais gravemente o direito fundamental, a segunda se apresenta como uma situação mais facilmente revogável, cujos efeitos atingem menos severamente as posições jurídicas e as potencialidades garantidas pelo direito fundamental.”<sup>16</sup>

16 *Renúncia...*, ob. cit., p. 57.



### 1.3 Renúncia parcial e renúncia total

Noutra classificação, é possível asseverar que somente tem validade a renúncia parcial ao direito fundamental, na medida em que o enfraquecimento total do direito significaria extingui-lo, o que seria inadmissível. Por isso, a renúncia pressupõe sempre a abdicação pontual de posições jurídicas que não tornem sem efeito o direito fundamental, tanto em sua dimensão positiva como na negativa.

Na hipótese do parcelamento, o contribuinte está a renunciar apenas parcialmente ao seu direito de acesso ao Poder Judiciário para impugnar o débito, no que diz respeito a algumas posições jurídicas atinentes ao direito de discutir amplamente a dívida. Não encontra, portanto, óbice nessa distinção, a qual, na verdade, tem utilidade no exame dos limites à renúncia.

### 1.4 Limites e critérios de ponderação

Ao cuidar do tema, Pedro Adamy ordena os limites em absolutos e relativos. Os “limites absolutos” são aqueles que a renúncia não pode transpor e nesse conceito o autor inclui:

a) *o conteúdo essencial dos direitos fundamentais* (limite dos limites, Alexy), posicionando-se pela impossibilidade de no Brasil, mesmo sem previsão constitucional expressa, haver restrição ao conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais, que assegura evitar a total ineficácia do direito fundamental renunciado;

b) *regras constitucionais*, que não podem ser superadas pelo consentimento do titular. Exemplifica com os direitos trabalhistas previstos na

Constituição, a impossibilidade da extradição de brasileiro e, especificadamente, as regras de competência tributária e imunidade, que constituem limites ao poder estatal de tributar aos quais o contribuinte não pode renunciar;

c) *hipóteses de renúncia expressamente previstas no texto constitucional*, que tem caráter relativizador da própria garantia constitucional;

d) *reservas da Constituição*, hipótese em o poder constituinte reservou a si mesmo certas matérias, nas quais a renúncia deve ser objeto da própria norma constitucional;

e) *proteções institucionais*, que fortalecem institutos ou instituições que, em última instância, conferem a eficácia dos direitos fundamentais, como as garantias de imunidade parlamentar que não podem ser renunciadas.

Acrescenta, depois, limites relativos, que por razões relevantes podem ser superados, em conformidade com os critérios atinentes à renúncia. Segundo o autor, são eles:

f) *dignidade da pessoa humana*. Aqui vale lembrar que, como acentua Reis Novais, hoje é valorizada uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto à autonomia do interessado e ao seu poder de conformação da própria vida, o que significa que o ser humano não pode ser tratado como instrumento ou meio de realização de fins alheios<sup>17</sup>;

g) *livre desenvolvimento da personalidade*;

h) *livre desenvolvimento de atividade profissional ou econômica*;

17 *Direitos fundamentais...*, ob. cit., págs 276/277.

i) *segurança jurídica*, que tem ligação com a necessidade de previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas envolvendo Estado e indivíduo e é assegurada por outros princípios, entre os quais o da legalidade, anterioridade, irretroatividade, proteção ao ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido;

j) *quando “obedecer seria arriscar-se a ter a pior parte”*, tópico em que chama a atenção para o excesso de parcelamentos fiscais periódicos, com renúncia a direitos fundamentais, o que pode significar, em última instância, um risco à isonomia e à segurança jurídica;

k) *violação ao princípio da capacidade contributiva*.<sup>18</sup>

No caso do parcelamento, interessam entre os limites anteriores principalmente (a) *o conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, (b) *as regras constitucionais*, e (i) *a segurança jurídica*. Além desses, outro que acrescentaria aos limites relativos: (l) *prevenção contra desequilíbrio da concorrência*, estratégia elevada ao patamar constitucional como novo princípio tributário, nos termos do artigo 146-A da Constituição Federal, que tem relação com o item “j” anterior.

No exame desses limites, a decisão sobre a validade de uma renúncia a direitos fundamentais na relação Estado/contribuinte exige um processo de ponderação de princípios que permite orientar uma solução racional, com ensejo, é verdade, a diversos resultados, a partir da interpretação que se atribui a enunciados constitucionais abertos.

O principal critério de ponderação é o princípio da proporcionalidade, que se divide em três fases subsidiárias, conforme doutrina consagrada, embora não imune a críticas e divergências. São elas:

<sup>18</sup> *Renúncia...*, ob. cit., págs 126/168.

- a) *adequação* (a renúncia deve ser apta à realização do fim estatal buscado, ainda que parcialmente, sob pena de não passar nesta fase);
- b) *necessidade* (a renúncia, entre as medidas possíveis igualmente eficazes, deve seguir aquela que menor restrição ao direito tutelado);
- c) *proporcionalidade em sentido estrito* (ponderação de bens e valores, segundo a importância da finalidade e a restrição escolhida).

Para esse parâmetro fundamental de controle dos atos estatais, deve-se considerar a ressalva de Reis Novais para a dupla dimensão do princípio no âmbito da renúncia a direitos fundamentais: “enquanto limite à limitação do poder de disposição individual sobre suas próprias posições de direitos fundamentais e enquanto limite à restrição de posições protegidas de direitos fundamentais efectuada com fundamento na renúncia de seu titular.”<sup>19</sup> Noutras palavras, cumpre verificar a vontade do titular do direito fundamental em aceitar a restrição e o nível de sacrifício decorrente da restrição imposta em face dos fins estatais, sem descuidar da adequação da medida e sua necessidade.

Fixados esses limites e critérios, temos como avançar na análise específica das renúncias no âmbito do parcelamento fiscal.

19 *Direitos fundamentais...*, ob. cit., p. 280.

## CAPÍTULO II

# Das renúncias no parcelamento fiscal

### 2.1 Natureza do parcelamento

O parcelamento de débitos tem uma dupla dimensão de interesses, conforme o ângulo do Estado e do contribuinte.

Para o contribuinte, é um direito de suspender a exigibilidade do crédito, incorporado ao Código Tributário Nacional a partir da Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, com objetivo de extinguir o débito ao final das parcelas pagas. Significa dizer que, ao contrário do que prega a doutrina, os parcelamentos não são um mero favor do Estado, conforme lhe for oportuno e conveniente; trata-se de um dever, para o qual exige-se o regramento em lei específica, nas três esferas de poder (União, Estados e Municípios), *de forma permanente*, de tal sorte que o contribuinte inadimplente tenha pelo menos uma opção constante de parcelar a dívida para voltar à regularidade fiscal, se satisfizer as condições legais, diferentemente do instituto da moratória, de caráter excepcional. Como regra o parcelamento não exclui juros e multa (art. 155-A, Código Tributário Nacional), pois seu objetivo não é favorecer o mal pagador, muito menos estimular a sonegação fiscal, mas preservar a solvência daqueles que, por contingências financeiras, não puderam pagar antes do vencimento e continuam sem lastro para quitar o débito vencido numa única parcela.

Sob a perspectiva estatal, inserido num contexto maior de política fiscal, tem por objetivo o incremento da arrecadação e facilitação do pagamento de créditos vencidos, permitindo o recebimento parcelado de dívidas que, de uma vez só, encontrariam dificuldades de quitação. Esse

objetivo arrecadatório legítimo do Estado, que vale para o parcelamento ordinário acima referido, ganha maior intensidade nos parcelamentos excepcionais, geralmente de adesão limitada no tempo, em forma de programas especiais de recuperação de débitos, os quais conferem maiores benefícios e vantagens tributárias aos contribuintes endividados e, como contrapartida, costumam exigir restrições mais gravosas a direitos fundamentais.

Dentro deste contexto, mesmo os parcelamentos excepcionais não podem oferecer ao inadimplente situação mais vantajosa do que a do contribuinte que efetuou o pagamento normalmente antes do vencimento, sob pena de ofender o princípio da isonomia e de afetar, a longo prazo, a segurança jurídica e econômica e o equilíbrio da concorrência entre os agentes econômicos. Como afirma Pedro Adamy, “se o indivíduo ou a pessoa jurídica renunciante consegue, mesmo temporariamente, obter benefícios, privilégios e/ou vantagens com a renúncia de forma que os outros agentes econômicos sejam colocados em posição de desigualdade, a previsão da renúncia aqui, também, padece de vício de inconstitucionalidade, por ferir, mesmo que indiretamente, o dever de neutralidade da legislação tributária. A razoabilidade como equivalência controla, também, a existência de benefícios irrazoáveis em relação aos outros contribuintes.”<sup>20</sup>

## 2.1 Hipóteses de renúncia

Desde 1968, a legislação tributária vem estabelecendo programas de parcelamento de débitos federais, condicionando a adesão do contribuinte às seguintes renúncias que interessam ao presente estudo:

<sup>20</sup> *Renúncia...*, ob. cit., p. 188.



- a) confissão irretratável e irrevogável da dívida;
- b) encerramento de processo por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito sobre o qual se funda a ação;
- c) acesso irrestrito às informações relativas à sua movimentação financeira, a partir da adesão ao parcelamento.

### 2.1.1 Confissão irretratável e irrevogável

A mais tradicional renúncia a direito fundamental exigida nos parcelamentos é a confissão irretratável<sup>21</sup> e irrevogável<sup>22</sup> da dívida.

A primeira questão que se põe em causa é o alcance da confissão. Isso porque o crédito tributário nasce com a obrigação tributária, a qual decorre de fato gerador definido em lei, segundo os parâmetros da Constituição Federal.

Nessa atividade estatal plenamente vinculada, a manifestação de vontade do contribuinte não tem qualquer influência na formação e constituição do crédito tributário. Logo, ao confessar um crédito que, por qualquer motivo, sofra de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, nada impede que o interessado promova sua impugnação administrativa ou judicial, na medida em que o ato confessional não tem poder para suprir um vício de formação ou ressuscitar o crédito extinto por qualquer razão, como, por exemplo, pela prescrição.

21 Fórmula forjada pelos Decretos-Leis nºs 352, de 17/06/1968, e 1.184, de 12/08/1971.

22 Irrevogabilidade introduzida pelo artigo 3º, inciso I, Lei nº 9.964/2000.

Em última instância, a renúncia ao direito fundamental, nesse caso, encontraria barreira no seu próprio conceito, pois, como visto, a um enfraquecimento da posição do interessado corresponde uma ampliação dos poderes estatais. Ocorre que, neste segundo nível, as regras da Constituição (limite absoluto), que disciplinam o poder do Estado de tributar, tolheriam a intervenção estatal, tornando a renúncia sem eficácia.

A mesma ideia aplica-se aos casos de imunidade e isenção tributárias. Uma vez beneficiado por essas hipóteses, não se admite ao contribuinte confessar débito ao qual é imune ou do qual é isento, pois seu consentimento confrontar-se-ia com prevalência da Constituição ou da lei. Em decorrência, se assim o fizer, a confissão poderá ser declarada sem efeito e o parcelamento anulado pelas vias próprias.

Nessa esteira segue o raciocínio aplicável aos tributos que venham a ser declarados inconstitucionais, seja em ação do próprio contribuinte, seja em procedimento com efeito *erga omnes* no Supremo Tribunal Federal. Em ambas hipóteses a confissão perde efeito e o parcelamento será cancelado, devendo as parcelas pagas ser devolvidas ao contribuinte.

Adiro, neste tópico, à conclusão de Pedro Adamy, no sentido de que “a vontade do contribuinte, seja na forma de confissão, acordo ou transação, não tem a capacidade de constitucionalizar tributo inconstitucional, de legalizar tributo ilegal e, acima de tudo, não tem o condão de criar tributo.”<sup>23</sup>

Então, qual seria, em termos práticos, o alcance da confissão?

Se não interfere nos elementos legais e constitucionais de formação do débito, é possível dizer que a confissão não abarca a matéria de direito, mas pode abranger a matéria de fato, como, aliás, dispõe expres-

23 *Renúncia...*, ob. cit., p. 197

samente o artigo 348 do Código de Processo Civil<sup>24</sup>. Assim, se continua livre o contribuinte para discutir a legalidade ou inconstitucionalidade do débito, já não se pode dizer o mesmo quando pretenda discutir o cálculo do valor devido, a partir de fatos e provas produzidas.

Nesse sentido, decidiu criteriosamente o Superior Tribunal da Justiça:

DIREITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. DISCUSSÃO SOBRE FATOS QUE MOTIVARAM A AUTUAÇÃO. DEMANDA POSTERIOR QUE DISCUTE OS SEUS TERMOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Se a parte reconhece a prevalência de dívida tributária, parcelando-a, fica impedida de discutir os aspectos fáticos que motivaram a confissão. 2. É possível, entretanto, o questionamento judicial de aspectos da relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a aplicabilidade da norma instituidora do tributo. 3. A recorrente busca, nestes autos, discutir a exatidão de valores lançados em notas fiscais de aquisição e creditamento de valores em determinado período, matérias fáticas confessadas quando da formalização do parcelamento da dívida. 4. Impossibilidade de apreciação dos termos do parcelamento formalizado pela recorrente. Recurso especial improvido. (2ª Turma, Recurso Especial nº 1204532, relator Ministro Humberto Martins, julgamento 05/10/2010, DJE 25/10/2010).

Entendo que a relação jurídica de enfraquecimento do direito do contribuinte, de um lado, e de ampliação da atividade estatal, de outro, estaria conceitualmente comprometida, caso o primeiro pudesse beneficiar-se do regime de pagamento facilitado do parcelamento e, ao mesmo tempo, contestar qualquer aspecto fático da apuração do débito, incentivando o conflito judicial. Quando não há dúvida quanto à constitucionalidade e a legalidade do tributo não pago ou até que se as declare por decisão final,

24 Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

a confissão extrajudicial opera efeitos para reconhecer a dívida, constituir o crédito, interromper a contagem do prazo prescricional e sedimentar a relação jurídica, no que conspira a favor da segurança jurídica.

Em síntese, é perfeitamente possível discutir a legalidade e constitucionalidade de um determinado tributo confessado em seus aspectos jurídico- normativos, mas não é dado ao contribuinte revolver a apuração de valores e demais aspectos fáticos a partir do exame de provas, porquanto a confissão tem aptidão para gerar efeitos no campo em que a vontade manifestada do contribuinte não pode ser desprezada.

Em alguns casos, a própria lei excluiu do objeto da confissão a possibilidade de verificação do exato valor da dívida. Essa ressalva foi introduzida pela Medida Provisória nº 1.542/1996 e reproduzida pelas Leis nºs 10.522/2002 e 11.941/2009, de sorte a permitir ao contribuinte verificar por operações matemáticas se a quantia apurada está correta para inclusão no parcelamento.

Dessa forma, fica mantida a conclusão acima, ou seja, é possível discutir os aspectos jurídicos do tributo objeto de confissão, mas não os fáticos, ressalvada a verificação do valor exato da dívida.

### **2.3 Desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito sobre o qual se funda a ação**

Essa fórmula mais gravosa apareceu pela primeira vez, no plano da União, no artigo 2º, § 6º, da Lei nº 9.964/2000, diploma que deu início à série de regimes especiais ou excepcionais de parcelamento, nos quais vem sendo igualmente adotada.

Seu efeito prático é o enfraquecimento do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O primeiro limite à vontade do contribuinte está nas formalidades exigidas pelo Código de Processo Civil. Para que se concretize o objetivo de encerrar o processo por desistência (art. 267, VIII), é preciso, primeiramente, poderes especiais na procuração conferida ao advogado (art. 38) e não produz efeitos antes de homologada por sentença (art. 158). Se manifestada depois da contestação, dependente do consentimento do réu (art. 267, § 4º). Da mesma sorte, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V) só se realiza no plano processual com a declaração expressa do renunciante, por meio de causídico investido de poderes próprios, não sendo suficiente a mera adesão ao parcelamento, conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “*A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp 1.124.420/MG, na sistemática do art. 543-C, do CPC, firmou entendimento no sentido de que ‘a existência de pedido expresso de renúncia do direito discutido nos autos, é conditio iuris para a extinção do processo com julgamento do mérito por provocação do próprio autor, residindo o ato em sua esfera de disponibilidade e interesse, não se podendo admiti-la tácita ou presumidamente, nos termos do art. 269, V, do CPC.’*” (2ª Turma, AgRg no REsp 1041985/RS, DJe 02/06/2010). Na mesma linha: “*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada no sentido de que a extinção da demanda com julgamento de mérito, em decorrência da adesão do demandante a programa de parcelamento de débito tributário, exige a renúncia expressa ao direito em debate, que não pode ser presumida. 2. Agravo regimental improvido.*” (1ª Turma, AgRg no REsp 1073719/BA, DJe 01/09/2010).

Assim, ao contrário da confissão que gera conseqüências no plano extraprocessual em decorrência de uma primeira vontade declarada

pelo contribuinte ao aceitar livre e conscientemente o parcelamento, a desistência e a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação exigem uma segunda manifestação, expressa, nos autos de um processo judicial, por meio de advogado provido de poderes específicos.

Em decisão isolada sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu, na vigência da Constituição Federal de 1967/69 (que continha a cláusula de acesso ao Poder Judiciário no art. 153, § 4º), ao reformar acórdão que admitia a renúncia tácita. Todavia, o resultado do julgamento foi mais pretensioso, ao declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou judicial” na disposição de lei estadual, que atribuía ao pedido de parcelamento o efeito automático de renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial. Confira-se: “*Controle judicial. Sua inafastabilidade. Lei estadual que atribui ao pedido de parcelamento de crédito fiscal o efeito de confissão irrevogável e de renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo ou judicial, bem como desistência dos já interpostos. Inconstitucionalidade desse dispositivo relativamente à expressão “ou judicial”, por ofensiva ao art. 153, § 4º, da CF. Recurso extraordinário conhecido e provido.*” (RE 94141/SP, Relator Min. SOARES MUÑOZ, Julgamento: 10/11/1982, Tribunal Pleno, DJ 04-03-1983 P. 1937).

Pode-se deduzir, numa primeira visão, que a generalidade da fórmula utilizada na lei estadual significaria, na prática, uma renúncia total do direito de impugnação judicial, o que contraria o núcleo e a essência do direito fundamental. Ainda que o acórdão reformado estivesse a discutir a renúncia ficta, a Suprema Corte reconheceu que não se pode excluir a inafastabilidade da jurisdição.

Porém, na vigência da Constituição de 1988, o Tribunal não mais voltou especificamente à questão.<sup>25</sup>

25 Esclareça-se que, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 850.506, julgamento 06/12/2011, da 2ª Turma, a emenda lavrada faz supor que a Corte teria confirmado a constitucionalidade da renúncia (“DISCUSSÃO JUDICIAL DO VALOR DO TRIBUTO. RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. ALEGAÇÃO DE

Como, então, compatibilizar essa restrição com a Constituição Federal? A resposta passa pela submissão ao princípio da proporcionalidade.

Cabe antes formular uma questão preliminar: seria conveniente que o parcelamento pudesse ser concedido sem a contrapartida de renúncia do contribuinte ao exercício do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário? Entendo que não, uma vez que, na dimensão de interesse estatal do parcelamento, tornar-se-ia uma política fiscal desvantajosa ao sistema tributário e ao próprio sistema judicial. A vantagem incondicionada ao contribuinte em débito de obter a imediata suspensão da exigibilidade do crédito, com o recolhimento de pequenas parcelas mensais, estimularia a discussão eternizada e por vezes despropositada da dívida no âmbito judicial (não haveria maior prejuízo ao contribuinte em deixar de pagar qualquer tributo para em seguida parcelá-lo e impugná-lo), contribuindo sensivelmente para a sonegação e a inadimplência, bem como ensejando insegurança jurídica e desequilíbrio na concorrência entre os agentes econômicos. Na busca da realização de parcelamentos que beneficiem o maior número possível de contribuintes, faz todo sentido que a atuação administrativa seja correspondida pelo não exercício pontual do direito fundamental em questão, razão pela qual considero superada a fase de adequação, primeira do princípio da proporcionalidade.

O encerramento do litígio é uma concessão legítima nas hipóteses de negociação e composição entre as partes nele envolvidas, tal como estabelece o próprio Código Tributário Nacional quando definiu o instituto da *transação* como meio de extinção do crédito. Seu conceito legal é um claríssimo exemplo de renúncia a direito fundamental: “a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútu-

---

VIOLAÇÃO DO ACESSO DO CONTRIBUINTE AO PODER JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 279<sup>o</sup>), mas a análise do voto do relator revela que não ingressou no mérito.

as, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário” (artigo 171, CTN). Ora, ontologicamente, o parcelamento nada mais é do que uma transação (mas com concessões mútuas pré-definidas em lei) que prorroga a extinção do crédito até o pagamento da última parcela, de tal sorte que o encerramento das ações judiciais lhe é também uma conseqüência natural e esperada.

Na outra face da moeda, ao nível do contribuinte, há de ser preservado o mínimo essencial do direito previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Neste ponto, Pedro Adamy posiciona-se contrariamente à renúncia de qualquer alegação de direito sobre determinada matéria e de processos futuros, mas, na seqüência, admite que “pode haver restrição do acesso à justiça por normas infraconstitucionais, desde que não implique seu banimento.”<sup>26</sup> No entanto, não chega a apontar solução para o problema concreto em causa, segundo o qual o contribuinte litigante deve expressamente desistir da respectiva ação judicial e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se funda a referida ação, como condição de homologação do parcelamento. Não estamos, pois, na esfera de qualquer alegação ou de processos futuros<sup>27</sup>, mas de uma ação judicial determinada com alegações específicas de direito.

Na segunda fase do princípio da proporcionalidade, poder-se-ia argumentar que a medida restritiva é desnecessária, porquanto a confissão do contribuinte seria suficiente e menos agressiva para que fossem extintos os processos que se limitem a discutir as questões de fato, preservando o direito do contribuinte de submeter ao Judiciário os aspectos jurídicos da relação tributária. No entanto, a confissão não se mostra igualmente eficaz para atingir o fim pretendido, qual seja, fazer do parcelamento um instrumento de pacificação das relações tributárias e de

26 *Renúncia...*, ob. cit., p. 192/193

27 Tal hipótese foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgado sobre a Lei de Arbitragem, Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, infra analisado.

segurança econômica e jurídica. Sob esse ângulo, não haveria outra medida de semelhante eficácia, que confira estabilidade à contratação do parcelamento como um ato jurídico transacional, especialmente naqueles regimes de parcelamento os quais chamamos de excepcionais, por conferirem maiores vantagens ao contribuinte, com grande número de parcelas, diminuição ou perdão de multas e outras remissões. Note-se que o parcelamento ordinário (Lei nº 10.522) não prevê desistência e renúncia ao direito em ação judicial.

Outro argumento de reforço na linha da necessidade de evitar a instabilidade é o de que o parcelamento encerra um ato administrativo complexo, que envolve a conferência completa dos tributos incluídos para enquadramento num sistema organizado a fim de, ao final, ensejar a definição do valor das parcelas mensais conforme o número de meses, após as diversas operações necessárias para identificar o tributo, fazer a verificação exata de quantias, incluindo juros, correção monetária, multas, reduções, anistia, remissões e quejandos e consolidar o parcelamento ou mesmo o reparcelamento (migração de um regime legal de parcelamento para outro mais vantajoso). Essa intrincada operação de concessões mútuas certamente não convive, ao menos de forma previsível e ordenada, com as incertas possibilidades de o contribuinte interessado trazer-lhe, a todo o tempo, uma multiplicidade de situações hipotéticas presentes nas discussões judiciais, como depósitos, suspensões, tutelas antecipadas, cautelares, liminares, quitações parciais decorrentes de leilão, compensações, sempre sujeitas a reformas, anulações e alterações refletidas na base de cálculo e valores dos tributos, tudo sem prazo definido de conclusão. Tornar-se-ia extremamente difícil ao Estado gerir isso, sem prejuízo das atividades primordiais de fiscalização tributária cujas carências são notórias, o que reverteria em última instância para dificultar e desestimular a realização dos parcelamentos, principalmente dos mais benéficos e complexos, aos contribuintes em geral.

Assim, temos por justificada a transposição da segunda fase e chegamos à terceira, e mais difícil: a proporcionalidade em sentido estrito, na qual a relevância dos fins legítimos perseguidos pelo Estado com o parcelamento e sua realização devem ser proporcionais, razoáveis e adequados em relação ao enfraquecimento da posição do contribuinte derivada da desistência e renúncia nas ações judiciais.

No tocante à premência do interesse perseguido pelo Estado, Pedro Adamy, ao tratar da restrição ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, rejeita a crítica de que os parcelamentos fiscais ficariam sem função ou esvaziados se as confissões não tivessem impacto sobre as contestações judiciais, com apenas vantagens aos contribuintes sem a necessária vantagem ao Estado. Reúne três linhas de argumento para justificar sua posição: a) sob o ponto de vista do Estado, está a receber imediatamente, ainda que de forma parcelada, os tributos devidos, sem a necessidade do procedimento administrativo e judicial de cobrança da dívida; b) a confissão dispensa a necessidade da constituição formal do crédito, o que é uma vantagem ao Estado; e c) o parcelamento inverte o ônus da prova e o renunciante deve fazer prova cabal de que a confissão é inválida, diante da inclusão de parcelas inconstitucionais ou ilegais, ou de que foi realizada sob coação econômica.<sup>28</sup>

Entretanto, os argumentos agitados pelo autor não anulam a crítica apresentada. A primeira vantagem (a) que atribuí ao Estado no *recebimento imediato da dívida* de maneira parcelada, antes disso, é uma vantagem para o devedor, que não pagou o tributo no vencimento e buscar livrar-se de uma cobrança da integralidade da dívida, com todos os ônus e privações que esta lhe acarreta, por meio da constrição e expropriação de seus bens e valores. Decerto, é melhor receber em parcelas aquilo que talvez jamais receberia de uma vez só, mas esta

28 *Renúncia...*, ob. cit., p. 194

hipótese não pode ser considerada vantajosa *a priori*, quando o Estado poderia, muitas vezes, forçar o recebimento por inteiro ou parcialmente por meio de cobrança privilegiada e imposição de restrições fiscais à expedição de certidões e inclusão do devedor em cadastro negativo. Logo, o recebimento imediato de parcelas não tem o peso de vantagem se comparado aos benefícios para os contribuintes em geral no prazo estendido e nas reduções da dívida e seus consectários. A segunda vantagem (b) nos *efeitos da confissão na constituição do crédito* quase sempre não o é, na medida em que boa parte dos tributos incluídos nos parcelamentos já foram constituídos por declarações anteriores do próprio contribuinte ou pelo lançamento da autoridade. O que talvez represente algum ganho ao Estado é o fato de a confissão significar a interrupção da prescrição, cujo prazo tem nova contagem integral, mas ainda sim o argumento falharia, porque mistura confissão com renúncia ao direito discutido na ação. Já vimos acima que a confissão tem alcance limitado no plano extraprocessual e somente abrange a matéria de fato, ao passo que, quando se cuida da desistência e da renúncia declaradas no processo, temos um enfraquecimento direto do direito previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. Por fim, o terceiro argumento (c), além de trazer à baila novamente a confissão onde se cuidava de desistência e renúncia em ações judiciais, pressupõe uma *inversão inócua do ônus da prova*, que não se compatibiliza contra a regra básica do processo civil, segundo a qual quem alega tem de provar (art. 333, CPC). Ora, se é o contribuinte quem aponta o vício, ele sempre esteve com o ônus da prova, em vista dos atributos dos atos administrativos que têm presunção de legalidade e especialmente nas situações em que a dívida, já inscrita, goza de presunção de veracidade. Por fim, quanto à *coaço econômica*, vale a advertência de Reis Novais, para quem “pode ser exatamente quando o cidadão se encontra numa situação dessas [de pressão, desigualdade ou dependência] que a possibilidade de prosseguir autonomamente os seus fins pessoais só possa ser garantida se ele aceitar prescindir de uma posição de direitos

fundamentais”<sup>29</sup> Ou seja, o parcelamento vem justamente ao encontro do devedor em dificuldades financeiras, de maneira que a coação pelo tempo limitado para adesão, ao contrário do que sustenta Adamy<sup>30</sup>, não invalida a renúncia ao direito fundamental, cujo caráter voluntário sob essa perspectiva deve ser relativizado.

Admitida, assim, a relevância no interesse buscado pelo Estado, entendendo que a restrição exigida como contrapartida (extinção das ações judiciais) lhe é proporcional, especialmente em parcelamentos excepcionais, nos quais as vantagens oferecidas ao contribuinte são maiores. De fato, são gravosas a desistência e renúncia de ações ajuizadas, mas o contribuinte continua investido do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário e pode optar por não incluir no parcelamento o débito impugnado na via judicial.

Vale destacar, neste ponto, a importância do julgamento da Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206/Reino da Espanha, concluído em 12 de dezembro de 2001 (DJ 30-04-2004), no qual o Supremo Tribunal Federal, a respeito da Lei de Arbitragem, entendeu, conforme voto do ministro relator Sepúlveda Pertence, que “da licitude da transação sobre direitos materiais objeto da lide, surge, sem violência à Constituição, a legitimidade da renúncia, em relação a eles, do direito de ação, que, embora autônomo, tem caráter instrumental.”<sup>31</sup> Interessante notar que, inicialmente, o julgamento foi convertido em diligência, porque o ministro Moreira Alves entendeu necessário ouvir o Ministério Público Federal: “trata-se de problema delicado, pois pode envolver a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua natureza”. Mas a Corte julgou constitucional a renúncia por fundar-se no consentimento dos interessados e cuidar de direitos sobre

29 *Direitos Fundamentais...*, ob. cit., p. 253

30 *Renúncia...*, op. cit., p. 190, nota 53.

31 Disponível em «[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)».

os quais as partes podem dispor. No entanto, o ministro relator Perencez ressaltou que a renúncia não pode ser genérica e abarcar litígios futuros e eventuais, devendo restringir-se a litígio atual e concreto, razão pela qual votou pela inconstitucionalidade da cláusula compromissória. Na seqüência, o ministro Nelson Jobim dele discordou e sublinhou que “a Constituição não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros”, que “o cidadão tem a liberdade de tentar compor os seus conflitos fora da área do Poder Judiciário” e que “não há renúncia abstrata à jurisdição estatal no caso cláusula compromissória”, ou seja, trata-se de uma faculdade de acesso à Justiça que não pode ser imposta, no que foi seguido pela maioria. O raciocínio reiterado nos ricos debates sobre o alcance da renúncia é o de que, se posso renunciar ao próprio direito material disponível<sup>32</sup>, também posso fazê-lo em relação ao exercício do direito de ação judicial que lhes corresponde. Vê-se, pois, que o julgado é um leading case aplicável à renúncia ao direito de ação nos regimes de parcelamento.

O pagamento parcelado sob mútuas concessões entre Estado e contribuinte é logicamente incoerente com a manutenção do litígio sobre o mesmo tributo e, por isso, considero razoável nesse contexto a restrição em face do interesse público envolvido, desde que se ofereça ao contribuinte a possibilidade de incluir no parcelamento débitos que não esteja a discutir e deixar de fora créditos objeto de ação judicial ajuizada, se assim desejar. Dessa forma, o sacrifício imposto é proporcional ao

32 Letícia Martel enxergou no julgado a pertinência da distinção entre direitos patrimoniais disponíveis e direitos indisponíveis (patrimoniais ou não), esclarecendo com precisão que “efetivamente, há direitos que são meramente patrimoniais, em geral tidos como disponíveis (i.e., passíveis de abdicação, renúncia total, transação, etc.), e outros que possuem um âmbito existencial ou pessoal que se destaca, para os quais a disposição se mostra mais problemática. Porém, apesar de a divisão entre direitos patrimoniais e não-patrimoniais facilitar a questão da disponibilidade, não se pode simplesmente definir que os direitos patrimoniais são disponíveis, ao passo que os demais não são. Muitos direitos fundamentais traduzem-se justamente em valores financeiros, e seria um imperdoável sofisma sustentar que os valores pecuniários são disponíveis e o direito, em si, não é (e.g., direitos dos trabalhadores, direitos relacionados + previdência social, dentre outros). Além do mais, muitos direitos não-patrimoniais são sujeitos à disposição, como ocorreu com a inafastabilidade do controle jurisdicional no julgado em comento” (*Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, Rio de Janeiro, 2010, Tese de Doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 27-28).

benefício alcançado, conforme decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região em julgado que merece transcrição:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. EXTINÇÃO. ADESÃO AO PAES. CONDUTA DO CONTRIBUINTE INCOMPATÍVEL COM O PROSSEGUIMENTO DA DISCUSSÃO JUDICIAL. O reconhecimento havido na sentença de que a embargante adotara conduta incompatível com o prosseguimento da discussão judicial posta em causa não afronta a garantia constitucional do amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CF). Isto porque não se impôs ao embargante a desistência da ação ou a renúncia ao direito sobre o qual se funda a mesma. Apenas se disse que havia uma incongruência lógica entre confessar o débito, para obter o benefício fiscal (no caso, o parcelamento fiscal, com redução de parcela), e persistir no questionamento judicial proposto. A alegação de que a legislação que disciplina o Programa de Parcelamento Especial – PAES não obriga o contribuinte a incluir nele os créditos tributários objeto de discussão judicial, ou, ainda, de que não implica inclusão compulsória de todos os seus débitos, é irrelevante no caso concreto, porque a própria embargante, ao noticiar nos autos a sua adesão ao referido Programa, mencionou que o parcelamento fiscal abrangia os valores controvertidos nos embargos. Conquanto a desistência e a renúncia envolvam ato de disposição processual, para o que é exigível expressa manifestação da parte, inexistindo desistência ou renúncia tácita (tanto que para levá-las a efeito é indispensável a outorga de poderes especiais ao procurador), a vingar a iniciativa recursal da embargante, criar-se-á um impasse insolúvel: a lei exige para a homologação do pedido de parcelamento fiscal especial a desistência da ação com renúncia ao direito sobre o qual se funda. Essa exigência é legítima, consoante o posicionamento adotado pelos Tribunais, não se vislumbrando ofensa à garantia constitucional de acesso ao Judiciário, por depender de iniciativa do próprio interessado (adesão facultativa). Assim, caso não se confirme a extinção dos embargos, a autoridade administrativa terá de avaliar a repercussão deste fato na concessão do benefício fiscal, eis que terá sido descumprida uma das condições impostas pela lei. Certamente, este efeito não é almejado pela embargante. (1ª Turma, Apelação Cível nº 2004.04.01.039318-8/RS, Rel. Vivian Caminha, DJ 26/10/2005).

É seguindo esse raciocínio que tenho por acertada a jurisprudência<sup>33</sup> que acoima de inconstitucional a Portaria do Ministério da Fazenda nº 655/93, cujo artigo 4º proíbe a inclusão no parcelamento de débitos que foram objeto de depósito judicial em razão de seu questionamento, pois afronta a isonomia e toma de antemão o ajuizamento de ação como fator de discriminação, sem dar alternativa ao contribuinte de inserir ou não o débito ajuizado. Sobre essa questão, recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, no Agravo de Instrumento nº 763953, relatora Min. Rosa Weber, DJe-202 16/10/2012, devendo pronunciar-se em breve sobre o caso. Colho da decisão proferida a consistente argumentação do contribuinte, fundada na ofensa ao princípio da igualdade desferida pela aludida Portaria: “Com efeito, ela estabelece diferença de tratamento entre os contribuintes da COFINS, que são divididos em classes. Uma, com (a) os que não ingressaram em juízo e estão em débito e (b) os que ingressaram em Juízo e não depositaram o valor do litígio; classe que pode parcelar o pagamento do tributo. Outra, a classe daqueles que ingressaram em juízo e depositaram o valor do litígio nos autos da ação, a qual está proibida de obter o parcelamento. Essa última classe foi duplamente atingida e discriminada pois não pode se utilizar do mesmo privilégio de pagar o débito parceladamente e não pode efetuar o levantamento dos depósitos efetuados nos autos, mesmo que a ação declaratória, com o parcelamento, perca praticamente o seu objeto.”

33 “ADMINISTRATIVO. PARCELAMENTO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. VEDAÇÃO A QUEM TENHA AJUIZADO AÇÃO JUDICIAL E EFETUADO DEPÓSITO NO BOJO DOS AUTOS. ART. 4º DA PORTARIA MF 655-93. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, CF). 1. Nos termos da chamada justiça distributiva concebida por Aristóteles, o princípio da igualdade consiste em tratar de forma desigual àqueles que estão em situações distintas, diversamente da justiça comutativa, que prescreve o tratamento igualitário entre pessoas diante de situações que não comportam distinção. 2. No cerne destas idéias está a premissa de que é admissível tratar desigualmente a duas pessoas, desde que haja uma explicação razoável para isso. 3. Ao impedir o acesso ao parcelamento de contribuintes que tenham depositado em juízo os valores de tributos controvertidos, o art. 4º da Portaria MF 655-93 não repousa em explicação plausível e razoável, acabando por ofender, por via transversa, ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, visto que culmina por constranger o contribuinte a não buscar o Poder Judiciário para assegurar os direitos dos quais se imagina detentor. 4. Negado provimento à apelação e à remessa oficial” (TRF-3ª Região, 3ª Turma, AMS 00080763719944036100, rel. Juiz Convocado Rubens Calixto, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2010).

Em síntese, diante do princípio da proporcionalidade, considero que as gravosas renúncias ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário como condição ao parcelamento justificam-se nas hipóteses em que os parcelamentos excepcionais, de adesão limitada no tempo, confirmam maiores vantagens aos contribuintes, de modo a autorizar a ampliação da atuação estatal para organizar de forma sistemática as adesões e os tributos incluídos, sem a inconveniente concomitância de ações judiciais, desde que se resguarde ao interessado a faculdade de escolher ou não inserir no parcelamento o débito objeto de ação judicial.

Por fim, devo reconhecer que essa conclusão poderia falhar, na perspectiva da isonomia, caso atribísse uma situação de inferioridade ao contribuinte que tem ação pendente para discutir o débito em relação a outro que, depois de incluí-lo no parcelamento, resolva impugná-lo nos aspectos jurídicos, que não estariam abarcados pela simples confissão. Sob essa ótica, é preciso esclarecer que a admissibilidade da renúncia importa em uma de duas situações: a) ou o contribuinte inclui o débito no parcelamento, e assim desiste ou renúncia ao direito nas ações já propostas; b) ou pretende impugnar o débito e, assim, não deve incluí-lo no parcelamento. Se o fizer nesta situação, será obrigado na ação posteriormente proposta a expressamente desistir ou renunciar, sob pena de ser excluído do parcelamento.

Noutro giro, é possível questionar se o contribuinte que confessou de forma irrevogável e irretratável o débito que indicou, sem tê-lo previamente impugnado em sede judicial, pode revogar o parcelamento e ajuizar ação para discuti-lo. A resposta é evidentemente positiva, na medida em que, diante da conclusão acima, a confissão somente abrange a matéria fática, razão pela qual o contribuinte, declarando sua pretensão em sair do parcelamento ou sendo excluído de ofício, poderá propor a demanda a respeito dos aspectos jurídico-tributários.



Sendo assim, exsurge duvidosa a situação do contribuinte que ajuíza a ação e, para aderir ao parcelamento, teve de desistir da respectiva demanda e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se funda a referida ação, mas que, em seguida, opta por revogar o parcelamento ou dele é excluído e pretende retomar a discussão judicial ou atacar o tributo noutros aspectos. Esse é o caso de mais difícil resposta.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que nem sempre a revogação da renúncia ao exercício do direito fundamental permite ao indivíduo retomar a plenitude da capacidade de exercício. As renúncias no regime de parcelamento são exemplos disso. Já vimos que a confissão no plano extraprocessual obstaculiza ação posterior no tocante à matéria de fato. A desistência de uma ação em curso, já no plano endoprocessual, pode fazer precluir o direito de ajuizar ação idêntica, como no caso dos embargos à execução fiscal. Por sua vez, a renúncia ao direito em que se funda a ação gera a irreversível consequência de tornar obrigatório o julgamento do processo com resolução de mérito (art. 269, V, CPC) por sentença que, sem analisar propriamente as questões deduzidas, faz coisa julgada e impede nova ação com idêntica causa de pedir e pedido.

De outro lado, a revogabilidade deve nortear a renúncia a direito fundamental. “O titular do direito não deve poder consentir numa intervenção que lhe retire a possibilidade de se autodeterminar livremente no futuro”<sup>34</sup>.

Para compatibilizar isso e privilegiar ao máximo as possibilidades de autodeterminação futura do indivíduo, mostra-se adequada a solução segundo a qual o contribuinte que revogar o parcelamento ou dele for excluído retoma a capacidade jurídica de impugnar o

34 MCCRORE, Benedita, *O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria*, ob. cit., p. 98.

débito que confessara, mesmo que tenha desistido ou renunciado ao direito em que se fundava a ação, ressalvando, entretanto, a impossibilidade de suscitar a matéria fática confessada e as questões inseridas nos efeitos da coisa julgada em relação à sentença que apreciou fictamente o mérito pelo artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil.

Dessa maneira, restará um campo de amplas possibilidades para discutir o débito em todas as hipóteses de direito que não coincidam exatamente com a causa de pedir deduzida e delimitada na ação anteriormente ajuizada, na qual foi manifestada expressamente a renúncia.

## 2.4 Sigilo fiscal

Essa restrição ao direito fundamental à privacidade que dá origem ao sigilo fiscal encontra previsão no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 9.964/2000, o qual sujeita o contribuinte a autorizar acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção do parcelamento.

Trata-se de uma limitação temporária do direito, durante o período de parcelamento, à qual corresponde uma ampliação do poder estatal no controle e na fiscalização do parcelamento. A restrição tem a ver com direito eminentemente relativo, que a fim de que o Estado possa ter maior controle e fiscalização, com acompanhamento fiscal específico. Dessa forma, na linha da jurisprudência pacífica sobre o tema<sup>35</sup>, considero que pode a lei condicionar a adesão ao programa

35 "Não prospera a alegação de que a legislação do REFIS viola o direito constitucional à privacidade, porquanto teria determinado a quebra do sigilo bancário dos optantes, pois é certo que o sigilo bancário não é um direito absoluto, mas sim um direito disponível, razão porque pode a lei condicionar a adesão ao programa à liberdade de acesso à movimentação financeira do contribuinte. Confira-se: AMS 200034000465885, Rel. Juiz Federal Cleberon José Rocha (conv.), 8ª Turma do T.R.F. da 1ª Região, DJ de 14/01/2011." (TRF 1ª Região,

ao acesso à movimentação financeira do contribuinte, desde que por tempo limitado ao do parcelamento e apenas no que tiver correlação com a fiscalização da solvência do interessado. Logo, não pode fazê-lo para simplesmente bisbilhotar a vida financeira do contribuinte, nem pode repassar os dados a outros órgãos estatais ou privados.

## Conclusão

A renúncia a direitos fundamentais deve ser, *prima facie*, admitida. A evolução da liberdade no Estado de Direito impõe o respeito às escolhas do indivíduo, na autodeterminação de seu plano de vida e no desenvolvimento de sua personalidade, como destinatário da proteção e da efetividade dos direitos fundamentais, em contraposição a uma postura estatal puramente paternalista e excessivamente intervencionista.

Nos parcelamentos fiscais, concessões exigidas do contribuinte constituem situações claras de renúncia, num quadro de compromisso bilateral com o Estado. A declaração de vontade expressa no regime de parcelamento para confessar a dívida, desistir de ação judicial, renunciar ao direito nela invocado e abrir mão de sigilo fiscal resulta em enfraquecimento da proteção de direito fundamental do contribuinte, de forma pontual e temporária, correspondente a uma ampliação da margem de atuação da entidade pública.

A decisão sobre a validade dessas renúncias exige um processo de ponderação de princípios que permite orientar uma solução racional, com ensejo, é verdade, a diversos resultados, a partir da interpretação que se atribui a enunciados constitucionais abertos. Há limites que não

---

AMS 200134000037372, Relator Juiz Federal André Prado de Vasconcelos, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1 de 20/07/2011).

podem ser ultrapassados e outros cuja superação deve sopesar os fins estatais e o nível de sacrifício ao direito.

No caso do parcelamento, interessam principalmente os limites do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, das regras constitucionais, da segurança jurídica e da prevenção a desequilíbrio da concorrência, bem como a ponderação conforme o princípio da proporcionalidade.

Em relação à confissão, a manifestação de vontade do contribuinte não tem qualquer influência na formação e constituição do crédito tributário. Logo, ao confessar um crédito que, por qualquer motivo, sofra de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, nada impede que o interessado promova sua impugnação administrativa ou judicial, na medida em que o ato confessional não tem poder para suprir um vício de formação ou ressuscitar o crédito extinto por qualquer razão, como, por exemplo, pela prescrição.

Dessa forma, é possível discutir os aspectos jurídicos do tributo objeto de confissão, como a constitucionalidade da norma instituidora do tributo, mas não os fáticos, ressalvada a verificação do valor exato da dívida.

No tocante à desistência da ação judicial e à renúncia ao direito nela questionado, somente operam efeitos no plano processual após a declaração expressa do litigante interessado, por meio de advogado investido de poderes próprios, razão pela qual não decorrem automática ou tacitamente da adesão ao parcelamento.

Para compatibilizar essa restrição com a Constituição Federal, é preciso submetê-la ao princípio da proporcionalidade.

Na fase de adequação, a restrição em causa mostra sua aptidão na busca da realização de parcelamentos que beneficiem o maior número possível de contribuintes, na medida em que contribui sensivelmente



para evitar a sonegação e a inadimplência, bem como a insegurança jurídica e o desequilíbrio na concorrência entre os agentes econômicos.

Na fase da necessidade, não haveria outra medida de semelhante eficácia, que confira estabilidade à contratação do parcelamento como um ato jurídico transacional, de concessões mútuas, especialmente naqueles regimes de parcelamento os quais chamamos de excepcionais, por conferirem maiores vantagens ao contribuinte, com diminuição ou perdão de multas e outras remissões.

Na fase da proporcionalidade em sentido estrito, o fim perseguido pelo Estado e maneira de implementá-lo são guardam uma relação de proporção razoável e apropriada às restrições na esfera jurídica do contribuinte, contanto que se respeite o direito do contribuinte de impugnar o débito e, assim, não incluí-lo no parcelamento, sem prejuízo de inserir outros que não pretenda discutir.

Portanto, é possível concluir que as gravosas renúncias ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário como condição ao parcelamento justificam-se nas hipóteses em que os parcelamentos excepcionais, de adesão limitada no tempo, confirmam maiores vantagens aos contribuintes, de modo a autorizar a ampliação da atuação estatal para organizar de forma sistemática as adesões e os tributos incluídos, sem a inconveniente concomitância de ações judiciais, desde que se resguarde ao interessado a faculdade de escolher ou não inserir no parcelamento o débito objeto de ação judicial.

Outrossim, no caso de posterior revogação do parcelamento ou exclusão do contribuinte, considerando, de um lado, os efeitos definitivos gerados pelas renúncias e, de outro, o princípio de que a revogabilidade deve nortear a renúncia a direito fundamental, mostra-se adequada a solução segundo a qual o contribuinte retoma a capaci-

dade jurídica de impugnar o débito que confessara, mesmo que tenha desistido ou renunciado ao direito em que se fundava a ação, ressalvando, entretanto, a impossibilidade de suscitar a matéria fática confessada e as questões inseridas nos efeitos da coisa julgada em relação à sentença que apreciou fictamente o mérito pelo artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil.

Por fim, no tocante à sujeição do contribuinte a autorizar acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção do parcelamento, trata-se de uma limitação temporária do direito eminentemente relativo, que a fim de que o Estado possa ter maior controle e fiscalização, com acompanhamento fiscal específico. Considero que pode a lei impor a condição, desde que por tempo limitado ao do parcelamento e apenas no que tiver correlação com a fiscalização da solvência do interessado.

## Referências

ADAMY, Pedro Augustin, **Renúncia a direito fundamental**, São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTEL, Leticia de Campos Velho, **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**, Rio de Janeiro, 2010, Tese de Doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_, **São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin**, XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 6328-6348.

MCCRORIE, Benedita, **O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria**, in Responsabilidade e Cidadania, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga: Edição Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, 2012, p. 91-101.

NOVAIS, Jorge Reis, **Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria**, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_, **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo, 2004. Tese de Livre Docência em Direito – Universidade de São Paulo.

#### Referência do texto

SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 125-164, jan./jun. 2013.



# Reflexões sobre o princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro: contorno teórico e aplicabilidade prática

**Antonio Francisco Gomes de Oliveira**

Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de São Raimundo Nonato – PI. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Piauí. Mestrando em Direito Constitucional pela FDUL. Professor de Pós-graduação da Disciplina Processo Penal I na Escola da Magistratura do Estado do Piauí – ESMEPI.

## SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO I** – Direitos sociais: aspectos relevantes para o desenvolvimento do tema. **1.1** Breve esboço histórico. **1.2** Gerações/dimensões. **1.3** Jellinek e o status positivo. **1.4** Conceitos e características. **CAPÍTULO II** – A fundamentalidade dos direitos sociais. **2.1** A dificuldade de compreensão do que sejam direitos fundamentais. **2.2** Direitos sociais como direitos fundamentais. **CAPÍTULO III** – A eficácia dos direitos sociais. **CAPÍTULO IV** – Princípio da proibição de retrocesso social. **4.1** Considerações gerais. **4.2** Origem e desenvolvimento do princípio. **4.3** Conceito. **4.4** Substrato jurídico. **4.5** Breves comentários sobre precedentes do Supremo Tribunal Federal. **4.5.1** ADI nº 2065-0. **4.5.2** ADI nº 3104-0 DF. **4.5.1** Outros julgados. **4.6** Argumentos favoráveis e desfavoráveis. **4.6.1** Argumentos favoráveis. **4.6.2** Argumentos desfavoráveis. **4.7** A Desnecessidade de aplicação prática do princípio no Brasil. Considerações finais. Referências.

## Introdução

O progresso do direito constitucional, em especial os direitos do homem nele estudados, são produtos da evolução dos direitos fundamentais conquistados paulatinamente, e de maneira bastante árdua, no decorrer da história mundial, o que não significa que os últimos sejam os mesmos e tenham atingindo idêntico grau de amadurecimento e efetivação em todas as partes do planeta, dadas as características de regime, sistema e forma de governo adotados por cada Estado.

Nesse contexto, ultrapassadas as revoluções, guerras, mudanças de regimes políticos, e, sobretudo, de pensamentos arraigados no seio de algumas sociedades pretéritas, o homem conseguiu e vem maturando uma tutela racional e efetiva dos seus direitos, designadamente alicerçado naquilo que se “convencionou” chamar de dignidade da pessoa humana.

Com efeito, após o surgimento do constitucionalismo moderno<sup>1</sup> tornou-se possível a positivação de enunciados normativos consagradores de direitos fundamentais, em especial os direitos negativos ou tidos como de primeira geração (ou dimensão conforme se prefira). Tal fato, mesmo sendo inexoravelmente elogiável em um primeiro momento da história, não foi, nem tampouco tem sido suficiente, para suprir todas as demandas relativas aos direitos do homem, em especial no que toca aos chamados direitos prestacionais.

Tais direitos, ditos de segunda geração, aí englobados os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais demandam prestações positivas

1 Movimento jurídico-político, desenvolvido a partir do último quarto do século XVIII, que reclama não só a adoção em todos os Estados do orbe de Constituições escritas, mas que elas tenham como conotação o desiderato de impedir o arbítrio. Ou seja, imponha uma organização limitativa ao Poder. FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional:** o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-4.

do Estado, não foram concretizados na mesma proporção que foram prometidos ou disciplinados nos textos constitucionais.

A partir dessa e de outras constatações, observa-se que o simples reconhecimento dos direitos, nos moldes efetivados nos direitos negativos, não é suficiente, de *per si*, para solucionar a imensidão de demandas por direitos existentes no seio social. Nesse mote, o problema hodierno não se relaciona tanto com o reconhecimento, mas com a efetivação<sup>2</sup> dos direitos estabelecidos como fundamentais pelas Constituições dos Estados, o que faz emergir, de maneira acentuada, a necessidade de concretizar direitos que requerem ações positivas dos poderes públicos.

Não alheio a tal problema, muito pelo contrário, talvez mais inserido ainda do que outros países, cumpre analisar a sistematização e o comportamento dos referidos direitos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A partir daí, buscar-se-á entender o gracioso rol de direitos reconhecidos na Constituição Federal de 1988, o que eleva as expectativas das demandas sociais em detrimento de bens cada vez mais escassos, que dificultam uma contrapartida estatal para a sua manutenção, solucionados na sua esmagadora maioria com o dispêndio de recursos orçamentários que não contemplam todos os anseios da massa.

Assim sendo, cabe refletir se, diante de eventuais crises econômico-financeiras, contingências diversas de caixa ou mesmo frente à liberdade de conformação do legislador, é possível a implantação de uma legislação que diminua, restrinja ou até mesmo suprima direitos até então previstos no ordenamento jurídico, sob argumento de invocação de um possível acolhimento do famigerado princípio da proibição de retrocesso social.

---

2 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23.

Ademais, cumpre perquirir se tal princípio, nos moldes propalados no direito alienígena encontra, de fato, sustentação jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de considerá-lo como princípio autônomo e imprescindível para o sistema jurídico, sobretudo o controle de constitucionalidade de leis.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos, dos quais o primeiro trilhará alguns aspectos considerados relevantes para o desenvolvimento do tema, tais como um breve histórico dos direitos fundamentais, entre eles os sociais, incursionando pelas gerações de direitos, o *status* positivo de Georg Jellinek, além de conceitos e características. O segundo capítulo trabalhará com a celeuma da fundamentalidade dos direitos sociais, perpassando inicialmente a própria dificuldade de se entender o que sejam direitos fundamentais para, logo em seguida, analisar o grupo dos direitos sociais aí incluídos. Já no terceiro capítulo, abrir-se-á a discussão acerca da eficácia dos direitos sociais, demonstrando as dificuldades de aplicação dos mesmos para, então, introduzir-se o quarto e último capítulo, que versará exclusivamente sobre o princípio da proibição de retrocesso social, mostrando entre outros aspectos, seus contornos teóricos e aplicabilidade prática no Brasil. Por derradeiro, serão apresentadas as principais considerações a que se chegou com o desenvolvimento do trabalho.

Fica consignado, desde já, que, sem embargo de outras denominações trazidas pela doutrina, será acolhida neste trabalho a mais usual entre os estudiosos brasileiros e lusitanos<sup>3</sup>, o princípio de proibição de retrocesso social.

3 Tendo em vista a forte influência da doutrina portuguesa para o estudo e desenvolvimento do princípio no Brasil.

## CAPÍTULO I

# Direitos sociais: aspectos relevantes para o desenvolvimento do tema

Não se descarta que o estudo dos direitos sociais possui um enorme arcabouço de informações e matizes a serem explorados. No entanto, considerando que o escopo principal do presente trabalho concentra-se no estudo do princípio da proibição de retrocesso social, o capítulo ora inaugurado limitar-se-á a fazer uma ligeira abordagem de pontos considerados relevantes para a contextualização e desenvolvimento entre os direitos sociais e o princípio acima apontado, conforme será visto doravante.

### 1.1 Breve esboço histórico

Discorrer sobre o processo histórico que conduziu a evolução dos direitos fundamentais, nele incluídos os direitos sociais, é, sem dúvida, uma tarefa que, por si só, já justificaria, no mínimo, um trabalho científico específico somente para comentar o assunto. Não obstante, considerando os objetivos do presente artigo, num hercúleo esforço de síntese, limitar-se-á descrever um brevíssimo esboço da história de tais direitos, enumerando suas principais fases, bem como destacando, por necessário, a trajetória dos direitos sociais, na procura de sublinhar os aspectos mais importantes concernentes ao tema.

Klaus Stern, resumindo o histórico dos direitos fundamentais até o reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, aponta três etapas: a) uma pré-história, que vai até o século XVI; b) uma fase intermediária, correspondente ao período de elaboração da doutrina *jusnaturalista* e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constituionali-

zação, iniciada no ano de 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.<sup>4</sup>

Partindo-se das referidas etapas, pode-se dizer que os direitos sociais, de forma mais acentuada e definida, somente surgem<sup>5</sup> na terceira fase, porém em um período bem mais adiantado, com o declínio do Estado liberal e início do Estado Social, durante o final do século XIX e início do século XX, sobretudo após as experiências políticas que sucederam a 1ª guerra mundial.

O novo modelo de Estado constitucional, configurado de maneira originária nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar, na Alemanha, de 1919, e retomado posteriormente em diversas Constituições do segundo pós-guerra, constituirá o quadro histórico por excelência de recepção e preservação do princípio do Estado de Direito nas condições do século XX.<sup>6</sup>

Com o impacto ocasionado pela 1ª guerra mundial, houve uma profunda alteração na forma de conceber as relações entre o Estado e a sociedade, desmontando-se o otimismo liberal fundado na ideia de justiça imanente às relações sociais autônomas e livremente desenvolvidas a partir de uma autorregulação do mercado. A partir de então, o Estado reconhecia a necessidade de superar os pressupostos do liberalismo e avocava, no afã de buscar a justiça social, a via para a

4 STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, München: C.H. Beck, 1988. p. 56. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 44.

5 BOBBIO discorrendo sobre "os direitos do homem de hoje" preconiza que: "os direitos sociais sob forma de instituição da instrução pública e de medidas a favor do trabalho para os 'pobres válidos que não puderam consegui-lo' fazem sua primeira aparição no título I da Constituição Francesa de 1791 e são reafirmados solenemente nos artigos 21 e 22 da Declaração dos Direitos de junho de 1793". BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 206. Novais destaca também que os antecedentes da atividade assistencial do Estado já são percebidas no século XIX ou, quiçá, antes, tendo em vista que desde o século XVII, a Grã Bretanha, a partir das *poorlaws*, já procurava organizar e sistematizar a assistência social. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 180.

6 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 179.



integração das camadas sempre esquecidas, o que o Estado liberal era incapaz de resolver.

Tais mudanças na vida do cidadão em detrimento do Estado traduzem-se em uma nova configuração da esfera de autonomia individual, onde paralelo aos direitos de liberdade clássicos, surgem agora, os chamados direitos sociais, que exigem prestações do Estado. Na realidade, o Estado social é vislumbrado, essencialmente, como um Estado que é capaz de garantir a integração existencial.<sup>7</sup>

“Estado assistencial”, “Estado-Providência”, “*Welfare State*”, “Estado de bem-estar” e, até mesmo, “Estado de partidos”, “Estado de associações”, “Estado administrativo”, são expressões com pontos comuns ou mesmo com identidades fundamentais, que procuram trazer à tona o conceito mais amplo de Estado Social. Advirta-se, porém, como muito bem ressaltado por Jorge Reis Novais, que o Estado social surge como conceito mais apto para expressar, em toda a sua extensão, a natureza específica do novo tipo de relações entre o Estado, o cidadão e a sociedade.<sup>8</sup>

Portanto, é nesse contexto de mudanças socioeconômicas que emergem as balizas para o reconhecimento e desenvolvimento dos direitos de segunda dimensão ou direitos sociais, cujas características serão vistas logo a seguir.

---

7 Ibid., p. 185-187.

8 Ibid., p. 187-188.

## 1.2 Gerações/dimensões

Os direitos fundamentais, tradicionalmente, são divididos em três grupos alusivos ao ideário da revolução francesa ocorrida no século XVIII, a saber: liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>9</sup>

Nessa ordem de ideias, em sua essência, o primeiro grupo – liberdades – toca às escolhas e à autonomia dos indivíduos – os direitos civis e políticos – dispensando qualquer ação estatal direta para haver seu exercício pelas pessoas, bastando que elas apenas tenham a oportunidade e a capacidade de exercer suas liberdades.

No segundo grupo – igualdade – compreendem-se os direitos sociais, culturais e econômicos, relacionados com a implementação das liberdades, à medida em que se torna necessária uma ação estatal direta ou prestacional, no intuito de munir às pessoas oportunidades para o exercício de suas liberdades.

Por derradeiro, o terceiro grupo de direitos – fraternidade – emerge da necessária cooperação e solidariedade para formação de uma sociedade organizada, costurando, portanto, todos os grupos, denotando que os direitos fundamentais possuem como destinatário o gênero humano, são de todos e por estes e pelo Estado devem ser respeitados.

Jorge Miranda, discorrendo sobre os direitos fundamentais na história, após indicar a existência de até quatro gerações de direitos, pondera que, embora a referida maneira de ver o tema possa ajudar a vislumbrar as distintas épocas de surgimento dos direitos, o termo geração de di-

<sup>9</sup> Conforme pondera BONAVIDES, o lema revolucionário do século XVIII, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, chegando, até mesmo, profetizar a sequência histórica da gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 562.



reitos apresenta-se enganador, tendo em vista que sugere uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo às outras quando, o que se verifica no Estado social de direito é o enriquecimento cumulativo, respondendo às novas exigências das pessoas e sociedades.<sup>10</sup>

Por sua vez, Paulo Bonavides, além de indicar a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, ligados à globalização política, à democracia, o direito à informação e ao pluralismo, também evoca uma quinta geração de direitos. Referida geração estaria atrelada ao direito à paz, tendo por pressuposto que a dignidade jurídica da paz, derivada do reconhecimento universal da mesma para a convivência humana e como elemento conservador da espécie, que conduz ao reino da segurança dos direitos.<sup>11</sup>

No presente trabalho, dada a sua especificidade em torno do princípio da proibição de retrocesso social, deter-se-á essencialmente sobre os direitos sociais ou de segunda geração/dimensão, e, de quando em vez, caso seja necessário, recorrer-se-á a breves referências às demais dimensões.

### 1.3 Jellinek e o status positivo

É consabido que os direitos fundamentais desempenham uma gama de funções na ordem jurídica, conforme o seu campo específico de tutela. Com efeito, tais direitos ora asseguram aos indivíduos o direito de defesa frente a uma possível ingerência abusiva do Estado, ora legitimam a exigência de atuação positiva estatal, além de poderem assegurar ao indivíduo o direito de participação.

10 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. vol. IV. p. 30.

11 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 570-584.

Nesse contexto, emerge a teoria dos direitos subjetivos públicos, a qual, partindo da concepção do Estado como pessoa jurídica, que mantém com os particulares relações de caráter jurídico, considera o Estado e os particulares – igualmente considerados como sujeitos de direitos – titulares de posições subjetivas que, na proporção em que são protegidas pelo Direito, apresentam-se como direitos subjetivos e correspondentes deveres.<sup>12</sup>

Discorrendo sobre a referida teoria, Novais esclarece que Jellinek foi seu grande expoente, tendo em vista que o autor alemão fez da citada construção um elemento indissociável da teoria da autolimitação do Estado e do Estado de Direito. Desse modo, preconiza que:

Para Jellinek a nota distintiva do Estado moderno é o reconhecimento dos seus súditos como pessoas, como sujeitos de direito capazes de “reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado”. [...] Pelo simples fato de pertencer ao Estado, o indivíduo situa-se, nas relações que com ele estabelece, em condições juridicamente relevantes. Ora, “as pretensões jurídicas que resultam de tais condições são o que se designa por direitos subjetivos públicos. Os direitos subjetivos públicos consistem, pois, [...] em pretensões jurídicas que resultam diretamente de condições jurídicas.”

Nesse diapasão, levando em consideração os diferentes estágios da posição do indivíduo em relação ao Estado, vem à tona a famosa classificação dos direitos subjetivos públicos, firmada no final do século XIX, por George Jellinek, conhecida como teoria dos (quatro) *status*, a saber: *status* passivo, *status* negativo, *status* positivo e *status* ativo<sup>13</sup>.

Dentro da referida classificação, os direitos sociais estariam incluídos no *status* positivo ou *status civitatis*, tendo em vista que estão compreen-

12 NOVAIS, op. cit., p. 81-82.

13 NOVAIS, op. cit., p. 84.



dados na situação em que o indivíduo possui direito a prestações que devem ser fornecidas pelo Estado. Como muito bem resume Robert Alexy, “o cerne do *status* positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais”.<sup>14</sup>

Com percuciente análise, Novais, embora atribuindo outros sinônimos aos estágios da posição do indivíduo frente ao Estado, obtempera que os mesmos estão sucessivamente escalonados num processo da vontade do indivíduo que, do dever de prestações ao Estado, passa ao direito a prestações do Estado e, por fim, às prestações por conta do Estado.<sup>15</sup> Da arguta observação, tem-se, pois, que os direitos sociais encontram-se na “confortável posição” de exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação em seu favor, fato que invariavelmente trará à baila a necessidade de dispêndios financeiros para poder concretizá-los.

## 1.4 Conceito e características dos direitos sociais

Os conceitos apontados pela doutrina aos direitos sociais são os mais diversos, embora, no geral, consigam concentrar as mesmas características de tais direitos. No âmbito brasileiro, destaca-se o magistério de José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciativas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem realizar a igualização de situações sociais desiguais”. São, portanto, direitos atrelados ao direito de igualdade.<sup>16</sup>

14 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. Malheiros editores. 2008. p. 265.

15 NOVAIS, op. cit., p. 85.

16 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004). p. 286-287.

Para Alexy os direitos sociais ou direitos a prestação em sentido estrito, são aqueles que o indivíduo possui em face do Estado, em que se o primeiro dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta satisfatória no mercado, também poderia conseguir dos particulares.<sup>17</sup>

Abstendo os direitos de terceira geração, os quais possuem características bem distintas, costuma-se com frequência procurar um divisor de águas entre os direitos de primeira e de segunda geração. Tais diferenças cingem-se, em síntese, ao seu objeto, ou seja, o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado – não fazer –, significando que tais direitos têm por finalidade tutelar o indivíduo contra abusividades cometidas pelo Estado, exigindo deste apenas prestações negativas.

Por seu turno, os direitos sociais têm por objeto uma atuação permanente do Estado – um fazer – revelado numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, no intuito de lhe garantir o mínimo existencial, possibilitando-lhe, por conseguinte, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como atitude reflexa do modelo de Estado do Bem – Estar Social.

Novais, partindo da divisão dos direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos sociais, consegue, de forma bastante nítida, mostrar características marcantes dos mesmos, ao obtemperar:

Nos direitos de liberdade a norma constitucional de direitos fundamentais cria, ela própria, uma área juridicamente delimitada ou delimitável de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental. Com a referência “juridicamente delimitável” pretendemos significar uma determinabilidade individualizável do conteúdo concreto do direito fundamental suscetível de ser apurado pelo operador jurídico e, designadamente o juiz, através do recurso exclusivo de interpretação da norma constitucional de garantia.

17 ALEXY, op. cit., p. 449.



E continua:

Por sua vez, nos direitos sociais a norma de direito fundamental traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos matérias, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional não pode garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido.<sup>18,19</sup>

Destarte, instigado a compreender um pouco do referido debate, passa-se doravante ao deslinde sobre a fundamentalidade ou não dos direitos sociais e, por conseguinte, seus respectivos desdobramentos práticos.

## CAPÍTULO II

### A fundamentalidade dos direitos sociais

Pelo que fora visto até aqui, denota-se logo uma dificuldade de compreensão do que seja considerado direito fundamental, assim como saber se no referido entendimento estariam incluídos os direitos sociais, razão pela qual os dois questionamentos serão analisados em locais distintos.

18 NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 292-293.

19 O autor, em outra obra específica sobre os direitos sociais, aponta preciosa crítica à tradicional abordagem de distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais feita pela maior parte da doutrina sul-americana e espanhola. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 33-34.

## 2.1 A dificuldade de compreensão do que sejam direitos fundamentais

Ao se referir à diversidade existente no plano dos direitos fundamentais, a doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, tem se utilizado da expressão “catálogo de direitos fundamentais”. Nesse mote, utilizando-se aqui a referida expressão, pode-se preconizar que o catálogo de direitos fundamentais vem aumentando à medida que as exigências específicas da evolução humana assim as demandam.

Contudo, conceituar, sistematizar, separar e distinguir os “diversos tipos de direitos” não é algo tão fácil como se possa eventualmente imaginar. Nesse passo, aduz Mendes que descobrir características básicas dos direitos fundamentais não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. Todavia, acrescenta que se trata de um esforço necessário para identificar direitos fundamentais implícitos fora do catálogo expresso da Constituição.<sup>20</sup>

Na realidade, não existe um consenso entre os estudiosos não só do que sejam os direitos fundamentais<sup>21</sup>, seu conceito e, até mesmo, sua mais adequada denominação, sendo comum, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o uso das mais diversas expressões<sup>22</sup> e de distintos

20 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 270.

21 A expressão “direitos fundamentais” (droitfondamentaux) foi, originariamente utilizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, no ano de 1789. Enquanto a expressão “direitos humanos” costuma ser empregada em alusão aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica supranacional, a expressão “direitos fundamentais” passou a se relacionar aos direitos expressamente positivados nas Constituições de cada país. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado y constitución**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 30-31.

22 Podem as expressões direitos humanos, direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atualizada e ampliada. Malheiros editores. p. 560.



sentidos para identificar os direitos da pessoa, enquanto homem e cidadão. Ou como anota Silva<sup>23</sup>:

A ampliação e transformação dos direitos do homem no desenvolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e processo. Aumenta essa possibilidade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Hesse, citado por Bonavides, ao que se imagina, traça uma diretriz do que entende sobre o assunto, quando assevera que “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”<sup>24</sup>.

Por seu turno, José Joaquim Gomes Canotilho, por ocasião do estudo dos direitos fundamentais, assevera que os mesmos serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes dentro de uma ordem constitucional, sendo a Constituição o local exato da referida positivação, sem a qual, acrescenta, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos tuteladas por normas e princípios de direito constitucional.<sup>25</sup>

Já Novais, ao dissertar sobre a norma de direito fundamental, explica que a mesma é aquela que impõe ao Estado sempre um dever jurídico concernente à tutela de um bem, donde resulta, direta ou indiretamente, uma garantia efetiva ou potencial de acesso ao bem protegido pela

23 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. edição, revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004) p. 175.

24 Konrad Hesse, *Grundzuge Apud* BONAVIDES, op. cit., p. 460.

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 2 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

norma aos cidadãos. Com efeito, além das obrigações objetivas que dele derivam para o Estado, um direito fundamental, quando vislumbrado sob a ótica da dimensão subjetiva, tem sempre como conteúdo, ainda que reflexo, uma posição jurídica subjetiva e fundamental de vantagem em relação a um bem jusfundamentalmente tutelado. E arremata:

“uma análise do catálogo constitucional dos direitos fundamentais mostra, contudo, que são muito diferenciados a natureza e o tipo dos bens protegidos pelas normas de direitos fundamentais”.<sup>26</sup>

Entre possíveis conceitos, recorrentemente traz-se à baila os de fundamentalidade formal e fundamentalidade material. Miranda, discorrendo sobre o conceito formal, leciona que os direitos fundamentais são todos aqueles assim reconhecidos pelo texto constitucional.<sup>27</sup> Por sua vez, Bonavides, fazendo alusão à teoria desenvolvida por Carl Schmitt, em *Verfassungslehre*, preconiza a existência de dois critérios formais para que sejam identificados: 1) são direitos fundamentais todos aqueles nomeados e especificados no texto constitucional; 2) são direitos fundamentais aqueles que gozam de maior segurança da constituição, seja em razão de sua imutabilidade (leia-se, cláusulas pétreas) ou de procedimento que dificulte sua modificação.<sup>28</sup>

Considerando que apenas critérios puramente formais mostraram-se insuficientes para se reconhecer todos os direitos fundamentais, emerge, então, o conceito material. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade material decorre do fato de serem os direitos fundamentais o elemento constitutivo da Constituição material, que contém

26 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 125.

27 MIRANDA, op. cit., p. 8.

28 BONAVIDES, op. cit., p. 561.



decisões fundamentais acerca da estrutura básica do Estado e da sociedade. Pondera, ainda, que, em relação à nota de fundamentalidade dos direitos fundamentais, apenas a análise de seu conteúdo enseja a verificação de sua fundamentalidade material, considerando a existência de decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo relevante, no que toca à posição nesse ocupada pela pessoa humana.<sup>29</sup>

O ponto nevrálgico acerca da celeuma do que venha ser ou não direitos fundamentais, torna-se importante, em especial no contexto brasileiro, por conta da consequência jurídica que provém do referido reconhecimento pelo Estado, o qual irá outorgar uma blindagem constitucional de cláusula pétrea, garantindo, portanto, a imutabilidade a tais direitos. De toda sorte, irretocável se mostra a observação de Novais ao pontificar que, seja qual for o entendimento que se adote sobre os direitos fundamentais, esta expressão deve partir da premissa de que sob a mesma são tutelados posições, situações, faculdades, competências, deveres e obrigações bastante diversificados.<sup>30</sup>

## 2.2 Direitos sociais como direitos fundamentais

Para além de saber o que de fato é considerado ou não como direito fundamental, certamente, é tema que está longe de consenso. No entanto, aproveitando a sistemática de estudo aqui desenvolvida, calha perquirir se, da mesma forma que os direitos de liberdade ou civis, os direitos sociais gozam ou não do “*status*” de direitos fundamentais.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 88-89.

30 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 49.

Silva aduz que na doutrina francesa o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais são as principais fontes de inspiração das declarações de direito. No entanto, pondera que o referido pensamento encontra-se fundado numa insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas, razão pela qual não atina com a necessidade de envolver nessa problemática também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se chama brevemente de direitos sociais.<sup>31</sup>

Karl Loewenstein preconiza que os direitos sociais não são considerados direitos em sentido estrito, tendo em vista que não podem ser exigidos judicialmente do Estado antes de terem sido institucionalizados por uma ação estatal.<sup>32</sup>

Ora, as características e a ausência de instrumentos práticos que viabilizam a tutela judicial dos direitos sociais põem em dúvida sua inserção entre os direitos fundamentais. Nesse sentido, abordando a problemática, Norberto Bobbio evoca a simbólica reflexão:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *bic et nunc* (aqui e agora), mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de direito? <sup>33</sup>

31 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. edição, revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004) p. 172.

32 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1976. p. 401.

33 BOBBIO, op. cit., p. 72.



Também invocando Bobbio, mais especificamente no que toca à expressão “segunda geração”, como o autor denominou os direitos sociais, Antônio Enrique Pérez Luño pontua que tais direitos despontam como o reconhecimento de que “liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e a não-liberdade de muitos.”<sup>34</sup>

Alexy, por sua vez, discorrendo sobre a teoria dos direitos fundamentais, apresenta argumentos contrários e favoráveis à fundamentabilidade dos direitos sociais.<sup>35</sup> Leciona que o principal argumento favorável encontra-se alicerçado na liberdade, tendo seu ponto de partida fincado em duas teses. A primeira aduz que a liberdade jurídica, entendida como permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não possui valor sem que haja uma liberdade fática (real), consistente entre escolher alternativas permitidas. A segunda, por seu turno, revela que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática dos titulares de direitos fundamentais não encontra um substrato material, sem que dependa de atividades do Estado.<sup>36</sup>

No que toca às objeções, Alexy esclarece que, não obstante as mesmas sejam inúmeras, agrupa-as em dois grandes argumentos complexos, um formal e outro substancial. O primeiro informa que se os direitos sociais forem considerados vinculantes, eles deslocam a política social da competência do legislador para a competência do tribunal constitucional. A partir daí, suscita-se outro questionamento a respeito de saber se os direitos fundamentais sociais ou não são justiciáveis ou o são apenas de maneira diminuta, tendo em vista que a maioria deles possuem alto grau de indeterminação. Exemplifica, entre outros, com o questionamento sobre o conteúdo de um direito fundamental

34 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 1993. p. 215.

35 LEXY, op. cit., p. 503-511.

36 ALEXY, op. cit., p. 503-504.

ao trabalho, cuja escala de prováveis interpretações pode sofrer várias gradações quanto à tutela de tal direito.

Ora, segundo Alexy, o direito não fornece critérios suficientes para responder a perguntas de tal natureza, por conseguinte, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais seria uma tarefa da política. No entanto, atento ao princípio da separação dos poderes e da democracia, a decisão seria do “legislador diretamente legitimado pelo povo” e não dos tribunais, que só eles poderiam decidir após o legislador já haver se pronunciado.

O argumento competência ganha relevo também quando vem à tona os efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais, os quais demandam vultosos dispêndios financeiros, cuja implementação por intermédio da via judicial conduziria à determinação de uma política orçamentária que ficaria, em grande parte, nas mãos do tribunal constitucional, o que viola a Constituição. Logo, aquele que quiser evitar tal resultado insustentável e manter-se fiel à ideia de direitos fundamentais sociais terá apenas uma saída, ou seja, compreender as normas que garantem tais direitos como normas não-vinculantes e, como consectário, violar a cláusula de vinculação.

De outro flanco, o argumento substancial em desfavor dos direitos fundamentais sociais parte do pressuposto de que os mesmos são incompatíveis ou, no mínimo, colidem com normas constitucionais materiais, na medida em que estas normas garantem direitos de liberdade. Assim, em algum momento, os direitos sociais, que são extremamente custosos, podem colidir com um direito de liberdade, a exemplo do que ocorre quando o Estado tenta garantir direitos de trabalhadores tendo que se valer de tributos que irão onerar a propriedade de terceiros.



Na tentativa de buscar uma solução entre os fervorosos argumentos dos dois lados, Alexy propõe, então, um modelo de direitos fundamentais sociais baseado na *Idea-guia*<sup>37</sup>, segundo a qual a questão acerca dos direitos fundamentais sociais do indivíduo deverá passar por um sopesamento entre princípios. De um lado estará, principalmente, o princípio da liberdade fática e de outro estarão os princípios formais (competência decisória do legislador democraticamente legitimado e princípio da separação de poderes) e os princípios materiais concernentes, sobretudo, à liberdade jurídica de terceiros.

O modelo não determina que direitos fundamentais sociais definitivos têm o indivíduo, porém diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. Em uma resposta geral, preconiza que uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vislumbrada como definitivamente garantida se:

1) O princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se 2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como 3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e médica, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica [...]<sup>38</sup>

37 "Idea-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples." ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. Malheiros editores. 2008. p. 446.

38 *Ibid.*, p. 512.

De qualquer maneira, mesmo com as ressalvas dos que negam a fundamentalidade dos direitos sociais, tem-se como inolvidável que o princípio da dignidade da pessoa humana seja a base de todos os direitos sociais, conduzindo alguns estudiosos a preconizarem que, independente da previsão expressa desses direitos a prestações, é-lhes devido o pleno reconhecimento, não sendo possível reduzi-los às normas sem eficácia constitucional.

### CAPÍTULO III

## A eficácia dos direitos sociais

Ao lançar-se sobre o estudo dos direitos sociais, de imediato, é possível se notar quanto a aplicabilidade, a eficácia e a efetividade de tais direitos são questionadas pela doutrina. Parte dela os vislumbra despidos de eficácia plena, de sorte a ser considerados apenas como normas programáticas<sup>39</sup> dirigidas ao legislador como um programa de atuação a ser concretizado conforme seu arbítrio, o que levaria à impossibilidade de assegurar aos indivíduos o viés de direitos subjetivos.

Conforme anota Andrade, o entendimento acerca dos direitos sociais à prestação modifica-se de acordo com os ordenamentos jurídicos, onde:

São encarados como princípios políticos, como normas programáticas, como preceitos indicadores dos fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como preceitos indicadores de fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como garantias institucionais ou, mais raramente, como direitos subjetivos públicos.<sup>40</sup>

39 CANOTILHO asseverava que mesmo com as normas programáticas pode-se conseguir o fundamento constitucional da regulamentação de prestações sociais. CANOTILHO, op. cit., p. 474-475.

40 ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 387.

Ora, se de um lado não há objeções relevantes quanto à aplicabilidade direta dos direitos negativos que podem, de imediato, produzir efeitos jurídicos, o mesmo não pode ser dito dos direitos prestacionais, que demandam uma conduta positiva do Estado. Assim sendo, dada a forma como estes direitos costumam ser positivados pelo legislador, vêm à tona as grandes discussões no que tange à eficácia dos direitos sociais.

Nesse mote, Novais esclarece que o conteúdo dos direitos sociais, diferente do que ocorre com os direitos de liberdade, não é constitucionalmente determinado ou determinável, porquanto a norma fundamental se apresenta essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar, cuja concretização subordina-se a pressupostos materiais, principalmente financeiros, que não se encontram na total disponibilidade da decisão estatal. Com efeito, aludido condicionamento material de tais direitos os torna sempre direitos sob a reserva do possível.<sup>41</sup>

Assim, pode-se dizer que há uma estreita relação de dependência entre a concretização dos direitos sociais a prestações e os limites econômico-financeiros do Estado. Nesse mote, a escassez de recursos é apontada como justificativa para cancelar a omissão dos poderes públicos na efetivação de normas constitucionais de direitos sociais, tratados como de baixa densidade normativa, tendo em vista a dependência que possuem do legislador ordinário e de recursos financeiros para torná-los exequíveis.

De qualquer modo, partindo-se da premissa de que os direitos sociais são direitos fundamentais por disposição expressa da Constituição,<sup>42</sup> os mesmos possuem a possibilidade de aplicação

41 NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 293- 294.

42 CRFB/1988, Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Capítulo II – Dos direitos sociais.

imediate,<sup>43</sup> razão pela qual podem ser defendidos no caso de omissão legislativa, seja pela ação de inconstitucionalidade por omissão ou até mesmo via mandado de injunção.

Por fim, pode-se afirmar que, independente da classificação doutrinária que se adote, não se pode perder de vista que todo e qualquer preceito constitucional apresenta um certo grau de eficácia jurídica e também de aplicabilidade mínimos, conforme a vontade do legislador constituinte. Ou ainda, como diria Konrad Hesse, “toda Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.”<sup>44</sup>

## CAPÍTULO IV

### Princípio da proibição de retrocesso social

#### 4.1 Considerações gerais

Percebe-se, pelo que foi dito até aqui, que a incursão sobre os direitos sociais é considerada, pelas suas próprias características, o *locus* mais adequado para uma eventual aplicação e desenvolvimento do estudo concernente ao princípio da proibição de retrocesso social, sobretudo pela própria essência daqueles como direitos prestacionais passíveis de serem restringidos ou suprimidos com o tempo.

Aprioristicamente deve-se destacar que as expressões utilizadas em referência ao citado princípio são bastante fartas, sendo encontra-

43 CRFB/1988, Art. 5º, § 1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

44 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11.

dos na doutrina nacional e estrangeira, entre outros, os seguintes vocábulos: “princípio do não retrocesso social”, “princípio da proibição de ‘contra-revolução social ou evolução reacionária’”<sup>45</sup> “princípio da vedação de retrocesso”<sup>46</sup>; “princípio de irreversibilidade jusfundamental”<sup>47</sup>; “princípio da não reversibilidade”<sup>48</sup>; “princípio de proibição reacionária”, “regra do não-retorno da concretização”, “princípio da proibição de retrogradação”<sup>49</sup>; “obrigação de não regressividade”<sup>50</sup>; e “princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais”<sup>51</sup>.

Embora a terminologia “proibição de retrocesso social” seja amplamente utilizada pela doutrina, não se pode perder de vista que há autores que preferem utilizar a expressão “genérica” de “princípio da proibição de retrocesso”<sup>52</sup> ou “princípio da vedação do retrocesso”<sup>53</sup>,

45 CANOTILHO, op.cit., p. 338.

46 MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo, In: BINENBOJIM, Gustavo (Coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 218.

47 RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental aplicabilidade**. Curitiba: Jurua Editora, 2010. p. 205.

48 QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra Editora, 2006. p. 159.

49 MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2007. p. 91.

50 NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 294.

51 Encontrado a partir da interpretação do art. 5º, item 2, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, de que o Brasil é signatário, o qual prevê cláusula contra a revogabilidade de direitos, intuindo-se, daí, o princípio da proibição do retrocesso.

52 Nesse sentido, iniciando a narrativa sobre o citado princípio, no capítulo específico de sua obra, desponta o magistério de Sarlet, o qual assevera: **Vale revelar aqui, portanto, que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais** (o que, considerando uma acepção ampla da proibição de retrocesso, já deflui já referida proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas cláusulas pétreas da Constituição) igualmente merece destaque. [...] Todavia, também há que reconhecer – até mesmo em face dos exemplos citados em caráter especulativo no parágrafo anterior – que é na seara das normas que estabelecem objetivos na seara da justiça social e, acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais, que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão e onde também nós – tal como anunciado – iremos centrar a nossa atenção, notadamente na fundamentação e alcance de um proibição do retrocesso no direito brasileiro. Antes, contudo, de enveredarmos de vez por todas por este caminho, pelo menos algumas palavras sobre a efetiva possibilidade de se admitir, à luz mais limitada aqui enfocada e que, para efeitos de uma delimitação em relação às demais dimensões referidas, **designaremos de proibição de retrocesso em sentido estrito** [...]. (grifo do pesquisador). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 439.

53 Adotando terminologia também genérica, qual seja, Vedação do Retrocesso”, consultar MENDONÇA, José Vicente dos Santos. “Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo”. In: BINENBOJIM, Gustavo (Coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. XII (direitos Fundamentais), p. 218.

tendo em vista entenderem que o referido princípio se aplica a todos os direitos fundamentais indistintamente<sup>54</sup>.

Cristina Queiroz, em obra intitulada de “O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais”, pondera que a expressão “proibição de retrocesso social” não é feliz, aduzindo que, juridicamente, poderia ser substituída por outros conceitos, a exemplo da “segurança jurídica” ou “proteção de confiança”. Assevera a autora que estes dois princípios individualizam a cláusula do “Estado de direito democrático e constitucional”, inserido no artigo 2º da Constituição portuguesa, os quais, quando violados, se apresentam, em rigor, como critérios indicativos de um “retrocesso social” “constitucionalmente ilegítimo”.<sup>55</sup>

A autora lusitana, na mesma obra supra, destaca uma informação curiosa, ao mencionar que na Itália, o respectivo Tribunal Constitucional, não se refere à chamada “proibição de retrocesso social”, mas sim à “reserva do possível”, onde esta, porém, ao que se compreende da leitura, é vislumbrada numa ótica um pouco afastada da tradicional análise do princípio em exame.<sup>56</sup>

Contudo, como dito alhures, sem embargo das diversas denominações supra, considerando o elo entre o referido princípio e os direitos prestacionais, bem como levando em conta o nome mais usual na doutrina

54 Registre-se, aqui, a posição de Luísa Cristina Pinto e Netto, para quem, mesmo adotando a expressão “vedação ao retrocesso social”, entende que esta pode ser vislumbrada apenas como um dos aspectos de uma vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais, de sorte a admitir a existência de um princípio que proíbe atos estatais retrocessivos não só em matéria de direitos sociais, mas em relação a todos os direitos fundamentais, inclusive às denominadas liberdades clássicas. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.111-114.

55 Referida autora lembra que, entre os portugueses, o Tribunal Constitucional não destoa inteiramente de sua posição, tendo em vista que envereda por uma posição mais moderada. Com efeito, entende que para o referido tribunal só poderá ocorrer “retrocesso social “constitucionalmente proibido” quando resultar diminuído ou afetado “direitos adquiridos” e isto em termos de geração de violação do princípio da proteção da confiança e da segurança. QUEIROZ, op. cit., p. 71-72.

56 Ao se reportar à reserva do possível, a autora explica que aquela “não tem o condão de se traduzir numa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação de normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais, mas na ‘graduabilidade’ da respectiva concretização e realização, tendo em conta as exigências de ‘equilíbrio financeiro inderrogáveis expressas no orçamento do Estado’”. QUEIROZ, op. cit., p. 69.



brasileira<sup>57</sup>, o mesmo será, doravante, tratado neste trabalho como princípio da proibição de retrocesso social, salvo quando estiver sendo feita remissão a expressões específicas de autores em contextos necessários.

## 4.2 Origem e desenvolvimento do princípio

Ao que tudo indica, a formulação do princípio da proibição de retrocesso social eclodiu a partir da seguinte indagação: estabelecido no sistema jurídico um determinado direito fundamental e tendo o Estado tomado medidas concretizadoras para garanti-lo, estes direitos poderiam ser suprimidos ou restringidos na elaboração de novas leis ou mesmo interpretações ulteriores que conduzissem a um retrocesso na área social atingida, como, por exemplo, na saúde, educação, previdência ou trabalho?

O questionamento e, sobretudo, a possível resposta, desembocam na discussão sobre o reconhecimento ou não do princípio ora em estudo, onde os que o defendem acreditam que deverá ser negativa, ao passo que, na hipótese contrária, os que o rejeitam, a resposta deverá ser positiva, permitindo sim a supressão ou restrição da norma.

A origem e tratamento do princípio encontram-se mais desenvolvidos em países da Europa Ocidental, tais como Itália, França, Espanha e, em especial na Alemanha e em Portugal.

Alexy, analisando a Constituição alemã, adverte que a mesma não possui previsão expressa em relação aos direitos prestacionais (salvo no que toca ao disposto no art. 6º, § 4º, que prevê o direito da mãe à

---

57 Denominação também usual entre os autores portugueses.

proteção e assistência da comunidade), nem tampouco do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais. No entanto, pondera que a Constituição prevê uma série de pontos de apoio, formulados de maneira objetiva, convergindo para uma interpretação orientada a direitos prestacionais, como por exemplo, a disposição que preceitua a obrigação de todos os poderes estatais de proteger a dignidade da pessoa humana e a cláusula do Estado Social (art. 20).<sup>58</sup>

Registre-se que o autor alemão, mesmo reconhecendo que a Constituição de seu país é uma Carta sintética e sem previsão de direitos prestacionais, ainda assim, faz questão de frisar a importância da dignidade da pessoa humana como fonte indiscutível de direitos sociais.

Em solo lusitano, cuja doutrina, indubitavelmente, apresenta significativa inspiração nos estudiosos brasileiros, desponta o magistério de Canotilho, o qual, ao associar o princípio da democracia econômica e social com o princípio do não retrocesso social, assevera que os direitos econômicos e sociais, após obter um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.<sup>59</sup>

Malgrado marcado por fundadas críticas<sup>60</sup>, os defensores do princípio da proibição de retrocesso social, tanto no Brasil, quanto em Portugal, costumam citar dois precedentes clássicos do Tribunal Constitucional português, que, em tese, abordam a resolução de situações fáticas com base no referido princípio.

58 ALEXY, op. cit., p. 435.

59 CANOTILHO, op. cit., p. 338.

60 Entre outros, destaque para Jorge Reis Novais, nota 228, o qual nega a autonomia e validade da proibição de retrocesso social atrelado a intenção de resguardar o núcleo essencial dos direitos sociais. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 138.



O primeiro *leading case* citado é o acórdão n.º 39/84, onde o Tribunal Constitucional de Portugal declarou a inconstitucionalidade de uma lei (Lei n.º 56/79) que revogou considerável parte da Lei que instituiu o Serviço Nacional de Saúde (art. 17 do Decreto-Lei n.º 254/82), ponderando que a revogação levada a efeito pelo legislador estava ferindo o direito fundamental à saúde (previsto no art. 64 da Constituição da República portuguesa), sobretudo aduzindo que este direito deveria ser efetivado por intermédio da criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (conforme art. 64/2 da CRP).

Nos termos decididos pela corte,

[...] os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição assa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.<sup>61</sup>

Outro acórdão bastante citado pela doutrina, como exemplo de decisão reconhedora do princípio da proibição retrocesso, é o acórdão n.º

61 Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão n.º 39/1984, Processo n.º 6/1983 – Rel. Cons.º Vital Moreira – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>> Acesso em: 22 de jul. 2012.

509/2002<sup>62</sup>, onde o Tribunal Constitucional Português, em tese<sup>63</sup>, também teria reconhecido a inconstitucionalidade, com apoio no princípio da proibição de retrocesso social, do Decreto da Assembleia da República que, instituindo um novo rendimento social de inserção, substituiu o antigo rendimento mínimo garantido, deixando de fora pessoas compreendidas na faixa etária entre 18 (dezoito) e 25 (vinte e cinco) anos de idade. Argumenta-se que a decisão revogada concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes, assim incluídas as pessoas na faixa etária entre 18 e 25 anos de idade, de tal sorte que, alijar as mesmas, sem que houvesse qualquer tipo de tutela social análoga que pudesse ter um efeito compensador, conduziria a um retrocesso em detrimento de um conquistado patamar de direito social ao rendimento mínimo, com a conseqüente violação do núcleo essencial desse direito.

Curioso notar que o próprio relator do acórdão n° 509/2002, da corte portuguesa, Conselheiro Luís Nunes de Almeida, traz no corpo de seu voto precedente de outra corte europeia, qual seja, o Conselho Constitucional Frances, no qual pondera:

A questão da proibição de retrocesso não se colocará, em tese, apenas no que se refere aos direitos sociais. Pelo contrário, o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua decisão DC 83-165, de 20 de janeiro de 1984, considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. [...] E só bastante mais tarde veio, num caso (DC 90-287, de 16 de janeiro de 1991) a admitir

62 Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão n° 509/2002, Processo n° 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>> Acesso em: 22 de jul. 2012.

63 Não se concorda que a solução dos casos descritos tenha como apoio o princípio da proibição de retrocesso social. Aqui, adere-se ao posicionamento de Jorge Reis Novais, que, por ocasião do estudo do princípio da socialidade, deixa pistas de que os acórdãos foram, respectivamente, solucionados a partir da ocorrência da inconstitucionalidade por omissão e desrespeito a outros princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito, designadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.” NOVAIS, Jorge Reis **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 299-304.



que o referido *effet cliquet* pudesse ainda operar no âmbito dos direitos econômicos e sociais, não sem que a doutrina se tenha interrogado sobre essa extensão [...] <sup>64</sup>

No caso da jurisprudência do Conselho Constitucional da França – o tribunal, contudo, preferiu usar a expressão “efeito cliquet” (*effet cliquet*) no intuito de trazer à baila a mesma ideia do princípio da proibição de retrocesso. Na realidade, a expressão deriva da referência a uma técnica de engenharia mecânica que impede a reversão de um processo, depois de ultrapassado determinado estágio, simbolizado por um som de “clac”, tal qual uma chave fechando uma porta, impossibilitando o retorno por intermédio da mesma. Portanto, utilizando-se um sentido figurado, o núcleo essencial dos direitos sociais, após a interposição do legislador, “trava-se”, de forma que não pode mais ser suprimido ou reduzido, sob pena da caracterização de um retrocesso, que deve ser rechaçado.

Calha frisar, ainda, que, diferente da construção teórica dominante em outros países, inclusive o Brasil, a Corte francesa reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (ou efeito cliquet) se aplica em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que é defesa a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. <sup>65</sup>

Já no plano do direito nacional, os estudos preliminares sobre o princípio são imputados a José Afonso da Silva, ao dissecar sua famosa classificação que leva em conta a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Referida análise revela que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada, jun- gidas ao princípio democrático, que mesmo tendo caráter imperativo

64 Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 22 de jul. 2012.

65 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 267.

e vinculativo, demandam a intervenção do legislador infraconstitucional para sua concretização, vinculando assim os órgãos estatais e, por conseguinte, exigindo uma proibição de retroceder na concretização de tais direitos. Portanto, intui-se que o autor reconhece, ainda que indiretamente, a existência do princípio da proibição do retrocesso social.<sup>66</sup>

Em tempos coetâneos, destaca-se o magistério de Felipe Derbli para quem o princípio da proibição de retrocesso social é considerado um princípio constitucional, marcado pelo caráter prospectivo, tendo em vista que procura preservar um estado de coisas já conquistado em contraposição a sua restrição ou supressão arbitrária. E mais, registra que o princípio em exame não se resume a uma mera manutenção do *status quo*, mas significa também uma obrigação de avanço social.<sup>67</sup>

### 4.3 Conceito e características

Com já foi frisado, o estudo do princípio da proibição de retrocesso encontra-se mais desenvolvido em países europeus, em especial na Alemanha e em Portugal. Neste país, abeberando-se das preciosas lições de Canotilho, o autor, ao associar o princípio da democracia econômica e social com o “princípio do não retrocesso social”, assevera que os direitos econômicos e sociais, após obter um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.<sup>68</sup>

Para o autor lusitano, o princípio da proibição de retrocesso social traz à tona a ideia de que o núcleo dos direitos sociais já realizados e

66 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 319.

67 DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 202.

68 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 2 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338.

efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas es-taduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compen-satórios, traduzam-se, na prática, em uma “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.<sup>69</sup>

Pode-se vislumbrar, ainda, no contexto da obra do autor, onde o mes-mo discorre sobre o princípio analisado, que a proibição de retrocesso so-cial limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação dos princípios da confiança, da segurança jurídica e dignidade da pessoa hu-mana. Nesse sentido, aponta que havendo a violação do núcleo essencial efetivado, justificada estará a sanção de inconstitucionalidade relativamen-te a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social”, citando, por exemplo, que seria inconstitucional uma lei que extinguisse o direito ao subsídio de desemprego ou aumentasse de forma despropor-cional o tempo de serviço necessário para a concessão de aposentadoria.<sup>70</sup>

Luísa Cristina Pinto e Netto, em obra particular sobre o tema, con-ceitua o princípio da proibição do retrocesso social como sendo a "norma jus fundamental adscrita"<sup>71</sup>, de natureza principal, que veda ao Legislador a eliminação ou alteração de normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de forma a violar sua eficácia".<sup>72</sup>

69 CANOTILHO, op. cit., p. 338-340.

70 Ibid., p. 339.

71 A expressão “norma adscrita”, utilizada pela autora, concerne ao conceito de norma atribuída a dispositivo de direito fundamental prevista na obra de Alexy. Em termos práticos, cuida-se de possibilitar para os casos em que a Constituição não menciona expressamente determinada norma, a possibilidade de extração de normas implícitas. Em Teoria dos Direitos Fundamentais (p. 69-76) o autor aborda a questão, fornecendo um critério de aferição de validade para as normas citadas: “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direitos fundamentais, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.113. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 69-76.

72 PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.113.

Ainda sob a ótica além-mar, desponta o posicionamento de Queiroz, que também analisando o assunto em obra especializada, giza que, concretamente, a “proibição de retrocesso social” determina que, uma vez consagradas legalmente “prestações sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Esclarece que, emanada pelo Estado uma legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta com uma “lei de proteção”, a ação do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar, transforma-se num dever mais alargado de não eliminar ou revogar essa lei”.<sup>73</sup>

Mencionada autora observa que havendo referência à tese de “irreversibilidade” dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados, o princípio da proibição de retrocesso acaba por assumir a função de “guarda de flanco” desses direitos e pretensões no seu conjunto, garantindo o grau de concretização já obtido, transformando-se numa espécie de “densificação” de direitos fundamentais. Logo em seguida, resume a ideia aduzindo que, ainda que os direitos fundamentais não imponham uma obrigação de “avançar”, estabelecem, no entanto, uma “proibição de retroceder”.<sup>74</sup>

Queiroz levanta, ainda, uma informação curiosa, quando preconiza que o Tribunal Constitucional alemão e o Tribunal Constitucional italiano<sup>75</sup> não se reportam ao princípio da “proibição de retrocesso”, mas sim a uma cláusula da “reserva do possível”, tratando-a como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, perpassando a ideia de dependência dos direitos fundamentais sociais aos recursos econômicos disponíveis e, designadamente, revelar a necessidade de cobertura orçamentária e financeira.<sup>76</sup>

73 QUEIROZ, op. cit., p. 69-70.

74 Ibid., p. 68.

75 Sentença nº 457/1998 do Tribunal Constitucional italiano, cujo relator foi Valerio Onida. Ibid., p. 69.

76 Ibid., p. 68.



No âmbito da doutrina nacional desponta o magistério de Sarlet, para quem o princípio ora analisado guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. Depreende-se das palavras do autor que o princípio da proibição de retrocesso comporta-se como um subprincípio do princípio da segurança jurídica.

Demais disso, o autor gaúcho, ressalta que o princípio da segurança jurídica guarda, também, umbilical vinculação com a noção de dignidade da pessoa humana, onde preconiza que a dignidade não estará suficientemente respeitada e tutelada nos locais onde as pessoas estejam sendo afetadas por um nível de instabilidade jurídica, não podendo confiar nas instituições por falta de condições mínimas de segurança e tranquilidade.<sup>77</sup>

Por seu turno, Silva entende que a proibição de retrocesso constitui um direito subjetivo negativo, pelo qual seria possível combater em juízo toda e qualquer medida que se apresente em conflito com o texto constitucional (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de conteúdo programático), bem como refutar as medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair posteriormente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.<sup>78</sup>

Já Barroso, vislumbra o princípio da proibição de retrocesso como um princípio implícito, o qual decorre do sistema jurídico-constitucional, onde toda regulamentação legal de preceitos constitucionais, mediante a instituição de um direito, é incorporado ao “patrimônio jurídico da cidadania”, razão pela qual “não pode ser absolutamente suprimido”. Com efeito, uma lei ulterior não pode extinguir um direito ou garantia, sobretudo de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, extinguindo um direito fundado na Constituição.<sup>79</sup>

77 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 433-435.

78 SILVA, op. cit., p. 158.

79 BARROSO, op. cit., p.158-159.

Visto os diversos conceitos sobre o tema, sem pretensão de ineditismo, pode-se então chegar ao seguinte conceito próprio: tem-se o princípio da proibição de retrocesso social como sendo um princípio implícito, derivado do sistema jurídico-constitucional, o qual tem como finalidade limitar a autorreversibilidade do legislador no que toca ao aniquilamento ou à redução de concretização legislativa já assegurada por um determinado direito social.

#### 4.4 Substrato jurídico

Para os que defendem a existência do princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo possui substrato constitucional, predominando o entendimento de que o mesmo encontra-se disposto de maneira implícita no corpo da Constituição Federal.

Contudo, não se pode deixar de registrar que vozes isoladas defendem sua existência também de maneira expressa no texto constitucional. Nesse sentido, Ipojucan Demetrius Vechi entende o que o citado princípio está claramente previsto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal quando a mesma prescreve:

“são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da sua condição social: [...]”<sup>80</sup>

Argumenta-se que citado preceito legal versa sobre uma série de direitos fundamentais trabalhistas, onde o catálogo se encontra aberto para a expansão de direitos outros que visem à melhoria da condição

80 Referido artigo dispõe de 34 incisos.



social do trabalhador, de forma a franquear apenas o progresso de tais direitos, e, portanto, vedar o retrocesso.

Malgrado abordando o tema sob o prisma do direito coletivo do trabalho, que possibilita aos empregados e empregadores, por intermédio de sindicatos, estabelecerem convenções coletivas de trabalho, o citado autor obtempera:

Assim, é evidente que entre nós também tem plena vigência a cláusula de proibição de retrocesso social, entrando, então, em discussão se o legislador infraconstitucional, após ter colocado em vigência um patamar mínimo de direitos poderia dar competência para que o poder negocial coletivo aniquilasse tais direitos. Parece evidente que não pode o poder negocial dos grupos possibilitar o retrocesso social, atacando direitos que já são uma conquista dos trabalhadores, muito menos pode o legislador infraconstitucional conferir tal competência aos atores coletivos.<sup>81</sup>

De outro quadrante, como já adiantado, predomina o entendimento daqueles que advogam a existência do princípio do retrocesso social como princípio constitucional implícito, o qual emana de outros princípios constitucionais, tais como o princípio do Estado social e democrático de direito, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e outros, conforme melhor será desenvolvido no tópico sobre os argumentos favoráveis à existência do princípio no Brasil.<sup>82</sup>

81 VECHI, Ipojuca Demetrius. Considerações sobre a proposta de alteração do artigo 618 da CLT. In: FREITAS, José de Mello (Org.) **Reflexões sobre o direito do trabalho e flexibilização**. Passo Fundo: UFP, 2003. p. 46-47.

82 BARROSO, op. cit., p.158.

## 4.5 Breves comentários sobre precedentes do Supremo Tribunal Federal

Conquanto as manifestações do princípio da proibição de retrocesso social não sejam estranhas no âmbito dos tribunais inferiores (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho), no presente trabalho a análise do princípio cingir-se-á ao aparecimento e reconhecimento do mesmo apenas na Corte constitucional brasileira, tendo em vista seu caráter nacional e unificador da jurisprudência em material constitucional.

Ao que se nota de pesquisas realizadas no sítio do Supremo Tribunal Federal<sup>83</sup>, poucos julgados tem abordado, e ainda de forma tangente, o princípio da proibição de retrocesso social. No todo foram encontrados apenas onze acórdãos<sup>84</sup> em que o princípio é citado, o que logo demonstra que o mesmo ou não está solidificado ou não goza da “simpatia” dos componentes da Corte Suprema.

De toda sorte, na pesquisa realizada, ficou bem claro que das vezes em que o princípio da proibição de retrocesso social foi mencionado nos julgamentos da Corte, em nenhum ele foi utilizado com fundamento determinante. Pelo contrário, denota-se que esse princípio foi mencionado apenas em caráter secundário, seja para reforçar o argumento principal (seja uma regra ou outro princípio), ou até mesmo para negar eventual vinculatividade.

83 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 24 out. 2012.

84 São encontrados onze acórdãos com a expressão “princípio da proibição de retrocesso” ou “princípio da proibição de retrocesso social”, nove com a expressão “vedação de retrocesso” e apenas sete com a designação “vedação de retrocesso social”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princ%EDpio+da+proibi%E7%E3o+de+retrocesso+social%29&base=baseAcordaos.>>> Acesso em: 24 out. 2012.



Doravante, passa-se a análise de alguns dos julgamentos, seguidos de breves comentários.

#### **4.5.1 ADI nº 2065-0**

Aponta-se o julgamento com sendo aquele em que o STF emitiu seu primeiro pronunciamento relativo ao princípio em estudo. A origem da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI<sup>85</sup> deu-se por intermédio de ação que pleiteava a inconstitucionalidade de dispositivos contidos na Medida Provisória 1.911-9/99, que havia revogado vários dispositivos das Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, as quais versam, respectivamente, sobre custeio da seguridade social e benefícios da previdência social.

Em apertada síntese, os dispositivos revogados pela Medida Provisória citada extinguíram o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, além de revogar dispositivos que concretizavam o direito à saúde.

Referida ADI não foi conhecida, tendo em vista que a maioria de seus integrantes entendeu que no caso concreto houve apenas ofensa reflexa à Constituição. No entanto, o Ministro Relator Sepúlveda Perence, conheceu do pedido, julgando procedente a ação com apoio no princípio da proibição de retrocesso, embora tenha sido vencido.

---

85 Acórdão proferido na ADI 2.065-0/DF. Publicado no DJU de 04 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 24 out. 2012.

### 4.5.2 ADI nº 3.104-0 DF

Na citada ADI<sup>86</sup>, que teve como requerente a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP questionavam-se modificações trazidas nos artigos 2º e 10 da Emenda Constitucional nº 41, versando sobre a modificação de critérios de aposentadoria para servidores públicos.

Sustentou-se, entre os argumentos jurídicos, a conquista de direito adquirido por conta de regime anterior, bem como violação do princípio do retrocesso social para infirmar a constitucionalidade da norma.

A relatora, Ministra Carmem Lúcia, cujo voto guiou a maioria dos Ministros, rechaçou a inconstitucionalidade da norma, com apoio na consolidada jurisprudência do STF sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico previdenciário. Para a Ministra a “aposentadoria constitui-se em direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente”, o que não ocorreu na espécie.

Quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo, ressaltou que inúmeros precedentes da Corte solidificaram o entendimento quanto à validade da aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias. Com efeito, reafirmou que “só se adquire direito quando seu titular preenche todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente, de forma a habilitá-lo ao seu exercício”.

Em aditamento de seu voto, e especificamente enfrentado o argumento de violação do princípio da proibição de retrocesso social, a relatora assim se manifestou:

86 Acórdão proferido na ADI 3.104-0 DF. Publicado no DJU de 09 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 24 out. 2012.



[...] Quanto ao princípio do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não acontece neste caso. Aqui aconteceu uma adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário que se veio a estabelecer.<sup>87</sup>

Com o resumo das considerações supra, a relatora encerra seu voto, que, sendo acompanhado pela maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

### 4.5.3 Outros julgados

Em dois outros precedentes – ADI 1946 MC/DF e ADI 1946/DF – respectivamente, julgados em 29.04.1999 e 03.04.2003, abordou-se questionamento previdenciário concernente ao direito à licença gestante. Também versando sobre previdenciário, merece registro a ADI 3104/DF, julgada em 26.09.2007, a respeito do pretense direito adquirido à aposentadoria.

Também são encontrados julgados relativos à discussão sobre medidas provisórias (ADI 2.213-0 DF), que apenas de maneira incidente fazem alusão ao princípio do retrocesso social, um mandado de segurança relativo a teto remuneratório (MS 24.875-1 DF), uma medida cautelar em ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI 4543 MC/DF), versando sobre o sigilo do voto e um agravo regimental em recurso extraordinário (ARE 639337 AgR/SP), em que se discute o direito de crianças de até cinco anos serem atendidas em creche e pré-escola.

87 Acórdão proferido na ADI 3.104-0 DF. Publicado no DJU de 09 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 24 out. 2012.

Por derradeiro, são encontrados quatro julgamentos versando sobre mesmo tema: matérias envolvendo a Lei Complementar nº 135, conhecida como “Lei Ficha Limpa”, onde o primeiro dos processos (RE 633703/MG) foi julgado isoladamente em 23.03.2011 e os outros três processos (ADC 29/DF, ADC 30/DF E ADI 4578/AC) que foram julgados conjuntamente em 16.02.2012.

O ponto comum entre todos os acórdãos,<sup>88</sup> conforme dito anteriormente, é que em nenhum deles o princípio da proibição de retrocesso foi utilizado como substrato para declarar a constitucionalidade ou não das normas atacadas. Em todos eles, o que foi considerado determinante na fundamentação das decisões foram outras regras e princípios jurídicos, a exemplo da isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, garantia do direito adquirido, garantia da irredutibilidade de vencimentos, mas não o princípio em estudo.

## 4.6 Argumentos favoráveis edesfavoráveis

Como é ínsito à dialética jurídica, em especial pela polêmica que os estudiosos tratam o tema, o princípio da proibição de retrocesso social revela a existência de duas grandes correntes acerca de sua aceitabilidade: os que o admitem e os que o rejeitam.

Sem a pretensão de, necessariamente, correlacionar/refutar cada argumentado doravante citado, mesmo não contemplando todos os argumentos dispostos na doutrina, passa-se a elencar aqueles que, imagina-se, sejam os principais de cada uma das teses defendidas.

88 Todos disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 24 out. 2012.



### 4.6.1 Argumentos favoráveis

Na realidade, embora não exclusivos, os grandes argumentos favoráveis ao princípio da proibição de retrocesso social no cenário jurídico nacional decorrem, de modo essencial, de premissas traçadas, entre outros estudiosos, por Barroso, o qual preconiza que através do referido princípio, não expresso, mas decorrente do sistema jurídico-constitucional, se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, criar certo direito, este se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não poderá ser suprimido.<sup>89</sup>

Portanto, um dos argumentos em prol do princípio em análise emerge de maneira implícita do sistema jurídico-constitucional, sobretudo abeberando-se de outros princípios, os quais se passa a descrever adiante.

D) Princípio decorrente de outros princípios do sistema jurídico-constitucional, entre eles:

a) **Princípio do Estado democrático e social de Direito**<sup>90</sup>, o qual abarca necessariamente a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, culminando com segurança contra medidas retroativas e de caráter retrocessivo.

b) Outro princípio que serve de alicerce para a defesa da proibição de retrocesso é o **princípio da dignidade da pessoa humana**<sup>91</sup>, o qual, demandando satisfação de prestações positivas (direitos sociais),

89 BARROSO, op. cit., p.158-159.

90 CRFB/1988, art.1º, *caput*, inciso III: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:"

91 CRFB/1988, Art. 1º, *caput*, inciso III: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a **dignidade da pessoa humana**."

de uma existência condigna para todos, conduz, numa perspectiva negativa, à inviabilidade de medidas que não obedeçam à tal condição.

c) Por seu turno, o **princípio da segurança jurídica**<sup>92</sup> também se soma ao referido rol, no sentido de que a ligação entre segurança jurídica e justiça é muito forte, a despeito do sentido autônomo daquela. Nesse passo, não basta a proposição de normas justas para a segurança jurídica, exige, ainda, que as referidas normas garantam aos sujeitos previsibilidade e que sejam dotadas de estabilidade, com vistas ao futuro.<sup>93</sup>

d) Acresce a lista o **princípio da proteção da confiança**, o qual impõe ao poder público o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas. Para Netto, o referido princípio está ligado ao da segurança jurídica, onde o primeiro pode ser vislumbrado como uma vertente subjetiva que tutela o indivíduo permitindo-lhe confiar no Direito posto, fundado na ideia de boa-fé, e, por conseguinte, no impedimento do Estado de atuar com má-fé perante os que confiam no direito.<sup>94</sup>

e) Consta também o **princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais**<sup>95</sup>, entendido como mecanismo de otimização e efetividade do direito à segurança jurídica, a exigir que se procure o maior nível de proteção possível, viabilizando, inclusive, a tutela contra medidas de natureza retrocessivas.

92 CRFB/1988, Art. 5º, *caput*: "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 seguintes termos:"

93 PINTO E NETTO, op. cit., p. 211-212.

94 *Ibid.*, p. 211-212.

95 CRFB/1988, Art. 5º, § 1º, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".



f) Da mesma forma, **manifestações constitucionais específicas que visam à proteção contra medidas de caráter retroativo, tais como a tutela dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito**<sup>96</sup>, que, no seu conjunto, não resolvem sozinhas todas as situações envolvidas no resguardo de uma ampla noção de segurança jurídica.

Pinto e Netto, em obra, cujo capítulo particular discorre sobre delineamentos para a aceitação do princípio de proibição de retrocesso social, aduz que as normas retroativas, salvo aquelas favoráveis, devem ser entendidas como vedadas tanto no ordenamento jurídico português, quanto brasileiro, restando alheias à incidência de medidas retrocessivas o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Acrescenta que as normas que disciplinam a aplicação imediata sobre situações não consolidadas se apresentam como medidas que podem ser retrocessivas, razão pela qual devem passar pelo controle de verificação de sua constitucionalidade.<sup>97</sup>

## II) O contexto do ordenamento jurídico brasileiro em face do direito internacional

No plano internacional, os direitos econômicos, sociais e culturais arrimam-se em uma progressiva implantação efetiva da proteção social por parte dos Estados, o que, inexoravelmente, conduz à vedação de um retrocesso em relação aos direitos sociais já consagrados.

Nessa senda, pode-se citar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, em que o Brasil é signatário.<sup>98</sup> Ao que se argumenta, o referido Pacto reconheceu, em seu art. 5º, item 2, uma cláusula contra a revogabilidade de direitos,

96 CRFB/1988, Art. 5º, XXXV: "A lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

97 PINTO E NETTO, op. cit., p. 213-214.

98 Ratifica por intermédio do Decreto nº 591/1992.

intuindo-se, daí, o princípio da proibição do retrocesso consoante depreende-se do texto legal:

Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor, em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

Já no item 2.1, o Pacto determina aos Estados o asseguramento de níveis essenciais de cada um dos direitos nele reconhecidos:

Cada estado-parte impõe no presente Pacto comprometer-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Destarte, tem-se que, transpondo-se para o direito interno, o princípio da proibição de retrocesso veda a elaboração de normas que venham a restringir direitos reconhecidos ou já concretizados e tenha por escopo a tutela de um conteúdo de direito humano. Com efeito, na perspectiva da Constituição brasileira de 1988, a adoção de medida legislativa no sentido de qualquer tentativa de restringi-los ou aboli-los implicaria inconstitucionalidade do ato.<sup>99</sup>

99 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: 2009. Ed. Max Limonad, 1996. p. 74.



### III) Vinculação do legislador aos direitos sociais.

Por derradeiro, pode-se citar ainda como argumento de peso ao reconhecimento do princípio em exame a vinculação do legislador aos direitos sociais. Referida vinculação contrapõe-se ao princípio da autonomia do legislador, na medida em que esse, assim como a administração pública e o Poder Judiciário, encontra-se vinculado aos direitos sociais. Com efeito, a liberdade de conformação do legislador deverá ser exercitada na exata medida dos direitos fundamentais, que representam visível limitação à discricionariedade legislativa.

Sarlet, procurando sistematizar os argumentos favoráveis ao princípio da proibição de retrocesso, além de citar a maior parte dos princípios *supra*<sup>100</sup>, pondera que a negativa ao reconhecimento do mesmo, em última análise, aceita que os órgãos legislativos, mesmo estando atrelados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, possam tomar livremente suas decisões, ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.<sup>101</sup>

A propósito do argumento, pondera Barroso que, mediante uma proibição de retrocesso, está-se a impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou inviável o exercício de um direito, estaria acarretando retorno à situação de omissão anterior.<sup>102</sup>

100 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 448- 454.

101 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004. p. 162.

102 BARROSO, op. cit., p.158-159.

Acrescenta-se, ainda, que a autonomia legislativa encontra forte limitação frente à ideia de mínimo existencial, correlacionando-se ao núcleo essencial dos direitos sociais a prestações, o qual não pode ser abertamente manipulável pelo legislador.<sup>103</sup>

#### 4.6.2 Argumentos desfavoráveis

Se por um lado os argumentos favoráveis apresentam-se, em certa medida, convincentes, sobre a existência e utilização do princípio da proibição de retrocesso social no Brasil, de outro flanco, não menos persuasivos, mostram-se os argumentos daqueles que pregam a inexistência e inaplicabilidade do mesmo, os quais recorrem aos argumentos doravante apresentados.

I) Ausência de definição constitucional relativa ao conteúdo objeto dos direitos fundamentais sociais

Pondera-se que o conteúdo dos direitos sociais, de regra, não se encontra definido na Constituição, sendo, ainda, indetermináveis sem interferência do legislador, de forma que este dispõe de ampla margem de conformação, inclusive no que toca à autonomia de voltar atrás de suas próprias decisões. Tal liberdade somente esbarraria no princípio da confiança, bem como na necessidade de justificar as medidas restritivas ou reducionistas.<sup>104</sup>

103 Explicitando a limitação de liberdade de conformação do legislador no que toca ao mínimo existencial, 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. 32.

104 Embora não refute totalmente a existência do princípio em causa, este é o posicionamento de VAZ, Manoel Afonso. **Lei e reserva de lei**. A causa da lei na constituição portuguesa de 1976. Porto: Coimbra Editora, 1992. p. 383 e ss.



A crítica advém do fato que tal argumento franquearia ao legislador o poder de dispor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, oportunizando uma fraude à constituição no que toca ao desrespeito à própria dignidade da pessoa humana.

II) A maior força, e, por conseguinte, maior tutela, que seria atribuída aos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade

Dentro da tradicional divisão entre os direitos fundamentais, bastante difundida é a que os divide em direitos de primeira, segunda e terceira geração, fazendo alusão, respectivamente aos direitos de liberdade, direitos sociais e direitos de solidariedade. Nesta ótica, partindo do princípio que não existem direitos mais importantes que outros, como poderiam os direitos fundamentais sociais estar cobertos por uma proibição de retrocesso, sem que os outros, sobretudo os direito de liberdade, pudessem gozar da mesma “prerrogativa” ?<sup>105</sup>

Referido argumento é combatido quando se sustenta que a Constituição Federal brasileira atribui aos direitos sociais e aos direitos de liberdade a mesma proteção, não fazendo qualquer distinção substancial entre os mesmos.

### III) Violação à hierarquia das normas

Objeta-se o reconhecimento do princípio estudado quando se parte de um estudo de hierarquia das normas. Com efeito, a admissibilidade da proibição de retrocesso significaria subverter a hierarquia normativa, atribuindo peso constitucional a normas infraconstitucio-

105 Aproximando-se da presente ideia, surge a afirmação de Novais que, ao tratar da possibilidade de restrição de direitos, esclarece que “do mesmo modo que os direitos, liberdades e garantias são susceptíveis de restrições, independentemente do grau de realização obtido, não há razões para que idêntica possibilidade não seja reconhecida nos direitos sociais, até porque estes são enfraquecidos pela agravante da reserva do possível”. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 306.

nais densificadoras de direitos sociais. Para Netto, tal reconhecimento implicaria conferir valor às normas infraconstitucionais em detrimento das normas de natureza constitucional, conferindo um inequívoco desvirtuamento do escalonamento hierárquico da ordem jurídica, tendo em vista que as normas consagradoras de direitos sociais seriam intocáveis, ao tempo em que a maior parte das normas constitucionais seriam alteráveis e até suprimíveis.<sup>106</sup>

#### IV) A relatividade do princípio em face da realidade fática

É cediço que o direito deve procurar espelhar as demandas sociais, na medida em que as mesmas se apresentam como merecedoras da intervenção legislativa. Nesse diapasão, a concretização legislativa dos direitos sociais não poderá estar desatrelada da realidade, sobretudo sócioeconômica, onde o princípio em estudo não pode ser encarado de maneira cega e absoluta, a ponto de não poder ser afastado a partir de ponderações do caso concreto.

Aduz-se, porém, que, de uma possível ponderação, deve estar afastada, em regra, a possibilidade de total supressão da regulamentação infraconstitucional de um direito fundamental social ou de uma garantia constitucional correlata à manutenção desse direito.

#### V) Princípio da autonomia do legislador

Como dito alhures, tal princípio confronta-se com a ideia de vinculação do legislador aos direitos sociais e, por sua importância no debate, merece um pouco mais de discussão.

106 PINTO E NETTO, op. cit., p. 145.



José Carlos Vieira de Andrade, debruçando-se sobre o tema, mesmo fazendo ressalvas<sup>107</sup>, expressamente destaca:

[...] Contudo, isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição de retrocesso, nem uma “eficácia irradiante” dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um “bloco constitucional dirigente”. **A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. A liberdade constitutiva e a auto-reversibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão castas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados.** (grifo do pesquisador).

Na mesma linha, registra-se o posicionamento de Susana Toledo de Barros para quem o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social, como garantidor de direitos sociais perante a lei, choca-se com o princípio da autonomia do legislador, tendo em vista que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum.<sup>108</sup>

Referido argumento é veementemente rechaçado por Sarlet, o qual obtempera:

Tal concepção, ao menos no nosso sentir, não pode merecer acolhida, sob pena de outorgar ao legislador o poder de dispor (de modo demasiado livre) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais,

107 “Por nossa parte, aceitamos mesmo um processo de transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na “consciência jurídica geral”, pois entendemos a Constituição susceptível de evolução, incluindo aí a possibilidade de, ao nível constitucional, se vir a densificar e a determinar o conteúdo dos preceitos”. ANDRADE, op. cit., p. 408.

108 TOLEDO, Susana Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília-DF: Brasília jurídica. 1996. p 163.

notadamente no que diz com a sua concretização legislativa, já que no plano da mudança constitucional formal já se dispõe da proteção (igualmente não absoluta, embora reforçada) assegurada pelos limites a reforma da Constituição [...]<sup>109</sup>.

No embate, indiretamente defendendo o princípio em apreço, revelador se mostra o posicionamento de Novais que, ao discorrer sobre o princípio da socialidade, ressaltando as diferenças entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, apresenta estes como direitos de conteúdo não constitucionalmente determinado ou determinável. Tal característica, numa conjuntura de dificuldade de recursos materiais e do necessário estabelecimento de prioridades, conduz, dentro de uma democracia política, inevitavelmente a uma margem de livre decisão ao legislador.<sup>110</sup>

Acrescenta, ainda, que o condicionamento material dos direitos sociais, torna-os sempre direitos condicionados à reserva do possível. Então, o arguto autor, lançando mão de engenhosa e elucidativa construção, justifica a importância da liberdade de decisão do legislador, ao asseverar:

De facto, a escassez de recursos obriga a optar politicamente quanto à sua repartição; ora, não é o facto de, em determinado momento histórico, uma maioria política ter privilegiado, por exemplo, a educação relativamente à saúde ou à habitação, que essa ordem de prioridade adquire um grau de rigidez que subtraia à margem de decisão de novas maiorias democraticamente legitimadas. Não fixando a Constituição qualquer directivas de orientação quanto às prioridades dentro do domínio da realização dos direitos sociais, essa é uma área que cai na margem de livre e exclusiva decisão do legislador democrático.<sup>111</sup>

109 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 447.

110 NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 293- 294.

111 NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 295.



Ainda sobre a característica da indeterminabilidade dos direitos sociais e a necessidade de intervenção do legislador apontada por Novais, curiosa se apresenta a crítica de Roger Stiefelman Leal, o qual admite, frente a incapacidade prestacional do poder público, sobretudo nas amarras impostas pela reserva do possível, a possibilidade de supressão total de determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara.<sup>112</sup>

Por derradeiro, em uma posição de admissão relativa<sup>113</sup> do princípio da proibição de retrocesso, desponta o magistério de Jorge Miranda, ao asseverar que o legislador não pode simplesmente suprimir as normas legais concretizadoras de direitos sociais, porquanto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.<sup>114</sup>

## 4.7 A desnecessidade de aplicação prática do princípio no Brasil

Sem embargo das diversas posições doutrinárias favoráveis e contra a aceitação da existência do princípio da proibição de retrocesso, cada uma com seus respectivos méritos, ousa-se, com a devida *vênia* dos que pensam em sentido contrário, entender que a referida discussão torna-

112 LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**, artigo extraído do programa de Pós-Graduação em Direito da universidade Federal do RS. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2012.

113 Em crítica sobre o princípio, Novais esclarece que o mesmo, além de insustentável “numa versão absoluta”, também não possui autonomia dogmática do ponto de vista relativo em detrimento de princípios em que se pretende sustentá-lo. Cuida-se, na realidade, dos chamados limites aos limites dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites constitucionais, próprios do Estado de Direito, nos quais os poderes públicos estão obrigados a observar quando restringem os direitos fundamentais. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 245-246.

114 MIRANDA, op. cit., p. 494.

-se inócua se levada a efeito sua aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, designadamente no que toca ao controle de constitucionalidade de normas.

Ora, partindo do que fora mostrado até aqui, pode-se até, do ponto de vista teórico, concordar com a existência do princípio em comento, sobretudo se visto sob a ótica alienígena, como por exemplo na Alemanha, onde os direitos sociais não foram incluídos na Constituição do referido país.

Porém, no contexto pátrio, por questões pragmáticas, as situações que, *a priori*, seriam solucionadas com base na invocação do citado princípio, reitere-se, em especial no que tange ao controle de constitucionalidade das normas, terminam sendo solucionadas ou são solucionáveis com a invocação de violação direta de outros princípios constitucionais ou normas-regras de igual teor, seja por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão ou eventualmente mandado de injunção. Chega-se a esta conclusão apoiado em quatro argumentos doravante delineados.

#### I) Princípio Copiado do Direito Estrangeiro sem Devido Contexto Jurídico Nacional

Primeiramente, deve-se sublinhar que o princípio da proibição de retrocesso, conforme visto alhures, tem fonte de inspiração marcante no Direito Alemão, onde os direitos sociais não foram inseridos explicitamente na Lei Fundamental do citado país.<sup>115</sup> No entanto, uma série de

115 Alexy pondera que, diferente de várias Constituições de outros Estados-membros e de outros países, na Constituição alemã não existe a previsão expressa de direitos prestacionais (ressalvado o contido no art. 6º, § 4º, que prevê o reconhecimento do direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade), embora se encontre no texto constitucional uma série de pontos de apoio, formulados de maneira objetiva, conduzindo a uma interpretação orientada a direitos prestacionais, sobressaindo-se a obrigação de todos os poderes estatais de proteger a dignidade da pessoa humana e a cláusula do Estado Social. ALEXY, op. cit., p. 434-435.



direitos com natureza social foram sendo criados pelo legislador ordinário e suprindo, de alguma forma, o vácuo constitucional.<sup>116</sup>

Como corolário, para garantir direitos previstos em leis infraconstitucionais,<sup>117</sup> amparado em construções doutrinárias, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal passou a entender que, os direitos sociais que haviam sido legislados no decorrer do tempo não poderiam ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de inconstitucionalidade. Ou como resume Novais:

[...] a fórmula e o eventual princípio da proibição do retrocesso surgiram, então, como invenção engenhosa destinada a justificar uma proteção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional, jusfundamental. Tratava-se, em qualquer caso, nesse contexto, de uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemã.<sup>118</sup>

De outro flanco, países outros, nos quais se inclui o Brasil, ao lado dos clássicos direitos de defesa, possuem um verdadeiro catálogo de direitos a ações estatais positivas, ou seja, de direitos sociais,<sup>119</sup> os quais se violados podem ser tutelados pela alegação de violação direta de tais direitos ou princípios correlatos (conforme se infere do próximo argumento), o que dispensa a invocação do citado princípio.

116 Nem por isso menos protetor que a maioria de outros ordenamentos jurídicos que prevêem expressamente os direitos sociais no texto constitucional.

117 Servindo de reflexão para o contexto nacional, merece registro a crítica de Roger Stiefelmann Leal ao indagar “De que adianta incorporar estes novos direitos ao texto constitucional, se eles não poder ser exigidos? LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**, artigo extraído do programa de Pós-Graduação em Direito da universidade Federal do RS. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2012.

118 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 241.

119 Alexy também obtempera, ao discorrer sobre o texto constitucional alemão, que o mesmo “claramente se aparta de uma série de Constituições dos Estados-Membros, nas quais, ao lado dos direitos de defesa clássicos, podem ser encontrados direitos como o direito ao trabalho, o direito a meios de subsistência, o direito à educação e o direitos à participação”. ALEXY, op.cit., p. 434.

## II) A Falácia de Decorrência de Outros Princípios

Também com o devido respeito aos posicionamentos contrários, a aceitação ou não do princípio da proibição de retrocesso social no Brasil, mesmo que de maneira implícita na Constituição, nenhuma diferença prática fará em sede de controle de constitucionalidade. Tal afirmação é pautada pelo fato de que eventual alegação de inconstitucionalidade de uma norma garantidora de direito fundamental, como de resto todas as normas de natureza distintas, poderá ser vergastada tomando como base os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, proteção de confiança, entre outros que, conforme citados anteriormente, servem como substrato constitucional na tese daqueles que defendem o princípio ora analisado.

Nesse mote, Novais, ao discorrer sobre os direitos sociais como tipos de direitos fundamentais, preconiza a impossibilidade de se extrair dos mesmos qualquer imposição juridicamente vinculante de “proibição de retrocesso” ou de “obrigação de não regressividade”, tendente a conceber os padrões atingidos de prestações estatais como imunes, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade por conta de uma eventual regressão. Entretanto, continuando seu pensamento, pontifica:

É certo que a regressão pode vir a ser considerada inconstitucional – seja por violação de princípios como o princípio da confiança, o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana ou do próprio direito social em questão -, **mas aí, a inconstitucionalidade funda-se nesses princípios, valores ou direitos e não na violação de um constitucionalmente inexistente princípio da proibição de retrocesso** (grifo do pesquisador).<sup>120</sup>

120 NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 294.



Ora, na mesma linha de raciocínio do mencionado professor, pode-se afirmar que, algumas situações, hipoteticamente violadoras do princípio da proibição de retrocesso social, na realidade, fundam-se justamente na violação de outros princípios jurídicos, como é o caso do princípio da segurança jurídica, do Princípio do Estado democrático e social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais ou, até mesmo, das garantias dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, todos positivados na Carta Magna brasileira.

Logo, eventual descumprimento de situações tidas como “retrocessivas” serão, na realidade, salvaguardadas por um ou mais dos referidos princípios ou regras, prescindindo, portanto, de aplicação do princípio implícito da proibição de retrocesso social.

### III) “O Velho Modismo” da Cultura Jurídica Brasileira

Não se pode deixar de considerar, pela própria cultura jurídica brasileira, a ligeira sensação de que a aplicação de certos princípios e institutos jurídicos no direito nacional, muitas vezes, não passa de um “certo modismo” de alguns estudiosos em socorrerem-se de mecanismos novos para tentar resolver problemas antigos que, aparentemente, não são solucionáveis com o aparato jurídico já existente.

Ora, não precisa reinventar a roda para saber como utilizá-la de forma mais eficiente ou adequada. Malgrado o país sofra com o constante desrespeito à normas jurídicas (normas-regras e normas-princípios), chegando-se até comentar popularmente em “lei que pega e lei que não pega”, nem por isso se deve deixar de dar credibilidade e, sobretudo aplicabilidade e efetividade às normas existentes como forma de combate às omissões estatais.

Nesse diapasão, frente à vasta previsão constitucional de outros princípios e regras, despiciendo se torna a aclamação específica do princípio da proibição de retrocesso social para amparar eventual pedido de declaração de inconstitucionalidade suscitado.

#### IV) Abundância de Direitos Sociais Previstos no Texto Constitucional

Desde a Constituição de 1934, como fruto do constitucionalismo social que se espraiou pelo mundo inteiro, a partir da Constituição mexicana de 1917 e, principalmente sob influência da Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, o Brasil passou a consagrar os direitos sociais.

Na mesma linha do que vinha sendo previsto a partir da segunda Constituição republicana, porém com as inevitáveis restrições das Constituições outorgadas nos períodos de exceção, a Constituição Cidadã de 1988 deu uma enorme guinada no que tange aos direitos sociais.

Entre os pontos mais festejados, destaca-se a inserção dos direitos sociais no Título II, que versam sobre os direitos fundamentais, aspecto que, pelo menos do ponto de vista formal, afastou a discussão sobre a natureza dos referidos direitos como fundamentais<sup>121</sup>. Portanto, a partir daí denota-se a preocupação do constituinte em fortalecer os direitos sociais, dando-lhes força normativa constitucional para que os seus titulares possam desfrutar da garantia de um mínimo existencial.

Nesse sentido, o Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal é pródigo na garantia de direitos sociais, trazendo em seu bojo, quatro ar-

121 Em crítica correlata, Novais aduz que "o que surpreende é o sucesso quase universal que a fórmula obtém, incluindo em países e ordens constitucionais onde não apresenta qualquer justificação ou utilidade, mais precisamente, nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais, beneficiando, portanto, da protecção que decorre da sua natureza formal e materialmente constitucional, sem quaisquer necessidades de invenção de princípios incertos ou inexistentes e [...] contraditórios como é o princípio do retrocesso". NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 241.



tigos (6 ao 11), com destaque para o artigo 7º, que conta com 34 incisos. Deles, o art. 6º é o mais abrangente, embora de curta redação, porém merecedor de transcrição pela importância de seu conteúdo consagrador dos direitos sociais, consoante se vê:

art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Registre-se, ainda, que os direitos à educação, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados, a proteção à maternidade e à infância não foram renegados, estando dispostos topograficamente em outro local (Título VIII, que versa sobre a ordem social) do texto constitucional.

Não obstante a sede constitucional dos referidos direitos não tenha, na prática, a mesma eficácia das leis ordinárias garantidoras de direitos sociais da Alemanha, não se pode ignorar que, pelo menos sob o prisma teórico, o caráter constitucional confere a eles uma verdadeira “blindagem”, em especial no que diz respeito a sua inserção no núcleo duro da Constituição.

Desse modo, tem-se como dispensável valer-se do princípio da proibição de retrocesso social, haja vista que, ou se viola diretamente a norma constitucional garantidora do direito social invocado<sup>122</sup> ou, atento às restrições de tais direitos (pressupostos materiais, principalmente financeiros), buscar-se-á a tutela com apoio na invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da violação da garantia do mínimo existencial dos direitos sociais violados.

<sup>122</sup> Tese minimalista que, por exemplo, Novais expressamente afirma não acompanhar. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: Trunfos contra a maioria. Coimbra. Coimbra editora. 2006. p. 200.

## Considerações finais

Conforme visto, os direitos fundamentais são produto de uma longa evolução da história humana, conquistados paulatinamente e de maneira bastante árdua, o que não significou que os mesmos tenham atingido o mesmo grau de amadurecimento e efetivação em todas as partes do mundo, dadas as características de cada Estado.

Descreveu-se que, após o surgimento do constitucionalismo moderno, tornou-se possível a positivação de enunciados normativos consagradores de direitos fundamentais, em especial os direitos negativos ou tidos como de primeira geração ou dimensão, fato que, embora elogiável em um primeiro momento, não foi suficiente para suprir todas as demandas relativas aos direitos do homem, em especial no que toca aos chamados direitos prestacionais.

Anotou-se que tais direitos, ditos de segunda geração, aí englobados os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais demandam prestações positivas do Estado, não foram concretizados na mesma proporção em que foram prometidos ou disciplinados nos textos constitucionais. Com efeito, ponderou-se que o problema hodierno não se relaciona tanto com o reconhecimento, mas com a efetivação dos direitos estabelecidos como fundamentais pelas Constituições dos Estados, o que fez emergir, de maneira acentuada, a necessidade de concretizar direitos que requerem ações positivas dos poderes públicos.

A partir daí, apontou-se para a necessidade de analisar a sistematização e o comportamento dos referidos direitos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, designadamente frente ao gracioso rol de direitos reconhecidos na Constituição Federal de 1988. Viu-se que tal fato ensejou a elevação das expectativas das demandas sociais em



detrimento de bens cada vez mais escassos, cuja manutenção dificulta uma contrapartida estatal, solucionadas, na maioria das vezes, com o dispêndio de recursos orçamentários que não contemplam todos os anseios da massa.

Procurou-se refletir se, diante de eventuais crises econômico-financeiras, contingências diversas de caixa ou mesmo frente à liberdade de conformação do legislador, seria possível a implantação de uma legislação que diminua, restrinja ou até mesmo suprima direitos até então previstos no ordenamento jurídico, sob argumento de invocação de um possível acolhimento do famigerado princípio da proibição de retrocesso social.

Indagou-se se o referido princípio, nos moldes propalados no direito alienígena, especialmente em países em que o mesmo se desenvolveu, como, por exemplo, na Alemanha, que não positivou os direitos sociais no seu texto constitucional, também teria sustentação jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de considerá-lo como princípio autônomo e imprescindível para o sistema jurídico, sobretudo no controle de constitucionalidade de leis.

Mostrou-se, então, a existência de duas correntes de pensamentos antagônicas, uma favorável e outra contrária à existência do supracitado princípio. Aqueles que advogam a existência do princípio do retrocesso social vislumbram-no como princípio implícito, decorrente do sistema jurídico-constitucional, o qual emana de outros princípios, tais como o princípio do Estado social e democrático de direito, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, além de outras manifestações constitucionais específicas que visam à proteção contra medidas de caráter retroativo, tais como a tutela dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito,

Viu-se ainda que o aludido princípio também é sustentado no contexto do ordenamento jurídico brasileiro em face do direito internacional em que os direitos sociais arrimam-se em uma progressiva implantação efetiva da proteção social por parte dos Estados, bem como no argumento da vinculação do legislador aos direitos sociais, tendo em vista que tais direitos representariam visível limitação à discricionariedade legislativa.

Entre os argumentos desfavoráveis apontou-se a ausência de definição constitucional relativa ao conteúdo objeto dos direitos fundamentais sociais, a maior força, e, por conseguinte, maior tutela, que seria atribuída aos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade, à violação à hierarquia das normas, à relatividade do princípio em face da realidade fática e o princípio da autonomia do legislador, o qual se confronta com a ideia de vinculação do legislador aos direitos sociais.

No que toca ao tratamento jurisprudencial, conquanto não se tenha infirmado o reconhecimento do princípio no domínio dos tribunais inferiores, o trabalho se circunscreveu à sua análise apenas no âmbito do STF, onde, por intermédio de pesquisas realizadas no sítio do referido tribunal, constatou-se que poucos julgados abordam o princípio da proibição de retrocesso social, e, ainda assim, de maneira tangente.

Intuiu-se que o princípio da proibição de retrocesso social ou não está solidificado ou não goza da “simpatia” dos componentes da Corte Suprema, tendo em vista que na maioria das vezes em que o princípio foi mencionado nos seus julgamentos, em nenhum ele foi utilizado como fundamento determinante, mas apenas em caráter secundário, seja para reforçar o argumento principal (uma regra ou outro princípio), ou até mesmo para negar sua vinculatividade.

Concluiu-se, então, que, sem embargo das diversas posições doutrinárias favoráveis e contrárias à aceitação da existência do princípio



da proibição de retrocesso social, ainda que se admita a existência do princípio, a mencionada discussão é inócua se levada a efeito sua aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Tal fato ocorre porque no contexto pátrio, por questões pragmáticas, as situações que, *a priori*, seriam solucionadas com base na invocação do citado princípio, em especial no que tange ao controle de constitucionalidade das normas, terminam sendo solucionadas ou são solucionáveis com o argumento de violação direta de outros princípios constitucionais ou normas-regras de igual teor, seja por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão ou eventualmente mandado de injunção.

Referida conclusão foi encontrada com apoio em quatro argumentos principais:

I) Princípio copiado do direito estrangeiro sem o devido contexto jurídico nacional, tendo em vista que, diferente do direito alemão, onde os direitos sociais não foram inseridos explicitamente na Lei Fundamental, levando o Tribunal Constitucional a “suprir” o vácuo do legislador constituinte adergado no princípio da proibição de retrocesso social, no Brasil existe um verdadeiro catálogo de direitos fundamentais, nos quais estão incluídos os direitos sociais.

II) A falácia de decorrência de outros princípios, ao se apontar que o princípio objeto deste estudo decorre, de maneira implícita, de princípios com natureza constitucional (a exemplo dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, proteção de confiança etc.), tendo em vista que eventual descumprimento de situações tidas como retrocessivas serão, na realidade, salvaguardadas por um ou mais dos referidos princípios ou regras, prescindindo, portanto, de aplicação do princípio implícito da proibição de retrocesso social.

III) “O velho modismo” da cultura jurídica brasileira que, de praxe, leva alguns estudiosos socorrerem-se de mecanismos novos para tentar resolver problemas antigos que, aparentemente, não são solucionáveis com o aparato jurídico que já existe, o que se torna desnecessário frente à vasta previsão constitucional de outros princípios e regras, dispensando, assim, a aclamação específica do princípio da proibição de retrocesso social para amparar um pedido de declaração de inconstitucionalidade.

IV) Abundância de direitos sociais previstos no texto constitucional, inclusive inseridos no Título II da Constituição Federal, que versam sobre os direitos fundamentais, conferindo assim uma “blindagem constitucional” aos aludidos direitos. Desse modo, se forem violados, podem ser tutelados com a invocação direta da norma constitucional garantidora do direito violado ou, atento às restrições de tais direitos, com arrimo na invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da violação da garantia do mínimo existencial dos direitos sociais infringidos, dispensando, assim, o princípio da proibição de retrocesso social.

Portanto, apoiado nas considerações supra expendidas, malgrado os diversos posicionamentos favoráveis e contrários ao princípio da proibição de retrocesso social no sistema constitucional pátrio, chega-se à conclusão de que a mencionada discussão se apresenta inócua, tendo em vista a desnecessidade de aplicação prática do princípio no Brasil.



## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros editores. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 – Publicada em 5 de outubro de 1988. Editora Saraiva. 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 591/1992. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/DEC%20591-1992?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%20591-1992?OpenDocument). Acesso em 06 de junho de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Precedentes do Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp> Acesso em: 24 out. 2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na ADI 2.065-0/DF. Publicado no DJU de 04 de junho de 2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>  
Acesso em: 24 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na ADI 3.104-0 DF. Publicado no DJU de 09 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>  
Acesso em: 24 out. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**, artigo extraído do programa de Pós-Graduação em Direito da universidade Federal do RS. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1976.



LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1993.

\_\_\_\_\_. **Derechos humanos, estado y constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo”, In: BINENBOJIM, Gustavo (Coord.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. vol. IV.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: 2009. Ed. Max Limonad, 1996. p. 74.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão n° 39/1984, Processo n° 6/1983 – Rel. Cons.° Vital Moreira – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>> Acesso em: 22 de jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão n° 509/2002, Processo n° 768/2002 – Rel. Cons.° Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>> Acesso em: 22 de jul. 2012.

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

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental aplicabilidade**. Curitiba: Jurúa Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, n. 2, 2004.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros editora. 2004.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOLEDO, Susana Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília-DF: Brasília jurídica. 1996.

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. 239-324.

VAZ, Manoel Afonso. **Lei e reserva de lei**. A causa da lei na constituição portuguesa de 1976. Porto: Coimbra Editora, 1992. p. 383 ss.

VECHI, Ipojucan Demetrius. Considerações sobre a proposta de alteração do artigo 618 da CLT. In: FREITAS, José de Mello (Org.) **Reflexões sobre o direito do trabalho e flexibilização**. Passo Fundo: UFP, 2003.

**Referência do texto**

OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. Reflexões sobre o princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro: contorno teórico e aplicabilidade prática. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 165-234, jan./jun. 2013.

# O direito à saúde como direito fundamental social – o fornecimento de medicamentos: análise do artigo 28 do decreto nº 7.508/11 que regulamentou a Lei 8.080/90 (Lei do SUS)

## Daisy Maria de Andrade Costa Pereira<sup>1</sup>

Procuradora de Justiça Cível. Ingressou no MPPE em 1986, tendo respondido pelas comarcas de Angelim, Canhotinho e Garanhuns. Na Capital foi Promotora de Justiça com atuação na Vara da Fazenda Pública. Ocupou a função de Assessora Técnica em Matéria Cível da Procuradoria Geral de Justiça. Possui Especialização em Direito Tributário pela UFPE e em Direitos Humanos pela PUC Minas. MBA em Gestão do Ministério Público, pela FCAP – UPE. Atua na área acadêmica como Professora de Direito Civil. Possui trabalhos publicados em Congressos e participa como palestrante convidada em eventos jurídicos e acadêmicos. Atualmente é Mestranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em convênio com a ESMape – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Constituição de 1988 e o perfil do Ministério Público: breves considerações. 3 O Direito Fundamental Social à Saúde e sua evolução. 3.1 Aspectos históricos. 3.2 O art. 196 da CF e sua auto aplicabilidade. 3.3 A Lei 8.080 de 19/09/90 – Lei do SUS – Sistema Único de Saúde. 3.4 Portaria 399 de 22/02/06 e o Pacto pela Saúde. 3.5 Recomendação CNJ nº 31 de 30/03/2010 e Resolução CNJ nº 107 de 06/04/2010. 3.6 A Lei 12.401 de 28/04/11 e a Assistência Terapêutica. 3.7 O fornecimento de medicamento e o Dec. Nº 7.508 de 28/06/2011. 3.8 O Dec. 7.646 de 21/12/11 e as Comissões de Incorporação de Tecnologia. 4 Conclusão. Bibliografia.

---

1 Mestranda de Direito Constitucional. Relatório apresentado na disciplina de Direito Constitucional ministrada pelo Professor Doutor Jorge Reis Novaes e pelo Professor Doutor Marcelo Rebelo de Souza

## 1 Introdução

O presente trabalho, de conteúdo descritivo, tem por objetivo abordar principalmente o papel do Ministério Público frente à sua obrigatoriedade constitucional prevista no art. 127 da Constituição Federal de 1988 de promover “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Função essencial que deverá ser exercida na perspectiva de assegurar o equilíbrio entre os poderes constituídos sem comprometer o exercício dos direitos fundamentais e sem inviabilizar as políticas estatais responsáveis pela promoção e acesso aos direitos fundamentais sociais, especificamente à saúde.

É importante destacar que ao falar sobre esse tema é necessário dar a discussão um caráter multidisciplinar onde sejam viabilizadas as soluções e garantida a proteção integral da saúde de todos os cidadãos.

Atualmente convive-se com inúmeras demandas judiciais que colocam tanto o Ministério Público quanto o Judiciário em uma “zona de tensão” entre concordar e determinar, respectivamente, o fornecimento de uma medicação sem correr o risco de contribuir para alimentar condutas escusas por parte de vários atores nesse processo constante de se socorrer do Ministério Público e do Judiciário para fazer valer e assegurar direitos constitucionais amplamente consagrados e constantemente violados. Até que ponto pode-se enxergar o limite que separa a busca legítima do direito ao fornecimento de medicamentos das tentativas, por vezes desleais, de fazer uso da máquina do Judiciário e do Ministério Público para referendar condutas dissociadas do padrão ético mínimo necessário que deve permear a atividade de profissionais e usuários da saúde.

O tema que aqui será tratado é algo que sem sombra de dúvidas vem causando muitas discussões e preocupações entre todos os operadores



do direito. Preocupação esta que levou o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, a recomendar aos “*Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde*”<sup>2</sup>, bem como “*Instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde*”<sup>3</sup>.

Some-se a estas ações, a edição do Dec. 7.508/2011 que “*Regulamenta a Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa*”, a partir da qual caberá ao Ministério Público, no exercício de suas atribuições, acompanhar o cumprimento do referido decreto assegurando o regular fornecimento de medicamento e a observância dos protocolos e rotinas a serem seguidos pelos profissionais de saúde de forma integrada.

Assim, com o ardente desejo de aprofundar o assunto, me propus a estudar um pouco a matéria na tentativa de realizar uma abordagem descritiva, sintética e objetiva sobre o que representa hoje, no nosso país, o sistema de saúde especificamente com relação ao fornecimento de medicamentos. Sabendo-se que a saúde é dever do Estado e garantia de toda pessoa, sujeito de direitos e obrigações.

É bem verdade que o nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro dispõe de Lei inovadora acerca do Sistema de Saúde, lei que surgiu como resposta aos anseios da sociedade. Sociedade esta que, apesar de “desorganizada” do ponto de vista sócio-político, consegue se unir em torno de um objetivo e deslocar o foco de suas ações para um viés de interesse momentâneo desembocando assim em conquistas isoladas. Isto porque temos uma tendência a nos comportarmos de forma “atomizada” e só nos aglutinamos quando os nossos interesses estão em pauta direta.

2 Vide Recomendação CNJ nº 31 de 30 de março de 2010.

3 Resolução CNJ nº 107 de 06 de abril de 2010.

## **2 A Constituição de 1988 e o perfil do Ministério Público: breves considerações**

O legislador constituinte de 1988 redesenhou e redefiniu o perfil constitucional do Ministério Público dedicando a ele um capítulo dentro do Título IV que trata “Da Organização dos Poderes” e definindo o mesmo como Função Essencial à Justiça reconhecendo assim no art. 127 que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Parta tanto o legislador definiu como princípios constitucionais do Ministério Público, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Assegurando-lhe também autonomia financeira e administrativa, bem como a possibilidade de, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira.; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. Cabendo ao mesmo inclusive a elaboração de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Dentro desse novo desenho do Ministério Público o legislador constituinte definiu que estariam abrangidos: I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – os Ministérios Públicos dos Estados.

Possui o Ministério Público as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, sendo-lhe vedado receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas



processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Essas foram algumas das características atribuídas pelo legislador no novo desenho do Ministério Público. Destaque-se ainda o previsto no art. 129 que trata das funções institucionais do Ministério Público as quais estão assim elencadas: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Outro grande avanço que surgiu para o Ministério Público e principalmente para toda a sociedade foi a criação do Conselho Nacional

do Ministério Público – CNMP incluído no texto constitucional em 2004 com a Emenda Constitucional nº 45, ao qual de acordo com o art. 130-A, compete o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

Com todos estes avanços inseridos no texto constitucional, o Ministério Público foi alçado a condição de defensor da sociedade na perspectiva de agente social de transformação e fiscalização das Políticas Públicas implementadas pelos entes federados nas três esferas de Poder.



### **3 O direito fundamental social à saúde e sua evolução**

Destaque-se neste capítulo a abordagem de alguns dos instrumentos legais existentes e relacionados com a proteção à saúde, lembrando que com relação às leis específicas trataremos apenas dos artigos que se referem à dispensação de medicamentos.

#### **3.1 Aspectos históricos**

Para falar sobre o Direito Fundamental Social à Saúde, é prudente fazermos uma pequena digressão acerca da discussão dos Direitos Humanos ao longo da história pontuando-a a partir de cada paradigma formador da Teoria Constitucional e como a sua discussão internacional representa papel relevante na introdução dos mesmos no regulamento interno de cada Estado.

É sabido que a internacionalização dos Direitos Humanos serve de parâmetro para que os Estados Nacionais constitucionalizem esses direitos. Na verdade, partindo da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, embora não possua um caráter de obrigatoriedade, traz consigo um efeito pedagógico bastante acentuado para os Estados, uma vez que ela representa a vontade internacional.

Percebe-se que o grande avanço conseguido pelo sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos está relacionado com a inclusão das proteções nos Sistemas Constitucionais internos. Estes sim se constituem numa efetiva proteção para as comunidades locais.

Ao longo da formação da Teoria Constitucional, como demarcação histórica dessa formação, iremos encontrar a figura de alguns paradigmas constitucionais.

É inegável que entre os séculos XV e XVII inúmeras transformações ocorridas na Europa desembocaram em grandes revoluções nas áreas da comunicação, da política, da tecnologia, etc. A partir daí surge a estruturação de uma nova sociedade, a qual abandonou as características do sistema medieval de viver e adotou posturas mais flexíveis.

Surge aí o chamado “Estado Moderno” que deflagrará um arcabouço de alterações constitucionais. É o fenômeno do pensamento constitucional cuja interligação com o movimento “constitucionalista” será historicamente identificado como o “**Estado de Direito**” traduzindo-se assim como o primeiro paradigma constitucional.

O Professor Nelson Saldanha em seu livro *Formação da Teoria Constitucional descreve*:<sup>4</sup> “Temos então o Estado de Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a Constituição”.

Posteriormente, e aí já após a 1ª Guerra, começam a ocorrer mudanças surgindo assim uma nova sociedade, a qual nasceu a partir de movimentos e idéias contrárias ao acúmulo concentrado de capitais, à exploração do homem pelo próprio homem. Emerge assim um novo paradigma, o paradigma do “**Estado Social**”, que surgiu como o tradutor dos anseios sociais e intérprete dos direitos meramente formais e já existentes.

Instalado o paradigma do Estado Social ou do Bem Estar Social, percebe-se a importância da participação da sociedade em busca de uma

4 SALDANHA, Nelson, “*Formação da Teoria Constitucional*”, Editora Renovar, 2000, p. 20



maior interação entre o direito e a justiça. Rende-se às evidências o crescimento de movimentos buscando uma maior organização da sociedade civil, desembocando assim o novo paradigma que hoje vivenciamos o paradigma do “**Estado de Direito Democrático**”.

A partir de então, a história constitucional segundo alguns doutrinadores, começa a narrar e apontar para a existência dos direitos fundamentais destacando-os em gerações.

No final do século XVII podemos descrever que se constituiu a chamada 1ª Geração dos Direitos Fundamentais: “as liberdades públicas”. Logo depois da 1ª Guerra surge uma 2ª Geração: “os direitos sociais”. Fala-se atualmente numa 3ª Geração, ainda se construindo, que seriam os “direitos de solidariedade”.

Na verdade a doutrina dos Direitos do Homem já estava presente no século XVII, no entanto só a partir do século seguinte se tornou ponto relevante nas discussões e reformas institucionais.

De forma sucinta, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra “*Direitos Humanos Fundamentais*”, descreve o tema da seguinte forma: <sup>5</sup>“.. a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade de vida humana e outras mazelas, com os direitos de solidariedade”.

O que podemos perceber é que a efetivação dos direitos fundamentais vem passando por inovações e rompendo paradigmas ao longo da

---

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, “*Direitos Humanos Fundamentais*”, Editora Saraiva, 1998, p. 15

história constitucional. A sua aplicação vem se confirmando a cada passo, não obstante a complexidade do processo de crescimento.

É, portanto, saudável não perder de vista a necessidade de resgatar valores morais, éticos, espirituais, sociais a fim de fortalecer a efetiva aplicação de direitos fundamentais frente ao Neoliberalismo avassalador do nosso século.

O caminho percorrido pela sociedade na tentativa de um ordenamento jurídico mais justo, de leis mais equânimes acabou por despertar em todo cidadão a necessidade de buscar mais e lutar mais por uma sociedade em que o ser humano seja protegido como o maior bem que a humanidade possui e, sendo valorizado em toda a sua plenitude sem nos esquecermos que o homem é a obra mais perfeita da criação.

Observa-se que desde a criação do mundo havia uma preocupação com o homem e suas necessidades básicas.

Seguindo os mesmos caminhos, a história registra como 1ª declaração de direitos fundamentais da figura humana a Magna Carta de 1215 na Inglaterra, assinada pelo Rei João (chamado de João Sem Terra), também conhecida como “*Grande Carta da Liberdade Inglesa*”, tornando-se definitiva somente em 1225 através do Rei Henrique III, reconhecido como tal pelo Papa de então. Garantia aquela carta, dentre outras coisas, o seguinte: “A Igreja da Inglaterra seja livre e goze de todos os seus direitos e liberdades, não serão tomadas propriedades imóveis para pagamento de dívidas, uma vez que os bens móveis apresentados ao credor bastem para liquidar a dívida; um homem livre não poderá ser punido por um pequeno delito, senão proporcionalmente a esse delito. Não poderá sê-lo por um grande delito, senão proporcionalmente à gravidade desse delito; nenhum homem será detido, nem encarcerado,



nem desapossado de seus bens, nem colocado fora da lei (outlaw), nem exilado, nem molestado, senão em virtude de um julgamento legal, por seus pares, e segundo a lei do país.”

Posteriormente surge também na Inglaterra, o Habeas Corpus Act (1679) e o Bill of Rights (1688), documentos que continuam enfatizando de forma evolutiva a defesa da liberdade, propriedade privada, segurança, resistência contra abusos da coroa (Estado) e liberdade de consciência e de religião.

A partir de então só assistimos evolução histórica de proteção e garantia de direitos do homem. Nos Estados Unidos com a Constituição de 1787. Em 1789 com a *“Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”*, proclamada na França. Em 1919 com a Constituição de Weimar, Alemanha.

É sabido que a internacionalização dos Direitos Humanos serve de parâmetro para que os Estados Nacionais constitucionalizem esses direitos. Na verdade, partiremos da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, apesar de não possuir um caráter de obrigatoriedade, traz consigo um efeito pedagógico para os Estados, uma vez que ela representa a vontade internacional, e como tal sinala a trajetória a ser seguida por cada Nação.

Percebe-se que o grande avanço conseguido pelo sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos está relacionado com a inclusão das proteções nos Sistemas Constitucionais internos. Estes sim se constituem numa efetiva proteção para as comunidades locais.

A tradição constitucional brasileira revela que todas as suas Constituições sem exceção, enunciavam Declarações de Direitos. Senão vejamos:

## CONSTITUIÇÃO DE 1891:

### TÍTULO IV Dos Cidadãos Brasileiros SEÇÃO II Declarações de Direitos

**Art. 72** – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

§ 2º. Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríferas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

## CONSTITUIÇÃO DE 1934:

### TÍTULO III Da Declaração de Direitos CAPÍTULO II Dos Direitos e das Garantias Individuais

**Art. 113** – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.



## CONSTITUIÇÃO DE 1937:

### DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

**Art. 122** – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei.

## CONSTITUIÇÃO DE 1946:

### TÍTULO IV

### Da Declarações de Direitos

### CAPÍTULO II

### Dos Direitos e das Garantias Individuais

**Art. 141** – A Constituição assegura a brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei.

## CONSTITUIÇÃO DE 1967:

### TÍTULO II

#### Da Declaração de Direitos

#### CAPÍTULO IV

#### Dos Direitos e Garantias Individuais

**Art. 150** – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

## EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969:

### TÍTULO II

#### Da Declaração de Direitos

#### CAPÍTULO IV

#### Dos Direitos e Garantias Individuais

**Art. 153** – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.



Com essa pequena “viagem”, e peregrinando pelos textos constitucionais anteriores à Constituição de 88, pode-se perceber a evolução dos Direitos Humanos com a inclusão desses no sistema interno de proteção transformando-os em Direitos Fundamentais.

Promulgada a Constituição de 1988, o grande destaque e inovação que se percebe no seu texto, e que traduz uma maior preocupação com os Direitos Humanos, é o fato de enumerar os Direitos e Garantias Fundamentais já no Título II, antecipando-os à própria estruturação do Estado. Reconheceu o legislador constituinte originário a importância desses direitos.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada de “Constituição Cidadã”, a sociedade brasileira vem testemunhando mudanças bem marcantes nos seus direitos. Indiscutivelmente constata-se uma luta maior para assegurar o cumprimento do texto constitucional, garantindo a eficácia dos direitos nela assegurados. É bem verdade que ainda se está muito longe de uma efetiva justiça social onde exista uma isonomia de valores e onde todos, indistintamente, tenham direito à vida, à saúde, à educação, à habitação, à assistência médica, social e jurídica. Enfim, onde “... todos sejam iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, como dispõe o art. 5º “*caput*” da CF.

Pensar desta forma pode até parecer utópico, mas, antes de qualquer coisa é dever de todo o cidadão lutar para defender o cumprimento da Constituição. Nós cidadãos de hoje somos responsáveis pelas garantias e preservação dos direitos das gerações futuras. Da mesma maneira que hoje desfrutamos de conquistas efetivadas em gerações passadas.

Destacado este aspecto, prudente mencionar, como bem coloca o Professor Doutor Jorge Reis Novaes, que no domínio dos Direitos Fundamentais o Estado possui deveres assim destacados como: DE-

VER DE RESPEITAR – aqui entendido para as hipóteses de liberdade de expressão, religião, opção política, etc. DEVER DE PROTEGER – acesso ao direito contido no fato de proteger o cidadão contra a agressão de outros particulares e o DEVER DE AJUDAR – relacionado com a promoção de acesso ao bem, assegurar o acesso.

Diante desses deveres, prudente analisar cada um deles e, para tanto, tomarei de empréstimo as lições do Professor Doutor Jorge Reis Novas extraídas de sua obra *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*.

### **DEVER DE RESPEITAR:**

Às vezes esse dever entra em conflito com o direito de outros particulares. Para tanto o Estado fica no direito de limitar o exercício de alguns direitos. Ex.: liberdade de religião – o Estado respeita a liberdade de religião e pode interferir para proteger o cidadão quando algum grupo pretende impedir o exercício daquela religião ou mesmo quando o exercício daquela religião viola o direito ao sossego de outros.

Regra geral, todos os direitos constitucionalizados já possuem implicitamente a possibilidade de restrição do Estado em função da necessidade de proteger outros bens. Como os direitos fundamentais não são absolutos utiliza-se a ponderação dos direitos para diminuir os conflitos. Sujeitando-se assim a uma reserva de ponderação.

### **DEVER DE PROTEGER**

Na proteção dos direitos fundamentais estão envolvidos todos os órgãos do Estado: o Legislador, o Estado e o Judiciário. Quando o poder político protege de forma insuficiente, o Judiciário atua sob o argumento do Princípio da Proibição do Déficit (princípio da proibição da pro-



teção insuficiente). Este princípio possui pelo menos duas dimensões: 1. Há proteção insuficiente quando há violação à dignidade da pessoa humana; 2. Há proteção insuficiente quando o juiz conclui que se não atuar a pessoa vai ficar numa situação desarrazoável.

## DEVER DE AJUDAR

Este dever envolve o aspecto econômico. Com isso surge outro aspecto a observar que é a chamada **Reserva do Possível** ou do **Financiamento Possível**. Se na escolha do Estado uma pessoa fica em situação de penúria, invoca-se o chamado princípio da proteção insuficiente.

Após fazer este destaque acerca dos Deveres do Estado, identifica-se a razão de ser e a importância de analisar a sua ação. Pelo menos duas razões são mencionadas pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais: em *primeiro lugar*, em matéria de constitucionalidade o Juiz deve observar se o Estado cumpriu os seus deveres. Em *segundo lugar* deve observar se cada um dos deveres tem condições diferentes do ponto de vista do judiciário.

Dito isto se conclui que todos os direitos constitucionalizados já possuem implicitamente a possibilidade de restrição do Estado em função da necessidade de proteger outros bens. Sendo assim e considerando que os direitos fundamentais não são absolutos, para dirimir os conflitos utiliza-se a ponderação dos direitos, sujeitando-os a uma reserva de ponderação. Para tanto o Professor Doutor Jorge Reis Novais sinala que o Juiz deve considerar pelo menos quatro fases para concluir pela ocorrência ou não de violação da constitucionalidade:

**PRIMEIRA FASE – interpretação/limitações** – observa-se qual o direito que está em causa e qual o conteúdo do mesmo;

SEGUNDA FASE – **restrição** – comprovação da existência de uma limitação ou restrição do direito. Sempre que o legislador fixa a forma de exercer o direito, há restrição desse direito. Tal restrição pode ser Geral e Abstrata ou pode ser Pontual;

TERCEIRA FASE – **justificação do estado** – justificação, autorização para restringir. Se o Estado resolve limitar, há que haver uma justificativa que é legítima quando a própria constituição já assegura essa limitação. Destaque-se que os Direitos Fundamentais servem para proteger o cidadão do poder da maioria. Assim sendo temos que verificar quando a justificação é ou não admissível. O fato de ser a maioria que decidiu, o chamado argumento democrático, não é suficiente para aceitar a justificativa;

QUARTA FASE – **controle do preenchimento dos requisitos constitucionais** – verificar se a medida restritiva cumpriu ou não os princípios constitucionais. O Juiz vai verificar concretamente se a medida adotada, se a restrição adotada é aceitável. Se a medida restritiva concretamente adotada passa no teste do “limite aos limites”.

Daí surge a necessidade de analisar os denominados Princípios Constitucionais Estruturantes narrados pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais os quais ele subdivide em dois grandes grupos: 1. Princípio do Estado de Direito e Subprincípios Densificadores e 2. Princípio da Socialidade.

**PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO E SUBPRINCÍPIOS DENSIFICADORES:** compreendem os seguintes princípios:

- Princípio da Dignidade da Pessoa Humana;
- Princípio da Igualdade;
- Princípio da Proibição do Excesso;
- Princípio da Segurança Jurídica e Princípio da Confiança.



Para nossa discussão nos deteremos tão-somente no grupo dos Sub-princípios concretizadores do Estado de Direito, fazendo breves considerações sobre cada um deles.

### **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:**

Se pudermos dizer que há um direito absoluto, em matéria de direitos fundamentais, estamos falando do **princípio da dignidade da pessoa humana**. Discorrendo sobre este Princípio, Jorge Reis Novais, em sua obra *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra Editora, 2004, pag. 51) diz o seguinte: *“Não consideramos aqui a dignidade da pessoa humana enquanto valor moral ou, tão pouco, a ampla margem de indagação e controvérsia que acompanham a tentativa de determinação do seu conteúdo nesse âmbito. Preocupamo-nos apenas com a sua qualidade de princípio constitucional passível de produzir consequências jurídicas práticas. Pois, quando é formalmente acolhida no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana, sem perder a sua qualidade de valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de Direito material, transforma-se também em dever-ser jurídico, em princípio que vincula toda a atuação dos poderes do Estado, pelo que se suscita naturalmente o problema dos potenciais efeitos jurídicos concretos que é possível extrair dessa sua natureza, É um princípio de ordem moral e jurídico-constitucional”*.

### **PRINCÍPIO DA IGUALDADE:**

Pode-se destacar a idéia de Igualdade Formal (perante a lei) e Igualdade Material. A igualdade formal toma lugar para uma exigência de respeito a igualdade do ponto de vista material,. Nesta hipótese questiona-se exatamente o conteúdo da própria lei. Tratar a todos com igual consideração.

Discorrendo sobre este Princípio, Jorge Reis Novais, em sua obra *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*,

(Coimbra Editora, 2004, pag. 109) diz o seguinte: *“De qualquer forma, independentemente das fórmulas particulares da consagração constitucional do princípio, as dificuldades suscitadas pelo princípio da igualdade, que estão longe de ficar resolvidas ou inteiramente apaziguadas através das normas constitucionais expressas, são comuns a qualquer Estado de Direito dos nossos dias. Reconhecida a admissibilidade ou até a necessidade de proceder a diferenciações em nome da garantia, preservação ou promoção da igualdade, tudo reside em duas questões capitais: quais os critérios admissíveis da diferenciação e qual a densidade do controlo a que as diferenciações feitas em seu nome podem ser sujeitas por parte do juiz que garante a observância do princípio constitucional da igualdade. Ora, quanto à primeira questão, a fórmula o igual igualmente, o desigual desigualmente não dá qualquer resposta. De resto, será ilusória a pretensão de encontrar uma resposta mecânica ou ‘critérios objetivos indiscutíveis que nos permitam resolver os casos difíceis de igualdade. Por um lado, determinar o que é igual ou desigual exige o recurso a seleção de características e escolha de termos de comparação não intersubjectivamente reconhecíveis de forma indiscutível e comprovável; por outro lado, determinar qual ajusta medida da diferenciação ou da equiparação entre o que é, respectivamente, desigual ou igual envolve valorações e avaliações essencialmente pessoais que nunca podem pretender uma adesão universal”*.

## **PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO:**

No relacionamento entre o Estado e o cidadão (titular de direitos fundamentais) o Estado quando restringe, quando limita, não deve ir para além do que é necessário. Dentro do que chamamos de Princípio da Proibição do Excesso encontramos pelo menos cinco subprincípios: **Princípio da Aptidão:** significa que a medida restritiva adotada tem que contribuir de alguma forma para atingir o fim. Tem que ser APTA a atingir o fim. Se houver duas medidas igualmente aptas a atingir o fim, deve-se optar por aquela menos restritiva posto que respeita a liberdade e alcança mais indivíduos. O Professor Doutor Jorge Reis Novais, em sua obra Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portu-

guesa (Coimbra Editora, 2004, pag. 167) diz o seguinte: “O controlo da idoneidade da medida restritiva refere-se exclusivamente à aptidão objetiva ou formal de um meio para realizar um fim e não a qualquer avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida restritiva: uma medida é idônea quando é útil para a consecução de um fim, quando permite a aproximação do resultado pretendido, quaisquer que sejam a medida e o fim e independentemente dos méritos correspondentes. Daí que não nos pareça tão apropriada a tradução desta máxima como princípio da adequação já que o termo parece sugerir uma aproximação essencialmente axiológica que, aqui, não é a determinante Trata-se, portanto, de um princípio e um controlo essencialmente baseados numa relação objetiva e empiricamente comprovável entre um meio e um fim”. **Princípio da Indispensabilidade:** nesta hipótese as medidas devem ser igualmente aptas para se identificar ou não a indispensabilidade da mesma. O Professor Doutor Jorge Reis Novais, em sua obra Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa (Coimbra Editora, 2004, pag. 171) diz o seguinte: “Determinada, em momento logicamente anterior, a legitimidade constitucional de fins e meios e apurada a idoneidade do meio para atingir o fim, trata-se, agora, no controlo de indispensabilidade (ou, se, se quiser, de necessidade, de exigibilidade), de verificar se não haverá, relativamente ao meio efetivamente escolhido, um outro meio que sendo, em princípio, tão eficaz ou idôneo como aquele para atingir o fim, seja, todavia, sensivelmente menos agressivo. Por sua vez, a desnecessidade da agressão afere-se em relação aos prejuízos provocados pelas medidas restritivas em comparação, avaliados em função dos seus efeitos materiais, espaciais, temporais ou pessoais e tendo em conta, não apenas o direito fundamental diretamente atingido, como qualquer outra afetação desvantajosa da liberdade, dos direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente relevantes do mesmo titular ou de outros”. **Princípio da Proporcionalidade:** significa que enquanto na aptidão e indispensabilidade se relaciona o meio com o fim, na proporcionalidade compara-se o sacrifício imposto com o benefício alcançado. O Professor Doutor Jorge Reis Novais, em sua obra Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa (Coimbra Editora, 2004, pag. 178) diz o seguinte: “Assim, quando se aprecia a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem

que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem jus fundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado. Por sua vez, a observância ou a violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo justa, adequada, razoável, proporcionada ou, noutra perspectiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controlo, da medida em que ela não é excessiva, desproporcionada, desrazoável”. **Princípio da Razoabilidade:** verifica-se a situação econômica financeira do ponto de vista quantitativo ou qualitativo afetado (sofrimento econômico ou psíquico). O Professor Doutor Jorge Reis Novais, em sua obra *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra Editora, 2004, pag. 187/188) diz o seguinte: “Assim, haveria desproporcionalidade sempre que a relação apurada entre a gravidade do sacrifício imposto e a relevância das razões que o justificavam (portanto, a relação entre fim e meio ou, noutra perspectiva, entre bens jurídicos negativa e positivamente afetados) fosse desrazoável. Há, no entanto, um outro sentido para a exigência de razoabilidade que corresponde a uma dimensão autônoma da garantia da proibição do excesso e que não se esgota no sentido material daquela relação entre fim e meio. Esse novo sentido orienta-se para a avaliação da razoabilidade da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afetado. Significa isto que uma restrição da liberdade pode ser adequada ou, pelo menos, não desproporcional, quando, em abstrato ou em concreto, se tem em conta a gravidade do sacrifício imposto relacionada com a importância ou a premência de realização dos fins prosseguidos e, todavia, ela constituir, por si só, uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjetividade. Basta, para tanto, que a medida em causa coloque os afetados, ou algum deles, numa situação quantitativa ou qualitativamente desrazoável à luz dos ditames da proteção da liberdade e autonomia individual e do relacionamento Estado/cidadão em Estado de Direito. Não se pode, então, pretender reduzir este tipo de situações a eventuais violações do princípio da dignidade da pessoa humana, já que uma medida restritiva ou agressiva pode ser desrazoável sem que, simultaneamente, atinja o ponto extremo de constituir uma violação daquele princípio. Nesse sentido, se bem que funcionalmente orientada à proteção

*de margens de liberdade e autonomia individuais próprias de Estado de Direito, o controlo de razoabilidade cobre todo um conjunto de situações correntes que, todavia, não chegam a afetar a dignidade pessoal dos afetados”.* e **Princípio da Determinabilidade:** cuida-se de observar que uma proibição indeterminada tem função inibidora. O Professor Doutor Jorge Reis Novais, em sua obra *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra Editora, 2004, pag. 191/192) diz o seguinte: *“A exigência, de determinabilidade, clareza e suficiente densidade das normas legais e, particularmente, das normas restritivas é, em primeiro lugar, um fator de garantia da proteção da confiança e da segurança jurídica, uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de ação que lhe está garantida, o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na sua esfera pessoal. Tem, igualmente, uma dimensão competencial ligada à reserva de lei e ao princípio democrático, já que uma limitação ou possibilidade de limitação da liberdade individual não suficientemente determinada transfere, inevitavelmente, do legislador para outras instâncias, máxime, a Administração, a fixação concreta do essencial do sentido, grau e alcance reconhecidos às possibilidades de intervenção ablativa na liberdade individual dos cidadãos; por outro lado, a indeterminação da lei restritiva reflete-se no plano da sindicabilidade judicial e na incerteza quanto à intensidade do respectivo controlo, já que, na ausência de pressupostos legais bem definidos para a atuação administrativa, a previsibilidade quanto à intensidade do respectivo controlo judicial dilui-se proporcionalmente à consequente plasticidade dos parâmetros de controlo a que o juiz pode recorrer. Finalmente, para o que agora nos importa especialmente, a determinabilidade é também um elemento da proibição do excesso, na medida em que uma restrição de contornos não antecipadamente bem firmados alarga potencialmente a margem de atuação restritiva dos poderes constituídos a um plano não consentâneo com o princípio de repartição de Estado de Direito e de proibição do excesso e gera efeitos inibitórios no lado do exercício das liberdades. Com efeito, uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salvaguarda dos bens dignos de proteção que justificava a restrição”.*

## PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA:

O Princípio da Proteção da Confiança legítima consiste em dizer que a pessoa tem que saber com que pode contar. As indicações jurídicas devem garantir ao cidadão que o quadro irá se manter. Discorrendo sobre este Princípio, Jorge Reis Novais, em sua obra Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa (Coimbra Editora, 2004, pag. 261/263) diz o seguinte: *“Enquanto elemento essencial a um Estado de Direito, e, como tal, pacificamente dedutível do artigo 2.º da Constituição, este princípio da segurança jurídica projeta exigências diferenciadas dirigidas ao Estado, que vão desde as mais genéricas de previsibilidade e calculabilidade da atuação estatal, de clareza e densidade normativa das regras jurídicas e de publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos, designadamente os susceptíveis de afetarem negativamente os particulares, até às mais específicas de observância dos seus direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de proteção. Com efeito, a proteção da confiança dos cidadãos relativamente à ação dos órgãos do Estado é um elemento essencial, não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em Estado de Direito. Sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da atuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal. Essa proteção da confiança dos particulares relativamente à continuidade na ordem jurídica é, se quisermos, o lado subjetivo da garantia mais geral de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito. Enquanto garantia objetiva, o princípio da segurança jurídica vale em todas as áreas da atuação estatal, seja em termos de exigências particularmente dirigidas ao legislador, seja relativamente à Administração (caso decidido) ou ao judicial (estabilidade do caso julgado). Porém, é sobretudo relativamente ao legislador – até porque relativamente ao caso julgado ou ao caso decidido constitutivo de direitos é, possível converter em regras jurídicas suficientemente precisas a garantia institucional da segurança – que o princípio desenvolve efeitos potencialmente mais*

*controversos e difíceis de determinar, na medida em que, em geral, as exigências de segurança jurídica especificamente dirigidas ao legislador se defrontam com princípios de sentido contrário derivados da natural revisibilidade das leis e da ampla margem de conformação que é simultaneamente reconhecida ao legislador em Estado de Direito democrático. Assim, relativamente ao legislador, a garantia objetiva de segurança jurídica requer, entre outros institutos: a) tanto quanto possível, a transparência e publicidade do processo de elaboração das leis [o que encontra refração constitucional expressa na reserva de lei parlamentar e no instituto de apreciação parlamentar dos decretos-leis aprovados pelo Governo – cfr. artigos 161.º, 162.º, alínea c), 164.º, 165.º e 169.º] e, em qualquer caso, exige a necessária publicação antes da entrada em vigor (sob pena de ineficácia jurídica ou, associada a outros institutos como a promulgação ou a referenda, a própria inexistência jurídica – cfr. artigos 119.º, 137.º e 140.º); b) clareza das normas jurídicas e sua suficiente determinabilidade, sobretudo quando essas normas desenvolvem efeitos restritivos sobre os direitos dos particulares (cfr., supra, sobre o princípio da determinabilidade), sem prejuízo, porém, da possibilidade, ou até, necessidade de o legislador recorrer normalmente a cláusulas gerais e conceitos indeterminados; c) autolimitação e autovinculação do Estado relativamente às normas vigentes, o que neste domínio significa que podendo o legislador, observadas as normas e competências constitucionais, alterar as normas em vigor, ele próprio está submetido e obrigado à respectiva observância enquanto elas vigorarem. Esta exigência reflete-se constitucionalmente, de modo mais preciso e de consequências pré-determinadas, quando a Constituição, no artigo 112.º, nº 3, consagra como leis de valor reforçado as que «por outras devam ser observadas». Significa isso que se, por força da Constituição, uma lei dispuser acerca do processo de elaboração e formação de outras leis – e, com esse sentido de lei-quadro alcançar o referido estatuto de lei de valor reforçado -, a aprovação daquelas últimas leis estará viciada de ilegalidade ou inconstitucionalidade indireta se o processo de elaboração legalmente fixado na lei-quadro não for devidamente observado pelo legislador. É, porém, no seu lado subjetivo – o da proteção da confiança dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente -, que a invocação deste princípio gera maiores dificuldades, pois, como dissemos, confrontam-se, aqui, exigências de sentido contrário dignas de proteção e com peso igualmente relevante em Estado de Direito. Por um*

*lado, os particulares têm, não apenas o direito a saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como, também, o direito a não ver frustradas as, expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que, obviamente, essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal”.*

### **3.2 O art. 196 da CF e sua auto aplicabilidade.**

A Constituição Federal de 88 que possui uma característica dirigente dispôs no Título VIII – Da Ordem Social e incluiu dentro do Capítulo II – Da Seguridade Social, a Seção II dedicada a Saúde. Seção esta contemplada pelos arts. 196 ao 200. Nosso foco será, portanto do art. 196 ao 198, senão vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:



- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
  - II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
  - III – participação da comunidade.
- (...)

Todo cidadão necessita de uma maior atenção à sua saúde. Sendo assim, qualquer que seja o comportamento do Estado contrário ao comando constitucional, representa grave violação a direitos sociais. Sendo assim outra não poderá ser a conclusão senão a de que a norma contida no art. 196 da carta Magna possui caráter de auto-aplicabilidade. Não fosse esta a interpretação deixaríamos todos os cidadãos a mercê de interpretações comprometedoras do seu acesso universal à saúde. Destaque-se na oportunidade que a redação do artigo já demonstra de forma clara que este acesso está garantido automaticamente e que as políticas sociais e econômicas servirão para garantir a redução do risco de doenças e de outros agravos. Esta é a inteligência que se extrai do art. 196 *in verbis*: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.*

### **3.3 A Lei 8.080 de 19/09/90 – Lei do SUS – Sistema Único de Saúde**

Esta lei *“Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”*.

A partir da promulgação desta lei ficaram regulados, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Será descrito abaixo a organização da referida lei a qual logo no seu art. 2º estabelece o dever do Estado em prover a saúde como direito fundamental do cidadão garantindo tal direito a partir da formulação e execução de políticas econômicas e sociais. Tais políticas se inserem no Sistema Único de Saúde – SUS, representado pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Verifica-se que o art. 198 da CF é observado e as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes nele previstas.

Prevê ainda a referida lei em seu art. 7º a observância dos seguintes princípios: I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII – participação da comunidade; IX – descentralização

político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII – capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

### 3.4 Portaria 399 de 22/02/06 e o Pacto pela Saúde

Desde 2006 já se discutia acerca de uma regulamentação maior das ações do SUS. Surge então a Portaria 399 do Ministério da Saúde com o objetivo de observar o disposto no art. 198 da Constituição Federal no que se refere às ações e serviços públicos que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o Sistema Único de Saúde – SUS, bem como o disposto no art. 7º da Lei 8.080/90 que trata dos princípios e diretrizes do SUS de universalidade do acesso, integralidade da atenção e descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo. A referida Portaria consistia principalmente em dar visibilidade e conhecimento do Pacto pela Saúde 2006 envolvendo pelo menos três diretrizes: Pactos Pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão.

De acordo com esta Portaria, e *“na perspectiva de superar as dificuldades apontadas, os gestores do SUS assumem o compromisso público da construção do PACTO PELA SAÚDE 2006, que será anualmente revisado, com base nos princípios constitucionais do SUS, ênfase nas necessidades de saúde da população e que implicará o exer-*

*cício simultâneo de definição de prioridades articuladas e integradas nos três componentes: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão do SUS. Estas prioridades são expressas em objetivos e metas no Termo de Compromisso de Gestão e estão detalhadas no documento Diretrizes Operacionais do Pacto pela Saúde 2006”.*

Sendo assim foram estabelecidas metas e diretrizes as quais, transcreveremos parte delas abaixo como forma de descrever as ações eleitas para cumprimento dos Pactos firmados. Lembro que o texto que se segue foi extraído da referida Portaria e o texto completo poderá ser consultado no sítio do Ministério da Saúde no endereço eletrônico:

[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399\\_22\\_02\\_2006.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html)

---

## **I – O PACTO PELA VIDA:**

O Pacto pela Vida está constituído por um conjunto de compromissos sanitários, expressos em objetivos de processos e resultados e derivados da análise da situação de saúde do País e das prioridades definidas pelos governos federal, estaduais e municipais. Significa uma ação prioritária no campo da saúde que deverá ser executada com foco em resultados e com a explicitação inequívoca dos compromissos orçamentários e financeiros para o alcance desses resultados.

As prioridades do PACTO PELA VIDA e seus objetivos para 2006 são:

### **SAÚDE DO IDOSO:**

Implantar a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, buscando a atenção integral.

### **CÂNCER DE COLO DE ÚTERO E DE MAMA:**

Contribuir para a redução da mortalidade por câncer de colo do útero e de mama.



#### MORTALIDADE INFANTIL E MATERNA:

Reduzir a mortalidade materna, infantil neonatal, infantil por doença diarreica e por pneumonias.

#### DOENÇAS EMERGENTES E ENDEMIAS, COM ÊNFASE NA DENGUE, HANSENÍASE, TUBERCULOSE, MALÁRIA E INFLUENZA

Fortalecer a capacidade de resposta do sistema de saúde às doenças emergentes e endemias.

#### PROMOÇÃO DA SAÚDE:

Elaborar e implantar a Política Nacional de Promoção da Saúde, com ênfase na adoção de hábitos saudáveis por parte da população brasileira, de forma a internalizar a responsabilidade individual da prática de atividade física regular, alimentação saudável e combate ao tabagismo.

#### ATENÇÃO BÁSICA À SAÚDE

Consolidar e qualificar a estratégia da Saúde da Família como modelo de atenção básica à saúde e como centro ordenador das redes de atenção à saúde do SUS.

### **II – O PACTO EM DEFESA DO SUS:**

O Pacto em Defesa do SUS envolve ações concretas e articuladas pelas três instâncias federativas no sentido de reforçar o SUS como política de Estado mais do que política de governos; e de defender, vigorosamente, os princípios basilares dessa política pública, inscritos na Constituição Federal.

A concretização desse Pacto passa por um movimento de repolitização da saúde, com uma clara estratégia de mobilização social envolvendo o conjunto da sociedade brasileira, extrapolando os limites do setor e vinculada ao processo de instituição da saúde como direito de cidadania, tendo o financiamento público da saúde como um dos pontos centrais.

As prioridades do Pacto em Defesa do SUS são:

1. IMPLEMENTAR UM PROJETO PERMANENTE DE MOBILIZAÇÃO SOCIAL COM A FINALIDADE DE:

- Mostrar a saúde como direito de cidadania e o SUS como sistema público universal garantidor desses direitos;
- Alcançar, no curto prazo, a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, pelo Congresso Nacional;
- Garantir, no longo prazo, o incremento dos recursos orçamentários e financeiros para a saúde.
- Aprovar o orçamento do SUS, composto pelos orçamentos das três esferas de gestão, explicitando o compromisso de cada uma delas.

2. ELABORAR E DIVULGAR A CARTA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DO SUS

### III – O PACTO DE GESTÃO DO SUS

O Pacto de Gestão estabelece as responsabilidades claras de cada ente federado de forma a diminuir as competências concorrentes e a tornar mais claro quem deve fazer o quê, contribuindo, assim, para o fortalecimento da gestão compartilhada e solidária do SUS.

- Esse Pacto parte de uma constatação indiscutível: o Brasil é um país continental e com muitas diferenças e iniquidades regionais. Mais do que definir diretrizes nacionais é necessário avançar na regionalização e descentralização do SUS, a partir de uma unidade de princípios e uma diversidade operativa que respeite as singularidades regionais.

- Esse Pacto radicaliza a descentralização de atribuições do Ministério da Saúde para os estados, e para os municípios, promovendo um choque de descentralização, acompanhado da desburocratização dos processos normativos. – Reforça a territorialização da saúde como base para organização dos sistemas, estruturando as regiões sanitárias e instituindo colegiados de gestão regional.



- Reitera a importância da participação e do controle social com o compromisso de apoio à sua qualificação.

- Explicita as diretrizes para o sistema de financiamento público tripartite: busca critérios de alocação equitativa dos recursos; reforça os mecanismos de transferência fundo a fundo entre gestores; integra em grandes blocos o financiamento federal e estabelece relações contratuais entre os entes federativos.

As prioridades do Pacto de Gestão são:

DEFINIR DE FORMA INEQUÍVOCA A RESPONSABILIDADE SANITÁRIA DE CADA INSTÂNCIA GESTORA DO SUS: federal, estadual e municipal, superando o atual processo de habilitação.

ESTABELEECER AS DIRETRIZES PARA A GESTÃO DO SUS, com ênfase na Descentralização; Regionalização; Financiamento; Programação Pactuada e Integrada; Regulação; Participação e Controle Social; Planejamento; Gestão do Trabalho e Educação na Saúde.

• • •

RESPONSABILIDADES GERAIS DA GESTÃO DO SUS

**– MUNICÍPIOS**

Todo município é responsável pela integralidade da atenção à saúde da sua população, exercendo essa responsabilidade de forma solidária com o estado e a união;

Todo município deve:

- Garantir a integralidade das ações de saúde prestadas de forma interdisciplinar, por meio da abordagem integral e contínua do indivíduo no seu contexto familiar, social e do trabalho; englobando atividades de promoção da saúde, prevenção de riscos, danos e agravos; ações de assistência, assegurando o acesso ao atendimento às urgências;

- Promover a equidade na atenção à saúde, considerando as diferenças individuais e de grupos populacionais, por meio da adequação

da oferta às necessidades como princípio de justiça social, e ampliação do acesso de populações em situação de desigualdade, respeitadas as diversidades locais;

- Participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;
- Assumir a gestão e executar as ações de atenção básica, incluindo as ações de promoção e proteção, no seu território;

- Assumir integralmente a gerência de toda a rede pública de serviços de atenção básica, englobando as unidades próprias e as transferidas pelo estado ou pela união;

- Com apoio dos estados, identificar as necessidades da população do seu território, fazer um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos;

- Desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;

- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas diferentes instâncias de pactuação;

- Organizar o acesso a serviços de saúde resolutivos e de qualidade na atenção básica, viabilizando o planejamento, a programação pactuada e integrada da atenção à saúde e a atenção à saúde no seu território, explicitando a responsabilidade, o compromisso e o vínculo do serviço e equipe de saúde com a população do seu território, desenhando a rede de atenção e promovendo a humanização do atendimento;

- Organizar e pactuar o acesso a ações e serviços de atenção especializada a partir das necessidades da atenção básica, configurando a rede de atenção, por meio dos processos de integração e articulação dos serviços de atenção básica com os demais níveis do sistema, com base no processo da programação pactuada e integrada da atenção à saúde;

- Pactuar e fazer o acompanhamento da referência da atenção que ocorre fora do seu território, em cooperação com o estado, Distrito Federal e com os demais municípios envolvidos no âmbito regional e estadual, conforme a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;



- Garantir estas referências de acordo com a programação pactuada e integrada da atenção à saúde, quando dispõe de serviços de referência intermunicipal;
- Garantir a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica, de acordo com as normas técnicas vigentes;
- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, promovendo seu uso racional, observadas as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Assumir a gestão e execução das ações de vigilância em saúde realizadas no âmbito local, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Elaborar, pactuar e implantar a política de promoção da saúde, considerando as diretrizes estabelecidas no âmbito nacional.

## – ESTADOS

- Responder, solidariamente com municípios, Distrito Federal e união, pela integralidade da atenção à saúde da população;
- Participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;
- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas diferentes instâncias de pactuação;
- Coordenar, acompanhar e avaliar, no âmbito estadual, a implementação dos Pactos Pela Vida e de Gestão e seu Termo de Compromisso;
- Apoiar técnica e financeiramente os municípios, para que estes assumam integralmente sua responsabilidade de gestor da atenção à saúde dos seus municípios;
- Apoiar técnica, política e financeiramente a gestão da atenção básica nos municípios, considerando os cenários epidemiológicos, as necessidades de saúde e a articulação regional, fazendo um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos;

- Fazer reconhecimento das necessidades da população no âmbito estadual e cooperar técnica e financeiramente com os municípios, para que possam fazer o mesmo nos seus territórios;
- Desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;
- Coordenar o processo de configuração do desenho da rede de atenção, nas relações intermunicipais, com a participação dos municípios da região;
- Organizar e pactuar com os municípios, o processo de referênciamento intermunicipal das ações e serviços de média e alta complexidade a partir da atenção básica, de acordo com a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Realizar o acompanhamento e a avaliação da atenção básica no âmbito do território estadual;
- Apoiar técnica e financeiramente os municípios para que garantam a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica;
- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, fomentando seu uso racional e observando as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Coordenar e executar as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de média e alta complexidade desta área, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Assumir transitoriamente, quando necessário, a execução das ações de vigilância em saúde no município, comprometendo-se em cooperar para que o município assumira, no menor prazo possível, sua responsabilidade;
- Executar algumas ações de vigilância em saúde, em caráter permanente, mediante acordo bipartite e conforme normatização específica;
- Supervisionar as ações de prevenção e controle da vigilância em saúde, coordenando aquelas que exigem ação articulada e simultânea entre os municípios;



- Apoiar técnica e financeiramente os municípios para que executem com qualidade as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Elaborar, pactuar e implantar a política de promoção da saúde, considerando as diretrizes estabelecidas no âmbito nacional;
- Coordenar, normatizar e gerir os laboratórios de saúde pública;
- Assumir a gestão e a gerência de unidades públicas de hemonúcleos / hemocentros e elaborar normas complementares para a organização e funcionamento desta rede de serviço.

#### **– DISTRITO FEDERAL**

- Responder, solidariamente com a união, pela integralidade da atenção à saúde da população;
- Garantir a integralidade das ações de saúde prestadas de forma interdisciplinar, por meio da abordagem integral e contínua do indivíduo no seu contexto familiar, social e do trabalho; englobando atividades de promoção da saúde, prevenção de riscos, danos e agravos; ações de assistência, assegurando o acesso ao atendimento às urgências;
- Promover a equidade na atenção à saúde, considerando as diferenças individuais e de grupos populacionais, por meio da adequação da oferta às necessidades como princípio de justiça social, e ampliação do acesso de populações em situação de desigualdade, respeitadas as diversidades locais;
- Participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;
- Coordenar, acompanhar e avaliar, no âmbito estadual, a implementação dos Pactos Pela Vida e de Gestão e seu Termo de Compromisso de Gestão;
- Assumir a gestão e executar as ações de atenção básica, incluindo as ações de promoção e proteção, no seu território;
- Assumir integralmente a gerência de toda a rede pública de serviços de atenção básica, englobando as unidades próprias e as transferidas pela união;

- Garantir a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica, de acordo com as normas técnicas vigentes;
- Realizar o acompanhamento e a avaliação da atenção básica no âmbito do seu território;
- Identificar as necessidades da população do seu território, fazer um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos;
- Desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;
- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas instâncias de pactuação;
- Organizar o acesso a serviços de saúde resolutivos e de qualidade na atenção básica, viabilizando o planejamento, a programação pactuada e integrada da atenção à saúde e a atenção à saúde no seu território, explicitando a responsabilidade, o compromisso e o vínculo do serviço e equipe de saúde com a população do seu território, desenhando a rede de atenção e promovendo a humanização do atendimento;
- Organizar e pactuar o acesso a ações e serviços de atenção especializada a partir das necessidades da atenção básica, configurando a rede de atenção, por meio dos processos de integração e articulação dos serviços de atenção básica com os demais níveis do sistema, com base no processo da programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Pactuar e fazer o acompanhamento da referência da atenção que ocorre fora do seu território, em cooperação com os estados envolvidos no âmbito regional, conforme a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;
- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com a união, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, fomentando seu uso racional e observando as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Garantir o acesso de serviços de referência de acordo com a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;



- Elaborar, pactuar e implantar a política de promoção da saúde, considerando as diretrizes estabelecidas no âmbito nacional;
- Assumir a gestão e execução das ações de vigilância em saúde realizadas no âmbito do seu território, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Executar e coordenar as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de média e alta complexidade desta área, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Coordenar, normatizar e gerir os laboratórios de saúde pública;
- Assumir a gestão e a gerência de unidades públicas de hemonúcleos / hemocentros e elaborar normas complementares para a organização e funcionamento desta rede de serviço.

## – UNIÃO

- Responder, solidariamente com os municípios, o Distrito Federal e os estados, pela integralidade da atenção à saúde da população;
- Participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;
- Formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas diferentes instâncias de pactuação;
- Coordenar e acompanhar, no âmbito nacional, a pactuação e avaliação do Pacto de Gestão e Pacto pela Vida e seu Termo de Compromisso;
- Apoiar o Distrito Federal, os estados e conjuntamente com estes, os municípios, para que assumam integralmente as suas responsabilidades de gestores da atenção à saúde;
- Apoiar financeiramente o Distrito Federal e os municípios, em conjunto com os estados, para que garantam a estrutura física necessária para a realização das ações de atenção básica;
- Prestar cooperação técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o aperfeiçoamento das suas atuações institucionais na gestão da atenção básica;

- Exercer de forma pactuada as funções de normatização e de coordenação no que se refere à gestão nacional da atenção básica no SUS;
- Identificar, em articulação com os estados, Distrito Federal e municípios, as necessidades da população para o âmbito nacional, fazendo um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos; e cooperar técnica e financeiramente com os gestores, para que façam o mesmo nos seus territórios;
- Desenvolver, a partir da identificação de necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;
- Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos que estejam sob sua responsabilidade, fomentando seu uso racional, observadas as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Definir e pactuar as diretrizes para a organização das ações e serviços de média e alta complexidade, a partir da atenção básica;
- Coordenar e executar as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de média e alta complexidade desta área, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;
- Coordenar, nacionalmente, as ações de prevenção e controle da vigilância em saúde que exijam ação articulada e simultânea entre os estados, Distrito Federal e municípios;
- Proceder investigação complementar ou conjunta com os demais gestores do SUS em situação de risco sanitário;
- Apoiar e coordenar os laboratórios de saúde pública – Rede Nacional de laboratórios de saúde Pública/RNLSP – nos aspectos relativos à vigilância em saúde;
- Assumir transitoriamente, quando necessário, a execução das ações de vigilância em saúde nos estados, Distrito Federal e municípios, comprometendo-se em cooperar para que assumam, no menor prazo possível, suas responsabilidades;

- Apoiar técnica e financeiramente os estados, o Distrito Federal e os municípios para que executem com qualidade as ações de vigilância em saúde, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;

- Elaborar, pactuar e implementar a política de promoção da saúde.

---

### **3.5 Recomendação CNJ nº 31 de 30/03/2010 e Resolução CNJ nº 107 de 06/04/2010**

Como se falou no início deste trabalho as questões relacionadas com a proteção a saúde e o cumprimento das normas que asseguram a observância deste direito constitucionalmente consagrado vem causando muitas discussões e preocupações entre todos os operadores do direito. Preocupação esta que levou o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, a publicar a Recomendação CNJ nº 31 de 30/03/2010 com o objetivo de que *“Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”*, bem como a Resolução CNJ nº 107 de 06/04/2010 a qual *“Instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”*.

Para uma melhor compreensão transcreve-se abaixo o inteiro teor dos dois atos normativos editados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça;

---

#### **RECOMENDAÇÃO Nº 31, DE 30 DE MARÇO DE 2010**

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ, no uso de suas atribuições, e

CONSIDERANDO o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;

CONSIDERANDO a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira;

CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

CONSIDERANDO que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

CONSIDERANDO as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde;

CONSIDERANDO a menção, realizada na audiência pública nº 04, à prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, “p”, da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;

CONSIDERANDO que, na mesma audiência, diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto da jurídica, manifestaram-se acerca de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas existen-



tes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

CONSIDERANDO, finalmente, indicação formulada pelo grupo de trabalho designado, através da Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, do Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, para proceder a estudos e propor medidas que visem a aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde;

CONSIDERANDO a decisão plenária da 101ª Sessão Ordinária do dia 23 de março de 2010 deste E. Conselho Nacional de Justiça, exarada nos autos do Ato nº 0001954-62.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa

experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais.

Ministro GILMAR MENDES

---



---

**RESOLUÇÃO Nº 107, DE 6 ABRIL DE 2010**

Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e,

CONSIDERANDO o elevado número e a ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como o forte impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos;

CONSIDERANDO os resultados coletados na audiência pública nº 04, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para debater as questões relativas às demandas judiciais que objetivam prestações de saúde;

CONSIDERANDO o que dispõe a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, de 30 de março de 2010;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na 102ª Sessão Ordinária, realizada em 6 de abril de 2010, nos autos do ATO 0002243-92.2010.2.00.0000;

**R E S O L V E:**

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Art. 3º No âmbito do Fórum Nacional serão instituídos comitês executivos, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, para coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes, a partir dos objetivos do artigo anterior.

Parágrafo único. Os relatórios de atividades do Fórum deverão ser apresentados ao Plenário do CNJ semestralmente.

Art. 4º O Fórum Nacional será integrado por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratem de temas relacionados ao objeto de sua atuação, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa.

Art. 5º Para dotar o Fórum Nacional dos meios necessários ao fiel desempenho de suas atribuições, o Conselho Nacional de Justiça poderá firmar termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, cuja atuação institucional esteja voltada à busca de solução dos conflitos já mencionados precedentemente.

Art. 6º O Fórum Nacional será coordenado pelos Conselheiros integrantes da Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação.

Art. 7º Caberá ao Fórum Nacional, em sua primeira reunião, a elaboração de seu programa de trabalho e cronograma de atividades.

Art. 8º As reuniões periódicas dos integrantes do Fórum Nacional poderão adotar o sistema de videoconferência, prioritariamente.

Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro GILMAR MENDES



### 3.6 A Lei 12.401 de 28/04/11 e a Assistência Terapêutica

Incluiu o Capítulo VIII no Título II da lei 8.080/90 que trata do SUS. Esta lei “*Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS*”. A inclusão do Capítulo VIII no Título II da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, trouxe a novidade da inclusão da Assistência Terapêutica e da Incorporação de Tecnologia em Saúde esclarecendo que a referida assistência consiste na “*dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado...*”

A Lei acima referida cuidou também de esclarecer a definição de alguns termos por ela incluídos e o fez da no art. 19-N assim descrito: “*Art. 19-N. omíssis. I – produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos; II – protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.*”

Acrescenta ainda que “*os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.*” Ainda estabelece que na hipótese de inexistência de “*protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências*

*estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III – no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.”*

Com esse pequeno esclarecimento acerca da Lei 12.401/11 verifica-se que a preocupação do legislador com o fornecimento de medicamento é permeada pelo cumprimento de ações e rotinas específicas cujo objetivo é atender a prestação da saúde sem inviabilizar as políticas macro de atenção a saúde. Ocorre que teoricamente nós podemos observar que a intenção do legislador é de fato permeada pela perspectiva de gestão do sistema de saúde a fim de possibilitar um maior alcance e proteção no entanto na prática constatamos uma insuficiência severa na atenção à saúde e via de regra o descumprimento da Constituição Federal.

### **3.7 O Dec. Nº 7.508 de 28/06/2011 e o fornecimento de medicamento**

É de conhecimento geral que algumas Leis, muito embora perfeitas e eficientes, carecem de uma regulamentação. Foi o caso da Lei 8.080/90 que após vinte e um anos de publicada por fim foi regulamentada pelo Dec. 7.508 de agosto de 2011.

Ao Decreto 7.508/11, portanto coube a tarefa de esclarecer alguns conceitos anteriormente tratados sem comprometer a interpretação, os limites e a intenção do legislador preceituadas na Constituição, mantem-



do assim a consagrada garantia ao acesso universal e igualitário asseguradas através do SUS.

## **ORGANIZAÇÃO DO DECRETO**

O Decreto está organizado em seis capítulos assim distribuídos:

### Capítulo I

- Das Disposições preliminares – art. 1º e 2º

### Capítulo II

- Da organização do SUS – art. 3º a 14

#### Seção I

- Das Regiões de Saúde – art. 4º a 7º

#### Seção II

- Da Hierarquização – art. 8º a 14

### Capítulo III

- Do Planejamento da Saúde – art. 15 a 19

### Capítulo IV

- Da Assistência à Saúde – art. 20 a 29

#### Seção I

- Da Relação Nacional de Serviços de Saúde do SUS – RENASES – art. 21 a 24

#### Seção II

- Da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME – art. 25 a 29

### Capítulo V

- Da articulação interfederativa – art. 30 a 41

#### Seção I

- Das Comissões Intergestores – art. 30 a 32

#### Seção II

- Do Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde – art. 33 a 41

### Capítulo VI

- Das Disposições Finais – art. 42 a 45

Destaque-se na oportunidade os principais pontos do Decreto:

- Conceituou, definiu: regionalização, hierarquização, região de saúde, rede interfederativa, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, contratos entre os entes públicos, comissões intergestores;
- oficializou a Atenção Primária como porta de entrada e ordenadora do acesso ao SUS;
- como novidade os Contratos Organizativos da Ação Pública ponto fulcral do Decreto e que sacramentará a relação entre as esferas de governo;
- as Comissões Intergestores tiveram uma maior legitimação agora em decreto o que apenas estava formalizado em portarias;
- mapa de Saúde é uma nomenclatura nova da descrição de todas as ações e serviços de saúde e das necessidades de saúde de cada local;
- a centralidade da REGIÃO DE SAÚDE que inclusive será a base de alocação de recursos;
- criada a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES, com todas as ações e serviços de responsabilidade do SUS;
- a RENAME, já existente há vários anos está sendo aperfeiçoada com reforço sobre os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.



Acrescente-se ainda que a presente regulamentação delimita as responsabilidades de cada ente federativo nas redes de atenção à saúde, contribuindo sobremaneira para uma melhor interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário e atuação do Ministério Público nas questões relativas às competências no âmbito de cada esfera de poder. Tal delimitação assegura uma maior clareza dos papéis desses respectivos entes federados em cada uma das regiões onde o direito à saúde se efetivará.

A idéia maior de uma hierarquização do sistema, a partir da identificação das portas de entrada, é compatibilizada com a necessidade de identificação dos níveis de complexidade dos serviços de saúde, na perspectiva do que determina a Constituição.

Destaque-se ademais que ao dispor sobre o acesso ordenado considerando-se a gravidade do risco e sua ordem de solicitação não restou ferido o princípio da isonomia, ficando assim mais claro para todos os envolvidos o que efetivamente será garantido e assegurado ao cidadão pelo Poder Público.

No que diz respeito à assistência farmacêutica, destaque-se a preocupação do legislador em assegurar que tal fornecimento se constitua numa complementação da assistência terapêutica e não um fim em si mesmo. Razão pela qual dispôs o referido decreto acerca da necessidade de que, para fins da respectiva dispensação, o diagnóstico só poderá ser feito no SUS e pelos profissionais a ele vinculados.

Muito embora o Decreto 7.508/11, tenha por finalidade uma melhor estruturação do SUS, do ponto de vista da gestão, não se pode perder de vista a necessidade de uma atuação constante do Poder Público no que se refere a regulação, controle e fiscalização de todas as ações e serviços de saúde destinados aos cidadãos.

Prudente ainda destacar que farei a análise da constitucionalidade do art. 28 do Decreto 7.508/11, que trata do fornecimento de medicamentos, em Capítulo final dedicado à Conclusão do trabalho.

### **3.8 O Dec. 7.646 de 21/12/11 e as Comissões de Incorporação de Tecnologia**

Este decreto “*Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências*”.

Ao dispor sobre as Comissões de Incorporação de Tecnologia o referido decreto destaca principalmente sobre a composição, competências e funcionamento das mesmas, bem como acerca do processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Também se preocupou o referido decreto em estabelecer conceitos tais como: “I – medicamento – produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico; II – produto – equipamento, aparelho, material, artigo ou sistema de uso ou aplicação médica, odontológica ou laboratorial, destinado a prevenção, tratamento, reabilitação ou anticoncepção e que não utiliza meio farmacológico, imunológico ou metabólico para realizar sua principal função em seres humanos, mas que pode ser auxiliado por esses meios em suas funções; III – protocolo clínico e diretriz terapêutica – documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias



recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS; e IV – tecnologias em saúde – medicamentos, produtos e procedimentos por meio dos quais a atenção e os cuidados com a saúde devam ser prestados à população, tais como vacinas, produtos para diagnóstico de uso *in vitro*, equipamentos, procedimentos técnicos, sistemas organizacionais, informacionais, educacionais e de suporte, programas e protocolos assistenciais”.

## 4 Conclusão

É preciso lembrar que a ideia de Estado Democrático de Direito consagrada no art. 1º da Carta constitucional de 88 comunga a existência de dois conceitos historicamente distintos; CONSTITUCIONALISMO que se traduz na limitação do poder e supremacia da lei e DEMOCRACIA soberania popular e governo da maioria. Portanto, o Estado Constitucional de Direito precisa assegurar os direitos fundamentais incluídos no art. 5º da CF que possuem como mola propulsora a dignidade da pessoa humana. Os três poderes têm o dever de assegurar os direitos fundamentais. Quando houver violação cabe ao Judiciário intervir.

Na lição de Luiz Roberto Barroso<sup>6</sup>: *“Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que devera ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional*

6 BARROSO, Luiz Roberto, *“Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito De Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.”*

– *estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deve ser deferente para com eles, em respeito ao princípio democrático ... Onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”.*

Diante da obrigatoriedade do Estado no que se refere a garantia de proteção dos cidadãos e da promoção de políticas públicas que atendam as suas necessidades, principalmente no que se refere à saúde, foco eleito para este arrazoado, prudente destacar a quantas anda a constitucionalidade do Decreto 7.508/11 que regulamentou a Lei 8.080/90 especificamente no que se refere ao fornecimento de medicamentos. Para tanto vamos lançar mão da didática adotada pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais quando ele sugere aos Juízes que quando da ponderação dos direitos para dirimir os conflitos se utilizem de cada uma das quatro fases por ele apontadas a saber: Interpretação/Limitação; Restrição; Justificação do Estado e Controle do preenchimento dos requisitos constitucionais.

Com relação ao fornecimento de medicamentos o referido decreto dispõe que:

*Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:*

*I – estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;*

*II – ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;*



*III – estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e*

*IV – ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.*

*§ 1º Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem.*

*§ 2º O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado.*

*Art. 29. A RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.*

Confrontando as disposições contidas no supra referido Decreto com o art. 196 da Constituição Federal e com as fases de controle de constitucionalidade acima referidas conclui-se que o mesmo padece de uma constitucionalidade material. Senão vejamos:

PRIMEIRA FASE: o direito que está em causa é o direito à saúde que o Decreto dispõe a sua regulamentação e assegura a sua efetivação ;

SEGUNDA FASE: há uma restrição com relação a forma de fornecimento de medicamento quando estabelece que somente os usuários do Sistema Único de Saúde poderão utilizar, a prescrição deverá ser feita por um profissional também ligado ao SUS e o medicamento precisa estar elencado na Relação Nacional de Medicamento Essenciais – RENAME;

TERCEIRA FASE: a justificativa da restrição encontra guarida no Princípio da Reserva do Possível uma vez que se assim não for estação comprometidas todas as políticas públicas globais e coletivas de atenção à saúde;

QUARTA FASE: aqui nos deparamos com o aspecto propriamente dito do controle da constitucionalidade onde será observado se a norma preenche ou não os requisitos constitucionais. Neste aspecto a nossa resposta para a constitucionalidade do Decreto é negativa uma vez que em confronto com o art. 196 da Constituição Federal comprovamos que o Decreto impôs uma regra e uma restrição que a Constituição não autorizou posto que a mesma assegura que: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*. (Grifos nossos). Como visto a constituição não autorizou qualquer restrição no que se refere a saúde garantido o acesso universal e igualitário o que fere de morte o Decreto ora analisado e o leva a padecer do vício da inconstitucionalidade material.

Para uma maior segurança na avaliação da constitucionalidade do Decreto 7.508/11 é também prudente confrontá-lo à luz do denominado Princípio da Proibição do Excesso o qual possui cinco outros subprincípios que são: Princípio da Aptidão, Princípio da Indispensabilidade, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Razoabilidade e Princípio da Determinabilidade. Assim sendo passa-se a análise e as indagações pertinentes:

1. A restrição contida no Decreto é APTA para atingir o seu fim?  
A resposta é positiva posto que contempla todos os usuários do Sistema Único de Saúde – SUS. O Princípio da Aptidão foi então observado.



2. A restrição é **INDISPENSÁVEL**, ou seja, o meio utilizado para restringir alcançou o fim desejado? A resposta também é positiva posto que o fim desejado de alcançar todos os usuários do Sistema Único de Saúde – SUS foi alcançado. O Princípio da Indispensabilidade também foi observado.
3. A restrição é **PROPORCIONAL**, ou seja, houve proporcionalidade entre o sacrifício imposto com o benefício alcançado? A resposta também é sim uma vez que o sacrifício de outros cidadãos não usuários do Sistema Único de Saúde – SUS viabiliza a utilização dos recursos para uma atenção global aos menos favorecidos e uma Política Pública de prevenção que alcança todos os cidadãos usuários ou não do sistema. O Princípio da Proporcionalidade foi observado.
4. A restrição é **RAZOÁVEL**, ou seja, o sofrimento econômico ou psíquico experimentado pelos excluídos da ação é razoável? A resposta é positiva uma vez que os cidadãos não usuários regulares do Sistema Único de Saúde – SUS na maioria das vezes possuem condições materiais que os protegem de enfermidades e reduz a procura pelo tratamento. O Princípio da Razoabilidade foi observado.
5. A restrição é **DETERMINADA**, ou seja, a inibição que ela causa é limitada? A resposta também é positiva. Como pode-se observar não se trata de uma restrição indeterminado cuja característica seria de inibição total de acesso. O decreto por sua vez restringe de uma forma determinada ao assegurar o fornecimento de medicamentos aos usuários do Sistema Único de Saúde. O Princípio da Determinabilidade foi observado.

Diante da análise acima realizada estamos diante de um conflito pontual. Sobre o ponto de vista da observância das FASES que o Juiz deve considerar para identificar a constitucionalidade ou não de uma conduta do Estado, chegamos à conclusão de que o Decreto não passa na QUARTA FASE a qual diz respeito ao controle dos requisitos constitucionais necessários para confirmar ou não a sua constitucionalidade. Já do ponto de vista da avaliação da norma a luz do Princípio da Proibição do Excesso a conclusão apontou para constitucionalidade do Decreto. Diante deste cenário o que fazer? Qual interpretação adotar? Num olhar ainda incipiente e passível de uma revisita prefiro adotar, neste primeiro momento, a conclusão que aponta para a constitucionalidade do Decreto e o faço lançando mão também do Princípio da Reserva do Possível ou do Financiamento Possível conjugado com o Princípio da Proibição do Déficit ou Proibição da Proteção Insuficiente.

Analisando a redação do art. 28 podemos concluir que o acesso a medicamentos apenas por parte de usuários do Sistema Único de Saúde – SUS não põe em risco as Políticas Públicas de atenção aos demais cidadãos nem deixa em situação de penúria outros cidadãos o que nos leva a confirmar que foram observados os Princípios da Reserva do Possível e da Proibição do Déficit. Não significa, portanto dizer que o Estado ficará livre de uma fiscalização constante por parte do Ministério Público e da sociedade como um todo no que diz respeito à utilização do correto percentual constitucional de verba estabelecida e destinada à saúde.

Assim sendo conclui-se que a observância das Políticas Públicas de atenção à saúde especificamente o acompanhamento da dispensação de medicamentos é medida que deve ser acompanhada de perto pelo Ministério Público na condição de agente social responsável pela tutela dos direitos da sociedade. Destaque-se na oportunidade que o Ministério Público de Pernambuco vem procurando cumprir

o seu papel e, recentemente, as Promotorias de defesa da Saúde e do Consumidor publicaram a Recomendação Conjunta nº 01/2012 com o seguinte teor:

---

### **RECOMENDAÇÃO CONJUNTA Nº 01/2012**

Os Promotores de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital com Atuação na Promoção e Defesa da Saúde e Defesa do Consumidor, no uso das funções e atribuições que lhes são conferidas pelos arts. 127 “caput” e 129, inc. II da Constituição Federal; art. 67, “caput” e seu § 2º, inc. V, da Constituição do Estado de Pernambuco; art. 27. inc. II e seu parágrafo único, incs. I e IV da Lei Federal nº 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); art. 5º, inc. II e seu parágrafo único, incs. I a IV da Lei Complementar Estadual do Ministério Público e art. 8º, § 5º, da Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993 (Estatuto do Ministério Público da União) c/c o art. 80 da Lei nº 8.625/93;

CONSIDERANDO que a saúde é um direito garantido constitucionalmente aos cidadãos, sendo ainda dever do Estado garantir tal direito, conforme disposto nos artigos 6º e 196 da nossa Carta Magna;

CONSIDERANDO que o conjunto de ações e serviços de saúde, no território nacional, prestados por órgãos e instituições públicas, sejam federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o Sistema Único de Saúde -SUS;

CONSIDERANDO que constituem princípios do Sistema Único de Saúde, dentre outros, a universalidade de acesso aos serviços de

saúde em todos os níveis de assistência; a integralidade de assistência, definida esta como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

CONSIDERANDO que se encontra incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde, dentre outras, a execução da ação de assistência farmacêutica;

CONSIDERANDO que o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente, nos termos do art. 28 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; e, estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos;

CONSIDERANDO que a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME – compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou agravos no âmbito do SUS, nos termos do acima referido decreto, em o seu art. 25;

CONSIDERANDO que os estados podem adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitada a sua responsabilidade pelo financiamento de tais medicamentos;

CONSIDERANDO que cabe aos profissionais de saúde a observância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas;



CONSIDERANDO que a não observância, pelos profissionais de saúde, da RENAME e das relações específicas e complementares de medicamentos tem ocasionado um aumento considerável da “judicialização da saúde”, com fortes impactos econômicos para o Estado, contribuindo para desestruturar o seu orçamento e prejudicando o próprio SUS em suas ações e serviços de saúde;

CONSIDERANDO que, por outro lado, como cediço, existem muitas doenças ou agravos sem Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas definidas, fato que, de igual modo, gera inúmeras demandas judiciais em que se requer a condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos, em sua maioria, de alto ou altíssimo custo;

CONSIDERANDO que a direção do Sistema Único de Saúde é única, nos termos do art. 198 da Constituição Federal, em o seu inciso I, e exercida em cada esfera de governo de forma descentralizada, sendo no âmbito dos Estados pelas respectivas secretarias de saúde ou órgãos equivalentes;

CONSIDERANDO que compete à direção estadual do Sistema Único de Saúde, dentre outras competências, acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas, como também, em caráter suplementar formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde, e, ainda, estabelecer normas, em caráter suplementar;

CONSIDERANDO que ao Estado de Pernambuco, em seu âmbito administrativo, compete, ainda, e, também, dentre outras, a atribuição de definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços de saúde;

CONSIDERANDO que o Estado de Pernambuco, reiteradamente, em suas peças de contestação aviadas nos autos das ações impetradas para dispensação de medicamentos não contemplados

na RENAME, no Componente Especializado ou sua Relação Complementar, vem clamando pela observância, primeiro, dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, para que seja respeitada a hierarquização ou organização farmacêutica;

CONSIDERANDO, todavia, que não cabe aos operadores do direito negar ou dificultar a obtenção, pelos pacientes, de medicamentos prescritos por profissionais de saúde integrantes do próprio SUS, ante a ausência de conhecimento técnico, bem como pelo fato de se estar perseguindo direito garantido constitucionalmente;

CONSIDERANDO, portanto, que cabe ao próprio estado se organizar de forma efetiva, a fim de evitar a “judicialização” em busca da obtenção dos medicamentos prescritos pelos profissionais integrantes do próprio sistema que dirige, muitos dos quais, quando não observam os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, têm orientado os pacientes a procurarem o Ministério Público para obtenção de tais medicamentos, seja por via administrativa, seja por via judicial;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público, por força dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos garantidos na mesma Constituição, sendo, por consequência, atribuições dos seus órgãos de execução, que a presente subscrevem, a fiscalização do SUS e acompanhamento da prestação dos serviços de Saúde Pública, nos



termos da Resolução do Colégio de Procuradores de Justiça RES CPJ 001/2000 do MPPE, em o seu anexo III;

CONSIDERANDO que tramita no âmbito das atribuições dos 11º e 34º Promotores de Defesa da Cidadania da Capital, com atuação na Promoção e Defesa da Saúde, o Inquérito Civil Conjunto nº 009/2009, o qual apura fatos relacionados à execução da ação de assistência farmacêutica estadual;

---

RESOLVEM RECOMENDAR ao Exmo. Senhor Secretário de Estado de Saúde, Dr. Antônio Carlos dos Santos Figueira, que, no uso de suas atribuições:

1. Adote as providências necessárias para a efetiva e eficaz organização e normatização dos procedimentos a serem seguidos pelos profissionais de saúde, quando da prescrição medicamentosa, observando, primeiramente, como já regulamentado pelo Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011, pela Portaria nº 2981 de 26 de novembro de 2009, e pela Portaria nº 1044/2010, o Componente Especializado, a RENAME, e a Relação Complementar, inclusive, se for o caso, de forma a se imputar responsabilidade disciplinar;

2. Que adote as providências necessárias com o objetivo de normatizar a dispensação dos medicamentos não contemplados na RENAME, no Componente Especializado ou na Relação Complementar, de forma a coibir que a Farmácia Estadual passe a, simplesmente, negar de forma peremptória a dispensação dos medicamentos prescritos, sob a cômoda fundamentação de se tratar de medicamentos não contemplados nas relações;

3. Que, a seu critério, pois restrito ao seu campo de discricionariedade, de imediato, até que se conclua a estruturação e a normatização definitiva, estabeleça uma comissão, grupo ou junta de expertos, para que analisem as eventuais prescrições que não observem as relações de medicamentos, possibilitando o diálogo e/ou exigindo dos profissionais de saúde integrantes do SUS que justifiquem ou fundamentem as razões da prescrição excepcional, seja por intolerância ao medicamento, seja por ineficácia ao caso concreto ou por já se terem esgotado as opções contempladas nas respectivas relações, e, em casos de discordâncias, debatendo-as no campo estritamente médico;

4. Que promova a divulgação desta recomendação junto aos profissionais de saúde, para que estes se abstenham de orientar os pacientes a procurarem o Ministério Público para a consecução, seja por via administrativa ou judicial, de tais medicamentos, sem que se cumpra a etapa de que trata o item anterior.

Publique-se e Notifique-se.

Recife, 07 de fevereiro de 2012

CLÓVIS RAMOS SODRÉ DA MOTTA

34º Promotor de Justiça Defesa da Cidadania Promoção e Defesa da Saúde em exercício cumulativo

HELENA CAPELA GOMES CARNEIRO LIMA

11ª Promotora de Justiça de Defesa da Cidadania Promoção e Defesa da Saúde em exercício cumulativo

---

O presente trabalho de forma simples e descritiva procurou apresentar um pouco da inquietação do Ministério Público no que se refere ao acompanhamento da efetivação de Políticas de atenção à saúde. Na verdade o tema é instigante e longe de se exaurir com apenas o olhar adotado aqui. Sem dúvidas exige de qualquer um que se proponha a discorrer sobre ele uma verticalização mais pontual e que poderá ser feita oxalá em outras investigações.

## Referências

FERREIRA, Wolgran Junqueira, **Direitos e Garantias Individuais – Comentários ao art. 5º da CF/88**, EDIPRO – Edições Profissionais: São Paulo, 1997.

NOVAES, Jorge Reis, **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, Editora Coimbra, 2004.

SALDANHA, Nelson, **Formação da Teoria Constitucional**, Editora Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Júlio César Ballerini, **Direito à Saúde – Aspectos Práticos e Doutrinários no Direito Público e no Direito Privado**, Habermann Editora: São Paulo, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

## Endereços eletrônicos consultados:

www.cnj.jus.br

www.planalto.gov.br

www.portalsaúde.saude.gov.br

## Artigos:

BARROSO, Luiz Roberto, **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito De Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. acessado em 15/05/2012 em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf)

### Referência do texto

PEREIRA, Daisy Maria de Andrade Costa. O direito à saúde como direito fundamental social – o fornecimento de medicamentos: análise do artigo 28 do decreto nº 7.508/11 que regulamentou a Lei 8.080/90 (Lei do SUS).

**Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 235-300, jan./jun. 2013.

# **A Liberdade de Fumar enquanto Direito Fundamental na Constituição da República de 1988: análise da (in) constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546/2011, que suprimiu os espaços reservados para fumantes em recintos coletivos públicos e privados no Brasil, segundo procedimento de ponderação do Prof. Jorge Reis Novais**

**Damião Alexandre Tavares Oliveira**

## **SUMÁRIO**

1 Introdução. 1.1 Notas prévias. 2 Breves considerações sobre o percurso histórico e jurídico do consumo do tabaco no Brasil. 2.1 Percurso histórico. 2.2 Percurso jurídico. 3 Princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da saúde. 3.1 Da igualdade enquanto direito fundamental. 3.2 Da liberdade enquanto direito fundamental. 3.3 Da saúde enquanto direito fundamental. 4 Da liberdade de fumar enquanto direito fundamental na CR/88. 4.1 Conceito(s) de direito(s) fundamental(is) e noções relevantes. 4.2 Principais características e classificações dos direitos fundamentais. 4.3 A liberdade de fumar enquanto direito fundamental. 4.3.1 Argumentação adicional à tese da liberdade de fumar enquanto direito fundamental. 4.4 Objeções à tese da liberdade de fumar enquanto direito fundamental. 4.5 Respostas e conclusões parciais. 5 Análise da constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546, de 15 de dezembro de 2011, segundo procedimento de ponderação do professor Jorge Reis Novais. 5.1.

Fases do procedimento do professor Jorge Reis Novais. **5.1.1** Interpretação. **5.1.2** Intervenção restritiva nos direitos fundamentais. **5.1.3** Justificação para restrição dos direitos fundamentais. **5.1.4** Respeito dos limites aos limites. **5.2** Análise da constitucionalidade a luz dessas fases e conclusão parcial. **5.3** Questões adicionais acerca da constitucionalidade da medida legislativa. **6** Perigosos precedentes da análise superficial de um ato legislativo aparentemente simples e antipático à maioria. **7** Conclusão. **8** Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

A pesquisa pretende proceder a um breve relato sobre a trajetória histórica e jurídica do consumo do tabaco no Brasil.

Em seguida, visa-se a enquadrar a liberdade de fumar no âmbito dos direitos fundamentais materiais, especificamente sob a ótica do princípio geral da liberdade.

Indo adiante, a luz desse princípio, da igualdade e do direito à saúde, adentra-se na análise da (in) constitucionalidade do art. 49 da Lei nº 12.546/2011, que alterou dispositivos da Lei nº 9.294/96, modificando de maneira significativa (e muito mais rigorosa) o tratamento dado aos fumantes na República Federativa do Brasil.

Ou seja, o estudo é eminentemente reflexivo sobre o recente modelo legal imposto aos brasileiros, com suas possíveis consequências (negativas e/ou positivas), sem olvidar das controvérsias que surgirão do debate e de alguma antipatia provocada pela discussão. Não obstante, o produto final (e seu pano de fundo) almeja contribuir primordialmente para compreender o tratamento da liberdade contemporânea em vários níveis, mesmo naqueles não tão simpáticos aos juristas e à sociedade.



E mais, objetiva-se responder à seguinte indagação: “os fins (ainda que nobres) justificam os meios (violação de direitos fundamentais das minorias)?”.

Para tanto, utilizam-se como fontes de pesquisa: doutrina nacional e estrangeira, jurisprudência e sites oficiais.

Parafraseando James Fitzgerald<sup>1</sup>, como o tema central gravita em torno da liberdade de fumar, adverte-se o leitor que ‘ler este relatório não mata’, mas propõe uma ‘conciliação’ entre fumadores e não fumadores, pois todo ser humano merece ser tratado com igual consideração e respeito.

## 1.1 Notas prévias

O trabalho utilizará o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa em vigor, salvo nas citações anteriores à sua vigência, cujas grafias permanecerão intocadas.

Em segundo lugar, como o cérebro não é o único órgão componente do organismo humano, o direito não é a única ciência no amplo universo científico. Nem mesmo o Direito Constitucional o é em relação à ciência jurídica.

Partindo dessa premissa, entende-se, assim como Edgar Morim, que as ciências incorreram em significativas perdas, com a excessiva especialização, pois, não raro, olvida-se da visão global. Esse entendimento é

---

<sup>1</sup> Cfr. a contracapa do livro *‘O prazer de fumar cigarros’*. Nela, o autor adverte: ‘Ler este livro não mata’. FITZGERALD, 2008, p. v. Interessante destacar na obra a dedicatória formulada pelo autor: “Este livro é dedicado àquele pedacinho de índio que reside em todos os fumadores da Terra”.

reforçado pelo movimento pós-positivista que busca, em última análise, maior abertura do direito para a moral e outras ciências, o que é evidente no Direito Constitucional.

Com esse espírito, e por questões metodológicas, no decurso da pesquisa, utiliza-se uma abordagem multidisciplinar do tema (direito com pitadas de filosofia e ciências afins), baseado na práxis (logicamente sem esquecer o foco constitucionalista principal).

Isso não diminui o caráter científico do trabalho. Ao revés, evita a disjunção dos conhecimentos, a “inteligência cega”, “as carências de nosso pensamento”. Pois. Enfim: “só o pensamento complexo nos permitirá civilizar nosso conhecimento”<sup>2</sup>.

A democracia científica tem que prevalecer (conciliando o direito com os pensamentos externos – sem preconceitos), sob pena de a visão parcial e míope afetar a compreensão do todo.

## **2 Breves considerações sobre o percurso histórico e jurídico do consumo do tabaco no Brasil**

Neste tópico, pretende-se explorar, em breves linhas, a trajetória do tabaco no Brasil, desde a colonização até os dias atuais. Em segundo lugar, traça-se o curso da legislação mais importante sobre o tabaco, por meio do critério cronológico. O que se objetiva é mostrar ao leitor

2 Cfr. MORIN, 2007, p. 9-16. Em especial, veja-se: “A inteligência cega destrói os conjuntos e totalidades, isola os seus objetos do seu meio ambiente. (...) As realidades-chaves são desintegradas. Elas passam por entre as fendas que separam as disciplinas. (...) A metodologia dominante produz um obscurantismo acrescido, já que não há mais associação entre os elementos disjuntos do saber, não há possibilidade de registrá-los e de refleti-los. (...) Ora, esta nova, maciça e prodigiosa ignorância é ela própria ignorada pelos estudiosos. Estes, que praticamente não dominam as conseqüências de suas descobertas, sequer controlam intelectualmente o sentido e a natureza de sua pesquisa”.



que o fumo sempre esteve presente em nossa sociedade como fator importante e propulsor do desenvolvimento. Desde logo, então, nota-se o seu caráter histórico-jurídico-cultural.

Como os projetos individuais de vida não se formam alheios dos contextos intersubjetivamente partilhados, Habermas nos ensina que “num Estado constitucional democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural – na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país – como uma suposta cultura de referência”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, ganha relevo a cultura e a história do fumo.

## 2.1 Percurso histórico

Pode-se afirmar que, desde antes da colonização brasileira e da chegada dos europeus em nosso território, a história do fumo no Brasil já havia começado.

Segundo se colhe de informações extraídas do livro *A História do fumo brasileiro, de Jean-Baptista Nardi*<sup>4</sup>, nos próximos parágrafos, pode-se observar que a planta nasceu provavelmente nos vales orientais dos Andes Boliviano e se difundiu no atual território brasileiro através das migrações indígenas, sobretudo dos índios Tupi-Guarani.

Na época, apenas duas plantas eram usadas e cultivadas: a *Nicotiana Tabacum* e a *Nicotiana Rústica*.

3 Cfr. HABERMAS, 2010, p. 5.

4 Disponível em: <[http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro\\_24.html](http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro_24.html)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

O fumo para os índios tinha caráter sagrado e, como a mandioca, o milho e muitas outras plantas, uma origem mítica. Seu uso era geralmente limitado aos ritos mágico-religiosos e como planta medicinal. Por isso, era reservado unicamente aos pajés (feiticeiros). O fumo era utilizado para a iniciação dos pajés e nas cerimônias tribais. Por meio dele, o pajé entrava em transe e se comunicava com os deuses, espíritos, almas dos mortos, ou ainda predizia o melhor momento para ir à caça, viajar ou atacar o inimigo. A fumaça era considerada purificadora. Protegia dos maus espíritos, o jovem guerreiro, a roça, a safra, e a comida.

Como planta medicinal curava as feridas, as enxaquecas e as dores de estômago.

Existiam diversos outros hábitos, com seis usos diferentes para o fumo entre os índios da América do Sul (comido, bebido, mascado, chupado, em pó e fumado). Porém o hábito de fumar era o mais relevante.

Era fumado num tipo de charuto, chamado Cangueira [folhas de fumo secas, enroladas numa folha de milho ou palmeira, na forma de uma vela, cujas dimensões iam de 6 (seis) cm a 60 (sessenta) cm].

No início de novembro de 1492, os companheiros de Cristóvão Colombo viram pela primeira vez os índios fumarem.

Então, começou a história de uma formidável expansão: em apenas um século o fumo passou a ser conhecido e usado no mundo inteiro, expandindo-se de duas maneiras.

A primeira, através dos marinheiros e dos soldados, para quem o fumo era um bom meio de se passar o tempo durante os longos meses que duravam as viagens. E o costume de se mascar, introduzido nas



camadas populares dos países europeus, da África e do Oriente. O fumo usado era unicamente de corda.

A segunda maneira revelou a importância do Brasil na difusão do fumo pelo mundo.

Em 1530, após a expedição de Martim Afonso de Souza no sul do País, um donatário português, Luiz de Góis, em 1542, levou a planta a Portugal.

Assim, teve início o comércio colonial.

Durante os três primeiros quartos do século XVI, os colonos portugueses obtiveram o fumo dos índios, através de um sistema de trocas, mas numerosas guerras fizeram que, por volta de 1570, eles começaram a cultivá-lo, no início para o próprio consumo e mais tarde para vendê-lo, sob a instigação de comerciantes por motivos vários. Mas o monopólio português foi estabelecido em 1674.

Não se sabe quando o fumo começou a ser utilizado para a compra de escravos na África. O tráfico começou em 1570 e supõe-se que o fumo apareceu no comércio somente no final do século XVII. Certo é que em 1637, os holandeses, em guerra contra Portugal, apoderaram-se do castelo de São Jorge da Mina, possessão portuguesa na África ocidental, controlando então o comércio nessa região, e, após o tratado de paz em 1641, proibiram o comércio de mercadorias européias aos portugueses, deixando livre apenas a compra dos rolos de fumo da Bahia.

A partir daí, o fumo passou a ser o principal gênero de comércio, no escambo dos escravos na Costa da Mina, e entrou em quantidades reduzidas nas transações com outras regiões africanas (Angola). Com sua extinção, na segunda metade do século XIX, fez a riqueza dos comerciantes baianos.

No final do século XVIII, ocorreu o apogeu do comércio do fumo no Brasil colonial.

Permitiu-se a criação de novas áreas destinadas ao fumo na agricultura, e uma política de desenvolvimento incentivou a criação de novas áreas fumaceiras, além da Bahia. O fumo passou a ser cultivado em: Minas Gerais, Goiás, São Paulo e, sobretudo, no Rio Grande do Sul, com a chegada dos emigrantes europeus, em particular os alemães.

No setor industrial, surgiram as fábricas de rapé, no Rio de Janeiro. Mas essa indústria foi desaparecendo aos poucos.

Já a indústria do charuto se desenvolveu durante todo o século XIX, e seu período de prosperidade situou-se entre 1870 e 1930. Durante muito tempo a fabricação de charutos permaneceu em estágio artesanal.

Algumas fábricas maiores destacavam-se como: *Costa Ferreira & Penna*, *Dannemann e Suerdieck* (todas na Bahia); e a *Pooock*, no Rio Grande do Sul.

No Comércio, observa-se, no século XIX, uma diversificação. O desenvolvimento das comunicações internas (novas estradas de rodagem e de ferro, companhias de navegação) facilitou a circulação do fumo no País.

Criaram-se diferentes processos de comercialização, estruturas complexas entre os diferentes produtos (fumos em folha, em corda, desfiado, charutos, cigarros, rapé), dos diferentes estados produtores e mercados.

Ao chegar o século XX, a produção de charutos era de 70 milhões de unidades, das quais 90% produzidas na Bahia.



Nas três primeiras décadas do século XX, assiste-se à concentração agrícola, industrial e ao estabelecimento das estruturas atuais.

De 1940 até hoje, o tabaco brasileiro beneficiou-se de conjunturas favoráveis, em particular o crescimento do consumo de fumos claros (fenômeno mundial) e da crise que atingiu a Rodésia. Em 40 anos, a área cultivada triplicou e a produção multiplicou-se por quatro.

A cultura de fumos claros no Rio Grande do Sul estendeu-se aos Estados vizinhos (de Santa Catarina ao Paraná), enquanto a Bahia enfrentava graves problemas com a má saída dos fumos escuros e a concorrência do Estado de Alagoas, que passou a produzir o mesmo tipo, com qualidades e quantidades equivalentes.

Ao lado disso, historicamente, o setor de exportação foi favorecido, no final dos anos 60, pelo embargo da Rodésia, então grande produtor e exportado de fumos claros.

Por fim, os legados que os índios nos deixaram sobre o fumo foram: 1 – no tráfico de escravos, uma ”Moeda” forte; 2- rapé, charutos, cigarros; a Ascensão de uma história; 3- nordeste, sul, e outras partes; as bases de uma estrutura no século XIX, a desconcentração; 4- após três séculos, a descoberta: Fumo é Ouro de Verdade; e 5- uma grande verdade, o fumo como origem do IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados)<sup>5</sup>.

No site oficial da empresa Souza Cruz, extrai-se história semelhante àquela que foi relatada alhures, intitulada *Plantação da Souza Cruz em meados do século XX*<sup>6</sup>.

5 Até esse ponto do texto as principais informações foram extraídas e compiladas de <[http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro\\_24.html](http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro_24.html)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

6 Cfr. o seguinte trecho: ”Das crenças e rituais dos indígenas, o tabaco se tornou a mais importante cultura agrícola não-alimentícia do planeta. A disseminação do consumo de produtos derivados do tabaco, em todas as suas formas (rapé, cigarros de palha, charutos, cigarrilhas, fumo de rolo, etc.), remonta a tempos bem anteriores à existência das atuais empresas fabricantes de cigarros. Planta originária dos Andes, o tabaco acompanhou as

O fumo se fez presente, ainda, na literatura, através de poemas e prosas latinos escritos no Brasil, entre o século XVI e XX, conforme se pode observar nos textos do jesuíta José Rodrigues de Melo<sup>7</sup>.

Contemporaneamente, a medicina e a mídia brasileiras alertam sobre os malefícios provocados pelo fumo, bem como a redução do quantitativo de fumantes. A propósito, na *Folha.com*, afirma-se que: “em 20 anos, o número de fumantes caiu 45% no Brasil”<sup>8</sup>. Na matéria, se pontua: “em 1989, 33% dos brasileiros maiores de 18 anos fumavam, segundo o INCA (Instituto Nacional do Câncer). Hoje essa proporção é de 18%, concluiu a Pesquisa Especial de Tabagismo divulgada hoje pelo instituto. A queda foi de 45%”.

migrações dos índios por toda a América Central, até chegar ao território brasileiro. As primeiras lavouras de tabaco formadas pelos colonos surgiram da necessidade de garantir o consumo próprio. Logo, porém, muita gente apareceu disposta a comprar o excedente, afinal, na Europa a procura crescia, e vários negociantes começaram a vislumbrar as grandes possibilidades de lucros que surgiriam a partir da criação de uma via regular de abastecimento. Inicialmente a produção de tabaco no Brasil ocupou áreas reduzidas e concentradas entre Salvador e Recife, no Recôncavo Baiano. Na primeira metade do século XVII, durante a ocupação holandesa em Pernambuco, o tabaco produzido naquela Capitania ocupou papel importante na carteira comercial de produtos oferecidos pela Companhia das Índias Ocidentais. Com a expulsão dos holandeses, começaram a aparecer as primeiras legislações reguladoras da atividade produtiva. Em 1674, o monopólio da metrópole foi garantido, através da criação da Junta de Administração do Tabaco, cujas determinações estabeleceram as regras para todas as colônias portuguesas. Já no final do século XVII, uma legislação tentou regular o comércio a partir do controle das cargas transportadas devido às vastas extensões do território e à diversidade de áreas produtivas, fazendo surgir regulamentos e órgãos especiais como a Mesa de Inspeção do Tabaco. A partir desta data, a legislação enfim se estabilizou e vigorou até depois da Independência. O final da liberdade vigiada que Portugal impôs ao Brasil durante o período colonial deu grande impulso às lavouras de fumo. Tornou-se possível cultivar qualquer espécie, em qualquer lugar. Além disso, a possibilidade de comércio direto com países estrangeiros representou um grande incentivo. Nesta arrancada, que começa efetivamente a partir de 1850, as províncias que se destacavam eram Minas Gerais, Bahia e, decorrente da vinda dos imigrantes alemães, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Em 1917 é instalada, na cidade de Santa Cruz do Sul – RS, a empresa Brazilian Tobacco Corporation. O empreendimento partiu da empresa britânica British American Tobacco, e foi o passo inicial para a transformação da cidade em um pólo nacional da indústria fumageira. Em 1920, a empresa passa a se chamar Companhia Brasileira de Fumo em Folha e em 1955 é adquirida pela Souza Cruz<sup>9</sup>. Disponível em: <[http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou\\_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

7 Cfr. o poema intitulado *Efeitos benéficos do uso do rapé*: “Quanto aos efeitos, basta dizer que o uso do rapé não é desdenhado por ninguém. Aprecia-o o povo todo: grandes e pequenos, sábios e incultos, nobres e plebeus. Os poetas, amantes das Musas, bem como os que se dedicam às ciências, todos gostam de espaiar o espírito e aliviar as fadigas do cérebro recorrendo a boas pitadas do querido rapé. Graças ao tabaco, o operário trabalha melhor e mais bem disposto. Os próprios poetas confessam que, aspirando o pó, compõem melhor seus versos. É que o rapé expulsa do coração todas as preocupações e cuidados. Dissipa as nuvens do espírito. Acaba com as angústias e tristezas. E a todos nos prepara e abre às expansões da alegria e do prazer. Vê-se por aí que o tabaco não existe somente para o deleite do olfato. Nem é usado apenas sob a forma de rapé. Servem também de remédio aos enfermos os vapores suaves que emanam das folhas de fumo”. (MELO, 2004, p. 97).

8 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/791110-em-20-anos-numero-de-fumantes-caiu-45-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 07 abr. 2012.



A experiência cotidiana demonstra que, nos últimos anos, o número de fumantes reduziu drasticamente. Basta olhar ao redor para se dar conta deste fato. Contudo, nem sempre foi assim. Em passado recente, as propagandas, programas televisivos, filmes e outros meios de informação incentivavam o uso do tabaco, não raro associado à prática de esportes e ao prazer do indivíduo, inclusive em países desenvolvidos<sup>9</sup>.

Com efeito, divulgada a nocividade de seu uso (e com o passar dos anos), os fumantes se tornam minoria e passam a ‘viver aos cantos’. Tanto é verdade que, na mesma matéria, a gerente de Divisão de Epidemiologia do INCA destaca: “é preciso que a legislação em vigor, que ainda permite fumódromos, seja alterada para impedir 100% o uso de produtos do tabaco que emitem fumaça em ambientes coletivos e fechados”<sup>10</sup>.

Segundo Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, sobre o tabagismo no Brasil<sup>11</sup>, em 2008, a exposição à fumaça de tabaco (considerando o percentual das pessoas de 15 anos ou mais expostas à fumaça, por local de exposição) revelou que no trabalho o percentual era de 24,4%, nas residências de 27,9% e, em restaurantes 9,9%. O percentual total de fumantes correntes de tabaco no Brasil, nesse ano, era de 17,2%, sendo 21,6% de homens e 13,1% de mulheres. Por sua vez, o

9 Cfr. na obra *O Prazer de Fumar Cigarros* diversos fatos curiosos a esse respeito, incluindo o tratamento sobre locais proibidos. A propósito, vejamos-se alguns trechos: “Um grupo de médicos liderado por James Sargent, do centro médico Dartmouth-Jitchock, de Lebanon, New Hampshire, analisou os 25 maiores êxitos anuais de bilheteria dos EUA no período de 1988 a 1997 – 250 filmes, ao todo. Descobrimos que mais de 85 por cento dos filmes faziam uso de tabaco e que apareciam marcas de tabaco específicas em 28 por cento dos filmes”. (FITZGERALD, 2008, p. 78); “Um documento da indústria tabaqueira recentemente descoberto ilustra o papel que Hollywood desempenha no marketing e na promoção do tabaco. Os cigarros Marlboro representam 40 por cento das marcas que apareceram em filmes desde 1998”. (FITZGERALD, 2008, p. 118); “Os locais onde fumar é proibido são sempre um transtorno para um grande fumador. Um bom fumador de cigarro quer fumar em toda a parte, em qualquer altura, e gozar a vida. Estamos sempre a ver letreiros a dizer NÃO FUMADORES e, hoje em dia, cada vez mais, a ponto de chegarem a ser redundantes. Por que é que nunca se vêem letreiros a dizer <<É FAVOR FUMAR?>> Estou a pensar numa quantidade de sítios em que funcionariam”. (FITZGERALD, 2008, p. 71).

10 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/791110-em-20-anos-numero-de-fumantes-caiu-45-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

11 Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios sobre o tabagismo no Brasil, realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, INCA – Instituto Nacional do Câncer, Ministério da Saúde, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Rio de Janeiro, 2009, p 26 e seg., ISBN 978-85-240-4101-3 (meio impresso).

estudo demonstrou que, desde 2002, se calculou uma queda progressiva de 18,8% (no período de 2002 a 2005), sendo que, em 2007, a população fumante no Brasil era de 16,4% do total. Finalmente, houve um significativo declínio de fumantes, entre 1989 e 2003, com uma diminuição de 35%.

## 2.2 Percurso Jurídico

Desde o Brasil Colônia, o fumo se distinguiu, por sua ‘administração original, extensa e poderosa’, cuja criação teve como razão de ser uma crise econômica sofrida por Portugal, na segunda metade do Século XVII. Criou-se, então, em 14 de julho de 1674, a Junta de Administração do Tabaco que era um Tribunal ‘privativo de qualquer outra jurisdição’, dispondo de plenos poderes para legislar em matérias relativas ao fumo<sup>12</sup>.

Em 1702, afirma Nardi, publicou-se o Regimento da Junta de Administração do Tabaco, uma compilação da legislação relativa ao fumo com 53 artigos e uma coletânea de leis. Estabeleceu-se um sistema alfandegário similar ao de Lisboa para evitar extravios desde o lavrador até o embarque em navios. Por tal razão, foi publicado, em 8 de setembro de 1699, instruções sob o título *Regimento que se há de observar no Brasil na arrecadação do tabaco*. Este regimento mantinha sob sua jurisdição direta dois contratos de monopólio comercial (distribuição e venda do fumo nos referidos domínios), sendo o mais importante denominado de *Contrato Geral do Tabaco de Portugal, Reino de Algarve e Ilhas Adjacentes*, estabelecido em 1700. No Brasil, vigorou também, de 1695 até 1757, um contrato equivalente ao do Reino: o Contrato do Tabaco do Rio de Janeiro. Em meados do século XVIII, o marquês de Pombal modificou

12 Cfr. NARDI, 1987, p. 14-28.

a administração do fumo pelo Novo Regimento da Alfândega do Tabaco, publicado em 16 de janeiro de 1751<sup>13</sup>.

A legislação federal mais recente sobre o tabaco é extensa, visando: à proteção da saúde (especialmente no que tange à prevenção dos riscos de exposição à fumaça); restrição ao acesso dos produtos derivados do tabaco; proteção aos jovens; tratamento e apoio ao fumante; publicidade, patrocínio, controle e fiscalização; financiamento à cultura e taxação sobre os produtos do tabaco; medidas para conter o mercado ilícito destes produtos e disseminação de informação ao público. Para não prejudicar a fluidez do texto, será disposta em nota, por área e em ordem cronológica<sup>14</sup>.

13 Cfr. NARDI, 1987, p. 14-28.

14 Cfr. por área e, em ordem cronológica, a legislação federal pertinente. **1 – Proteção à Saúde.** (A) Portaria Interministerial nº 3.257, de 22 de setembro de 1988. Recomendava medidas restritivas ao fumo nos ambientes de trabalho e criava fumódromos, ou seja, áreas destinadas exclusivamente ao tabagismo, devidamente isoladas e com arejamento conveniente; (B) Lei 9.294, de 15 de julho de 1996. Proíbe o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, ou de qualquer outro produto fumífero derivado do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, tais como repartições públicas, hospitais, salas de aula, bibliotecas, ambientes de trabalho, teatros e cinemas, exceto em fumódromos; (C) Decreto nº 2.018, de 01 de outubro de 1996. Regulamentava a Lei 9.294/96, definindo os conceitos de recinto coletivo e área devidamente isolada, e destinada exclusivamente ao tabagismo; (D) Portaria do Ministério da Saúde nº 2.818, de 28 de maio de 1998. Proíbe fumar nas dependências do Ministério da Saúde, tanto as sediadas no Distrito Federal, como nos Estados e Municípios; (E) Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei 9.294/96 para: a) proibir o uso de produtos fumíferos derivados do tabaco em aeronaves e demais veículos de transporte coletivo; b) proibir a venda por via postal, a distribuição de amostras, ou brindes e a comercialização em estabelecimentos de ensino e saúde; (F) Portaria Interministerial nº 1.498, de 22 de agosto de 2002. **2- Prevenção a acidentes de trânsito.** (A) Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro. Proíbe dirigir sob a influência de qualquer substância entorpecente ou dirigir o veículo com apenas uma das mãos. **3 – Restrição ao acesso dos produtos derivados do tabaco.** (A) Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei nº 9.294/96, proibindo a venda por via postal, a distribuição de amostra ou brinde e comercialização em estabelecimentos de ensino e de saúde; (B) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 15, de 17 de janeiro de 2003. Proíbe a venda de produtos derivados do tabaco na internet; (C) Lei 10.702, de 14 de julho de 2003. Altera a Lei 9.294/96, proibindo a venda em órgãos e entidades da Administração Pública. **4 – Proteção aos jovens.** (A) Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Proíbe vender, fornecer ou entregar, à criança ou ao adolescente, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica; (B) Lei 10.167/2000. Altera a Lei 9.294/96, proibindo a participação de crianças e adolescentes na publicidade de produtos derivados do tabaco; (C) Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 06, de 05 de fevereiro de 2001. Proíbe o trabalho do menor de 18 anos na colheita, beneficiamento ou industrialização do fumo; (D) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 304, de 07 de novembro de 2002. Proíbe a produção, importação, comercialização, propaganda e distribuição de alimentos na forma de cigarro, charuto, cigarrilha, ou qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco. Proíbe o uso de embalagens de alimentos que simulem ou imitem as embalagens de cigarros; (E) Lei 10.702/2003. Altera a Lei nº 9.294/96, proibindo a venda de produtos fumíferos derivados do tabaco a menores de 18 anos. **5- Tratamento e apoio ao fumante.** (A) Portaria do Ministério da Saúde nº 1.035, de 31 de maio de 2004. Amplia o acesso à abordagem e tratamento do tabagismo para a rede de atenção e de média complexidade do Sistema Único de Saúde; (B) Portaria da Secretaria de Atenção à Saúde nº 442, de 13 de agosto de 2004. Aprova o Plano para Implantação da Abordagem e Tratamento do Tabagismo no SUS e o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – Dependência à Nicotina. **6- Publicidade e Patrocínio dos Produtos Derivados do Tabaco.** (A) Art. 220, § 4º, CR/88.

Determina que a publicidade de tabaco estará sujeita à restrições legais e conterà advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso; B) Lei 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Proíbe a publicidade enganosa e abusiva; C) Portaria Interministerial nº 477, de 24 de março de 1995. Recomenda às emissoras de televisão que evitem a transmissão de imagens em que apareçam personalidades conhecidas do público fumando; D) Lei 10.167/2000. Altera a Lei nº 9.294/96, restringindo a publicidade de produtos derivados do tabaco à afixação de pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda, proibindo, consequentemente, em revistas, jornais, televisão, rádio e outdoors. Proíbe a propaganda por meio eletrônico, inclusive internet, a propaganda indireta contratada, também denominada *merchandising* e a propaganda em estádios, pistas, palcos ou locais similares. Proíbe o patrocínio de eventos esportivos nacionais e culturais. E) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 15, de 17 de janeiro de 2003. Define os conceitos de 'propaganda de produtos derivados do tabaco' e 'parte interna do local de venda'; F) Lei 10.702/2003. Altera a Lei nº 9.294/96, proibindo o patrocínio de eventos esportivos internacionais por marcas de cigarros a partir de 30 de setembro de 2005; G) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 199, de 24 de julho de 2003. Regulamenta a Lei nº 10.702/03 sobre as frases de advertência do Ministério da Saúde exibidas durante a transmissão no país de eventos esportivos e culturais internacionais. **7- Disseminação de informação ao público.** A) Lei 7.488/86. Cria o Dia Nacional de Combate ao Fumo e determina a realização de comemorações no dia 29 de agosto em todo o território nacional; B) Portaria Interministerial nº 3.257/88. Confere certificados de honra ao mérito às empresas que se destacarem em companhias para o controle do tabagismo; C) MP nº 2.190-34/2001. Altera a Lei 9.294/96, determinando que o material de propaganda e as embalagens de produtos fumíferos derivados do tabaco, exceto as destinadas à exportação, contenham advertências acompanhadas de imagens que ilustrem o seu sentido; D) Portaria Interministerial nº 1.498/2002. Confere certificados de honra ao mérito às instituições de saúde e de ensino que se destacarem em campanhas para o controle do tabagismo; E) Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 335/2003. Dispõe sobre a inserção de novas advertências, acompanhadas de imagens, nas embalagens e no material de propaganda dos produtos fumíferos derivados do tabaco; F) Portaria Interministerial nº 1.034/2004. Institui, no âmbito da Secretaria de Educação à Distância, Grupo de Trabalho com a finalidade de promover a inserção do tema 'controle do tabagismo' no recurso didático do ensino a distância, promovido pelo programa TV Escola. **8- Controle e fiscalização dos produtos derivados do tabaco.** A) Decreto nº 2.637/98. Determina que a comercialização de cigarros no País, inclusive a sua exposição à venda, seja feita exclusivamente em maços, carteiros ou outros recipientes que contenham vinte unidades; B) Lei 9.782/99. Cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), responsável pela regulamentação, controle e fiscalização dos cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco; C) Lei 10.167/2000. Altera a Lei 9.294/96, definindo o valor da multa a ser aplicada em caso de descumprimento e os órgãos competentes para exercer a fiscalização do cumprimento da Lei; D) Resolução da ANVISA nº 46/2001. Estabelece os teores máximos permitidos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono presentes na corrente primária da fumaça dos cigarros comercializados no País, para no máximo 10 mg/cig, 1 mg/cig e 10 mg/cig. Proíbe a utilização, em embalagens ou material publicitário, de descritores, tais como, *classes, ultra baixos teores, baixos teores, suave, light, soft, leve, teores moderados*, altos teores, e outros que possam induzir o consumidor a uma interpretação equivocada quanto aos teores contidos nos cigarros; E) Resolução da ANVISA nº 346/2003. Estabelece novas normas para o cadastro anual das empresas beneficiadoras de tabaco e fabricantes nacionais, importadoras ou exportadoras de produtos derivados do tabaco, bem como de todos os seus produtos, exigindo a apresentação de relatórios sobre seus componentes; F) Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 396/2004. Aprova o programa Gerador da Declaração Especial de Informações Fiscais relativas à tributação dos Cigarros (DIF – Cigarros). Esse programa permitirá à Receita Federal um maior controle das empresas instaladas e aquelas em fase de instalação no país, no que se refere ao registro, distribuição, exportação e importação de cigarros, bem como à arrecadação tributária. **9- Convenção-Quadro para o controle do tabaco.** A) Decreto de 1º de agosto de 2003. Cria a Comissão Nacional para implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e de seus Protocolos. 9- Financiamento à Cultura do Tabaco. A) Resolução do Banco Central do Brasil nº 2.833, de 2001. Determina que fica vedada a concessão de crédito público relacionado a produção de fumo no âmbito do PRONAF – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar -, em regime de parceria ou integração com a indústria do tabaco. **10- Taxação sobre os produtos de tabaco.** A) Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 60/99. Estabelece normas para os cigarros, ficando os mesmos sujeitos ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI; B) Decreto nº 4.924/2003. Eleva o valor do IPI incidente sobre os cigarros. **11- Medidas para conter o mercado ilegal de cigarros.** A) Decreto nº 2.876/98. Determina que os cigarros, quando exportados para a América do Sul e América Central, inclusive Caribe, ficam sujeitos à incidência do imposto de exportação à alíquota de 150%. Posteriormente, houve ampliação de tal alíquota também para matérias-primas utilizadas na fabricação de cigarros; B) Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 95/2001. Estabelece diversas normas para os selos de controle a que estão sujeitos os cigarros; C) Medida Provisória nº 66/2002. Majora o valor das penalidades com relação aos selos que estiverem

Nesse retrospecto, observa-se que o Brasil, paulatinamente, já vinha adotando políticas normativas multidisciplinares visando a diminuir o consumo, a exposição à fumaça e várias outras medidas, o que de fato refletiu em significativo declínio de usuários.

Mesmo assim, preocupado com a saúde pública, confirmou-se a urgência de reforçar as recomendações da *Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco*, um tratado de saúde pública, ratificado por 168 países-membros da OMS (Organização Mundial de Saúde), de um total de 192. Elaborado em 21 de maio de 2003, entre outras orientações, o texto determina ações específicas de proteção ao tabagismo passivo.

Essa Convenção, composta por 28 artigos, em seu art. 8º, cuida da proteção à exposição à fumaça do tabaco, ‘nos termos da legislação nacional’, incentiva os participantes a adotarem medidas protetivas em “locais públicos fechados”, no intuito de que a exposição não provoque morte, doenças ou incapacidades cientificamente comprovadas.

Dessarte, numa leitura atenta do documento, percebe-se a ressalva em vários dispositivos, que as partes signatárias adotarão medidas em simetria com suas ‘Constituições’, ‘Princípios Constitucionais’ e legislação doméstica.

Então, a convenção buscou privilegiar a soberania interna dos países signatários.

O Brasil, por meio do Decreto nº 5658, de 2 de janeiro de 2006, promulgou a aludida Convenção-Quadro.

---

em desconformidade com as normas estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal. O texto sobre a legislação federal sobre o tabaco no Brasil está disponível no website do INCA [prevprim@inca.gov.br](mailto:prevprim@inca.gov.br). Acesso em: 11 abr. 2012.

Em âmbito federal, a Portaria Interministerial nº 3257/88 recomendava medidas restritivas ao uso de fumo nos ambientes de trabalho e criou ‘fumódromos’, ou seja, ‘áreas destinadas exclusivamente ao tabagismo, devidamente isoladas e com arejamento conveniente’.

Por sua vez, o art. 2º da Lei Federal 9294/96, que dispõe sobre as restrições ao uso e propaganda de produtos fumíferos, nos termos do parágrafo 3º, do art. 220, da CR/88, proibiu o uso de tabaco em recintos coletivos (privados ou públicos), exceto em ‘fumódromos’<sup>15</sup>.

Regulamentando essa Lei, em todo o território nacional, foi editado o Decreto nº 2018/96 que, em seu art. 3º, parágrafo único, especificava que o popular ‘fumódromo’ era: a área destinada aos usuários de produtos fumíferos que deveria apresentar adequadas condições de ventilação, natural ou artificial, e de renovação de ar, de forma a impedir o acúmulo de fumaça no ambiente.

No aludido Decreto, em seu art. 4º, havia previsão de que nos hospitais, postos de saúde, bibliotecas, salas de aula, teatro, cinema, e nas repartições públicas federais “era permitido fumar se houvesse áreas ao ar livre ou recinto destinado unicamente ao uso de produtos fumíferos” (Destacamos).

Em nível Estadual e Municipal, a despeito da legislação Federal, existiam regulamentações restritivas acerca do uso do tabaco sendo questionadas no STF, segundo a doutrina, por meio das ADI’s 4.239, 4.249, 4.353 e 4.351<sup>16</sup>.

15 Confira-se o teor: “Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, **salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente**. § 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema. § 2º (...)”. Destaque posto.

16 Cfr. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 2010, p. 381-382: “Como se sabe, algumas leis, sejam estaduais, como municipais, estão proibindo o uso do tabaco e sendo questionadas no STF: ADI

No campo jurisprudencial, colhe-se que a comercialização de cigarros não é ilícita e que o ato de fumar se traduz em uma escolha consciente do fumador, ou seja, “vício atrelado ao livre-arbítrio das pessoas que a ele aderem espontaneamente”. Confrimam-se os julgados de alguns Estados: 1) Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação n. 110.454-4/3 – 4ª C.Direito Privado – Rel. Des. Narciso Orlandi – j. 22-2-2001; 2) Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Apelação Cível n. 1-48788-9 – 2ª Turma Cível – Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes – j. 20-6-2002; 3) Tribunal de Justiça de São Paulo – AC n. 235.799-4/9 – 1ª C. Direito Privada – Rel. Des. Laerte Nordi – j. 9-9-2003; 4) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – AC n. 2003.001.22442 – 6ª C.Civil – Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro – j. 14-10-2003 e 5) Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Apelação n. 4202460-71.2000.8.13.0000 – Rel. Des(a). Valdez Leite Machado – j. 15-4-2004<sup>17</sup>.

4.239 – 12.05.2009 – tinha por objeto a Lei Antifumo do estado de São Paulo (Lei 13.541, de 7 de maio de 2009). A Min. Ellen Gracie arquivou-a, por entender que a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel Nacional), que ajuizou a ação, não se enquadrava no conceito de entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX). A análise foi apenas formal e não sobre o mérito da questão. ADI 4.249 – 09.06.2009 – também tem por objeto a Lei Paulista. Foi ajuizada pela Confederação Nacional do Turismo (CNTUR), alegando, dentre outros argumentos, o fato de o Estado não poder extrapolar a lei federal que já disciplina o assunto. O AGU, em sua manifestação, entendeu que a Assembléia Legislativa ultrapassou sua competência já que tratou de regras gerais que já estavam na lei federal. À época, o parecer foi dado pelo hoje Min. José Antônio Dias Toffoli (que era o AGU) e, assim, certamente, no presente caso, ele não poderá votar (matéria pendente de julgamento pelo STF). ADI 4.353 – 07.12.2009 – questiona a Lei paranaense 16.239/09, que proíbe o fumo em ambientes coletivos públicos ou privados em todo o estado do Paraná, tendo sido ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC). Em 18.12.2009, a Min. Ellen Gracie, relatora, determinou o seu arquivamento à ADI 4.351, por possuírem o mesmo objeto e, assim, a sua tramitação conjunta (matéria pendente de julgamento pelo STF). De fato, não há dúvida que a lei estadual é muito mais restritiva, inclusive em relação aos direitos individuais dos fumantes, violando a Lei Federal n. 9.294/96 que autoriza o fumódromo ‘área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente’ (art. 2º). Nessa linha, em 23.06.2009, a justiça de São Paulo suspendeu parcialmente a Lei Antifumo, concedendo liminar requerida pela Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo (Abresi) (juiz Valter Alexandre Mena, da 3ª Vara da Fazenda Pública, autos n. 053.09.015779-9), por conflitar a lei estadual, em alguns pontos, com a lei federal citada, especialmente em relação aos fumódromos e sanções ao empresário. Referida decisão foi cassada pelo TJ/SP. Diante do exposto, restará ao STF a palavra final!

- 17 Cfr. as ementas: (i) “Ação de indenização movida por doente de câncer em face de fabricante de cigarros – Inexistência de prova de consumo exclusivo de produtos da ré – Inexistência de prova denexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truismo de que cigarro causa câncer – Adesão espontânea ao vício – Dever de indenizar não reconhecido – Ação improcedente – Apelação não provida” (TJSP – Apelação n. 110.454-4/3 – 4ª C.Direito Privado – Rel. Des. Narciso Orlandi – j. 22-2-2001); (ii) 2 – “REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – MALEFÍCIOS À SAÚDE CAUSADOS PELO USO DO CIGARRO – Câncer de pulmão – Empresa responsável pela fabricação do produto – Propaganda enganosa – Omissão por não informar acerca dos danos provocados pelo fumo – Responsabilidade – Não configurada – Hábito de fumar – Escolha consciente do fumante – 1. Inviável se revela pretensão tendente a condenar empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, à consideração de que teria veiculado propaganda enganosa e omitido acerca dos prejuízos e

A doutrina, defendida por Cruz, expressa que: “a relação jurídica estabelecida entre as companhias de tabaco e seus fumantes é nitidamente de consumo”, porém funcionando como “lei principiológica” com escopo de dar “eficácia material às regras constitucionais no desiderato de realizar a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça, a solidariedade e a prevalência dos valores sociais (arts. 1º, III e IV, e 3º, I, CF/1988)”. Então, “as regras e os princípios constitucionais têm, sim, eficácia e incidência concreta e autônoma”. Por isso, é favorável (de forma veemente) à responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros e contrário à questão do livre-arbítrio (sob o questionamento de o usuário de uma droga – nicotina – que causa dependência, exerce ou não uma liberdade ou se sucumbe à sua necessidade). Porém, mesmo aqui, após severas críticas e, com ressalvas, reconhece “que a decisão de fumar é fruto de uma liberdade pessoal”<sup>18</sup>.

---

malefícios causados pelos componentes químicos existentes no cigarro. 2- A empresa responsável pela fabricação de cigarros desenvolve atividade lícita, porquanto autorizada, disciplinada e fiscalizada pelo Poder Público e, uma vez disponibilizado o produto ao consumidor, este detém o livre arbítrio para decidir se vale a pena consumir o produto. Se o autor iniciou e continuou sua atividade tabagista, o fez por livre e espontânea vontade, não havendo que se falar em responsabilidade da empresa por suposta veiculação de propaganda enganosa, tanto mais quando demonstrado que a mesma vem divulgando seus produtos sem extrapolar os limites delimitados pela Portaria n. 490/88 e legislação subsequente. 3- Não configurada a conduta ilícita por parte da ré e caracterizada a culpa exclusiva do autor, que, mesmo ciente quanto ao risco do produto consumido, assumiu-o voluntariamente ao persistir no hábito do tabagismo, irrecusável se revela provimento jurisdicional que julga improcedente pleito indenizatório respectivo” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Apelação Cível n. 1-48788-9 – 2ª Turma Cível – Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes – j. 20-6-2002); (iii) “FUMO – O cigarro é produto potencialmente nocivo. Sua fabricação e comercialização não é ilícita. A morte causada por doenças dele decorrentes não cria a obrigação de indenizar do fabricante, porque não pratica este ato ilícito ao produzir o cigarro. Não é enganosa, nos termos da lei, propaganda de cigarros” (TJRS – AC n. 2003.001.22442 – 6ª C.Civil – Rel. Horácio dos Santos Ribeiro – j. 14-10-2003); (iv) “Ação indenizatória – Morte por câncer no pulmão atribuída ao cigarro que o falecido fumou durante 52 anos (30 cigarros diários) – Sentença que a julga improcedente – Vício atrelado ao livre-arbítrio das pessoas que a ele aderem espontaneamente – Recurso provido em parte apenas para corrigir erro material na fixação da verba honorária – Recurso provido em parte” (TJSP – AC n. 235.799-4/9 – 1ª C. Direito Privada – Rel. Des. Laerte Nordi – j. 9-9-2003); (v) EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MATERIAL E MORAL – USO DE CIGARROS – PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC) – NÃO INCIDÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REQUISITOS. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil de 1916, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC. Como é cediço, a inversão do ônus da prova, de que trata o artigo 6º, VIII, do CDC, não ocorre automaticamente; necessário se torna que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações aduzidas, e da hipossuficiência da parte. Inviável se mostra pretensão tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, por haver por parte da ré apenas o exercício regular do direito reconhecido, seja na produção e comercialização do cigarro, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art. 160, I, do Código Civil. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truismo de que o cigarro causa câncer. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Apelação n. 4202460-71.2000.8.13.0000 – Rel. Des(a). Valdez Leite Machado – j. 15-4-2004).

18 Cfr. CRUZ, Guilherme Ferreira da, 2010, p. 892-893 e 918-919.



Lúcio Delfino, mesmo ao criticar “(...) a) a licitude das indústrias de fumo (produção e comercialização de produtos fumíferos) como óbice à sua responsabilização civil; b) a livre adesão do consumidor ao consumo de cigarros e sua autodeterminação para abdicar-se do vício e c) o suposto conhecimento do consumidor quanto aos riscos provenientes do consumo de cigarros (...)”<sup>19</sup> deixa transparecer, em alguns pontos de seu trabalho, a relativização e impossibilidade de superar algumas premissas (no atual estágio da técnica), incluindo a tendência maciça da jurisprudência de afastar a responsabilidade das empresas de cigarros.

Em algumas passagens, a impossibilidade de superação das premissas resta clara. A propósito, confira-se:

1- Quanto à licitude: “(...) Difícil negar que a atividade exercida pelas indústrias fumíferas seja lícita – a própria Constituição Federal, num dispositivo inusitado, refere-se à publicidade do tabaco (...)”<sup>20</sup>;

2- Quanto à adesão livre ao consumo e autodeterminação para abdicar-se do vício: “(...) Não se pode negar, entretanto, existirem determinadas pessoas que realmente conhecem, com profundidade, os males causados pelo cigarro e, mesmo assim, mantém o seu consumo, a exemplo de diversos médicos tabagistas (...)”<sup>21</sup>;

3- No que tange ao último ponto questionado indaga: “(...) será que o consumidor brasileiro realmente possui conhecimentos sedimentados a respeito da natureza e riscos do cigarro? (...). Apesar de apontar que as informações são superficiais e básicas, em certa altura acaba por reconhecer como foi “(...) louvável a iniciativa governamental, por meio da

19 DELFINO, Lúcio, 2010, p. 952.

20 Idem, p. 957-958.

21 Ibidem, p. 971.

MedProv 2.134-30, de obrigar as indústrias do tabaco a apresentarem em seus maços imagens dos males causados pelo fumo, popularmente chamadas de ‘espanta-fumantes’. Sem dúvida, grande parte da comunidade brasileira, em razão do seu baixo nível econômico, social e cultural, somente terá acesso a essas informações através do sistema de símbolos ou imagens (...)”<sup>22</sup>.

Essa é a nossa percepção: as empresas é que precisam se adequar ao direito (para permitir a livre escolha dos consumidores); e não aniquilar integralmente liberdades das pessoas (por atitudes condenáveis delas e até dos governos), sob pena de retrocessos na área dos direitos fundamentais (alcançados, diga-se de passagem, a duras penas, de forma gradativa no decurso da história).

Desse modo, levando-se em consideração essas peculiaridades, não há como transigir nessa área.

Finalmente (em meio a esse turbilhão de leis, jurisprudências e doutrinas), veio à baila a questionada Lei 12.546, de 15 de dezembro de 2011. Alterou e incluiu dispositivos na Lei 9.294/96, ou seja, suprimiu integralmente os espaços reservados, apesar do significativo declínio estatístico de fumantes apontado (e a extensa legislação restritiva e regulatória existente – quase sempre protetora dos não fumadores), o que, a primeira vista, sinaliza a falta de proporcionalidade da medida.

22 DELFINO, Lúcio, 2010, p. 975.



### 3 Princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da saúde

Neste tópico, pretende-se analisar (em linhas gerais) a igualdade, a liberdade e a saúde, como direitos fundamentais. Essa abordagem não esgota o assunto e pode ser, quando necessário, reforçada em outras partes do trabalho.

O primeiro ponto a ser pinçado, então, é que a liberdade e a igualdade são tratadas pela doutrina, respectivamente, como direitos de primeira e segunda geração (ou dimensão). O primeiro grupo corresponde a obrigações negativas do Estado frente aos cidadãos<sup>23</sup>. O segundo surgiu de um ideal absentista do Estado<sup>24</sup>.

Tanto é assim que Bobbio, no âmbito da ‘filosofia da história’, cuidou das ‘gerações’<sup>25</sup> ou da ‘era dos direitos’, como “direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”<sup>26</sup>.

23 Cfr. MENDES et al, 2010, p. 309: “Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião. (...) O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado”.

24 Cfr. MENDES et al, 2010, p. 310: “O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve”.

25 Cfr. o curioso fato que inspirou a formulação inicial da teoria das gerações dos direitos pelo jurista tcheco Karel Vasak, naturalizado francês: “Ao formular a sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim: a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948”. E prossegue: “Karel Vasak se inspirou na bandeira francesa para desenvolver a teoria das gerações dos direitos. A liberdade é representada pela cor azul; a igualdade, pela branca; e a fraternidade pela vermelha”. (MARLMESTEIN, 2011, p. 41-42).

26 Cfr. BOBBIO, 2004, p. 5.

Por outro lado, a saúde é apontada como direito de segunda geração, o que faria incidir obrigações positivas para os Estados<sup>27</sup>.

Essas classificações não são estáticas. Existe algum consenso doutrinário (apesar das críticas à teoria das gerações dos direitos fundamentais), que os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, na atualidade, encontram-se (todos) revestidos das características contidas nos demais, tendo em vista que não são resultado de uma ruptura histórica rígida, em cada uma de suas ‘dimensões’, mas sim do processo evolutivo de conquistas da sociedade (incorporadas aos textos normativos) ao longo do tempo.

Assim, os direitos de primeira geração, com função precipuamente negativa, obrigando o Estado a não intervir na esfera da individualidade dos cidadãos, para sua concretização, necessitam (concomitantemente) de uma atuação positiva do mesmo Estado no sentido de poder efetivá-los, de torná-los eficazes, sob o ponto de vista prático. Essa ‘nova roupagem’ deve estar presente na mente dos juristas porque a classificação, além de possuir cunho preponderantemente didático, deve levar em conta que todos os direitos, em última análise, conduzem à materialização do ‘Estado de Dignidade da Pessoa Humana’, pena de se tornarem meras exortações, sem eficácia prática.

Em suma, em face da característica histórica (surgimento gradativo em gerações coexistentes e complementares), a doutrina e jurisprudência pátrias discorrem sobre direitos de primeira (Direitos de liberdade), segunda (Direitos de igualdade), terceira (Direitos de Fraternidade), quarta (Direitos decorrentes do pluralismo, da democracia, a exemplo da telemática, paz, desenvolvimento) e, até mesmo, quinta (direitos à tolerância, ao sentimento, ao amor e, outros falam em questões relacionadas à cibernética) gerações.

27 Cfr. MENDES, et al, 2010, p. 309-310: “São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc”.

Entretanto, tradicional “é o conhecimento das três primeiras gerações, que inclusive foram consagradas nos autos do MS 22164 do Plenário do STF (MS 22164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.95)”<sup>28</sup>.

### 3.1 Da igualdade enquanto direito fundamental

Da igualdade (positivada na CR/88, em seu art. 5º, *caput*<sup>29</sup>), vislumbra-se, de plano (e inicialmente), que se trata de um princípio aberto.

No Estado de Direito Liberal, onde era concebida com base na igualdade formal de todos perante a lei, até os dias atuais (sem perder esta dimensão), continua a existir entre nós no Estado Democrático e de Direito Social (art. 1º, da CR/88), onde se almeja a proteção e realização da igualdade fática, no plano da “igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que, pelo menos, atenuem as desigualdades de partida”<sup>30</sup>.

Ademais, afirma-se que no Estado contemporâneo se adquire uma consciência da importância da igual participação democrática na ‘produção dos resultados de igualdade’ e que:

28 A propósito, dentre outros, mas especificamente sobre esse parágrafo, confira-se VARGAS, 2010, p. 285-287).

29 Cfr. o teor do dispositivo: “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: (...)”. A esse propósito, veja-se o que diz Marmelstein: “A expressão *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* enuncia um dever ético-jurídico de **respeito ao outro**. Esse dever – base da dignidade da pessoa humana – se materializa juridicamente através dos mandamentos constitucionais de não discriminação, de tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo”. E prossegue: “O respeito ao próximo – independentemente de quem seja o próximo – é uma clara obrigação constitucional (...). Não há mais cidadãos de segunda categoria, nem seres privilegiados que se considerem superiores, em dignidade, em relação aos demais seres humanos. Aliás, essa ideia ficou ainda mais clara com o mapeamento do genoma humano, que comprovou, cientificamente, que não existem distinções substanciais entre os homens, de modo que todos são, em essência química e biológica, iguais”. (MARMELESTEIN, 2011, p. 81). Entendemos que essa igualdade material se aplica também ao caso dos fumantes.

30 Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes..., 2011, p. 104.

As preocupações com a representatividade das assembleias parlamentares, **com a inclusão e protecção das minorias**, a igualdade de oportunidades na competição eleitoral interpartidária, a igualdade de sufrágio e a generalização dos direitos políticos são, hoje, uma dimensão basilar da igualdade em Estado democrático<sup>31</sup>. Destaque posto.

A propósito do vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende-se, na lição de Maria Celina Bodin de Moraes, “(...) cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o ‘cidadão’, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos (...)”<sup>32</sup>.

Com efeito, concordamos com Novais, que no Estado Social (embora no Brasil não tenha sido formalmente consagrado), as exigências de igualdade ‘não se limitam à igualdade jurídica, na lei e na sua aplicação’, mas projetam-se cumulativamente ‘enquanto igualdade fática’<sup>33</sup>.

Contudo, prossegue Novais, o legislador pode sempre “escapar à proibição de emitir leis restritivas individuais e/ou concretas através de uma redação dissimulada”, remetendo-se, desta maneira, “formalmente para a Administração ou o poder judicial a decisão do caso concreto que, na realidade, ele próprio já tomou”<sup>34</sup>.

Em outro lugar, o doutrinador, ao cuidar da temática dos direitos fundamentais contra particulares, separação de poderes e suas respectivas teses, principalmente a da eficácia direta, aduz que um defensor desta

31 Idem, p. 104.

32 Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de, 2009, p. 91.

33 Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes..., p. 104.

34 Idem, p. 107.



sustentará, apoiado na norma constitucional de direitos fundamentais que “um particular tem contra outro um direito subjectivo a que ele não fume na sua presença”<sup>35</sup>. Entretanto, para quem defende a tese dos deveres de proteção, compete ao Legislativo e, em casos extremos, ao juiz, a proteção dos direitos fundamentais entre particulares.

Aqui, não se comunga da tese da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, porém se for o caso de decidir sobre essas questões, não é possível negar jurisdição.

Mas continua Novais. Sustenta que é indiscutível que “a tese da eficácia directa *entrega* a regulação do problema ao juiz”. Com isso, “em última análise, seria o juiz constitucional a **decidir sobre a controversa questão da proibição de fumar em locais públicos**, independentemente da decisão do legislador democrático” (Destacamos). Noutro vértice, “Já para a tese dos deveres de proteção o legislador é que deveria encarregar-se da composição do conflito subjacente”<sup>36</sup>.

Conclui que o legislador, ao invés do magistrado, teria melhores condições de decidir em que locais públicos se pode ou não fumar e com que limites. Mas, “o juiz pode, em nome dos direitos fundamentais, controlar a constitucionalidade da decisão do legislador”, e não “substituir-se a uma decisão que o legislador (ainda) não tomou ou não quis tomar”<sup>37</sup>.

Concorda-se que assim seja. Todavia, no caso posto, o legislador já agiu, produzindo a legislação. Dessa maneira, cabe agora ao magistrado efetivar o controle desta decisão (quando provocado), a luz dos direitos fundamentais, principalmente os da igualdade, liberdade e saúde. Não

35 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria, 2006, p. 108.

36 *Idem*, p. 108-109.

37 *Ibidem*, p. 109, para todas as citações desse parágrafo.

obstante, deve ponderar a razoabilidade da decisão legislativa, caso lhe chegue às mãos um pedido, pela via difusa ou concentrada. E aí, com certeza, se terá um *hard case*, fundado na questão da diferença, mesmo porque o legislador não é infalível.

Na visão de Maria Celina Bodin de Moraes, “(...) o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade (...) e, hoje, “(...) a questão mais debatida coloca-se em outros termos, isto é, na reivindicação de um ‘direito à diferença’ (...)”<sup>38</sup>.

Além do mais, verbera que o princípio da igualdade “(...) é dos que mais se presta a ensejar *hard cases* – casos cuja solução, justamente porque não há uma única e correta solução, nem sempre satisfaz o sentimento pessoal de justiça do intérprete (...)”<sup>39</sup>.

Por outro lado, Mello leciona que um *discrímen* legal, para ser convivente com a isonomia, necessita da ‘concorrência’ de quatros elementos para ser válido, como regra, perante a isonomia, quais sejam:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas existentes*, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público<sup>40</sup>.

38 Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de, 2009, p. 86-87.

39 Idem, p. 89.

40 Cfr. MELLO, 2004, p. 41-43. In: Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.



Tais critérios serão importantes, como se verá, para análise da existência da igualdade no caso concreto do tabagismo.

## 3.2 Da liberdade enquanto direito fundamental

No terreno da liberdade, elevada pelo legislador constituinte à categoria de princípio fundamental, insculpido no art. 5º, *caput*, da CR/88, pode-se afirmar que se constitui na maneira de preservar a autodeterminação e autonomia<sup>41</sup> dos indivíduos, em várias esferas de suas vidas. Caso colida com outros princípios, tem de ser ponderada levando-se em conta, dentre outros critérios, e especificamente sobre o tema em apreço, a eventual sobreposição (ou não) sobre outros direitos fundamentais de terceiros e sobre a liberdade de outros indivíduos, no caso, os não fumantes.

Nas palavras de Marmelstein:

A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de **autodeterminação**, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e ao seu desenvolvimento humano, como a decisão de casar-se ou não, de ter filhos ou não, de definir sua orientação sexual etc<sup>42</sup>.

Embora consequência natural da dignidade, prossegue Marmelstein verberando não haver (na Constituição brasileira) nenhum dispositivo

41 Cfr. o que diz MARMELSTEIN, 2011, p. 106-107, sobre autonomia da vontade: "Há, ainda, dentro do art. 5º, uma proteção implícita à **autonomia da vontade**, aqui entendida como a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia".

42 Cfr. MARMELSTEIN, 2011, p. 106-107

expresso consagrador da autonomia privada. Porém, é “(...) inegável que ela está presente, de modo implícito, em diversos dispositivos constitucionais sobretudo nos direitos ligados à liberdade e à personalidade (...)”. E arremata:

A ideia que inspira a proteção da autonomia privada é a de que o Estado deve tratar as pessoas sob o seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes dizem respeito. Assim, por exemplo, cabe a cada indivíduo decidir por si mesmo que lugares deseja freqüentar, em qual religião deve acreditar, com quais pessoas queira se reunir ou se associar, qual a profissão que deseja seguir, quais os livros que pretende ler e assim por diante. (...) Logo, o valor da autonomia de escolha é inestimável, já que inúmeros direitos fundamentais decorrem diretamente desse princípio (...)<sup>43</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes considera que o maior problema do Direito na atualidade “(...) tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual (...)”<sup>44</sup>.

Para ela (e estamos de acordo), o princípio da liberdade individual se consubstancia “(...) cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada (...)”, ou seja, “(...) Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier (...)”<sup>45</sup>.

43 Idem, p. 108-109.

44 Cfr. MORAES, 2009, p. 71.

45 Cfr. MORAES, 2009, p. 107.



Contudo, leciona que à liberdade será contraposto o ‘dever de solidariedade social’ e conclui que:

(...) Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade. Tal é, justamente, uma das medidas de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade – termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmesurada é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade (...)<sup>46</sup>.

Pois bem. Esses não são apenas pensamentos contemporâneos. Na parte da filosofia política tradicional, John Stuart Mill, ao desenvolver o ensaio sobre a liberdade civil, acerca da natureza e limites do poder a ser exercido legitimamente pela sociedade sobre o indivíduo, propôs (guardadas as proporções históricas) um princípio bastante simples, que não perde seu valor na atualidade:

É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, para interferir na liberdade de acção de outro, é a autoprotecção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. **O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode correctamente**

---

46 Idem, p. 107-108.

**te ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correcto.** Estas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo<sup>47</sup>. Destaques postos.

Indo adiante, Mill afirmava que no âmbito da conduta individual que apenas diz respeito a si, “a sua independência é, por direito, absoluta”. “Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano<sup>48</sup>.” A esfera da liberdade humana, para ele, abrangia: o domínio interior da consciência; a liberdade de gostos e objectivos; de se fazer o que quiser, sofrendo quaisquer consequências que daí resultem. Tudo isso sem obstrução por parte de nossos semelhantes, desde que não lhes cause dano, “mesmo que considerem a nossa conduta tola, perversa ou incorrecta”<sup>49</sup>.

Outro aspecto que Mill lecionava é que nenhuma sociedade em que estas liberdades não sejam, de um modo geral, respeitadas, é livre, qualquer que seja a sua forma de conduta<sup>50</sup>.

E conclui acertadamente (ao menos até o presente estágio de evolução), que “cada qual é o justo guardião da sua própria saúde, tanto física, como mental e espiritual. As pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros”<sup>51</sup>.

47 Cfr. MILL, 2006, p. 40.

48 Cfr. Mill, 2006, p. 40.

49 Idem, p. 43.

50 Ibidem, p. 44.

51 Ibidem, p. 44.



Outro filósofo responsável pela disseminação ‘dos ideais do liberalismo’ foi Voltaire, um defensor da liberdade como elemento fundamental para a ‘felicidade humana’ e considerava imprescindível a liberdade de expressão. Pregava a “igualdade de todos os homens perante a lei, com especial preocupação com a justiça”<sup>52</sup>.

Rousseau, em seu *O Contrato Social*, no âmbito da filosofia política ocidental, embora reconhecendo que “o sentido filosófico do termo liberdade” não constitui o objetivo principal de sua obra, desde há muito ensinava que “renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, inclusive a seus deveres”<sup>53</sup>.

A médica Elisabeth Kübler-Ross, M. D.<sup>54</sup>, ao expor seus pontos de vista, (segundo ela própria) ‘pouco convencionais’, cita o fato de, após ter sofrido vários derrames, seus médicos lhe fazerem diversas advertências, incluindo “implorar para que deixasse de fumar, tomar café e comer chocolate”, respondeu que ainda se permitia esses ‘pequenos prazeres’, nos seguintes termos: “Por que não? É a minha vida. É como sempre tenho vivido. Se sou independente, aferrada à minhas opiniões e modos de ser, se estou um pouco fora dos padrões, e daí? É assim que sou”<sup>55</sup>.

E nem se fale da diminuta importância da filosofia (na reflexão sobre a liberdade) porque, nas palavras de Jaspers, essa “está longe de ser impotente no que diz respeito ao indivíduo”. Ou seja, “ela constitui, muito ao contrário, a grande força que leva o homem a encontrar o caminho para a liberdade. Só ela possibilita a independência interior”<sup>56</sup>. Além disso, quando procura responder ao que o homem realmente é aduz que:

52 Cfr. CASTILHO, 2012, p. 92-93.

53 Cfr. ROSSEAU, 2006, p. 17 e 29.

54 Cfr. KÜBLER-ROSS, 1998, p. 16.

55 Cfr. KÜBLER-ROSS, 1998, p. 16.

56 Cfr. JASPERS, 2011, p.161.

“as possibilidades do homem enquanto homem permanecem ocultas em sua liberdade. Não cessarão de manifestar-se pelas conseqüências dessa liberdade. Enquanto existirem os homens serão seres empenhados na conquista de si mesmos”<sup>57</sup>.

Também não se deve olvidar que o conceito de liberdade se liga ao de poder e autoridade, bem como ao de autonomia privada, mesclando vários ramos do direito, incluindo o civil.

Desse modo, na era das codificações “(...) a liberdade era ‘absoluta’; as restrições a ela tinham unicamente o condão de proteger as demais liberdades (dos particulares) (...)”, mas no quadro contemporâneo “(...) as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos (...)”, com ênfase nas normas protetoras da dignidade da pessoa humana e em sintonia com o interesse social<sup>58</sup>.

Amaral Neto estabelece os pressupostos conceituais, o papel da vontade na nomogênese jurídica, discorrendo sobre vontade, liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada, nos campos da psicologia, filosofia, ética e (principalmente) do direito. Destaca que: “a possibilidade, faculdade, que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade chama-se liberdade que, no Direito, tem grande importância pelos limites que se põem à sua atuação (sendo um conceito plurívoco, de extrema complexidade, a liberdade pode apreciar-se sob diversos ângulos, como liberdade natural, como liberdade social ou política, como liberdade pessoal e como liberdade jurídica, que é a que nos interessa)”. Em seguida, define a última como sendo a “possibilidade da pessoa atuar com transcendência jurídica”. No Direito Privado é comumente chamada de autonomia<sup>59</sup>.

57 Idem, p. 60-61.

58 Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin, 2009, p. 104-107.

59 Cfr. AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *In: A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem jurídica*, 2010, p. 122-123.

Mais adiante, estabelece que as consequências imediatas da autonomia privada são “em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica”<sup>60</sup>. Assim, esse fato repercute também na atuação livre dos empresários agirem, em seus estabelecimentos, como bem lhes aprouver.

Um ponto importante, que deve restar claro ao leitor, é que os posicionamentos ressaltados são pertinentes ao atual estágio da técnica científica e jurídica.

Não se desconhece o fato (e merece um breve registro) da crescente expansão de disciplinas, como a psicologia evolucionista<sup>61</sup>, a nova genética comportamental<sup>62</sup>, a sociobiologia, bem como as novas ferramentas disponíveis (e em desenvolvimento) no campo da (s) neurociência(s)<sup>63</sup>, como “a tomografia de emissão positrônica, a ressonância magnética funcional, a eletroencefalografia e a magnetoencefalografia”<sup>64</sup>. Em futuro não distante podem provocar uma revolução nos conceitos de

60 Idem, p. 134-135.

61 Cfr. ZIMMERMANN, Egberto, 2011, p. 151-152. Ao tratar da psicologia evolucionista, afirma que: “(...) ela é o resultado da conjugação de várias esferas do conhecimento, em especial a moderna biologia evolucionista, as ciências cognitivas, a paleoantropologia e o estudo comparado do comportamento animal. Importante frisar que o darwinismo moderno se diferencia daquele professado em fins do século XIX, pois admite inteiramente o mecanismo da seleção natural em toda a sua impessoalidade e ausência de qualquer finalidade, o que levou estudiosos a aprofundar as pesquisas e a desenvolver conceitos apropriados. Além disso, deve ficar claro que a psicologia evolucionista entende que a mente é também um produto da evolução, e é composta por diversos módulos de processamento especializado. (...) Percebe-se, portanto, que a psicologia evolucionista apresenta um grande potencial explicativo dos fenômenos psíquicos e até mesmo sociais e culturais (...).” Portanto, em sendo assim, quiçá, no futuro poderá explicar (ou tentar explicar) as causas do tabagismo por métodos mais sofisticados. Nesse sentido, contribuirá para a diminuição do preconceito e do entendimento do livre-arbítrio.

62 Idem, p. 116-117. “(...) Alguns conceitos trazidos pela nova genética são amplamente utilizados nas novas pesquisas, como é o caso de hereditariedade (variância fenotípica dentro de uma população que pode ser atribuída à influência de genes, e não do ambiente), ou o polimorfismo (diferentes ‘formas’ e ‘tamanhos’ de um determinado gene e a epigenética. (...) Um exemplo desses estudos trata do polimorfismo do gene MAOA, em que os indivíduos com versão mais curta do gene e que tiveram histórico de maus tratos na infância teriam uma predisposição maior para a violência (...).” Ora, se assim é, porque um indivíduo não poderia também ter maior predisposição para o tabagismo? E se assim for, não estaria sendo violado em sua dignidade como ser humano?

63 Cfr. FERNANDES Atahualpa; FERNANDES, Marly, 2008, p. 32. Veja-se como descrevem a neurociência: “(...) é a área de conhecimento que permite uma aproximação ao conhecimento de como se não construído e que circuitos neuronais estão involucrados e participam na elaboração das decisões que toma o ser humano, a memória, a emoção e o sentimento, e até mesmo os juízos e os pensamentos envolvidos nas condutas éticas (...).”

64 Cfr. FERNANDES Atahualpa; FERNANDES, Marly, 2008, p. 31.

livre-arbítrio<sup>65</sup> e responsabilidade pessoal, a depender da forma como venham a se desenvolver e a interagir com a ciência jurídica. Dissertando sobre a era das incertezas, de instabilidades e dos novos paradigmas da chamada pós-modernidade, Maria Celina Bodin de Moraes descreve:

(...) a impossibilidade de dominar os efeitos da tecnologia, em suas mais amplas dimensões espaço-temporais. A ciência baseia-se no princípio do possível/impossível, sendo ela incapaz de limitar-se a si mesma. As novas questões, postas pelas manipulações genéticas, pela reprodução assistida, pela energia nuclear, pelas agressões ao meio ambiente, pelo desenvolvimento da cibernética, configuram ‘situações problema’ cujos limites não poderão ser decididos internamente, estabelecidos pelos próprios biólogos, físicos ou médicos, mas deverão ser resultantes de escolhas ético-político-jurídicas da sociedade (...) <sup>66</sup>.

Porém, para o momento, prosseguir-se-á na linha dos entendimentos já consolidados pelas ciências jurídica, interligadas e afins.

### 3.3 Da saúde enquanto direito fundamental

Típico direito prestacional de segunda ‘geração’, a saúde encontra-se positivada nos arts. 6<sup>o67</sup>, 196<sup>68</sup> e seguintes da CR/88, como direito de todos e dever do Estado. Cabe destacar, no que diz respeito ao

65 Idem, p. 73. Confira-se: “(...) Ante as novas perspectivas que se abrem com a neurociência do século XXI, muita gente começou a se preocupar com as velhas questões do livre-arbítrio e da responsabilidade pessoal. A lógica é a seguinte: o cérebro determina a mente e é uma entidade física, sujeita a todas as regras do mundo físico. O mundo físico está determinado, de modo que o cérebro também o está. Se o cérebro está determinado, e é o órgão necessário e suficiente para desenvolver a mente, colocam-se as seguintes questões: estão determinados também os pensamentos que surgem da mente? O livre-arbítrio que acreditamos ter é somente uma ilusão? E, se é uma ilusão, devemos revisar os conceitos relativos à responsabilidade pessoal nas ações?”

66 Cfr. MORAES, Maria Celina Bodin de, 2009, p. 60-61.

67 Cfr. o texto: “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, à segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (...)”.

68 Cfr. o texto: “**Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

tema, que o art. 200, VIII, institui o SUS (Sistema Único de Saúde) e estabelece, além de outras atribuições, nos termos da lei “(...) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (...)”.

É tratada pela doutrina nacional<sup>69</sup> como direito fundamental social, o que revela a preocupação do País com a problemática relativa à saúde física e mental dos brasileiros. Às vezes é mencionado que decorre de consequência imediata da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, garantido mediante políticas sociais.

Nas palavras de Marmelstein, os direitos sociais são “(...) à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm *status* de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana) (...)”<sup>70</sup>.

E prossegue na discussão que gira em torno da possibilidade da efetivação desses direitos sociais (incluindo a saúde) pelo Judiciário, por gerarem direitos subjetivos para seus titulares, considerando que no Brasil tanto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, por serem considerados direitos fundamentais, estão protegidos pelos meios processuais disponíveis, ao contrário do que ocorre:

Em alguns países, como Espanha e Portugal, existe, por escolha do próprio constituinte, uma distinção bem nítida entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sendo que apenas aos primeiros foi conferido um

69 Cfr. alguns autores que consideram a saúde como direito fundamental: MORAES, Alexandre, 2011, p.1891-1892; MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1549; NOVELINO, Marcelo, 2012, p. 1052-1053; LENZA, Pedro, 2010, p.838-839.

70 Cfr. MARMELSTEIN, 2011, p. 203.

tratamento processual privilegiado. Daí por que para muitos juristas portugueses e espanhóis os direitos sociais, previstos nas constituições dos respectivos países, não são considerados como direitos fundamentais<sup>71</sup>.

Costuma-se declinar no Brasil que “(...) o direito à saúde se origina e é decorrência lógica do direito à vida (...)”, e que “(...) possui duas vertentes, uma negativa e uma positiva, ou seja, uma vertente (negativa) consistente no direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham da prática de ato que prejudique a saúde, e outra (positiva) consistente no direito às medidas e prestações pelo Estado (...)”. Logo, “(...) a saúde é um direito universal, pois é direito de toda e qualquer pessoa, independentemente de qualquer contribuição (...)”<sup>72</sup>.

Nessa linha, a Constituição impõe uma atuação dinâmica do Estado por meio de políticas públicas a financiar, efetivar, organizar e prestar assistência igualitária aos que dela venha necessitar.

Ademais, pelo princípio da universalidade no atendimento e da solidariedade, esse comando normativo, não só exigiu a participação de todos, como também provoca enormes desafios para o Governo.

Tanto é assim que a legislação infraconstitucional disciplinadora da saúde é vasta, cabendo destacar as Leis n° 8.080/90 e n° 8.142/90, referentes ao SUS.

No campo jurisprudencial, os Tribunais são praticamente unânimes em considerar a saúde como direito fundamental<sup>73</sup>.

71 Idem, p. 203-205.

72 Cfr. VARGAS, Denise, 2010, p. 683-684.

73 Confira-se: “Ementa: Ação Civil Pública. **Saúde. Direito fundamental.** Fornecimento de medicamento. Necessidade comprovada. Prioridade da Administração Pública. Apreciação pelo Poder Judiciário. Possibilidade. – **O direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988, não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento.** (...)”. (TJMG. Agravo de Instrumento Cv. Processo n. 1.0216.11.001259-0/001. Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes. Data de Julgamento: 23/08/2012. Data da publicação da súmula:



Além do mais, nos últimos anos, o país vem intensificando suas políticas de saúde, por meio de programas sociais diversos, em que pese frequentemente se noticiar a situação caótica em que se encontra.

A filiação do Brasil à Convenção-Quadro sobre o Consumo do Tabaco faz parte dessa política pública de saúde objetivando a melhoria da qualidade de vida dos brasileiros.

Contudo, há que se ter cuidado com os limites desta atuação estatal, porque, embora se trate de um direito fundamental, em casos concretos, o Legislativo, a Administração e o Judiciário podem resvalar em outros direitos fundamentais dos cidadãos, a exemplo da liberdade, igualdade e, porque não, até mesmo da própria vida digna, admitindo-se que não há direitos absolutos.

Na ponderação concreta, podem surgir casos enigmáticos, a exemplo da liberdade da transfusão de sangue para os adeptos da Religião *Testemunhas de Jeová*, aborto em casos de riscos de morte, e a própria discussão acerca da morte digna em caso de pacientes portadores de doenças terminais irreversíveis.

Logo, não podemos partir do pressuposto de que tanto nas legislações adotadas pelo ordenamento quanto na resolução de casos concretos pelo Judiciário, em todas as situações, preponderará sempre a vida, a liberdade, a igualdade ou mesmo a saúde, pois tudo depende do contexto em que surgem as tensões e conflitos de direitos e/ou princípios fundamentais.

---

05/09/2012). Grifo nosso. "INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA. TRATAMENTO CONTRA DROGADIÇÃO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. BLOQUEIO DE VALORES. **A condenação do Poder Público para que forneça tratamento médico ou medicamento encontra respaldo na Constituição da República, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada ao direito fundamental à saúde.** (...)". (TJRS. Processo n. 70049147010 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 28/05/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/05/2012). Grifo nosso.

Há que se levar em consideração que os direitos fundamentais não são estanques e podem, diante do contexto histórico, técnico e científico sofrer mutações, de modo que o que hoje se considera prejudicial à saúde amanhã poderá não mais sê-lo (ou não sê-lo com a mesma forma e intensidade). Tanto é assim que, com frequência, somos surpreendidos pela alteração de hábitos relativos à saúde, alimentos e bebidas decorrentes de novas descobertas da ciência. Então, temos de atuar de maneira mais prudente e racional, para não vilipendiar direitos fundamentais, em determinado contexto histórico, e posteriormente descobriremos que fomos injustos.

Isso pode gerar consequências (práticas e jurídicas) irreparáveis, tanto para o cidadão quanto para a democracia, devido às práticas discriminatórias e corrosivas ao sistema democrático, principalmente quando envolvidas minorias.

Essa situação não é incomum. Basta verificar o discurso hodierno sobre a compensação de cotas em universidades, direitos das mulheres e outros temas em que o Estado e a sociedade foram injustos no passado e se busca, na atualidade, compensações questionáveis.

Ou seja, devemos estar atentos para desenvolver um equilíbrio entre as “ditaduras da maioria e da minoria”, conciliando interesses, harmonizando a sociedade.



## 4 Liberdade de fumar enquanto direito fundamental na Constituição da República de 1988

Parece correto ponderar que existe uma liberdade ou direito ‘comum’ (ordinário) de fumar no País, uma vez que o consumo do tabaco não é proibido de acordo com a CR/88, com a legislação infraconstitucional e, até mesmo, pela jurisprudência já destacada. Sempre foi permitido, e até mesmo incentivado, pelo governo em outras épocas. É regulado pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Não sendo tipificado como crime, nem vedado o uso pelo ordenamento jurídico, é uma droga lícita.

Portanto, inegável a existência desse direito ordinário, até por questões consuetudinárias peculiares do Brasil, advindas dos tempos de sua colonização, mostrando-se aqui a sua importante dimensão histórico-cultural (tópico 2), inclusive no campo político-econômico e mercantilista da colônia. Serviu de base ao longo dos séculos XVII e XVIII para o incremento da renda dos agricultores e de ricos negociantes na Bahia que posteriormente investiram seus capitais na indústria brasileira. Esse comércio primordial de fumo no período colonial, segundo Nardi, ‘indiretamente’ forneceu todos os ingredientes para formação da cultura negra no Brasil, quais sejam: população, religião, cozinha, música etc. Além disso, no Brasil colônia o fumo foi um “gênero de grande valor econômico”<sup>74</sup>.

Ao se fazer um breve adendo no direito comparado, também se extrai a existência do ‘direito ordinário de fumar’. Mario Frota, apesar de seus questionamentos, acaba por assinalá-lo quando afirma que: “(...) a Resolução de 18.07.1989, de modo imperativo, busca ‘garantir que, **fora dos espaços reservados aos não-fumadores**, em caso de conflito, o

74 Cfr. NARDI, 1987, p. 72-73.

**direito à saúde do não-fumador prevaleça sobre o direito do fumador a fumar (...)**<sup>75</sup>. Destaque nossos.

Ora, concorda-se sobre a existência do direito do fumador a fumar (como direito ordinário) no interior dos espaços reservados e que prevaleça (como regra geral) nesses ambientes. Todavia, fora dos espaços reservados, o direito à saúde pode ou não prevalecer sobre o direito do fumador a fumar, mediante a análise de cada caso concreto.

A questão que se coloca é se esse direito é ou não um ‘direito fundamental’, sob a ótica do Direito Constitucional Brasileiro, sem se desprejar de uma breve análise do tema sob o ponto de vista do Direito Português.

Nessa linha, para que não reste dúvida semântica, importante ressaltar (mesmo que de passagem) a diferença terminológica entre ‘direitos fundamentais’, ‘direitos humanos’ e ‘direitos dos homens’.

Embora existam diversos critérios para a distinção, será utilizado no decurso desta exposição a diferenciação calcada na ‘positivação dos direitos’. Ou seja, os ‘direitos dos homens’ são aqueles não positivados ou ‘ainda não positivados’ no ordenamento jurídico, como um todo, ligando-se ao jusnaturalismo (direitos naturais) e à pré-história dos direitos. Os denominados ‘direitos humanos’ são aqueles consagrados no ordenamento jurídico internacional (declarações e tratados). Por sua vez, os ‘direitos fundamentais’ seriam os positivados e reconhecidos por um determinado ordenamento jurídico interno. Nasceram, desenvolvem-se e perduram enquanto a Constituição de um país encontra-se em vigor.

Sob esse enfoque (mais didático), utilizaremos, preferencialmente, a expressão ‘direitos fundamentais’ no desenrolar do presente trabalho, a não ser quando expressamente ressalvado no texto de citações.

75 Cfr. FROTA, Mário, p. 98.



Elaborado o recorte terminológico (e resguardadas as diferenças), conveniente socorrer-se, desde logo, da doutrina para buscar as ideias centrais, conceito(s), principais características e classificações dos ‘direitos fundamentais’.

#### **4.1 Conceito(s) de direito (s) fundamental (is) e algumas noções relevantes**

A começar por um breve sobrevôo na doutrina portuguesa, Alexandrino sustenta que “um direito fundamental pode pois definir-se como uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrada na Constituição”<sup>76</sup>.

Quanto às ideias relevantes acerca dos direitos fundamentais a reter, invoca três: os direitos fundamentais visam a proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas; protegem as pessoas com relação ao Estado e, normalmente, essa proteção traduz-se no impedimento de ingerências dos poderes públicos. Para além dessa dimensão negativa, existem outros direitos fundamentais cujo pressuposto é uma ‘ação positiva’ do Estado como seria o caso do direito de habitação previsto no artigo 65º da Constituição de Portugal<sup>77</sup>.

Por direitos fundamentais, entende Jorge Miranda que seriam “os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição Formal, seja na Constituição Material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”<sup>78</sup>.

76 Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 23.

77 Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 23.

78 Cfr. MIRANDA, 2012, p. 9.

Canotilho<sup>79</sup> assevera que os direitos fundamentais são: “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”. Estabelece, também, um relevante paralelo entre esses direitos e o princípio democrático<sup>80</sup>.

Marlmestein conceitua os direitos fundamentais como “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”<sup>81</sup>.

Jorge Reis Novais, indo além, estabelece o sentido e alcance dos direitos fundamentais em Estado de Direito Democrático como “trunfos contra a maioria”, natureza “prehe de conseqüências jurídicas de ordem prática”, especialmente quando envolvem posições minoritárias. Daí se extrai que:

São precisamente as posições minoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanhado de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora e tendencialmente abusiva, por parte da maioria, que têm necessidade de se socorrer da protecção e das garantias do Estado de Direito. Essa ajuda é tão mais necessária quanto mais a posição que sustentam é impopular ou gera sentimentos de rejeição mais fortes. Pois é aí que se revela a natureza e a força do Estado de Direito e das suas instituições: o Estado de Direi-

79 Cfr. CANOTILHO, 2003, p. 393.

80 Cfr. a visão do autor sobre os direitos fundamentais como “um elemento básico para a realização do princípio democrático”. A propósito, sobre essa função democrática discorre que “(...) o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48º e 109º) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por. ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural (art. 2º). Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático (...)” (CANOTILHO, 2003, p. 290).

81 Cfr. MARLMESTEIN, 2012, p. 20.



to, os direitos fundamentais, vêm em auxílio da posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos concidãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para apresentar e defender as suas concepções, opiniões ou projectos, isto é, a competir com armas iguais no livre mercado das ideias. Sem Estado de Direito, a minoria seria inevitavelmente discriminada e as concepções minoritárias suprimidas ou perseguidas, mas, no final, e como a História exuberantemente demonstra, isso ocorreria não apenas, e só isso seria decisivo, em violação do princípio da dignidade da pessoa humana que funda as nossas comunidades políticas, mas também em prejuízo do progresso moral, científico, político ou artístico da sociedade no seu conjunto<sup>782</sup>.

Justamente no prisma dessa lição é que se pode visualizar como a liberdade de fumar, apesar de impopular e em franco declínio estatístico na sociedade, deve ser compreendida em um Estado de Direito.

Entre nós, o posicionamento da doutrina é semelhante, não raro ligado a aspectos da limitação do poder, proteção da dignidade humana, institucionalização democrática e constitucionalização.

## **4.2 Principais características e classificações dos direitos fundamentais**

As características básicas dos direitos fundamentais, para Alexandrino, consistem no fato de que são necessariamente: situações jurídicas fundamentais (direitos que desenham respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas da existência,

---

82 Cfr. NOVAIS, 2006, p. 35-36.

da autonomia e do poder); universais (direitos de todas as pessoas); permanentes (apenas se extinguindo pela morte do titular ou decisão de valor do constituinte); pessoais (estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo dela inseparáveis); não patrimoniais e indisponíveis (inalienáveis vinculando o Estado e o próprio titular). Leciona que essas características são comuns quer aos direitos fundamentais de liberdade, quer aos sociais<sup>83</sup>.

A questão das características desses direitos é espinhosa, mesmo porque “o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”<sup>84</sup>. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar, como visto, que o fumo sempre esteve presente, e de forma relevante, na cultura e história do país.

Mendes *et alli*, indicam algumas características mais frequentes, quais sejam: 1- Direitos universais e absolutos (o que deve ser visto com reservas porque nem a simples condição de ser humano é condição suficiente para a titularidade de toda e qualquer pessoa, a exemplo do que ocorre com o interesse apenas de certos indivíduos, como a classe dos trabalhadores, nem é mais pacífico que os direitos fundamentais são absolutos. Ao contrário, podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores da ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais); 2- Historicidade (revelando a índole evolutiva – e não necessariamente uniforme – dos direitos fundamentais impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos, afirmando-se gradualmente); 3-Inalienabilidade/indisponibilidade (não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercido para si mesmo, física ou juridicamente – proibindo-se atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra-e-venda, doação -, quer material – destruição ma-

83 Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 24.

84 Cfr. MENDES et al, 2010, p. 315.

terial do bem. **Contudo, uma vez que se funda na dignidade, nem todos os direitos fundamentais possuem tal característica, mas apenas os que visam a resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis, como o resguardo da vida biológica e a liberdade de tomar decisões sem coerção externa);** 4- Constitucionalização (fato de estarem consagrados em preceitos de ordem jurídica, positivados em uma ordem jurídica particular, inscritos em diplomas normativos de cada Estado); 5- Vinculação dos Poderes Públicos (direitos fundamentais positivados que se tornam parâmetros de organização e limitação dos poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem) e 6- Aplicabilidade imediata (assim como na Alemanha (art. 1º, n. 3)<sup>85</sup>, Espanha (art. 53)<sup>86</sup> e Portugal (art. 18)<sup>87</sup>, o Brasil (art. 5, § 1º)<sup>88</sup> fliou-se à tendência de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, tornando-os normas de caráter preceptivo, com função de matriz para outras normas – e também de reguladoras de relações jurídicas, devendo ser aplicadas di-

85 Cfr. a Constituição da República Federal Alemanha: "Artigo 1º (1) 1 A dignidade do homem é intocável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal. (2) Por isso o povo alemão declara-se partidário de direitos humanos invulneráveis e inalienáveis enquanto base de qualquer comunidade humana, pacífica e de justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais seguintes conglomeram o poder legislativo, o executivo e o judicial enquanto direito directamente válido".

86 Cfr. a Constituição da Espanha: "Artículo 53 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

87 Cfr. a Constituição da República Portuguesa: "Artigo 18.º Força jurídica 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

88 Cfr. o texto: "Art. 5º (,,) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (,,)".

retamente pelos juízes para resolver os casos sob a sua apreciação, pela via interpretativa – quando possível, mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles)<sup>89</sup>.

Dentro das classificações propostas por Alexandrino, no direito Português, a que se enquadra melhor ao tema é a que atende ao critério da fonte, na qual se afirma que os direitos fundamentais podem ter “assento na Constituição (direitos fundamentais em sentido formal) ou fora da Constituição (direitos fundamentais em sentido apenas material)”<sup>90</sup>.

### 4.3 A liberdade de fumar enquanto direito fundamental

A despeito da inexistência de uma cláusula fechada no catálogo constitucional prevendo ‘é garantido o direito de fumar’, inegável que a CR/88, desde o seu preâmbulo, fez inserir a liberdade em sentido amplo como um dos valores supremos do Estado e um dos pilares ‘de uma sociedade fraterna’, para, em seguida, consagrá-la no rol dos direitos fundamentais de liberdade (art. 5º, *caput* da CR/88<sup>91</sup>). Portanto, na lógica de sua inviolabilidade, pressupõe o seu reconhecimento como valor moral a ser protegido<sup>92</sup>.

Segundo Tércio Sampaio, como valor, a liberdade “íntegra a personalidade enquanto seu contorno essencial” em seus sentidos

89 MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 315-330.

90 ALEXANDRINO, 2011, p. 29.

91 Cfr. o texto: “(...) 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 (...)”

92 Cfr. FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 195.



positivos (de criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa) e negativo (de não ser impedido, no que se refere à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso e de não se submeter à vontade dos outros)<sup>93</sup>.

Ou seja, a liberdade geral envolve a autonomia e autodeterminação da pessoa enquanto cidadão que vive em uma sociedade democrática e pluralista, não podendo ser eliminados esses atributos, mas apenas restringidos em situações excepcionais por outro direito fundamental de maior peso.

Quiçá, futuramente, a autodeterminação dos comportamentos humanos possa vir a ser analisada e repensada (dentro de uma ótica complexa e interdisciplinar) na interface com outras ciências (como a psiquiatria, a psicologia evolutiva e a(s) neurociência(s)) e o direito, levando-se em conta pontuais desequilíbrios ou patologias<sup>94</sup>.

Entretanto, juridicamente (e no momento), os direitos fundamentais são vagos e imprecisos, formulados de maneira genérica, de modo que tudo que não for proibido expressa ou implicitamente por outra norma fundamental ou por lei ordinária (com a devida fundamentação) incluíse no âmbito da liberdade em sentido amplo.

O indivíduo (inexistindo restrição constitucionalmente fundamentada) pode escolher beber ou não beber, eleger o alimento que lhe aprouver; o empresário pode optar entre vender e não vender deter-

---

93 *Idem*, p. 195.

94 Cfr. o posicionamento de um neurocientista ao tratar da mudança do comportamento humano: "A lição é clara: uma leve mudança no equilíbrio da química do cérebro pode causar grandes mudanças no comportamento. O comportamento do paciente não pode ser isolado da biologia. Se preferimos acreditar que as pessoas têm livre-arbitrio com relação a seu comportamento (por exemplo, "eu não jogo porque tenho força de vontade"), casos como o de Alex e a pedofilia, os cleptomaniacos frontotemporais e os pacientes de Parkinson apostadores podem nos estimular a examinar nossas opiniões com mais atenção. Talvez nem todos sejam igualmente "livres" para fazer escolhas socialmente corretas" (EAGLEMAN, 2012, p. 169).

minados produtos, para certas pessoas, em determinados lugares. E o cidadão (porque não) pode optar, dentro de sua margem de escolha, entre fumar e não fumar, mesmo que isso vá de encontro à sua saúde e vontade(s) alheia(s).

O Estado deve evitar interferir nessas questões, sob pena de se tornar totalitário e violador das liberdades individuais (leia-se: direitos fundamentais). Deve preponderar, nesses casos, a vontade privada em detrimento da opressão pública, principalmente porque envolve minorias que potencialmente não afetam outros direitos fundamentais alheios dos não fumantes (principalmente nos espaços reservados).

De se ressaltar que o caráter fluido dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, e os problemas daí emergentes (identificar, com segurança, o que é matéria essencialmente constitucional), decorre da noção geral da doutrina sobre os conceitos de Constituição em sentido formal e em sentido material.

Em relação ao primeiro, a Constituição formal normalmente é entendida como o conjunto de normas inseridas no corpo da Constituição “independentemente de seu conteúdo referir-se ou não aos elementos básicos ou institucionais da organização política do Estado”<sup>95</sup>.

No sentido material restrito, para Vargas (mencionando Silva) a Constituição “designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional. (SILVA, 2006, p. 41)”<sup>96</sup>.

95 Cfr. VARGAS, 2010, p. 59.

96 *Idem*, p. 59.



Pois bem. Essa visão sobre a existência de regras material e formalmente constitucionais, assim como Constituições Formais e Materiais é compartilhada por grande parte da doutrina brasileira<sup>97</sup>.

Em verdade, essa corrente busca o que seria a essência da Constituição, a matéria própria de toda ordem constitucional, ou seu conteúdo essencial, embora reconheça a inexistência de critérios seguros e objetivos para esta identificação, e com validade absoluta, bem como confessa, em certa medida, que inexistem matérias constitucionais intocáveis, “cristalizadas por garantias de eternidade”, mas apenas conteúdos normativos de maior significação jurídico-política, que necessitam ser amadurecidos, diante do seu especial relevo, antes de quaisquer mudanças.

Além do mais, ainda que não se considerasse o direito fundamental de fumar apenas sob estes prismas, a norma constitucional estipula que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios dela decorrentes (art. 5º, parágrafo 2º da CR/88).

É sobre esse dispositivo que passaremos a nos deter (de forma mais acurada), especialmente sob o ponto de vista doutrinário.

Sarlet sustenta que à Constituição brasileira e, extensivamente, aos direitos fundamentais, podem ser atribuídas três características: “seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”. Numa palavra: a Constituição brasileira é denominada analítica ao lado das Constituições de Portugal e da Índia, todas com elevado número de dispositivos legais<sup>98</sup>.

97 Cfr. Alexandre de Moraes (2011, p. 18), Inocêncio Mártires Coelho em obra coletiva com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 62 e p. 90/93), Pedro Lenza (2010, p. 65/67) e Marcelo Novelino (2012, p. 94/95).

98 Cfr. SARLET, 2009, p. 64. Prossegue dispondo que este cunho analítico faz com que o título II, da CR/88, contenha ao todo “sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional”, refletindo a importância desses direitos e

Considera, *prima facie*, positiva, a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, levando-se em conta o aumento do elenco dos direitos protegidos de diversas dimensões, em sintonia com a Declaração Universal de 1948 e com os principais pactos internacionais sobre direitos humanos<sup>99</sup>.

Aduz que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (consagrado no art. 5º, § 2º, da CR/88) aponta para “a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição”.

Portanto, não há como identificar uma teoria (ideologia) de um sistema distinto e autônomo (independente) de direitos fundamentais, em relação ao restante do texto constitucional, “seja no que concerne aos princípios fundamentais (dos quais podem ser deduzidos direitos fundamentais não-escritos), seja no que concerne à parte organizacional, bem como em relação às ordens econômica e social, nas quais, aliás, se encontra sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo<sup>100</sup>, mas apenas uma autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra devido à sua abertura e flexibilidade.

Por sua vez, ao tratar do conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, Sarlet descreve minuciosamente o significado e alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988<sup>101</sup>.

revelando uma certa desconfiança no legislador infranconstitucional, após um período precedente de 21 anos anteriores de regime ditatorial militar (p. 65-66).

99 Idem, p. 67.

100 Cfr. SARLET, 2009, p. 71-72.

101 Idem, p. 78-79. A norma em questão revela o entendimento que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, “no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando



Com base no entendimento subjacente ao art. 5º, § 2º, da CR/88, pode-se cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: “direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal) e direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional), devendo ser referida a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais”<sup>102</sup>.

Quanto à dificuldade em identificar, no texto constitucional (ou fora dele), quais seriam os direitos que efetivamente reúnem as condições para poderem ser considerados materialmente fundamentais, Sarlet sustenta que a abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais engloba “os direitos individuais, considerados como tais e para os efeitos deste trabalho os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado”, os direitos sociais, bem como alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional, nomeadamente “os insertos nos títulos ‘Da Ordem Económica’ e ‘Da Ordem Social’”, todos incluídos na cláusula especial de abertura ou norma geral inclusiva do art. 5º, § 2º, da CR/88, constituindo-se este dispositivo como “a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”<sup>103</sup>.

Já no que concerne à identificação do conteúdo do conceito material dos direitos fundamentais e aos critérios referenciais para a localização destes direitos (na Constituição e fora dela), verbera que este é um problema distinto e com reais dificuldades em face da relativa lacuna existente na doutrina quanto às propostas acerca deste tema<sup>104</sup>.

---

do catálogo.” Assim, o rol do art. 5º, apesar de analítico, não é taxativo à semelhança, por exemplo, da “formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1)”, dentre outras.

102 *Ibidem*, p. 80-81.

103 Cfr. SARLET, 2009, p. 81-83.

104 *Idem*, p. 84.

Contudo, propõe alguns critérios orientadores<sup>105</sup> para identificação da fundamentalidade material, considerando que a Constituição consagrou “a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais de nossa Lei Suprema”, com a ressalva “de que estes devem ser considerados em sentido amplo (direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias e os decorrentes do regime e dos princípios)”<sup>106</sup>.

Sarlet aponta, ainda, as dificuldades de conceituação e definição do conteúdo, chegando ao ponto de afirmar que seu âmbito de proteção não parece “ser possível, a não ser mediante a devida análise no caso concreto”<sup>107</sup>.

Ora, a opção de fumar, nesses termos, pode ser extraída como princípio implícito na liberdade geral, prevista no art. 5º, *caput*, da CR/88 ou, ainda, dos princípios decorrentes do regime adotados pela Constituição (arts. 1º ao 4º), em especial o princípio da dignidade da pessoa humana (com conteúdo ético, moral, normativo-positivo e *status* constitucional), interpretada como o direito à autodeterminação sobre assuntos que

105 Cfr. SARLET, 2009, p. 91. Os critérios referenciais para um conceito material dos direitos fundamentais seriam os seguintes: 1- equivalência (em seu conteúdo e dignidade) aos direitos fundamentais do catálogo, podendo-se falar então dos ‘direitos fundamentais análogos’ no direito pátrio a exemplo do ordenamento Português; 2- no que tange aos direitos fundamentais não-escritos (implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios) existem peculiaridades. Para o primeiro grupo (implícitos), por englobar posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas do catálogo, não há equiparação a fazer, uma vez que a própria norma já reconhece – ainda que não expressamente – o direito fundamental não escrito (implícito), nela subentendido. Trata-se de extrair do texto o que nele já está contido. Quanto aos direitos fundamentais fora do catálogo (escritos ou decorrentes do regime e dos princípios – não escritos) aplica-se também o princípio diretivo da equiparação aos do rol elencado no Título II da Constituição, aplicando-se os critérios da importância (atentando-se para a efetiva correspondência com o sentido jurídico dominante, cuja avaliação dependerá, sem dúvida, da sensibilidade do intérprete) e do conteúdo (com forte dose de subjetividade, mas atento a um mínimo de clareza no concernente ao paradigma escolhido); 3- interpretação das expressões “regime” e “princípios”, contidas no art. 5º, § 2º, da CR/88 em sintonia com as disposições contidas no Título I, arts. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado Social e democrático de Direito que identifica a nossa República, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.

106 Cfr. SARLET, 2009, p. 85.

107 Idem, p. 103-104.



apenas lhe dizem respeito (ser fumante ou não), assim como a garantia de um espaço privativo (dentro de um local fechado – respeitados os direitos dos não fumantes), no âmbito do qual se encontraria resguardado contra ingerências externas desproporcionais da sociedade e do Estado.

O entrelaçamento entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais não se restringe à “tríade vida, liberdade e igualdade”, mas existem outros direitos fundamentais que podem ser diretamente reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, da CR/88), com liberdade e igualdade reais.

Nessa esteira, o direito fundamental de fumar (individual e coletivo) enquadra-se, também na construção de uma sociedade livre e justa, sem interferências indevidas, por quem quer que seja, respeitados os direitos alheios dos não fumantes ou fumantes passivos.

Contudo, ao cuidar das possibilidades e limitações do conceito material de direitos fundamentais, propõe Sarlet a inexistência de problemas quanto à possibilidade de o próprio poder constituinte elevar determinadas posições jurídicas à categoria de direitos fundamentais<sup>108</sup>.

No que se refere à atividade jurídica, identifica evidentes limites na distribuição de competências inerentes ao Estado de Direito, principalmente quanto à não permissão do Judiciário substituir o legislador na sua precípua tarefa de criação do direito, embora reconheça a imprecisão entre a linha (tênue) divisória das atividades judicante e legislativa.

Propõe, então, que o Judiciário, para identificar e localizar direitos fundamentais situados fora do catálogo, primeiramente tem de identifi-

---

108 *Ibidem*, p. 137-140.

car o que já existe, ainda que de forma implícita, “sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo”. Enfim, entende que “a busca de direitos fundamentais situados fora do catálogo deve ater-se preferencialmente à Constituição, iniciando-se pelos expressamente positivados (ainda que fora do catálogo), deixando os implícitos e decorrentes para um segundo momento, voltando-se, após, para as regras de direito internacional (especialmente tratados)”<sup>109</sup>.

Quanto aos limites, Sarlet acredita que a decisão judicial que erige determinada posição à condição de direito fundamental “deve ser devidamente fundamentada, justificando a opção tomada e os critérios utilizados”<sup>110</sup>.

Por sua vez, no que se refere à atuação do intérprete na identificação de direitos fundamentais não-escritos, mais especificamente, dos denominados direitos implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios estipula, com precisão que:

Na primeira hipótese, cuida-se de analisar se determinada posição jurídica, por subentendida em alguma norma expressa do catálogo constitucional, pode ser tida como abrangidas pelo seu âmbito de proteção, considerando-se assim implicitamente nele contida. Neste caso, conforme frisado alhures, há que ter em mente que a hipótese de se incluir certa posição no campo de abrangência de determinada norma de direito fundamental não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção. Esta solução, salvo melhor juízo, se harmoniza com a sistemática adotada pela nossa Carta, além de não conflitar necessariamente com as limitações traçadas pelos princípios da separação de poderes e do Estado de Direito. (...) os direitos decorrentes do “re-

109 Cfr. SARLET, 2009, p. 138.

110 Idem, p. 139.



gime” e dos “princípios” consagrados pela nossa Constituição. Aqui, conforme demonstrado alhures, exercendo plenamente sua competência criativa, o intérprete atua na “construção jurisprudencial do direito”, revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente em nossa Carta e que podem ser deduzidos diretamente do regime (democracia social) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (arts. 1º a 4º).(…) Neste sentido, o art. 5º, § 2º, passaria a exercer função preponderantemente didática nesta seara, chamando a atenção do intérprete para esta possibilidade de identificação de direitos implícitos e construção jurisprudencial de novos direitos não-escritos, além de autorizá-lo expressamente a tanto.<sup>111</sup> Destacamos.

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro, existem outros direitos fundamentais implícitos e decorrentes.

Com efeito, poder-se-ia concluir que, em um primeiro momento, não se tem dúvidas de que dentre os direitos implícitos se pode perfeitamente extrair da liberdade geral, contida no art. 5º, *caput*, da CR/88, a liberdade de fumar como direito fundamental, mesmo porque esse direito encontra-se harmonizado com a sistemática da Constituição. Ora, não contradiz nenhum outro direito fundamental e está na linha interpretativa aberta, fluida, inclusive do art. 5º, § 2º, da CR/88.

Porém, ainda que venham críticas a essa interpretação, fato é que, poder-se-ia utilizar, também (em um segundo momento), da interpretação judicial consagrada na cláusula de abertura (art. 5º, § 2º, da CR/88), pertinente aos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, exercendo-se uma competência criativa, porém sistematizada na construção do direito fundamental de fumar (em estado latente na Carta), e deduzido diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), do objetivo de construção de

---

111 Ibidem, 2009, p. 139.

uma sociedade livre (art. 3º, I, da CR/88), bem como da igualdade de consideração e respeito que deve preponderar no meio social.

Não se deve perder de vista o caráter consuetudinário da liberdade de fumar no País, tanto que sempre foi permitida pelo ordenamento como um todo.

Nesse prisma, os direitos fundamentais, “apesar de consagrados de forma sistemática entre o art. 5º ao art. 17, não se restringem aos elencados no Título II”, pois “há diversos direitos fundamentais espalhados ao longo do texto constitucional, além de outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil”<sup>112</sup>.

Quanto ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ensina Novellino que este “valor constitucional supremo irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais”<sup>113</sup>.

A dignidade, como valor, não é conferida pelo ordenamento jurídico a ninguém, mas “tem a função de proteger este valor”, estando ligada à liberdade, de caráter negativo, por “exigir uma abstenção por parte do Estado e dos agentes privados, impedidos de praticar uma conduta violadora da dignidade do ser humano”<sup>114</sup>. Desta forma:

o reconhecimento de certos direitos fundamentais é uma manifestação necessária da primazia da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição. **É certo, no entanto, nem todos os direitos fundamentais derivam da dignidade humana com a mesma in-**

112 Cfr. NOVELINO, 2012, p. 465.

113 Idem, p. 379.

114 Cfr. NOVELINO, 2012, p. 381-382.



**tensidade: enquanto a vida, a liberdade e a igualdade decorrem de forma direta (derivação de 1º grau), outros são apenas derivações indiretas (derivação de 2º grau)<sup>115</sup>. Grifo posto.**

Como o sistema e os direitos fundamentais constitucionais estão baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se claramente que, ainda que não se considere a liberdade geral positivada na Constituição como suficiente para dela extrair o direito fundamental, não há como se afastar da conclusão de que o seu fundamento emerge para todos, em uma sociedade democrática (onde também se consideram os direitos fundamentais das minorias), da dignidade da pessoa humana, pois se até mesmo criminosos possuem essa qualidade inata de autodeterminação (restringindo apenas a liberdade de ir e vir), quanto mais um fumante que deve ser tratado com igual consideração e respeito aos não fumantes, sob pena de afrontar por discriminação suas escolhas pessoais (outras formas de discriminação previstas como objetivos da República no art. 3º – e não se pode negar que para um fumante a liberdade de fumar lhe promove prazer), o que se encontra associado ao art. 5º, § 2º, da CR/88, porquanto a discriminação em todas as suas formas decorre do regime previsto na Constituição (art. 3º, IV, da CR/88). Portanto, igualmente poderá ser associada àquela norma de abertura do catálogo formal.

Até porque, nas várias classificações dos princípios, se verifica aquela que estabelece a divisão entre princípios sistêmicos e extrassistêmicos, conforme decorram ou não do sistema jurídico positivo. É nessa esteira que Novelino subdivide a primeira categoria (sistêmicos) em expressos quando contemplados textualmente no ordenamento “obtendo o seu fundamento de validade diretamente nas fontes formais” ou implícitos “quando apesar de não estarem expressos em nenhum texto normativo, podem ser deduzidos indiretamente de outras normas, por meio de

---

115 Idem, p. 384.

sucessivas abstrações”, descobrindo-os no ordenamento, “em que se encontram em estado de latência”<sup>116</sup>. Em suas palavras:

Por serem resultantes da interpretação de vários dispositivos, os princípios constitucionais implícitos representam a manifestação do espírito da Constituição, funcionando como seu denominador comum. A constituição brasileira de 1988 reconhece a existência e autoriza a aplicação de direitos e garantias não expressamente previstos, desde que compatíveis com os princípios e com o regime por ela adotados (CF, art. 5º, § 2º). Em seu texto, não é rara a identificação de princípios implícitos que, apesar de não estarem formulados linguisticamente, devem ser considerados como normas jurídicas<sup>117</sup>.

Essa passagem reforça que foi adotado um sistema aberto de direitos fundamentais em nosso país<sup>118</sup>.

Mais uma vez, encontra-se na doutrina portuguesa certa similitude na abertura do sistema de direitos fundamentais na Constituição de 1976, tanto que Alexandrino estabelece os diversos tipos de direitos fundamentais presentes no ordenamento daquele país: direitos fundamentais expressos na Constituição; direitos, liberdades e garantias; direitos econômicos, sociais e culturais; direitos fundamentais de natureza análoga; direitos fundamentais dispersos e direitos fundamentais extravagantes (ou extraconstitucionais)<sup>119</sup>.

116 Cfr. NOVELINO, 2012, p. 116/117.

117 Idem, p. 116-117.

118 Branco aduz, então, que “Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição” e a sua fundamentalidade decorre “da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário” (p. 348). Aliás, prossegue o autor afirmando que este entendimento não constitui novidade na tradição constitucional brasileira uma vez que já estava proclamada no § 36 do art. 153, da CR/1969, com o propósito de não excluir da enumeração dos direitos fundamentais outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa. Então, o legislador reformista pode criar novos direitos fundamentais, para ampliar o catálogo já existente (p. 301).

119 Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 32-33.



Dentre eles, os que possuem alguma correspondência com o sistema pátrio e (guardadas as devidas proporções) revelam a abertura do sistema Português são: os direitos análogos e os extravagantes.

Os primeiros, dizem respeito aos direitos fundamentais não previstos nos artigos 24º a 57º, da CRP, mas por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objeto e mereçam um tratamento análogo aos dos direitos, liberdades e garantias. Ensina o doutrinador lusitano que, em princípio, são direitos consagrados na Constituição (direitos fundamentais de natureza análoga formalmente constitucionais), mas não está, no limite, excluída a possibilidade de serem direitos apenas materialmente constitucionais. Será, então, análogo “aquele direito cujo conteúdo possa ser extraído imediatamente por interpretação das normas constitucionais que o reconhecem”<sup>120</sup>.

Os segundos são aqueles recebidos pela cláusula aberta do art. 16º, nº 1 da CRP<sup>121</sup> e “sendo direitos apenas materialmente constitucionais, podem revestir ou não a qualidade de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”<sup>122</sup>.

Ainda no sistema Português, para além da cláusula aberta, Alexandrino aponta outras modalidades: i) admissão de direitos fundamentais dispersos; ii) A compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos fundamentais formalmente constitucionais; iii) A possibilidade de descoberta jurisprudencial de direitos fundamentais junto de outras normas constitucionais (com apoio nas penunbras das normas de direitos fundamentais, no texto, na história e na estrutura da Constituição); iv) e, naturalmente, o próprio aditamento expresso de direitos fundamentais por revisão constitucional.

120 Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 52.

121 Os direitos consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional (ALEXANDRINO, 2011, p. 53).

122 Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 33.

Por sua vez, Alexandrino faz importante indagação sobre o porquê do desprezo da norma de abertura considerada expressamente na Constituição. E responde que: “nos ordenamentos onde semelhante cláusula foi consagrada (Estados Unidos da América, Brasil, Venezuela, Canadá, Peru, etc.) a mesma tem sido alvo de um absoluto desprezo, desprezo que tem sido ainda mais gritante por parte dos órgãos a quem a norma primariamente se destinava: os tribunais”<sup>123</sup>.

Nesse aspecto, por se tratar de norma de interpretação, essas regras/cláusulas de abertura, no Brasil, não vêm sendo utilizadas pelos tribunais, cumprindo suas funções simultaneamente proscritora (impedindo interpretação que queira negar esses direitos fundamentais) e prescritiva (uma vez que revelado um direito, ela constitui uma presunção a favor de seu valor como direito fundamental), na forma preconizada por Alexandrino<sup>124</sup>.

No Direito Português, Alexandrino estipula que os direitos consagrados na Constituição (dentro ou fora do catálogo) só serão fundamentais se satisfizerem o critério da fundamentalidade material<sup>125</sup>. E traça as linhas orientadoras para tanto<sup>126</sup>.

123 Idem, p. 55-56.

124 Cfr. ALEXANDRINO, 2011, p. 56.

125 Idem, p. 57.

126 Ibidem, p. 58-59: “i) Só pode ser fundamental aquele direito que descreva uma relação qualificada do homem e do Estado (**numa dimensão básica da existência, da autonomia** ou do poder das pessoas – por regra, individualmente consideradas); ii) Devido à necessária vinculação histórica, a fundamentalidade não pode ser entendida como uma grandeza fixa, mas antes situada e variável (existindo por isso distintos *graus de fundamentalidade*); iii) A noção de fundamentalidade tem necessariamente de descer ao esquema arquitectónico (à estrutura) da Constituição, razão pela qual, na CRP, **só podem ter-se como fundamentais os direitos que garantam um bem, valor ou interesse implicado na combinação do princípio da dignidade da pessoa humana (ou do Estado de Direito) com os princípios da liberdade e da igualdade** (ou da solidariedade); iv) Estando portanto referida à decisão de conjunto subjacente à Constituição e podendo essa essência, na Constituição Portuguesa, resumir-se pela ideia de <<igual dignidade>>, **a fundamentalidade tem de ser expressão da igual dignidade de todas as pessoas**; v) No caso dos direitos extraconstitucionais, esse critério pressupõe não só a equivalência de fundo relativamente aos direitos formalmente constitucionais como ainda a radicação comunitária (ou seja, pressupõe que se esteja perante um direito suficientemente radicado na consciência jurídica colectiva como elemento fundamental do ordenamento)”. Destacamos.



Enfim, considerando o direito fundamental de fumar de acordo com os critérios de fundamentalidade propostos pelo Direito Português (aplicáveis ao Brasil com as devidas adequações), este descreve uma relação entre o Estado e a pessoa, numa dimensão básica da autonomia, pois é algo que pode ser pedido ao Estado, tanto na dimensão financeira (regulação e pagamento de tributos sobre o tabaco), e o Estado é que detém mecanismos para regulamentar o seu uso (como locais de consumo, quantidade de substâncias tóxicas contidas no produto por meio da ANVISA).

Nessa linha, a fundamentalidade pode ser extraída também da necessária vinculação histórica do direito de fumar (desde a colonização) adequada a uma grandeza situada e variável no tempo. Ademais, não resta dúvida de que o direito de fumar garante um interesse implicado na combinação do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da liberdade. Essa fundamentalidade consiste na devida regulamentação do tema de modo a proporcionar igual dignidade de todas as pessoas (fumantes e não fumantes), harmonizando-se os interesses conflitantes, bem como a presença, na hipótese, da equivalência ao direito formalmente constitucional (liberdade), radicado na consciência jurídica coletiva como elemento fundamental do ordenamento brasileiro.

Aliás, no direito nacional, Mendes *et al*, ao tratarem da noção dos direitos fundamentais e da fundamentalidade material, ressaltam que o catálogo dos direitos vem se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico, dificultando uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles.

E terminam dizendo que os julgados do STF são sensíveis à identificação de normas de direito fundamental fora do catálogo, a partir da existência de um especial vínculo “que pode ser evidenciado de ordem histórica – do bem jurídico protegido com alguns dos valores

essenciais ao resguardo da dignidade da pessoa humana enumerados no art. 5º da Carta (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade)<sup>127</sup>.

Nessa esteira se insere, uma vez mais, agora em âmbito judicial, a certeza de que a tese da liberdade fundamental de fumar encontra-se em clara sintonia com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que decorre do entrelaçamento dos valores da dignidade e liberdade, todos previstos na CR/88.

E mais. Deve se levar em conta, em que pesem entendimentos contrários, o papel das fontes do direito constitucional nessa discussão, especialmente os costumes decorrentes da prática reiterada de certos atos caracterizados pela crença de que são necessários ou indispensáveis ao bem-estar individual, à autodeterminação pessoal e à convivência harmônica na coletividade. Mesmo que em desuso, um costume *secundum constitutionem* ou *praeter constitutionem* devem ser aplicados, respectivamente, na inexistência de norma constitucional escrita ou no caso de eventuais lacunas existentes no sistema, hipóteses que se amoldam ao caso do tabagismo brasileiro<sup>128</sup>.

127 Cfr. MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 311-315.

128 Cfr. NOVELINO, 2012, p. 10: "O costume *secundum constitutionem* é aquele que está em consonância com uma norma da Constituição, contribuindo para sua maior efetividade. Pode ser considerado apenas como *fonte subsidiária*, pois, existindo norma constitucional escrita, esta é que deverá ser aplicada. O Costume *praeter constitutionem* ("além da Constituição") pode ser utilizado na interpretação das normas constitucionais ou na integração de eventuais lacunas, devendo ser reconhecido como fonte autônoma do direito constitucional". Logo, mesmo que em desuso, estando em consonância com a liberdade, autodeterminação e dignidade, inexistindo norma constitucional proibitiva escrita (e diante da lacuna existente), a liberdade de fumar pode ser considerada também como fonte subsidiária ou autônoma no direito brasileiro.



### 4.3.1 Argumentação adicional à tese da liberdade de fumar enquanto direito fundamental

O capítulo V da CR/88, que trata *Da Comunicação Social*, em seu art. 220, § 4º, estipula que a ‘propaganda comercial’ de tabaco estará sujeita a restrições legais e (sempre que necessário), conterà advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Isso nos demonstra que, se o legislador constituinte regulou na Constituição a propaganda de cigarros, de maneira expressa, concedeu aos cidadãos maiores e capazes a liberdade de fumar enquanto direito fundamental.

Tanto é verdade que, ao interpretar essa parte da CR/88, Moraes aduz que “o que se pretende proteger nesse novo capítulo é o *meio* pelo qual o *direito individual constitucionalmente garantido será difundido*, por intermédio dos meios de comunicação de massa”<sup>129</sup>. (destaque nosso).

Mais um argumento se soma aos anteriores.

Como ressaltado, a história e cultura do fumo no Brasil advém do período colonial.

Ora, o meio ambiente cultural é tutelado pela Constituição no art. 225, e de forma explícita pelos arts. 215 e 216, da CR/88, sendo que, segundo D’Isep: “Aquele (art. 215) ratifica o princípio da universalidade, uma vez que assegura a todos o pleno exercício dos direitos culturais, assim como dispõe sobre a proteção que o Poder Público deve exercer sobre o patrimônio cultural; e este último (art. 216) traz em si o seu conceito”<sup>130</sup>.

129 Cfr. MORAES, 2011, p. 1963-1964.

130 Cfr. D’ISEP, 2009, p. 81. Por oportuno, é bom dizer que o art. 215, da CR/88, possui o seguinte teor: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos *direitos culturais* (...)”. Em seu § 1º dispõe que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, *indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*. Já o art. 216, da CR/88, define o patrimônio cultural brasileiro levando em

Pois bem. Prossegue D'Isep, mencionando a definição de José Afonso da Silva, de patrimônio cultural como aquele “(...) integrado pelo patrimônio *histórico*, artístico (...)”. Argumenta que “(...) o bem cultural revela a história de um povo, sua cultura, hábitos, crenças, enfim, a sua identidade, nesta inseridos tanto os valores materiais como os imateriais (...)” e, por fim, conclui que: “(...) Protegê-lo significa, em primeiro plano, assegurar essa identidade e, ao fazê-lo, por via de consequência, estará garantindo o Estado Democrático de Direito, a própria República, uma vez que seus princípios fundamentais – cidadania e dignidade humana (art. 1º da CF/1988) – se manifestam também no bem cultural (...)”<sup>131</sup>.

Então, verifica-se que o patrimônio histórico integra o cultural no bojo do qual se manifestam a cidadania e a dignidade. Também por esse ângulo, a proteção à liberdade de fumar (enquanto bem histórico e cultural) se manifesta na garantia de conservação do Estado Democrático, da República, da cidadania e da igual dignidade, premissas que se reportam ao dispositivo do art. 5º, § 2º, da CR/88 (direito implícito decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Por essas razões adicionais, a liberdade de fumar é um legítimo direito fundamental.

E um direito fundamental, em suas dimensões subjetiva e individual [seja porque extraído do direito de liberdade previsto no catálogo do art. 5º, da CR/88, seja porque decorrente do regime democrático e dos princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (no sentido do direito de exigir dos órgãos públicos e da sociedade a sua observância)]; e objetiva (como

conta “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira nos quais se incluem: I - (...) II - os modos de criar, fazer e viver; (...)”.

131 Cfr. D’ISEP, 2009, Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental e Econômico e a ISO 14000, 2009. p. 81-83.



direito de proteção do Estado às liberdades de escolha e propiciar meios para sua devida efetivação).

Quanto à discussão se é um direito fundamental forte ou fraco, essa é outra questão que, por si só, não serve de argumento para eliminar, *a priori*, a liberdade, em si, de fumar do tabagista, que apenas poderá ser restringida por uma justificação jusfundamental mais forte do que ela. Não seria oportuno uma restrição abstrata (por não ser a sede apropriada, mas sim na análise de conflitos advindos de casos concretos), e desde que devidamente ponderados os bens e direitos fundamentais envolvidos, com justificativa adequada para eventual limitação e resolução dos conflitos porventura daí resultantes.

O que não se deve é eliminar, desde logo, *qualquer direito fundamental* (incluindo o de fumar), sob o argumento de ser mais frágil do que outros (como o da saúde, por exemplo), posto que consubstanciado na igualdade de consideração e respeito, e na liberdade de autodeterminação extraídas da cláusula de abertura, prevista constitucionalmente.

Em suma, o que nos cabe (nesse momento) é responder à indagação se a liberdade de fumar é ou não um direito fundamental. Respondida afirmativamente, o degrau seguinte é analisar, por meio da ponderação, a constitucionalidade da Lei restritiva aos espaços reservados. Conflitos com outros bens abstratos para justificar essa legislação não merecem apreciação aprofundada (em que pese não deixarmos de passar por algumas críticas previsíveis ou já formuladas à respeito), pois cada caso é único, não se podendo ter uma pré-compreensão de que esse direito fundamental (ou qualquer outro) sempre sucumbirá por ser mais ‘fraco’, em todas as situações, quando em conflito. Afinal, os direitos fundamentais (todos) não são absolutos.

Mas a argumentação não encerra aqui.

A regulamentação, o controle e a fiscalização de produtos e serviços que envolvam riscos à saúde pública são incumbências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. São bens e produtos submetidos ao seu controle e fiscalização: cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco.

As justificativas do Governo Federal para criar as agências reguladoras são decorrentes de exigências sociais e políticas. Em função disso, houve uma diluição do papel da administração pública como prestador exclusivo ou principal de serviços públicos e, simultaneamente, um processo, ainda em curso, de regular atividades produtivas de interesse público, mediante o estímulo à competição e à inovação, atuando (preferencialmente) no gerenciamento de recursos e na função de controle.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. É uma autarquia sob regime especial, ou seja, uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira. Sua gestão é responsabilidade de uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros.

Na estrutura da Administração Pública Federal, a ANVISA está vinculada ao Ministério da Saúde, sendo que este relacionamento é regulado por Contrato de Gestão.

A finalidade institucional da Agência é promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados<sup>132</sup>.

---

132 Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/comp.htm>>. Acesso em: 15 de mar. 2012.



Ora, se um órgão vinculado a um Ministério do Executivo, criado por lei, inserido no sistema administrativo da União, não proíbe o uso do tabaco, mas apenas o *controla*, quando poderia, em tese, *restringi-lo totalmente*, é porque o direito fundamental de fumar (implicitamente) decorre, também, da própria ação dos Poderes constituídos, cuja organização está prevista nos arts. 2º, 84, I, e 87/88, todos da CR/88.

Assim, relevante ponderar em face dessa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que a liberdade é princípio constitucional. E mais: princípio insculpido no art. 5º, *caput*, da CR/88, como parte do núcleo de nosso constitucionalismo.

Logo, num Estado de Direito, não é a atuação conforme a lei que se mostra preponderante (o que rebaixaria o Estado brasileiro a mero Estado de Legalidade). Ao contrário, no Estado de Direito, o que se objetiva é a proteção de todos os direitos fundamentais (expressos, implícitos e decorrentes), pelo viés da separação dos poderes.

Nessa ótica, os direitos fundamentais previstos na Constituição são aplicáveis a todos os Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), como normas jurídicas vinculativas. No caso do Judiciário, os magistrados só podem decidir casos concretos com base em uma fundamentação calcada na teoria dos direitos fundamentais das liberdades individuais (liberdade religiosa etc.) e nos direitos sociais (a exemplo dos direitos previdenciários, de moradia).

Na atual divisão das normas constitucionais entre regras e princípios observa-se o seguinte: nas primeiras, por se tratarem de normas claras e precisas (aplicação do ‘tudo ou nada’), em geral os casos são de simples resolução. Contudo, é quanto aos princípios (onde gravitam os direitos fundamentais) que se revelam as maiores dificuldades.

É que no conflito entre regras, ao se produzir a invalidade, uma delas é extirpada do ordenamento jurídico, enquanto no conflito entre princípios (por serem abertos) deve-se adotar critérios de resolução, como aqueles atinentes à hierarquia, temporalidade, especialidade, ética e valores morais. No conflito entre princípios (por permanecerem ambas as normas no ordenamento jurídico, pois nenhuma é excluída), outro critério empregado é o do peso ou importância, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Com efeito, em dadas situações, por exemplo, a ‘vida’ pode prevalecer, em outras não. Basta lembrar as questões da ortotanásia e dos cuidados paliativos (adotada em alguns países), o aborto, a pena de morte em casos de guerra declarada e o abate de aviões.

Dito assim, à partida, poderia se revelar de simples compreensão ambos os tipos de conflitos. Porém, a realidade nos mostra que não é sempre assim, porque em casos difíceis, como liberdades, vida, aborto, a sociedade se apresenta sempre dividida. E essa divisão, não raro, é transposta para o meio jurídico e político para que possa ser solucionada adequadamente.

Em determinadas circunstâncias, existe mesmo um conflito entre uma lei (em abstrato) e um direito fundamental (explícito ou implícito). Nessas, se o legislador comprime ou restringe um direito fundamental já não se pode dizer que aquele permanece como sendo um direito fundamental. Cabe aqui, então, a incidência do controle (concentrado ou difuso) de constitucionalidade das leis.

E é nessa última circunstância que se enquadra outro problema crucial do estudo: a constitucionalidade ou não de uma lei restritiva de direitos em face de princípios constitucionais fundamentais implícitos e/ou decorrentes, que nos revelam com clareza a existência de um autêntico “direito fundamental de fumar”.

Quanto a isso não resta dúvida. Porém, para aprofundar o debate passa-se à análise de algumas objeções à tese.



#### 4.4 **Objecções à tese da liberdade de fumar enquanto direito fundamental**<sup>133</sup>

Algumas críticas e indagações que eventualmente podem surgir (e já surgiram) da constatação de que a liberdade de fumar se traduz em direito fundamental podem ser enumeradas: 1) a vida e saúde afetadas pelos malefícios do cigarro são incongruentes com a liberdade de fumar (pois sempre seriam prevalentes) e não podem ser compartilhadas com a liberdade dos não fumantes; 2) o direito de fumar não é um direito fundamental porque não responde a seguinte indagação: é essencial ao ser humano fumar?; 3) a fundamentação da liberdade de fumar enquanto fundamental é complexa; 4) e se o Estado brasileiro transformar o ato de fumar em crime, como resolver o problema? 5) inserir o direito fundamental de fumar na liberdade geral poderia vulgarizá-la; 6) surgimento de um paradoxo, pondo em xeque o dever de proteção do Estado de reduzir o risco à saúde, pois a permissão do fumo coloca em risco a saúde dos próprios fumantes; 7) geração de um conflito de princípios, pois obriga o empresário/comerciante a admitir local de fumantes, aumentando despesas; 8) como fica o direito fundamental à saúde dos funcionários que trabalham em bares e restaurantes ou em locais fechados (onde o tabaco fosse permitido); 9) talvez o melhor enquadramento fosse não como direito fundamental, mas sim como parte integrante da própria liberdade geral; 10) como resta o dever de proteção do Estado frente aos fumantes e a proteção da própria pessoa, sobre si, e sua saúde, também como direito fundamental?; 11) Crítica formulada por Lenza<sup>134</sup>, que o tabagismo é a principal causa de morte evitável e, o indiscutível dever do Estado (como um todo) de proteção da saúde e combate ao fumo, incluindo o fumante passivo.

133 A maioria das críticas apresentadas surgiu após a apresentação oral desse relatório aos demais mestrandos de Direito Constitucional, ano 2011-2013. Outras, da doutrina.

134 Cfr. LENZA, 2010, p. 382.

## 4.5 Respostas e conclusões parciais

Inegável que o tema é polêmico. De qualquer sorte, passa-se a discorrer (uma a uma) sobre as objeções.

À primeira indagação, como se sabe, do ponto de vista jurídico, vida, saúde e liberdade não são incongruentes ou incompatíveis entre si, mesmo diante dos malefícios provocados pelo fumo. É que, conforme sustentado, na ponderação de direitos fundamentais (que não são absolutos) qualquer um deles pode prevalecer sobre os demais diante de uma situação concreta (e noutra não).

Para que se recobre, basta mencionar os casos da morte digna (já aceita em alguns países como Holanda e Argentina) e da ortotanásia (regulamentada no Brasil pelo CFM). A transfusão de sangue nos adeptos da Religião ‘Testemunhas de Jeová’, onde a liberdade religiosa de escolha dos pacientes terminais incuráveis ou plenamente curáveis (no último caso) prevalece sobre a vida e a saúde. Nessa linha, em caso de guerra declarada, a vida deixa de prevalecer nos termos do art. 5º, XLVII, a, da CR/88<sup>135</sup>. Noutro viés, a saúde pública prevalece sobre a liberdade quando o proprietário é obrigado a franquear a entrada de agentes de saúde em sua residência para o combate à dengue, sob pena de multa.

Sobre a ortotanásia e cuidados paliativos, é digno de nota (apesar das intensas discussões travadas no país) que o CFM (Conselho Federal de Medicina), em 31/8/2012, considerando a inexistência de regulamentação sobre ‘diretivas antecipadas de vontade do paciente – conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados – no contexto da ética médica brasileira’, a ‘alta relevância da questão da autonomia do pacien-

135 Cfr. o texto: “(...) Art. 5º (...) XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (...)”.

te no contexto da relação médico-paciente<sup>3</sup>, entre outros fatores, editou a Resolução CFM nº 1.995/2012<sup>136</sup>, que regulamenta, acertadamente, que em casos de pacientes terminais (como regra geral) as diretivas do paciente prevalecerão sobre quaisquer outros desejos. Essa postura revela como a medicina evolui na consideração de uma liberdade ampla (e preponderante) em detrimento de aspectos relacionados à vida e saúde muito mais extremos e emergentes (casos terminais) do que a questão do tabagismo (que pode ser remediada geralmente com maior elasticidade temporal).

No contexto da prevalência da liberdade sobre a saúde, a experiência demonstra que nem sempre essa prevalece sobre aquela, tenha maior valor ético, e seja juridicamente mais relevante, tanto que comumente casos desse jaez são retratados em outros espaços culturais como a literatura e o cinema. Nesse último, como reflexão, dentre outros, o filme *Uma Prova de Amor*<sup>137</sup> (*My Sister's Keeper*), que revela até que ponto um pessoa pode ir para salvar sua família, considerando o livre-arbítrio de seus integrantes, em uma disputa judicial que envolve a autonomia para

136 Cfr. o texto: "(...) RESOLVE: Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação (...). Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2012.

137 Cfr. MY SISTER'S KEEPER, 2009, New Line Productions, INC. Distribuição Exclusiva no Brasil: Playarte Home Video, CNPJ 00.0943.231/0001-39. E-mail: vendas@playart.com.br. Acesse o site: [www.playarte.com.br](http://www.playarte.com.br). Veja a sinopse: "(...) Cameron Diaz, Abigail Breslin, Alec Baldwin e um elenco excepcional trazem muita sensibilidade à história de Anna Fitzgerald, uma garota de 11 anos concebida para ser doadora para sua irmã que sofre de leucemia, mas que exige o direito definitivo de controlar seu próprio corpo. Este ato de livre arbítrio pode separar a família Fitzgerald. Ou pode ser o primeiro passo para uma realização triunfante de devoção, dignidade e o significado de uma família".

disposição do próprio corpo em prol de um de seus membros. No final, a liberdade prepondera.

Pois bem. É perfeitamente conciliável as liberdades de escolha e autodeterminação dos indivíduos fumantes e não fumantes mediante a criação de espaços reservados. Além disso, ninguém é obrigado a conviver nos espaços coletivos (públicos ou privados) com fumantes ou não fumantes. Tudo é questão de escolha. E mesmo que existisse tal obrigação, poder-se-ia ventilar em renúncia tácita destes direitos em prol de sua saúde. Por fim, o bom senso deve preponderar na convivência social, cada qual sabendo eleger o seu lugar, como melhor lhe aprouver, pena de sermos tratados (todos) como ignorantes.

À segunda objeção, de cunho nitidamente subjetiva, observa-se que cada um define a essencialidade de seu ser (o que lhe é melhor, mais conveniente ou essencial) de forma livre. Talvez para um não fumante o ato de fumar seja um mero vício ‘tolo’. Porém, para ele (fumante) lhe proporcione prazer e felicidade. E quem poderia dizer que essas questões são de somenos importância para a completude deles como seres humanos, desde que não afete terceiros?

No direito comparado, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, já vislumbra, desde 1776, como verdades *de per si* a existência de certos ‘direitos inalienáveis’ dos homens, dentre os quais: a ‘busca da felicidade’<sup>138</sup>.

138 (...) Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a **busca da Felicidade**. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e **Felicidade**. (...) Destacamos. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776). In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-05-29]. Disponível em: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em: 29 mai. 2012.

No Brasil, discute-se por meio do Projeto de Emenda Constitucional 19/2010<sup>139</sup>, a inclusão do direito à felicidade no art. 6º, da CR/88, para direcionar os direitos sociais à realização da felicidade individual e coletiva. Até o momento, o projeto já foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, aguardando inclusão na ordem do dia, desde 18/11/2010<sup>140</sup>.

A Corte Suprema Brasileira, a respeito do direito à busca da felicidade, vem consagrando-o como ‘verdadeiro postulado constitucional implícito’, como ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana<sup>141</sup>.

Logo, dentro das diversidades naturais de cada ser, faz sentido que seja essencial o direito de fumar associado à liberdade, ao prazer e à felicidade individual, desde que não prejudique terceiros.

Para a terceira indagação, apesar de a fundamentação do direito de fumar ser difícil, não é impossível e incoerente com as normas

139 Senado Federal. <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97622](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622)>. Acesso em: 07 jun. 2012.

140 Idem.

141 ADI 4.277/DF. STF. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje nº 198 Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário nº 2607-03, p. 855-861. Cfr. os seguintes trechos:“(…) **Reconheço que o direito à busca da felicidade** – que se mostra **gravemente** comprometido, **quando** o Congresso Nacional, **influenciado** por correntes majoritárias, **omite-se** na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, **a grupos minoritários**, a fruição de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos **cujas raízes** mergulham, historicamente, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. (...) **Nesse contexto**, o postulado constitucional da busca da felicidade, **que decorre**, por implicitude, **do núcleo** de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, **assume** papel extremo relevo no **processo de afirmação**, gozo e expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator de neutralização** de práticas **ou** de omissões lesivas **cujas ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, até mesmo, esterelizar direitos e franquias individuais. (...) **Registre-se**, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **STA 223Agr/PE**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade**, um **importante vetor hermenêutico** relativo a temas de direitos fundamentais’, **como anota o ilustre** advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (**‘O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal’**). (...) **Vale mencionar** o fato de que a **busca da felicidade foi também positivada**, no plano normativo, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa (**Preâmbulo**, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo)**. (...) Destaques presentes no texto original.

e princípios de nossa Constituição. Tanto assim o é que (preponderantemente), no aspecto jurídico, já foram tecidas as argumentações pertinentes alhures. Ademais, o direito é o campo científico em que gravitam grandes discussões e dificuldades, em que pese a inexistência de verdades absolutas. Logo, o argumento da complexidade, por si só, não deve engessar o pensamento jurídico que merece tratamento adequado através da dialética.

Quanto à quarta objeção, desde logo, é importante ressaltar que o Estado não poderia criminalizar, por meio de lei, o uso do tabaco, pois afinal de contas é um direito fundamental protegido pela cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da CR/88. Em sendo assim, toda proposta de lei tendente a abolir direitos fundamentais seria inconstitucional. E se o fizesse por meio de Proposta de Emenda à Constituição, podem indagar alguns? Aí seria o caso de edição de uma norma constitucional inconstitucional.

Por sua vez, não é crível que a elevação da liberdade de fumar à direito fundamental ‘vulgarizaria’ os direitos fundamentais. Primeiro porque o fumo já faz parte da cultura, da política e da economia brasileira, desde a época colonial, embora seu consumo venha sendo reduzido significativamente nos termos delineados. Então, não consiste numa atitude banal. Está cristalizada no consciente e inconsciente coletivo. Lado outro, porque apesar de não declarado positivamente, sempre foi um direito fundamental implícito, extraído da liberdade geral. O que não se teve foi interesse de propor argumentações nos termos ora realizadas. Mas isso não afasta sua existência.

Indo adiante, não se pode conceber nenhum paradoxo plausível e insolúvel quanto ao dever de proteção do Estado de reduzir o risco à saúde, ou colocar em risco a saúde dos próprios fumantes. Para a redução do risco o Estado já dispõe de inúmeros outros mecanismos menos



ofensivos à liberdade para fazê-lo (tributação, propaganda informativa dos males, tratamento dos dependentes etc.). E pelo que consta, os utiliza, tanto que a redução no consumo é visível nos últimos anos. A legislação brasileira retratada no tópico 2 é extremamente densa e cobre diversas situações. Porque então violar a liberdade de autodeterminação drasticamente? A respeito da saúde dos fumantes a questão é de livre deliberação e de renúncia aos direitos fundamentais.

A propósito da sétima objeção, não existe conflito de princípios, pois o empresário/comerciante não está obrigado hoje, nem esteve no passado, a criar em seu estabelecimento local de fumantes ou não fumantes. Nos termos do art. 170, da CR/88, nosso sistema é permeado pelo livre comércio e iniciativa de modo que o empresário pode escolher entre aceitar em seu estabelecimento apenas não fumantes, apenas fumantes ou fumantes e não fumantes, de acordo com suas convicções pessoais ou empresariais, sopesando custos e benefícios e assumindo as despesas que bem entender.

Acerca dos direitos fundamentais à saúde dos funcionários que trabalham em bares e restaurantes (ou em locais fechados onde frequentam fumantes), a situação é análoga, qual seja, livre opção de escolher o emprego ou de renunciar (tácita ou expressamente) o seu direito de não aspirar fumaça.

Aliás, para esses funcionários, o art. 7º, incisos XXII e XXIII, da CR/88, estipulam, respectivamente, a “(...) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (...)” e o “(...) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (...). Então, basta a regulamentação para redução dos possíveis riscos, por meios de normas de saúde ou a verificação da legislação trabalhista (que decorre do art. 7º, XXIII, da CR/88), que prevê os adicionais de insalubridade e periculosidade das funções, como

inúmeras outras que, nem por isso, deixaram de existir, mesmo sendo detectadas por perícia.

Ademais, os trabalhadores são protegidos nesse aspecto pela Seção XIII da CLT (Consolidação das leis do trabalho – arts. 189/197 da Lei 6.514/77<sup>142</sup>), que cuida das atividades insalubres ou perigosas, limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição, eliminação e neutralização dos agentes nocivos e os adicionais remuneratórios de acordo com o(s) grau(s) de classificação máximo, médio e mínimo. Idêntica proteção, através da

142 Cfr. os dispositivos:“(...) Art . 189 – Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. Art . 190 – O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. Parágrafo único – As normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos. Art . 191 – A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. Parágrafo único – Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo. Art . 192 – O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. Art . 193 – São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado. § 1º – O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. § 2º – O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Art . 194 – O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho. Art. 195 – A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. § 1º – É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas. § 2º – Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. § 3º – O disposto nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, nem a realização ex officio da perícia. Art . 196 – Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho, respeitadas as normas do artigo 11. Art. 197 – Os materiais e substâncias empregados, manipulados ou transportados nos locais de trabalho, quando perigosos ou nocivos à saúde, devem conter, no rótulo, sua composição, recomendações de socorro imediato e o símbolo de perigo correspondente, segundo a padronização internacional. Parágrafo único – Os estabelecimentos que mantenham as atividades previstas neste artigo afixarão, nos setores de trabalho atingidas, avisos ou cartazes, com advertência quanto aos materiais e substâncias perigosos ou nocivos à saúde (...)”.



Lei 8.112/90<sup>143</sup>, nos arts. 68/72, gozam os servidores públicos civis da União, das autarquias, incluindo as de regime especial e fundações públicas federais. Diversas normas desse calibre são reproduzidas em nível estadual e municipal. Isso apenas reforça o caráter democrático da República e a maturidade da sociedade em conviver com as diferenças e perigos.

A resposta à nona objeção foi dada ao longo do texto. Por meio da conjugação do art. 5º, *caput* e do seu § 2º, da CR/88 (cláusula de abertura), o enquadramento da liberdade de fumar como direito fundamental implícito foi extraído também da liberdade geral. Assim como a liberdade de beber e de se alimentar, dentre outros, como questão de autoconsciência de cada um.

A propósito das duas últimas indagações, o dever de proteção do Estado frente aos fumantes e a segurança da própria pessoa sobre si e sua saúde, também como direito fundamental, restaram respondidas no curso do trabalho. O Estado pode proteger por diversas maneiras e já o faz (inclusive por meio de seu vasto repertório legislativo), não necessitando intervir de forma radical na liberdade de pessoa maior e capaz para protegê-la, senão todos nós seríamos rebaixados à categoria de crianças, incapazes ou interditados, o que seria ilógico. Para esses, já existe proteção específica em lei, segundo abordado no tópico relativo à evolução jurídica do consumo do tabaco no Brasil.

Quanto à proteção do fumante passivo ventilada por Lenza, não se nega que o “tabagismo seja a principal causa de morte evitável”,

143 Cfr. o texto, p. ex., do *caput* do art. 68: “ (...) Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo (...)” e do art. 72: “ (...) Os locais de trabalho e os servidores que operam com Raios X ou substâncias radioativas serão mantidos sob controle permanente, de modo que as doses de radiação ionizante não ultrapassem o nível máximo previsto na legislação própria. Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão submetidos a exames médicos a cada 6 (seis) meses (...)”. O mesmo acompanhamento, como medida de proteção, poderia ser feito com eventuais funcionários que optassem por trabalhar em lugares onde existissem os espaços reservados para fumadores.

com consequências também para os não fumadores. Porém, se tem como premissa que existem outras formas de evitar esses males, muito menos restritivas e mais eficientes, sem violar a liberdade de maneira tão acintosa e, segundo o próprio autor reconhece, “de maneira, não há dúvida, bastante enérgica”<sup>144</sup>. (Destacamos)

Uma última observação. O Estado não é onipresente e não pode proteger as pessoas em tempo integral. Mesmo que o quisesse, seria em vão, porque a exemplo das drogas ilícitas, das armas e da segurança pública (para citar alguns casos), apesar de tentar, verifica-se que o resultado é quase sempre insatisfatório. Melhor se utilizar do enorme leque de opções legislativas para conciliar interesses, informar seus cidadãos, preservar suas liberdades e os direitos fundamentais, incluindo o ‘direito fundamental de fumar’.

## **5 Análise da constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546, de 15 de dezembro de 2011, segundo procedimento de ponderação do prof. Jorge Reis Novais**

O art. 49 da Lei 12.546, de 15 de dezembro de 2011 alterou o art. 2º (e incluiu um parágrafo 3º) na Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996. Efetuando-se o recorte atinente ao objeto do trabalho, abstraindo-se do estudo as alterações efetivadas em diversos dispositivos inovadores, o que nos interessa especificamente são as mudanças levadas a cabo no art. 2º, *caput*, da Lei 9.294/96 e a inclusão de um § 3º, proibindo os ‘fumódromos’, por meio da supressão de texto do *caput* e da definição do que se considera recinto coletivo no § 3º. Confira-se como ficaram os dispositivos:

144 Cfr. LENZA, 2010, p. 382.



Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público. (Redação dada pela Lei nº 12.546, de 2011)

§ 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os recintos de trabalho coletivo e as salas de teatro e cinema. (...)

§ 3º Considera-se recinto coletivo o local fechado, de acesso público, destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas. (Incluído pela Lei nº 12.546, de 2011)

À partida, trata-se de uma alteração restritiva e de fácil constatação quando comparada à redação dos textos dos dispositivos originais da Lei 9.246/96, transcritos no tópico 2.

Pois bem. Cabe analisar, juridicamente, se essa restrição, quanto aos direitos fundamentais dos fumantes, é ou não constitucional, deixando em segundo plano os já conhecidos malefícios provocados pelo tabaco, sob pena de termos de aplicar idêntico tratamento a outros meios poluentes e prejudiciais à saúde (própria e de terceiros), como a bebida, a poluição advinda das fábricas e do tráfego urbano.

Desta forma, poderemos obter um panorama geral sobre o pensamento e evolução da sociedade brasileira e do Estado, evitando-se posições paradoxais, desproporcionadas e injustas, porquanto divorciadas da Constituição e do sistema normativo. Esse deve ser analisado de maneira técnica e imparcial, deixando-se de lado as “paixões”. Prevalência de meios jurídicos e filosóficos certos tendem a gerar fins igualmente corretos.

Assim, o que se pretende, é proceder ao estudo da constitucionalidade dos dispositivos referenciados, deixando bem claro, desde o princípio, que o caso é complexo, por envolver princípios, conflitos de interesses

entre direitos fundamentais (implícitos e/ou decorrentes) e preservação dos direitos das minorias, no caso os fumantes.

A considerar o exposto no ponto relativo aos direitos fundamentais, acredita-se que o legislador brasileiro não se utilizou de forma adequada do disposto na Convenção-Quadro (foi além, de maneira inadequada, desnecessária e desarrazoada). Nessa medida, acabou por violar os direitos fundamentais de liberdade das minorias fumantes. E por quê?

Numa palavra, porque não respeitou a liberdade fundamental de fumar, de autodeterminação e autonomia dos cidadãos, ignorando o insculpido no art. 5º, *caput*, e § 2º, da CR/88. Oprimiu excessivamente, de forma desproporcional e desarrazoada o direito das minorias fumantes. Em recintos coletivos fechados de acesso público e/ou privado devem permanecer reservados aos tabagistas a liberdade de frequentar os ‘fumódromos’ já existentes e que não expunham as maiorias à fumaça.

A questão da exposição indevida à fumaça em nenhum momento foi demonstrada cientificamente (nestes espaços reservados), através de trabalho técnico a embasar a legislação brasileira, ou seja, que esses lugares reservados eram prejudiciais à saúde de terceiros não fumantes. Poderiam ser prejudiciais apenas aos próprios fumantes ou a quem neles quisesse adentrar de livre e espontânea vontade (mesmo assim, caso não fossem construídos de maneira adequada). Porém, isso é questão de liberdade de escolha deles, cuja interferência do Estado se mostra indevida e desproporcional.

Por outro lado, o legislador, com sanção presidencial, acaba por violar o princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da CR/88, ao passo que trata como iguais (em locais públicos e privados fechados) pessoas diferentes (fumantes e não fumantes), prejudicando e restringindo de maneira desnecessária, apenas os direitos dos primeiros que, a



partir da publicação da lei, tiveram diminuídas consideravelmente suas liberdades de ir e vir, permanecer e ficar nos locais fechados (públicos e privados), sendo obrigados a perambular ‘pelos cantos’, como verdadeiros marginalizados.

Ora, ao aplicar as lições de Mello sobre a isonomia na análise do tema proposto (segundo descrito no tópico 3.1.), vislumbra-se que a desequiparação legal proposta não violou os dois primeiros elementos uma vez que não atingiu um só indivíduo, mas sim pessoas com características distintas (fumante e não fumantes).

Nesse raciocínio, ‘investigando’ (em abstrato) o terceiro elemento, o fator diferencial adotado pela lei (ser fumante ou não fumante) para qualificar os atingidos poder-se-ia (não sem alguma controvérsia), até certo ponto, dizer que guardaria ‘alguma’ pertinência lógica (adequação racional) “com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”<sup>145</sup>, qual seja, a proibição de fumar em locais fechados públicos e privados. Apesar disso, o tratamento jurídico vantajoso conferido aos fumantes era muito mais adequado, racional e harmonizado com o sistema, nos moldes da lei anterior, pois dispensava à categoria diferenciada um tratamento bem menos rígido e igualmente sem riscos para terceiros ao prever a existência dos espaços reservados para fumar nos recintos fechados.

Mesmo assim, ainda que se considere preenchido o elemento anterior, percebe-se nitidamente que não resta preenchido o último, pois, *in concreto*, ainda que se possa estabelecer racionalmente um nexó entre a diferença e o conseqüente tratamento, esse vínculo não é constitucionalmente pertinente, uma vez que não prestigia “situações conotadas

---

145 Cfr. LENZA, 2010, p. 38.

positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”. Ao contrário, observa-se que foram “colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva”, ou seja, a liberdade em sentido amplo, a dignidade da pessoa humana, a constituição de uma sociedade livre e a liberdade de mercado. Enfim, sobre a existência do nexó lógico a autorizar a desequiparação “é mister que este retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional”, o que não ocorre no caso, seja do ponto de vista da categoria dos fumantes quanto dos empresários (que têm restringida a sua margem de atuação no mercado) em desarmonia com a Constituição pois, de acordo com Mello, ao tratar da pretensa desequiparação entre grupos empresariais com base em favores fiscais dispõe que: “o art. 173, § 4º, da Lei Maior, hostiliza as situações propiciatórias dos domínios dos mercados e da eliminação da livre concorrência, posto que, ademais, por tal meio, longe de se concorrer para a justiça social (art. 170, caput), tende-se a fugir dela”<sup>146</sup>.

Logo, na hipótese, do mesmo modo, e com idênticos fundamentos jurídicos, principalmente na proibição absoluta do fumo em recintos fechados privados, estar-se-ia o Estado a intervir de maneira contrária à regra da livre iniciativa (a liberdade de contratar com quem se deseja – fumantes ou não fumantes, adotadas as cautelas de praxe) e da eliminação da livre concorrência entre aqueles que desejassem contratar com ambas as categorias (mantendo-se espaços reservados) ou apenas com alguma delas (fumantes e não fumantes), dada a maturidade da sociedade hodierna para tanto frente ao vasto conteúdo de informações disponíveis acerca dos malefícios do fumo.

De forma mais consistente, a constitucionalidade da medida legislativa não suporta aos testes de uma fundamentação mais sólida, conduzindo-se

146 Cfr. MELLO, 2004, p. 28. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.



os cidadãos fumantes (devido à indeterminação e vagueza do enunciado do artigo 49 da lei), em alguns aspectos, a situações discriminatórias.

É certo que o legislador, por vezes, tem dificuldade quanto à regulação de determinadas matérias que envolvem direitos fundamentais, considerando que estes tipos de normas possuem caráter aberto, o que prejudica a antecipação e resolução dos conflitos por meio de regras claras e precisas. Se fossem precisas, não haveria problemas, tanto que seria cabível (até mesmo) o controle prévio de constitucionalidade pelo Legislativo ou Executivo (veto). Nem ao Judiciário se chegaria a fiscalização desses tipos de normas constitucionais.

Até para o Judiciário, nesse campo, frequentemente, normas de direitos fundamentais geram *hard cases*. E o que se analisa é um deles. Portanto, uma vez presente um autêntico conflito de princípios, o caso se mostra de intrincada solução (pois a Constituição é vaga), devendo o magistrado se apoiar em critérios jurídicos e não pessoais. Para tanto, importante que siga um método, uma linha de orientação precisa, segundo nos informa a doutrina, especificamente a do Professor Jorge Reis Novais, que foi eleita para utilização, porquanto didática, mas com bastante densidade jurídica.

No entanto, considerando a metodologia em questão aplicada à verificação da constitucionalidade deste ato legislativo e utilizando-se de pontos de apoio à fundamentação judicial, como forma ou fatores que influenciam na margem de atuação do Judiciário, se poderá concluir, sem dúvidas, que o artigo 49 da Lei em pauta não é constitucional.

Primeiro, porque as normas constitucionais de direito fundamentais violadas (liberdade e igualdade dos fumantes) não têm natureza jurídica de regras, mas sim de princípios. Segundo, porque se trata de direitos fundamentais negativos, exigindo-se que o Estado não faça alguma

coisa em relação aos direitos fundamentais e, esta condição, dificulta o trabalho do magistrado. Concomitantemente, o Estado não deve ser omissivo quanto à saúde, e nesse campo, deve promovê-la através de condutas ativas.

Por sua vez, como na apreciação da inconstitucionalidade deve-se centrar muito mais nos deveres que o Estado tem do que nos direitos fundamentais individuais, isso nos conduz a avaliar o primeiro dever que o Estado possui, qual seja, o de respeitar as pessoas, sem discriminações.

Depois, proteger o acesso aos direitos fundamentais e tutelá-los contra agressões de outras pessoas, da sociedade e do Estado. Em suma, o dever de respeitar e o de proteger valem para todos os direitos fundamentais (expressos, implícitos ou decorrentes). Tem, ainda, o Estado a obrigação de assegurar o acesso dos indivíduos aos direitos jusfundamentais para os que não tem condições mínimas.

No que se refere ao dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, não raro se entra em conflito com outros direitos de terceiras pessoas, tendo-se de proceder a limitação de um (ou alguns deles) para atingir aquela finalidade. E, por não haver direitos fundamentais absolutos, em casos de conflitos, devem ser feitas ponderações com outros bens e valores, segundo critérios jurídicos, no âmbito do dever de respeitar. Seguem-se, então, as quatro fases propostas por Jorge Reis Novais para verificação da existência ou inexistência de uma inconstitucionalidade.



## **5.1 Fases do Procedimento de Ponderação do Professor Jorge Reis Novais<sup>147</sup>**

### **5.1.1 Interpretação**

Na primeira fase, a da interpretação, determina-se o conteúdo do direito, ou seja, o que está compreendido, na hipótese, dentro da liberdade de autodeterminação e da igualdade, devendo-se, à partida, ter uma visão mais ampla, sob pena de eliminar prematuramente a questão dos direitos fundamentais, *in casu*, dos fumantes.

### **5.1.2 Intervenção restritiva nos direitos fundamentais**

Nesta, há de observar se existe uma intervenção restritiva nos direitos fundamentais, uma compressão dos direitos, a fim de verificar se temos ou não uma restrição para controlar.

### **5.1.3 Justificação para restrição dos direitos fundamentais**

Aqui se deve analisar a existência de uma justificação (motivação) para a restrição dos direitos fundamentais e se essas razões são ou não admissíveis.

---

<sup>147</sup> Para aprofundar na sistemática, confira-se a obra de Jorge Reis Novais *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, 2011, p. 161-194.

### 5.1.4 Respeito dos limites aos limites

Nesta etapa, pondera-se se a medida legislativa concretamente adotada respeita os limites aos limites, quais sejam: os princípios constitucionais estruturantes da igualdade, liberdade, proibição de excesso, proporcionalidade em sentido amplo e razoabilidade.

Quanto ao princípio da proibição de excesso, próprio dos Estados de Direito, independentemente de estar positivado ou não, possui outras denominações dadas pela doutrina, sendo mais conhecido entre nós por princípio da proporcionalidade.

Todavia, aqui utilizaremos a classificação do princípio formulada por Jorge Reis Novais, in *Princípios Estruturantes da República Portuguesa*, que se mostra mais didática e objetiva para a compreensão da fundamentação jurídica nestes casos difíceis.

Nela, se considera o princípio da proibição de excesso como gênero (ao invés de proporcionalidade em sentido amplo, como adotada por outros doutrinadores). Consiste em que o Estado não deve restringir (para além do necessário) direitos fundamentais, ou seja, como ideia geral e abstrata não pode ser excessiva a medida. Nas palavras de Novais: “o princípio da proibição do excesso é actualmente, pode dizer-se, a autêntica chave de resolução da esmagadora maioria dos problemas de direitos fundamentais”<sup>148</sup>. E prossegue:

Não há, hoje, controlo judicial das restrições aos direitos fundamentais, não há verdadeiramente dogmática de direitos fundamentais, sem o recurso sistemático, permanente, imprescindível, ao princípio da proi-

148 Cfr. NOVAIS, 2006, p. 101. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria.



bição de excesso, nas suas diferentes dimensões, máximas ou subprincípios. Para além de outros requisitos, qualquer restrição ou intervenção restritiva num direito fundamental só passa o teste de constitucionalidade se se puder sucessivamente demonstrar que é apta para realizar um fim legítimo e de peso superior ao direito fundamental em questão; que é indispensável à realização de tal fim; que não é indeterminada<sup>149</sup>.

Nesse gênero, situam-se os subprincípios da aptidão (ou adequação), da indispensabilidade (necessidade, exigibilidade, do meio menos restritivo), da proporcionalidade (ou proporcionalidade *stricto sensu*, segundo outros autores), da razoabilidade e da indeterminabilidade.

O primeiro deles (bem objetivo), o da aptidão, estabelece que a medida tem que contribuir de alguma forma para atingir o fim almejado. Se se comprovar que a medida adotada não contribuiu para atingir o fim (em nada), conduz-nos a inconstitucionalidade da lei. Essa contribuição, portanto, pode ser parcial ou total e, se parcial, ainda assim nos leva à conclusão de constitucionalidade da medida, por pouco que se tenha contribuído para alcançar o fim perseguido.

O segundo subprincípio (indispensabilidade) significa que entre duas medidas ‘igualmente’ aptas a proteger o fim perseguido, prevalece a menos restritiva. Ou seja, se houver outra medida apta, prepondera sempre a menos restritiva que atinge igualmente o mesmo fim. Cuida-se de um subprincípio complexo, pois se as medidas não forem ‘exatamente’ aptas, passa-se no teste da constitucionalidade.

O terceiro subprincípio (proporcionalidade) significa, a despeito das comparações entre fins e meios (realizadas anteriormente), que aqui já se compara o sacrifício imposto e o benefício alcançado, que não pode ser desproporcionado. Enfim, quando o benefício alcançado é muito

---

149 *Idem*, p. 101.

menor que o sacrifício, estamos diante de uma inconstitucionalidade. É certo que em grande parte dos casos se introduz uma certa dose de subjetivismo na aplicação desse subprincípio. Contudo, ainda assim, ele se mostra um instrumento eficaz para orientação do magistrado na solução de casos difíceis.

No subprincípio seguinte (razoabilidade), não raro com sentido impreciso, se olha para a pessoa ou grupo atingido e verifica se para estes, com a adoção da medida, ficam numa posição insustentável, inadmissível do ponto de vista quantitativo (econômico) ou qualitativo (criando um sofrimento psíquico).

O último subprincípio (indeterminabilidade) prescreve que a lei restritiva tem que ser bem conhecida (não pode ser vaga), para que não leve a outras futuras violações de direitos fundamentais, ou do próprio direito protegido. Possui efeito inibitório, acautelador. Nesse sentido, a violação deste princípio acarreta a inconstitucionalidade, a despeito de aceitar certos limites técnicos de vagueza no texto, às vezes por impossibilidade de ser feito de forma mais clara e objetiva pelo legislador.

## **5.2 Análise da Constitucionalidade a luz dessas fases e conclusão parcial**

Estabelecido o percurso, só nos resta trilhá-lo.

Na primeira fase (interpretação), não há como se olvidar que dentro da liberdade de autodeterminação e da igualdade, inclui-se a liberdade de fumar em recintos fechados públicos e privados (desde que adequadamente reservados e isolados como já era previsto pela redação original do artigo 2º, da Lei 9246/96). O tratamento igualitário nestes



locais, sob pena de ser discriminatório, deve propiciar um ambiente diferenciado para os fumantes, apartados dos não fumantes, de modo a tratar os desiguais de maneira desigual, dentro do mesmo espaço físico, ressalvado o devido isolamento. A liberdade de frequentar esses ambientes cabe a cada indivíduo (fumante ou não), respeitando-se a decisão livre e consciente do outro.

Então passamos à segunda fase (intervenção). Nessa, observa-se que existe uma intervenção restritiva nos direitos fundamentais, uma compressão dos direitos. Ou seja, no caso em apreço, o art. 49 da Lei 12.546/2011 é restritivo quanto ao fumo em locais fechados, públicos e privados, e sem exceções. Essa limitação é geral e abstrata porque decorre de uma lei restritiva, estando, portanto, neste ponto, comprovada a limitação aos direitos fundamentais da liberdade (decisão livre e consciente de fumar ou não) e igualdade (tratamento diferenciado em face das características dos indivíduos, traduzido na existência de ambientes diversos e adequados) dos fumantes.

Avançando para a terceira fase (justificação), percebe-se que existe uma justificação para a restrição dos direitos fundamentais. Resta saber se essas razões são ou não admissíveis. Bem, na Constituição não existe limitação ao direito fundamental de liberdade dos fumantes, o que resolveria aqui o problema. Logo, ausente fundamentação constitucional para a restrição. Contudo, na tramitação da lei, se justificou a restrição no sentido de que o Brasil efetivasse a Convenção-Quadro sobre o uso e controle do tabaco da qual é participante, que deverá “ser executada e cumprida tão inteiramente quanto nela se contém”.

Em suma, a fundamentação se reporta ao teor do instrumento internacional apontado. Portanto, a princípio, a fundamentação não se restringiu apenas aos direitos e opressão da minoria, o que seria insuficiente para nos conduzir a inconstitucionalidade. Poder-se-ia até considerar

a existência de fatores suspeitos, ou seja, aqueles que provocam repetidas violações de direitos fundamentais “actuadas com desconsideração e discriminação dos sectores minoritários, marginais, mais débeis ou mais hostilizados pelos interesses e preconceitos das maiorias”<sup>150</sup>, como a raça, origem étnica, sexo, orientação sexual, convicções políticas ou ideológicas, as crenças religiosas, a língua ou a origem territorial, e porque não, incluir nesse rol quaisquer outras formas de discriminação, consoante previsto no art. 3º, da CR/88. Dessa maneira, a inconstitucionalidade restaria reconhecida.

Porém, como a fundamentação foi além, restringindo direitos por outros argumentos, aqueles contidos na Convenção-Quadro, que se revelam fortes e contundentes, no que se refere aos malefícios sociais e ambientais provocados pelo tabaco, inclusive para limitar a exposição de terceiros à fumaça, não seria conveniente encerrar-se a argumentação nessa fase.

Como ressaltado, várias vezes no texto da Convenção-Quadro se remete ao respeito dos Estados partes à aplicação do que dispõe suas próprias Constituições e ordenamentos jurídicos. E o nosso, cuida do direito fundamental da liberdade dos fumantes de forma nítida.

Dessa forma, ao sopesar detidamente a Convenção-Quadro e seu objetivo, mais diretamente relacionado à questão do fumo em locais públicos, estampado no art. 3º, verifica-se que visa a “**reduzir** de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco”. Destacamos para demonstrar que a intenção é reduzir e não eliminar. Além disso, no art. 4º, 2, ‘a’, como princípio norteador do instrumento, ressalta-se “a necessidade de tomar medidas para proteger toda pessoa à exposição da fumaça do tabaco”.

150 Cfr. NOVAIS, 2006, *Direitos Fundamentais, Trunfos Contra a Maioria*, p. 64.



Especificamente no art. 8º, 1, da Convenção-Quadro, registra-se que as partes signatárias têm consciência de que a ciência demonstrou de forma inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.

E prossegue o art. 8º, 2, que cada parte signatária, respeitadas a jurisdição e legislação nacional, medidas legislativas, executivas e administrativas, dentre outras “**medidas eficazes de proteção contra à exposição à fumaça** do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados, e, se for o caso, **outros lugares públicos**”. Deixa-se claro que os locais indicados pela Convenção são os públicos, e não privados, conforme deliberado equivocadamente por nosso parlamento.

Ora, a despeito do peso dessa fundamentação, o art. 2º, *caput*, e § 3º, da Lei 9.294/96 (alterado pela legislação em vigor), já dispunha de proteção eficaz contra a exposição à fumaça e reduzia de maneira contínua e substancial essa exposição em locais públicos (segundo objetivado pela Convenção) e até mesmo em locais fechados privados. Então, as propostas presentes no instrumento internacional já vinham sendo implementadas sob a égide da redação anterior, sendo cumpridas, com a reserva de espaços para os fumantes nos locais fechados públicos e, indo além, até mesmo em locais privados como *shopping centers*, bares e restaurantes.

Logo, o peso da justificativa se mostra afastado, no caso brasileiro, porquanto desnecessária a alteração de um dispositivo que estava funcionando bem, de acordo com os moldes estabelecidos na Convenção, tendo em vista que não comprovado tecnicamente a necessidade de alteração tão restritiva, ineficácia ou prejuízos para os não fumantes (substancialmente protegidos pela vasta legislação mencionada alhures).

Na quarta, última e mais importante fase do procedimento, avalia-se se a medida legislativa concretamente adotada respeitou os limites aos limites, quais sejam: os princípios constitucionais estruturantes da igualdade, liberdade, proibição de excesso, proporcionalidade em sentido amplo e razoabilidade.

Quanto aos princípios constitucionais estruturantes da igualdade e liberdade, foram tecidas considerações em tópico próprio, motivo pelo qual são desnecessários maiores aprofundamentos.

Assim, desde logo, analisa-se o princípio da proibição de excesso, mais conhecido entre nós por princípio da proporcionalidade.

No gênero (proibição de excesso), situam-se os subprincípios da aptidão (ou adequação), da indispensabilidade (necessidade, exigibilidade, do meio menos restritivo), da proporcionalidade (ou proporcionalidade *stricto sensu* segundo outros autores), da razoabilidade e da indeterminabilidade.

Quanto ao primeiro deles – aptidão – (bem objetivo), na hipótese, percebe-se que os locais reservados existentes para os fumantes eram suficientes para isolá-los integralmente dentro dos espaços fechados (públicos e privados), sem que os não fumantes ficassem expostos à fumaça. Além disso, a prática demonstra que o simples fato de não fumar por algum tempo, enquanto estiver em um determinado local, não provoca, por si só, a redução da vontade de consumo, pois, assim que esteja em lugar aberto, o fumante tentará compensar o ‘tempo perdido’. Logo, à míngua de comprovação do contrário por meios técnicos (sequer invocados no projeto da medida provisória convertida na lei questionada), de que não eram suficientes é de se concluir que a nova lei não contribuiu ‘em nada’ para o fim almejado (exposição dos não fumantes à fumaça e redução do consumo pelos fumantes).



Aliás, pelo contrário, contribuiu para maior exposição dos não fumantes à fumaça, pois, na prática, os locais destinados a eles (fora dos espaços reservados), situam-se nas portarias ou estacionamentos dos *shopping Centers*, aeroportos, bares e restaurantes, o que expõe o fumante duplamente (além da própria fumaça do cigarro, à fumaça de veículos que transitam livremente nos locais abertos, duplicando os malefícios à saúde desses). Assim, a medida nesse ponto se revela inconstitucional.

É verdade que a questão é controversa e alguns sempre poderão afirmar que a medida contribuirá para a redução do consumo, ainda que minimamente, porém esses argumentos são frágeis e permeados de certa dose de subjetivismo, diante da carência de estudos científicos e pesquisas a respeito (no Brasil) ou mesmo em face dos poucos meses em que a medida entrou em vigor.

Respeitados eventuais entendimentos contrários, o trabalho será de melhor valia se prosseguirmos na análise dos demais subprincípios, ressalvada a nossa posição de que a medida em nada contribuiu para o fim almejado.

O segundo subprincípio (indispensabilidade) não foi respeitado. É que mais uma vez, na hipótese, existiam duas medidas ‘igualmente’ aptas para a proteção do fim (deixar de expor o não fumante à fumaça). Uma delas, era a já prevista no art. 2º da Lei alterada, consistente na existência dos espaços reservados nos locais fechados e a outra foi a proibição total desses espaços nos locais públicos e privados. Logicamente, deve prevalecer a menos restritiva (manutenção dos espaços reservados), pois apesar de ambas alcançarem o fim perseguido (isolando fumantes e não fumantes dentro do mesmo espaço), a manutenção dos ‘fumódromos’ é muito menos restritiva à liberdade e igualdade do que a eliminação cabal desses espaços.

Então, adentra-se no terceiro subprincípio (proporcionalidade), quando se afirma existir certa dose de subjetividade.

A propósito do artigo 49 da Lei posta em exame, contudo, não há que se falar em subjetivismo, porque não resta dúvida de que o sacrifício imposto aos não fumantes com a proibição dos espaços reservados foi totalmente desproporcional ao benefício alcançado, se é que se conseguiu algum. Nota-se que o ‘benefício alcançado’ foi a ausência de exposição dos não fumantes à fumaça o que já acontecia plenamente com a existência dos espaços reservados suprimidos de forma desproporcional com a nova lei. Melhor dizendo, em ambas as hipóteses o benefício para os não fumantes continuou o mesmo enquanto o sacrifício para os fumantes foi elevado porque privados de sua liberdade de permanecer em locais fechados reservados (públicos e privados).

O subprincípio da razoabilidade, aplicado ao caso em exame, revela que a medida legislativa coloca os fumantes em uma situação insustentável nos locais públicos e privados fechados porque terão de se retirar contra sua vontade desses espaços e se dirigirem para outros abertos, quando e se existentes nas proximidades (potencialmente mais lesivos segundo declinado). Dessa maneira, nem aqui a medida consegue superar o teste de constitucionalidade.

O último subprincípio (indeterminabilidade), não foi cumprido porque percebe-se que a Lei questionada estendeu a restrição a locais fechados ‘privados’, o fez sem critérios, a depender de regulamentação (ainda não editada até o fechamento desse relatório) e com alto índice de indeterminação, especialmente na redação do § 3º, do art. 2º, onde definiu “recinto coletivo o local fechado, de acesso público, **destinado a permanente utilização simultânea por várias pessoas**”.



Poder-se-ia induzir a erro os destinatários da norma, os próprios não fumantes e aplicadores da lei em diversas situações (especialmente os não fumantes que podem ampliar ainda mais essa norma restritiva), como no caso de quartos de hotéis e motéis (são recintos fechados, de acesso público), mas no aspecto semântico não são destinados à “utilização simultânea” por várias pessoas (e mesmo que a utilização fosse simultânea, nesses casos, lógico que haveria concordância entre as várias pessoas, o que se insere na renúncia de direitos). Portanto, aqui caberia ou não restrições aos fumantes? Decerto que não. Além disso, um parque de diversões, ou zoológico é um local ‘fechado’, ‘cercado’, a céu aberto e, portanto, passível da restrição? A resposta só pode ser negativa.

O índice de indeterminação é tão exacerbado que diversas instituições vêm cobrando da Presidência da República a regulamentação do art. 49 da Lei 12.546/2011, até então, porém, sem sucesso<sup>151</sup>.

Com efeito, esse subprincípio foi violado e nos conduz à inconstitucionalidade do § 3º, do art. 2º, incluído pelo art. 49, da Lei 12.546/2011.

Como dito, passa-se por todas as fases orientadoras do controle judicial da medida porque se trata de um estudo científico e não a análise de um caso concreto. Na prática, o magistrado poderia já interromper a sua fundamentação na primeira fase ou no primeiro subprincípio em que a medida não superasse o teste de constitucionalidade.

---

151 Cfr. trecho do teor da Carta enviada à Presidência, em 02/07/2012, por diversas instituições (Aliança de Controle do Tabagismo, Sociedade Brasileira de Cardiologia, Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, Sociedade Brasileira de Pediatria e Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia): “(...) Destacamos a urgência de tal medida por notoriamente se tratar de tema tão caro à saúde pública, porém até o momento não recebemos a minuta do texto ou informações sobre o andamento deste processo e sua possível data de conclusão. Por este motivo, vimos respeitosamente solicitar sua atenção para este compromisso assumido perante a sociedade civil e a necessidade de publicação de um decreto regulamentador, cujo texto deve estar de acordo com a CQCT e suas diretrizes, com a máxima brevidade possível, a fim de garantir a adequada implementação e fiscalização da lei 12546/2011 em todo o país (...).” Disponível em: <[http://prevencao.cardiol.br/campanhas/pdf/carta\\_antifumo.pdf](http://prevencao.cardiol.br/campanhas/pdf/carta_antifumo.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2012.

### 5.3 Questões adicionais acerca da Constitucionalidade da medida legislativa

Ao cuidar das formas de solução de conflitos entre princípios constitucionais originados dos fenômenos de tensão ou colisão entre normas constitucionais (regras e princípios), Novelino disserta sobre o conflito entre princípios e regras, em planos distintos, como um princípio constitucional e uma regra legal onde, “a priori, deve prevalecer a regra formulada pelo legislador, a quem a Constituição conferiu a primazia para concretizá-la”, pois a regra infraconstitucional muitas vezes resulta de uma ponderação abstrata feita pelo legislador. Contudo, defende que a regra deve ser afastada “quando for inconstitucional ou sua aplicação provocar uma situação de *manifesta injustiça*, em razão de circunstâncias extraordinárias presentes no caso concreto e que não poderiam ter sido antecipadas quando da generalização probalística realizada pelo legislador”<sup>152</sup>. Nessas hipóteses, deve o aplicador afastar a incidência da regra infraconstitucional para aplicar diretamente um princípio constitucional.

No caso vertente, além da inconstitucionalidade já analisada como sendo uma das razões para afastamento da regra, o abandono da norma infraconstitucional merece ser feito também com base no princípio da justiça, considerando que a proibição dos espaços reservados em locais fechados provoca e provocará inúmeras circunstâncias injustas (em diversas situações) que não foram antecipadas pelo legislador, como a própria discriminação em bares, restaurantes e congêneres, onde os tabagistas não poderão exercer o seu direito fundamental de fumar, com as cautelas (e a harmonização) existentes antes da alteração legislativa.

152 Cfr. NOVELINO, 2012, p. 140-414.



Ademais, a proibição provoca nos casos concretos, extrema injustiça nas relações empresariais e na liberdade de mercado asseguradas constitucionalmente, forçando proprietários de estabelecimentos regularizados a não comerciar com quem quer que deseje, adotadas as precauções necessárias à proteção dos não fumantes, incluindo a liberdade de com eles não querer negociar.

Outro argumento é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, como método de auto-restrição judicial. Contudo, em que pese concordar com a deferência que merece ser dada pelo Judiciário ao legislativo, e reconhecer que a interpretação judicial conhece limites, não é viável proceder assim quando leis antigas, leis pré-constitucionais “e normas legais não oriundas do processo parlamentar, como as medidas provisórias, gozem de presunção de constitucionalidade quando restringem direitos fundamentais”<sup>153</sup>. Esse entendimento se adequa perfeitamente à lei restritiva de direitos fundamentais, ora em causa, oriunda de medida provisória convertida em lei, sem cumprir as etapas ordinárias do processo legislativo, o que, por si só, lhe reduz sensivelmente o grau de ‘democraticidade’.

Socorrendo-se do direito comparado, pode-se observar quão desproporcionada foi a alteração legislativa.

Mario Frota, ao cuidar do ordenamento jurídico do tabaco na UE e seus reflexos em Portugal, depois de analisar as políticas europeias antitabágicas, tendo como filosofia de base as medidas encetadas que “(...) visavam primordialmente subtrair os não-fumadores aos efeitos nocivos do tabagismo involuntário (...)”<sup>154</sup>, com o objetivo primordial para a proteção da saúde pública, estabelece

---

153 Cfr. MELLO, 2004, p. 228.

154 Cfr. FROTA, Mário, 2007, p. 25.

exaustivamente as fontes européias e seus instrumentos legislativos, com destaque para a Recomendação 2003/54/CE, do Conselho, de 02.12.2002, relativa à prevenção do tabagismo, onde se verifica que desdobra em sete pontos.

Um deles versa sobre “(...) medidas que visem assegurar uma efectiva salvaguarda da saúde de fumadores e de não-fumadores nos locais de trabalho, locais públicos e transportes públicos (...), realçando os locais frequentados por crianças, jovens e adolescentes”<sup>155</sup>.

Nesse aspecto, se revela um maior cuidado no trato da conciliação entre os desiguais na medida de sua desigualdade, sem restrições tão contundentes e amplas nas liberdades.

Outro ponto importante considerado no direito da UE encontra-se na Resolução 89/C 189/01, do Conselho e dos Ministros da Saúde, de 18/07/1989, que proclama a conveniência de proteger o direito à saúde dos não-fumadores contra o tabagismo involuntário.

Contudo, “(...) condescende-se, ‘dada a importância da dependência do tabaco de uma parte da população’, julga-se conveniente prever se fume numa parte desses estabelecimentos e meios de transporte (...)” Então, “(...) abre-se aí uma brecha, de modo a reservar aos fumadores espaços bem delimitados nos estabelecimentos a que se alude o anexo e, bem assim, nos meios de transporte colectivo de forma a respeitar o direito dos fumadores. No que tange aos transportes colectivos, há uma cláusula geral que terá de ser circunstancialmente preenchida, ‘nomeadamente nos grandes percursos’, de molde a não privar os fumadores de sua dependência (...)”<sup>156</sup>.

155 *Idem*, p. 28-33.

156 *Cfr.* FROTA, Mário, 2007, p. 44-45.



No que tange aos restaurantes, estabelecimentos hoteleiros (e similares), bem como nos locais de trabalho, embora seja lícito estabelecer a proibição de fumar, existem exceções em áreas sinalizadas ou em espaços alternativos disponíveis. Quanto aos meios de transporte, especialmente nas carreiras interurbanas, nas de alta qualidade e nos serviços expresso, turísticos e de aluguer e em viagens com duração superior a uma hora “(...) é permitido fumar aos passageiros que ocupem os lugares das três últimas filas da retaguarda do veículo, podendo essa zona ser ampliada até um terço do total de lugares se no veículo estiver em funcionamento um dispositivo eficaz de escoamento do fumo (...)”<sup>157</sup>.

Nessa linha europeia, mais democrática e razoável de tratamento do assunto, importante mencionar algumas questões abordadas no *Livro Verde* cujo objetivo foi “(...) lançar um amplo processo de consulta e um debate público aberto sobre a melhor forma de combater o tabagismo passivo na UE, que mobilizem as instituições comunitárias, os Estados-Membros e a sociedade civil (...)”<sup>158</sup>, o que, desde logo, sequer se cogitou em fazer por aqui.

Mais precisamente sobre o tema, o documento analisa as vantagens e desvantagens da proibição total do tabaco e a proibição integral com derrogações. Esclarece que essas derrogações “(...) poderiam ser acompanhadas de requisitos mínimos para as salas de fumo estanques, incluindo normas de ventilação (...)”. Trata das salas de fumo estanques com ventilação independente ressaltando que “(...) os dados disponíveis revelam que as tecnologias actualmente utilizadas (baseadas na mistura e diluição) têm uma incidência limitada nos níveis dos poluentes do FTA no sector HORECA e demais recintos fechados (...)”. Revela que

157 Idem, p. 47-79. Cfr. outras medidas semelhantes adotadas em transportes coletivos ferroviários, e barcos, que entendemos viáveis, a contrário do autor que não concorda com as medidas pois, a seu sentir, prevalece a superioridade dos direitos dos fumadores.

158 Ibidem, p. 122.

“(…) a separação física entre fumadores e não fumadores através da criação de salas de fumo estanques pode aumentar a eficácia dos sistemas de ventilação da secção de não fumadores nas instalações. Todavia, esta abordagem não protege os ocupantes da sala de fumo, nem o pessoal (p. ex., empregados do sector HORECA ou dos serviços de limpeza) que tem de penetrar nessas zonas por força de seu trabalho (...)”<sup>159</sup>.

Quanto a essas objeções já se tratou (sob o enfoque do ordenamento brasileiro).

No entanto, urge ressaltar que mesmo no âmbito europeu, o Livro Verde deixa claro que as salas de fumo separadas são uma opção, desde que cumpridos os seguintes requisitos: “(...) ser completamente estanques e isoladas das zonas de não fumadores; dispor de um sistema de ventilação independente do das zonas de não fumadores; ter pressão negativa para impedir a difusão do fumo do tabaco noutras zonas; não permitir quaisquer outras atividades com exceção do fumo, a fim de minimizar a necessidade de execução de actividades de trabalho nessas zonas (...)”<sup>160</sup>.

Essas sugestões mais consistentes (resguardadas as devidas proporções) e precedidas de estudos de impacto ambiental podem ser transpostas para o ordenamento nacional. Se produzirem impactos financeiros elevados ou não para o empresário, novamente entra em cena sua liberdade de escolha. A fiscalização e controle deve ficar a cargo do Poder Público competente, com o que estaria protegendo (e conciliando) os direitos à saúde dos não fumadores e a liberdade dos fumadores.

Para fechar esse panorama internacional é necessário registrar a Lei 37, de 14 de agosto de 2007, que aprova normas em Portugal para a proteção

159 Cfr. FROTA, Mario, 2007, p. 134-136.

160 Idem, p. 137.

dos cidadãos da exposição involuntária ao fumo do tabaco. Em seu art. 3º, estabelece limitações ao consumo e no art. 4º descreve exaustivamente os locais onde é proibido fumar. Contudo, o art. 5º dispõe de maneira razoável as exceções como: a criação de áreas exclusivas destinadas a pacientes fumadores em hospitais e serviços psiquiátricos, centros de tratamento e reabilitação; unidades de alojamento, em celas ou camaratas nos estabelecimentos prisionais para reclusos fumadores, admitindo-se, inclusive fumar em áreas ao ar livre; nos estabelecimentos de restauração ou de bebidas com área destinada ao público inferior a 100m<sup>2</sup>, o proprietário pode optar por estabelecer a permissão e nas áreas superiores a 100m<sup>2</sup> podem ser criadas áreas para fumadores, até o máximo de 30% do total respectivo, ou espaço fisicamente separado não superior a 40% do total respectivo; nos estabelecimentos hoteleiros e outros empreendimentos turísticos podem ser reservados andares, unidades de alojamento ou quartos para fumadores, até o máximo de 40% do total respectivo, entre outras<sup>161</sup>.

Importante dizer que, na Lei Portuguesa, as permissões devem obedecer aos requisitos contidos no art. 5º, 5, ‘a’, ‘b’ e ‘c’: as áreas devem estar devidamente sinalizadas; devem ser separadas fisicamente das restantes instalações, ou dispor de dispositivos de ventilação, ou qualquer outro, desde que autónomo, que evite que o fumo se espalhe às áreas contíguas; e seja garantida a ventilação directa para o exterior através do sistema de extracção de ar que proteja dos efeitos do fumo os trabalhadores e os clientes não fumadores. E mais oportuno ainda é o art. 5º, 11: “a definição das áreas para fumadores cabe às entidades responsáveis pelos estabelecimentos em causa, devendo ser consultados os respectivos serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho e as comissões de segurança, higiene e saúde no trabalho, ou, na sua falta, os representantes dos trabalhadores para a segurança, higiene e saúde no trabalho”<sup>162</sup>.

161 Cfr. FROTA, Mário, 2007, p. 145-147.

162 Idem, p. 146-147.

Para os descumprimentos, a Lei Portuguesa estabelece, no art. 25, um regime sancionatório, baseado em coimas de 50 a 250 000 euros (com distribuição da seguinte forma: 60% para o Estado, 30% para a entidade que instruiu o processo e 10% para a Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade) e sanções acessórias, no art. 26, incluindo a interdição de venda de qualquer produto de tabaco<sup>163</sup>.

Da normatização analisada, muito mais coerente e democrática, pode-se aproveitar bastante, devido à sua razoabilidade e ao fato de ter sido estabelecida em Portugal por Lei e não deixada a cargo de Resolução (como no Brasil, que até o fechamento dessa pesquisa sequer foi editada, provocando-se, como visto, extrema indeterminação na sua aplicação). Ademais, a definição das áreas pelos responsáveis pelos estabelecimentos (além de mais democrática) privilegia o livre comércio.

Sob outro ângulo, uma norma importante a considerar como reforço para se constatar a inconstitucionalidade da medida legislativa está prevista na Constituição, em seu art. 170, Título VII, Capítulo I, que trata dos princípios gerais da atividade econômica fundada na livre iniciativa com escopo de assegurar a todos existência digna e calcada, dentre outros, no princípio da livre concorrência<sup>164</sup>.

Comentando esse enunciado normativo, Moraes<sup>165</sup> entende que restou consagrada a chamada constituição econômica que, conforme ensinamento de Vital Moreira, seria o conjunto “de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico” instituindo uma “determinada forma de organização e

163 *Ibidem*, p. 152-154.

164 Cfr. o texto: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (Destacamos).

165 Cfr. MORAES, 2011, p. 1814.



funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.

Nesse traçado, teria havido opção pelo “modelo capitalista de produção”, também conhecido como economia de mercado (art. 219), “cujo coração é a livre iniciativa”, porém temperado pelos quatro princípios da ordem econômica previstos no *caput* do próprio art. 170 (valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conforme os ditames da Justiça Social), o que conduziria a uma ‘economia mista’, ressalvada a intervenção nos termos dos arts. 173, § 4º (abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros) e 174 (intervenção como agente normativo e regulador, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado).

Todavia, resguardadas as proporções histórico-jurídicas, mais uma vez é preciso ter em mente a atualidade do que já dizia Mill sobre o comércio como ato social e a doutrina do comércio livre, ao lecionar que: “restrições sobre o comércio, ou sobre a produção para fins comerciais, são de facto restrições; e toda restrição, enquanto restrição é um mal”<sup>166</sup>.

Em que pese a opção do constituinte pela adoção de um sistema econômico misto (com intervenção em algumas áreas, a exemplo do tabaco), fato é que qualquer restrição deve, ao menos, ser permeada por uma sensata dose de proporcionalidade e razoabilidade de ponderação dos fins almejados pelo legislador.

Tanto é assim que Mill, ao cuidar da justificação para limitar o número de estabelecimentos em que se vendesse cervejas, ‘com o objetivo expresso de as tornar de mais difícil acesso’, diz que seria

<sup>166</sup> Cfr. MILL, 2006, p. 160-161.

adequado apenas para uma sociedade na qual “as classes trabalhadoras fossem reconhecidamente tratadas como crianças ou selvagens, e colocadas sob uma educação restritiva, para virem no futuro a gozar dos privilégios da liberdade”<sup>167</sup>.

Não há de se crer que, no Brasil, estamos a viver na contemporaneidade esse modelo de sociedade. Ao contrário, estamos evoluindo gradativamente no sentido da conquista de liberdades e não de restrições.

Logo, andou mal e retrocedeu o legislador porque conferiu sentido contrário à evolução moral e intelectual da sociedade brasileira e suas escolhas, considerando expressamente, em última análise, que essa mesma sociedade não se encontra preparada para escolher entre fumar e não fumar e quais os locais apropriados para tanto, respeitando-se os interesses alheios. Incidiu em verdadeiro contrasenso jurídico.

Com efeito, o artigo 170, *caput*, da CR/88, que prevê a liberdade da iniciativa privada (também como direito fundamental calcado na existência digna), foi atingido pela norma restritiva dos espaços reservados ora questionada, porque impede o comerciante de agir de forma livre.

## **6 Perigosos precedentes da análise superficial de um ato Legislativo aparentemente simples e anti-pático a maioria**

O objetivo desta empreitada não é a defesa do tabaco, em si, mas a liberdade de autodeterminação das pessoas livres e iguais, incluindo as ‘pequenas atitudes’ e atos antipatizados pela sociedade e pelos juristas.

---

167 Cfr. MILL, 2006, p. 170.



Na defesa das ‘pequenas coisas’ se preserva um Estado da autodes-truição. Todos devem se prevenir para não serem seduzidos por promessas ou propagandas vãs. Ao contrário, é melhor que decidam, no âmbito do lícito, com plena liberdade de escolha, de maneira consciente e não por meio da influência de terceiros (ou da maioria). Com isso, evitam ser meras ‘marionetes’.

Como ressaltado, em passado não tão remoto o fumo foi incentivado no País. Por qual razão? Por que agora uma restrição tão exacerbada na esfera mais íntima de escolha das pessoas? Não há outras maneiras de conscientizar a população, sem opressão, no caso do fumo? Não existem razões financeiras subjacentes a esta medida e outras escolhas do Estado, além apenas dos declarados malefícios do fumo? Essas são algumas indagações que deixamos a cargo do leitor. Outras serão propostas *en passant*, apenas para reflexão.

O fato é que, assim como se deu com a ruína do Império Romano (que se iniciou pela corrupção da mente das pessoas), a falência de qualquer Estado Democrático de Direito pode ter início por meio de “podas aqui e acolá”, sorrateiras, nas liberdades, na igualdade e nos direitos fundamentais dos cidadãos. Precisamos estar atentos aos movimentos estatais subreptícios e paulatinos, em prol apenas de seus próprios interesses (econômicos e utilitaristas, baseados na relação custo-benefício para os cofres públicos), ‘maquiados’ ou ‘transvestidos’ de fins nobres, como a saúde da população ou a proteção dos não fumantes.

Alguns juristas, como Barros, já se manifestaram acerca do caráter inconstitucional e antidemocrático da medida de restrição dos espaços reservados<sup>168</sup>.

168 Cfr. Revista Consultor Jurídico, 11 de junho de 2012, matéria nominada **Proibição de fumódromos é uma medida antidemocrática**. (...) Ao contrário do que ocorre na ditadura, que se caracteriza pela existência de mais proibições que liberdades, na democracia, há mais liberdades do que não liberdades, com o reconhecimento de direitos tanto para maiorias como para minorias. Nas sociedades modernas, o

democrático consenso social não se consegue apenas através da unanimidade na aprovação de normas, nem muito menos pela simples submissão das minorias à maioria. Resolve-se a questão assegurando-se sempre o exercício de direitos também às minorias. Para a proteção dos não fumantes, não precisava o Estado impor sobre os fumantes toda a sua força de opressão, a ponto de ferir-lhes a liberdade, integrante da dignidade humana, impondo-lhes exagerada discriminação. Todavia, ao invés de apenas restringir o direito dos fumantes, resolveu a Lei 12.546/2011 (art.49, que deu nova redação aos artigos 2º e 3º, da Lei 9.294/96), por via oblíqua, decretar a absoluta proibição de fumar. Aliás, a proibição de fumódromos em espaços internos dos estabelecimentos de uso coletivo e a consequente expulsão dos fumantes para as ruas equivalem a uma verdadeira execração. É como se o Estado, personificado, dissesse: Aquele que quiser continuar praticando essa gravíssima conduta antissocial, que vá fazê-lo na rua, segregado, no lugar onde se encontram os culpados pelas mortes de crianças e idosos por doenças pulmonares. Fica assim comprometido, como se vê, o direito fundamental à liberdade (CF, art.5º) que, se não pode ser mitigado por Emenda Constitucional (CF, art.60, §4º, IV), muito menos por lei ordinária e, pior ainda, por conversão de medida provisória, com visível vício de iniciativa (Med.Prov.540/2011). Ora, liberdade é escolha. Escolha da identidade, do ambiente, da profissão, da crença, da filosofia de vida, do comportamento. Se o cidadão não puder escolher sua posição em relação a uma droga lícita, não terá liberdade. Consiste a liberdade, pois, em poder o indivíduo fazer o que não prejudica outrem. Isso vale para liberdade de fumar e para a liberdade de não fumar, de tal maneira que não pode o fumante prejudicar o não fumante e este não pode prejudicar aquele. A melhor solução seria reconhecer, ainda que com restrições, algum direito aos fumantes, pena de afronta ao princípio da isonomia no tratamento aos cidadãos (CF, art.5º), à dignidade humana e à cidadania (CF, art.1º, II e III). Em outros termos, no regime democrático, a liberdade da maioria não pode ser legitimada quando prejudicar de modo absoluto a liberdade da minoria. Não se trata aqui de dar proteção a quem vende ou usa droga ilícita. Cuida-se de impedir que o cidadão que compra e usa droga lícita se sujeite a tão severa censura pública, como se não pudesse encontrar mais espaço para convívio social ou tivesse que ser condenado definitivamente à segregação. Além disso, se a defesa do consumidor é importante fundamento da ordem econômica (CF, art.170, V), forçoso reconhecer que o fumante é também consumidor a merecer igual proteção legal. É tão cumpridor de obrigações e pagador de tributos quanto o não fumante. Algum direito há de lhe ser reconhecido, tal como admitia a lei anterior, que lhe destinou espaço interno nos estabelecimentos de uso coletivo, adequadamente adaptado, sem afronta ao Decreto Federal 5.658, de 2 de janeiro de 2006, que promulgou a Convenção sobre Controle do Uso do Tabaco. Delinquentes de toda ordem podem continuar no espaço interno de qualquer estabelecimento, lançando ostensiva ou discretamente suas maléficas influências ao ambiente. Já os fumantes merecem segregação absoluta, como se a discriminação não fosse vedada pela ordem constitucional vigente (CF, art.3º, IV). Ademais, antes de qualquer alteração legislativa, necessário seria analisar e debater também o grau de influência do uso do fumo ativa ou passivamente no aparecimento de doenças, quando considerados outros fatores, como as mudanças de clima, a poluição do ar decorrente de resíduos lançados pela atividade industrial e pelos veículos no trânsito. A queima da palha de cana de açúcar no interior de vários estados, por exemplo, continua causando gravíssimas e até mortais doenças respiratórias em crianças e adultos, além de destruir aquíferos, fauna e flora da região, mas os infratores da legislação ambiental nessa área não têm contado com perseguição de igual tamanho por parte do Estado. A propósito, o Estado nenhuma medida tem adotado contra a construção de subestações e expansão de linhas de alta tensão de eletricidade sem a observância de padrões internacionais de segurança à saúde das populações do entorno. Há comprovação de que filhos de empregados de empresas fornecedoras de energia elétrica, ainda crianças, moradores nas subestações de transformação de força, em grande número, foram acometidos por leucemia, em circunstâncias que confirmam nexo de causalidade com a radiação eletromagnética a que foram ali submetidos. Há restaurantes e bares próximos a tais áreas, que podem receber a nociva radiação eletromagnética, que atinge quem não bebe e quem não fuma. Mas não podem receber os cidadãos fumantes. Nas praças centrais de São Paulo, incluindo o Largo São Francisco, em frente à Secretaria da Segurança pública, meninos e meninas entre 10 e 12 anos, já iniciados no vício, fazem uso da droga ilícita pesada a céu aberto e sob o nariz das autoridades policiais. Drogas que levam os jovens à violência, porque lhes tiram a consciência, corrompendo parte física do cérebro, com sequelas permanentes e que, por consequência, não destroem apenas a saúde e a vida dos usuários, mas também a dos familiares. Isso aponta para o fato de que a lei antifumo não passa de instrumento de falsa campanha, enganosa propaganda de que o governo estaria fazendo tudo pela saúde pública, inclusive destacando a polícia para fiscalizar. Mera tapeação, porque nada funciona no Estado. Nem educação, nem segurança e muito menos a saúde pública. Sendo possível a manutenção de espaços internos separados e isolados, com ventilação adequada, nos estabelecimentos de uso coletivo, esse deveria ser o caminho ideal a ser adotado pela legislação inspirada na democracia. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/airton-florentino-barros-proibicao-fumodromos-antidemocratica>>>. Acesso em: 12 de jun. 2012.

Se a fumaça do cigarro é um malefício tanto ao próprio fumante quanto ao fumante passivo, não menos preocupante se mostra que a fumaça exalada pela frota total de veículos brasileiros de 70.965.139<sup>169</sup>, igualmente acarreta males diversos para o indivíduo e para o meio ambiente. Não obstante, porque quase nada de tão restritivo ou pouco se faz a esse respeito, quando existem alternativas disponíveis para o tráfego nas cidades?

Caminha-se, pouco a pouco, se não tivermos vistas largas, para sufocar o cidadão, submetendo-os aos caprichos de um Estado totalitário, quiçá, com retrocessos militares, com ‘toques de recolher’, e tratamentos assemelhados a ‘crianças’ ou ‘selvagens’.

Dentre em pouco, identificados os malefícios da alimentação contemporânea (hamburgers, refrigerantes, frituras etc.) e bebidas alcoólicas seremos forçados a cumprir uma ‘dieta nutricional do Estado’ e os empresários serão vilipendiados de negociar seus produtos livremente.

Quanto ao álcool, segundo pesquisa realizada<sup>170</sup>, fazendo referência à Revista *Plantão Médico*, extrai-se que é a droga preferida dos brasileiros

169 Fonte: Ministério das Cidades, DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito, RENAVAL-Registro Nacional de Veículos Automotores. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/frota.htm>>. Acesso em: 10 abr.2012.

170 Disponível em: <<http://www.ufrj.br/institutos/it/de/acidentes/etanol5.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2012. No País, 90% das internações em hospitais psiquiátricos por dependência de drogas, acontecem devido ao álcool. Motoristas alcoolizados são responsáveis por 65% dos acidentes fatais em São Paulo. Ademais, o alcoolismo é a terceira doença que mais mata no mundo. Causa 350 doenças (físicas e psiquiátricas) e torna dependentes da droga um de cada dez usuários de álcool. Prossegue o site afirmando que o álcool é a droga que mais detona o corpo (tanto quanto a cocaína e o craque); a que mais faz vítimas; e é a mais consumida entre os jovens no Brasil. O índice de câncer entre os bebedores é alarmante, quer por ação tóxica do próprio álcool sobre as mucosas, quer por conta dos aditivos químicos de ação cancerígena que entram no processo de fabricação das bebidas. E finaliza a matéria relacionando as consequências físicas do uso em excesso: 1- acidentes (no lar, no serviço e nas estradas); 2- alterações no sangue (hemorragias, hepatite e outras); 3- ossos e articulações (ácido úrico elevado, degeneração dos ossos e outros); 4- lesão cerebral (síndrome de Wernicke-Korsakoff, degeneração cerebral, ambliopia); 5- câncer (na boca, esôfago, estômago, fígado e outros); 6- pulmão (pneumonia, tuberculose e outros problemas); 7- epilepsia; 8- síndrome fetal (vide parágrafo anterior); 9- coração (arritmias, cardiopatia, hipertensão e doença coronariana); 10- lipemia; 11- hipoglicemia; 12- fígado (cirrose hepática e outras doenças); 13- miopatia; 14- pancreatite; 15- neuropatia (ou neurite) periférica; 16- sexo (disfunção testicular e impotência); e 17- esôfago e estômago (efeitos corrosivos diretos do álcool sobre estes órgãos como: gastrite, úlcera péptica, esofagite e síndrome de Mallory-Weiss). Estas informações foram coletadas no site que remete como fonte a *Revista Plantão Médico – Drogas, Alcoolismo e Tabagismo, Editora Biologia e Saúde*, Rio de Janeiro, 1998, pág. 67.

(68,7% do total), seguida pelo tabaco, maconha, cola, estimulantes, ansiolíticos, cocaína, xaropes e estimulantes, nesta ordem.

Como é sabido, o álcool está diretamente relacionado com grande parte dos acidentes de trânsito no Brasil<sup>171</sup>. No site do DETRAN do Pará<sup>172</sup>, também se extrai que **ÁLCOOL NÃO COMBINA COM TRÂNSITO E COM VIDA**.

Já que a questão é fumaça e seus malefícios, porque não considerar os seus efeitos em outro viés. Em 27 de setembro de 2011, no site ecologia médica<sup>173</sup>, foi publicada matéria *Fumaça dos carros como fator de risco para diversas patologias*.

Em 2010, o laboratório de poluição atmosférica experimental da USP (Universidade de São Paulo), realizou uma pesquisa em 18 capitais e concluíram que todas essas cidades vêm sofrendo uma influência cada vez maior de poluentes na saúde de sua população, por causa do aumento da frota de carros.

171 Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=536>>. Acesso em: 10 abr. 2012. Veja-se o que se extrai do trecho do artigo publicado pelo professor João José Leal, do CPCJ/UNIVALI, Promotor de Justiça Aposentado e Ex-Procurador Geral de Justiça de SC, Associado ao IBCCrim e à AIDP, inserido em 27/02/2005: "Anualmente, ocorrem mais de 350 mil acidentes nas ruas e estradas brasileiras com um saldo sinistro: 33 mil mortos e mais de 400 mil feridos (dados divulgados pelo CONTRAN). Em grande parte desses acidentes – mais 70% – constatou-se que, ao menos um dos motoristas, encontra-se alcoolizado. Portanto é preciso prevenir e reprimir a embriaguez ao volante".

172 Disponível em: <<http://www.detrان.pa.gov.br/index.php?pagina=menu/educacao/dicas/alcoolxtransito.php>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

173 Disponível em: <<http://www.ecologiamedica.net/2011/09/fumaca-dos-carros-como-fator-de-risco.html>>. Acesso em: 10 abr. 2012. Aliás, menciona a reportagem um estudo publicado na revista *Circulation* correlacionou a poluição do ar ao aumento da incidência de doenças cardiovasculares. Já um estudo interessante e recente, feito pelo *British Heart Association*, da Inglaterra, evidenciou que quanto maior a exposição à fumada de veículos maior o risco do indivíduo ter um infarto agudo do miocárdio. Outro estudo publicado agora em 2011, diz a matéria, mostrou que a exposição crônica à fumaça de veículos leva a uma diminuição na capacidade de aprendizagem e memória em ratos que foram expostos ao ar poluído por 15 horas por semana durante 10 semanas. De acordo com os pesquisadores, foram encontrados "sinais de inflamação associados ao envelhecimento precoce e à doença de Alzheimer". Não fosse isso, o aumento da prevalência do Diabetes Mellitus também pode estar relacionado a partículas finas decorrentes da poluição atmosférica, foi o que mostrou um recente estudo publicado na *Diabetes Care*. Outro estudo evidenciou alterações na pressão arterial, níveis de lipídios e marcadores inflamatórios de indivíduos expostos a um ar poluído.

Nessa esteira, a discussão do tema e de outros similares, cujas medidas adotadas (até então) não foram tão restritivas à liberdade, é sempre mais salutar para a saúde do que a refutação imediata de costumes lícitos, com base em ‘discursos prontos’. Que se debata, mas nunca se oprima o cidadão, por quais fins que sejam – ainda que mais elevados e altruístas, sob pena de os meios utilizados para resolução dos problemas ocasionarem o regresso democrático, contrasensos e violações de liberdades, incluindo a de autodeterminação.

Um desses paradoxos está no projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2002), porque a Comissão de Juristas estipula a descriminalização das drogas (maconha, cocaína, crack etc.), permitindo o consumo e uso em residências, o que está na contramão do tratamento que vem sendo dado ao tabagismo que, em última instância, não altera as percepções do usuário. Lógico que isso será alvo de discussão antes de sua votação pelo Plenário<sup>174</sup>. Porém, não deixa de ser um paradoxo.

Ora, a bem da harmonia dos fumantes e não fumantes sequer se pensou no estudo mais aprofundado da permissão do uso do cigarro eletrônico, que segundo noticiado, não provoca malefícios ao fumante passivo e não ocasionaria violações à direitos fundamentais<sup>175</sup>. A ANVISA

174 Cfr. BRANDÃO, Gorette. Agência Senado. Atualizado em 27/06/2012 – 19h00. *Drogas e aborto estão entre os pontos controversos do anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/drogas-e-aborto-estao-entre-os-pontos-controversos-do-anteprojeto-do-codigo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2012. Desde já, confira-se trecho da matéria divulgada no sítio: Quanto às drogas, o entendimento foi por considerar o problema mais como questão de saúde. Assim, o texto exime de crime o porte para consumo pessoal em quantidade equivalente até a média de cinco dias de uso, uma quantidade que deve ser definida pela autoridade sanitária, no caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). É também admitido o plantio de plantas entorpecentes em quantidade também para uso pessoal. Em relação ao tráfico de drogas e seu financiamento, no entanto, a proposta é rigorosa: as penas podem chegar a mais de 21 anos.

175 Cfr. a matéria O que é cigarro eletrônico e por que ele é proibido? (...) Um cigarro eletrônico não é nada além de um dispositivo eletrônico que tenta imitar, em forma e função, um cigarro comum. Para isso, o aparelho é dividido em três partes principais: cartucho (filtro), parte eletrônica e bateria. Além disso, muitos modelos ainda oferecem uma luz na ponta, simulando a brasa. Há fabricantes que afirmam que ele é criado para diminuir o vício de algumas pessoas, pois a dose de nicotina pode ser diminuída com o decorrer do tempo. Existem vários estudos que mostram que uma porcentagem dos fumantes fuma por hábito, não por vício. E é com base nesses estudos que os produtores de e-cigarette se baseiam para vender os produtos. (...) Nos Estados Unidos, apenas alguns estados proibem a comercialização dos aparelhos, enquanto outros legalizam a venda e alguns vetam apenas que menores possam consumi-los. Outros países dividem opiniões acerca

proibiu o seu uso sob o argumento da inexistência de evidências que o produto ajudaria o fumante a parar de fumar, baseando-se apenas em pesquisas realizadas nos Estados Unidos<sup>176</sup>, o que demonstra falta de empenho no aprofundamento do tema.

## 7 Conclusão

A cultura do tabaco no Brasil, desde o período colonial, tinha e tem caráter histórico-cultural, financeiro e político-social bastante acentuado, apesar do índice de fumantes ter caído nos últimos anos.

A legislação brasileira é vasta e restritiva, conforme visto no tópico 2.2., preservando suficientemente os não fumantes.

Por sua vez, o fumo não é um produto proibido e nem o fumante um criminoso. Logo, consoante fundamentado, para além do direito ordinário existe um autêntico direito fundamental de fumar, nos termos da CR/88.

---

deles. Na China, a prática é legalizada, mas os preços cobrados pelos cigarros comuns são muito mais baixo do que o gasto com e-cigarros. (...). Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/saude/11335-o-que-e-cigarro-eletronico-e-por-que-ele-e-proibido-.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

176 Cfr. a matéria **Anvisa veta uso de cigarro eletrônico no Brasil** de ANGELA PINHO da **Folha de S.Paulo**, em Brasília. (...) Estão proibidos no Brasil o consumo e o comércio de cigarros eletrônicos-aparelhos que simulam o fumo e são vendidos como promessa para ajudar o fumante a se livrar do vício. Segundo a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que determinou o veto ao produto ontem, não há nenhuma evidência de que eles ajudem a parar de fumar. A agência também se apoiou em constatações da FDA, o seu par norte-americano, de que o produto contém substâncias cancerígenas e nicotina – ao contrário do que alegam os seus fabricantes chineses -, embora ainda não se saiba exatamente quanto desses compostos são absorvidos. “O indivíduo acha que está parando de fumar, mas ele não está porque existem as tais substâncias”, afirma Jussara Fiterman, presidente da SBPT (Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia). De acordo com ela, a presença de materiais como o dietileno glicol é o que diferencia o produto de outros mecanismos comumente usados para ajudar a parar de fumar, como o adesivo e o chiclete de nicotina. “A nicotina é a parte do cigarro que dá o prazer, mas, em termos de danos, é até menos nociva. Se o paciente for tratado com essas terapias, é evidente que o médico vai saber a dose adequada e o momento de reduzir a dose”, diz Fiterman. Disponível em: <<<http://www1.folha.uol.com.br/foha/equilibrio/noticias/ult263u615055.shtml>>>. Acesso em: 07 jun. 2012.



Em virtude disso, é correto asseverar que o legislador e o executivo andaram mal ao alterar o art. 2º e § 3º, da Lei 9.284/96 (pelo art. 49 da Lei 12.546/11), uma vez que inconstitucional no que tange à supressão dos espaços reservados em locais coletivos públicos e privados para fumantes pelos motivos declinados no tópico 5.

O assunto necessita ser melhor debatido pela sociedade e juristas, de maneira mais democrática, como feito na União Européia e em Portugal. Inclusive, podem ser utilizadas como parâmetros iniciais (para discussão) as normas da legislação portuguesa.

Respondendo à indagação inicial: os fins não justificam os meios (ilícitos ou inconstitucionais), pois devemos antes debater as questões, mas nunca oprimir o cidadão, para quaisquer fins que sejam – ainda que os mais elevados e altruístas – sob pena de os meios utilizados para resolução dos problemas ocasionarem o regresso democrático e violações de liberdades constitucionais de todas as ordens, especialmente nesse caso, a da livre autodeterminação.

Isso posto, devemos estar atentos (e refletir) para que medidas restritivas análogas não se alastrem pelo País, em outras áreas pertinentes às liberdades, para evitar os perigos descritos no tópico 6.

## Referências

ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos fundamentais: Introdução Geral**. 2. ed. – Portugal: Princípia Editora, Lda, 2011.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. 1 – Teoria Geral. *In: A Autonomia Privada*

**Como Princípio Fundamental da Ordem jurídica.** 2ª Tiragem. Organizadores: JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ANVISA. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/comp.htm>>. Acesso em: 15 de mar. 2012.

AR Assembléia da República.pt. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível:<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19 out. 2012.

BARROS, Airton Florentino de. **Proibição de fumódromos é uma medida antidemocrática.** *In* Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/airton-florentino-barros-proibicao-fumodromos-antidemocratica>>>. Acesso em: 12 de jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos Direitos.** Nova ed. 10ª reimpressão – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Gorette. Agência Senado. **Drogas e aborto estão entre os pontos controversos do anteprojeto do Código Penal.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/drogas-e-aborto-estao-entre-os-pontos-controversos-do-anteprojeto-do-codigo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed., 6ª Reimp. – Portugal: Almedina, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito.** 1 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

**Carta enviada à Presidência da República, em 02/07/2012, Ref. Regulamentação do artigo 49 da Lei 12.546/2011.** Disponível em: <[http://prevencao.cardiol.br/campanhas/pdf/carta\\_antifumo.pdf](http://prevencao.cardiol.br/campanhas/pdf/carta_antifumo.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2012.

CFM (Conselho Federal de Medicina). **Resolução CFM nº 1.995/2012.** Disponível:<[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2012.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. III – Direito de Empresa e o Exercício da Livre Iniciativa. *In: A Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Cigarros.* 2ª Tiragem. Organizadores: JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

**Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776).** In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-05-29]. Disponível em: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em: 29 mai. 2012.

DELFINO, Lúcio. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, v. III – Direito de Empresa e o Exercício da Livre Iniciativa. *In: A Responsabilidade Civil das Indústrias Fumíferas sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor.* 2ª Tiragem. Organizadores: JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000:** análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001. 2 ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO PARÁ. **Álcool não combina com trânsito e com vida.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=536>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

**Direitos Básicos da Constituição Alemã – Artº 1 a 19.** Disponível em: <[http://www.unileipzig.de/~leite/wiki/Direitos\\_B%C3%A1sicos\\_da\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_Alem%C3%A3\\_-\\_Art%C2%BA\\_1\\_a\\_19](http://www.unileipzig.de/~leite/wiki/Direitos_B%C3%A1sicos_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_Alem%C3%A3_-_Art%C2%BA_1_a_19)>. Acesso em: 19 out. 2012.

EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro.** Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

Ecologia médica. **Fumaça dos carros como fator de risco para diversas patologias.** Disponível em: <<http://www.ecologiamedica.net/2011/09/fumaca-dos-carros-como-fator-de-risco.html>>. Acesso em 10 abr. 2012.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDES, Marly. **Neuroética, Direito e Neurociência: Conduta Humana, Liberdade e Racionalidade Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.** 1. ed. – Barueri, São Paulo: Manoele, 2007.

FITZGERALD, James. **O prazer de Fumar Cigarros.** Tradução: Freitas e Silva. 1 ed. Lisboa: Guerra e Paz, Editores S.A., 2008.

FOLHA.COM. **Em 20 anos o número de fumantes caiu 45% no Brasil.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/791110-em-20-anos-numero-de-fumantes-caiu-45-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

FROTA, Mário. **Do Ordenamento jurídico do Tabaco e dos seus Produtos na União Européia: reflexos em Portugal**. Edição Brasileira. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

Gobierno de España. Ministerio de La Presidencia. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Constitución Española**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>>. Acesso em: 19 out. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno).

JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

JOHSON, Mark; CURMUOGEON; GOLDMAN, Scott L. (produtores). Uma Prova de Amor. **MY SISTER'S KEEPER**, 2009, New Line Productions, INC. Distribuição Exclusiva no Brasil: Playarte Home Video, CNPJ 00.0943.231/0001-39. E-mail: vendas@playart.com.br. Acesse o site: [www.playarte.com.br](http://www.playarte.com.br).

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **A Roda da Vida: memórias do viver e do morrer**. (tradução Maria Luiza Newlands Silveira). Rio de Janeiro: Sextante, 1998.

LEAL, João José. **Alcoolismo e Acidentes de Trânsito**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=536>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3 ed.- São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 12. Tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELO, José Rodrigues de. Efeitos benéficos do uso do rapé in **A Cultura do Fumo no Brasil**. Tradução e apresentação de Silva Bélkior. Rio de Janeiro: Patrocínio Souza Cruz, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução: Pedro Madeira. Coimbra: Edições 70, LDA, 2006.

Ministério das Cidades. **DENATRAN** – Departamento Nacional de Trânsito, RENAVAM-Registro Nacional de Veículos Automotores. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/frota.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Tomo IV**. 5. ed. Lisboa, Coimbra Editora S.A., 2012.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. 8. ed. atual. – São Paulo, Atlas, 2011.



MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo.** Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

**MY SISTER'S KEEPER**, 2009, New Line Productions, INC. Distribuição Exclusiva no Brasil: Playarte Home Vídeo, CNPJ 00.0943.231/0001-39. E-mail: vendas@playart.com.br. Acesse o site: www.playarte.com.br.

NARDI, Jean Baptiste. **O Fumo no Brasil Colônia.** Coleção Tudo é história n. 121. São Paulo, editora brasiliense, 1987.

NARDI, Jean Baptiste. **A História do Fumo Brasileiro.** Disponível em: <[http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro\\_24.html](http://gregoriopipes.blogspot.com.br/2009/11/historia-do-fumo-brasileiro_24.html)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa.** 1. ed. (reimpressão). Ed. Coimbra S/A: Lisboa, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria.** Coimbra Editora, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

**O que é cigarro eletrônico e por que ele é proibido?.** Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/saude/11335-o-que-e-cigarro-eletronico-e-por-que-ele-e-proibido-.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

**Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios sobre o tabagismo no Brasil**, realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, INCA – Instituto Nacional do Câncer, Ministério da Saúde, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Rio de Janeiro, 2009, ISBN 978-85-240-4101-3 (meio impresso).

PINHO, Angela. **Anvisa veta uso de cigarro eletrônico no Brasil**. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u615055.shtml>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social ou Princípios do direito político**. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006. – (Série Filosofar).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

**SENADO FEDERAL**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97622](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622)>. Acesso em: 7 jun. 2012.

SOUZA CRUZ. **Plantação da Souza Cruz em Meados do Século XX**. Disponível em: <[http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou\\_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1)[http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou\\_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9KPU?opendocument&SKN=1)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4.277/DF**. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje nº 198 Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário nº 2607-03, p. 855-861.



VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e Natureza Humana: possíveis contribuições da psicologia evolucionista para o estudo da criminalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

#### Referência do texto

OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares.. A Liberdade de Fumar enquanto Direito Fundamental na Constituição da República de 1988: análise da (in) constitucionalidade do art. 49 da Lei 12.546/2011, que suprimiu os espaços reservados para fumantes em recintos coletivos públicos e privados no Brasil, segundo procedimento de ponderação do Prof. Jorge Reis Novais.. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 301-420, jan./jun. 2013.



# **Ativismo judicial *versus* supremacia legislativa: a inviabilidade do controle legislativo sobre os atos do Poder Judiciário no ordenamento constitucional brasileiro**

**Erivan José da Silva Lopes**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí,  
Presidente da 2ª Câmara Especializada Criminal, especialista em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí – UFPI e mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL.

## **SUMÁRIO**

**1** Introdução. **2** Evolução do constitucionalismo. **3** Constitucionalização, judicialização e suas implicações no modelo constitucional brasileiro. **3.1** Experiência brasileira. **4** Ativismo judicial. **4.1** Considerações gerais. **4.2** Causas do fenômeno no Brasil. **4.3** As barreiras erigidas à expansão da jurisdição constitucional e ao ativismo judicial. **4.3.1** A teoria da separação dos poderes. **4.3.2** A legitimidade democrática da justiça constitucional. **4.3.3** A "supremacia judicial" no controle da Constituição. **4.4** Soluções viáveis de combate ao ativismo judicial brasileiro. **5** o poder reformador, as cláusulas pétreas e o controle de constitucionalidade das emendas à Constituição no Brasil. **6** Da inconstitucionalidade do controle legislativo sobre os atos do judiciário. **6.1** A proposição da PEC 3/2011. **6.2** As proposições da PEC 33/2011. **7** Considerações conclusivas. Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

O ativismo judicial, fenômeno cada vez mais comum nas democracias modernas, sobretudo no Brasil, já se destacava como um dos principais temas debatidos no cenário acadêmico-jurídico de nosso país, quando ganhou também notoriedade na seara política: o Deputado Federal Nazareno Fonteles, do Partido dos Trabalhadores, apresentou no ano de 2011 duas audaciosas propostas de emenda constitucional, cujo propósito, segundo o próprio mentor, é de conduzir o Legislativo ao patamar de “Poder mais forte da República”.

Com a proposta de Emenda Constitucional nº 3, apresentada em 10 de fevereiro de 2011, o parlamentar piauiense almeja concretizar o seu intento através do elastecimento do controle que o Legislativo atualmente exerce sobre os atos normativos do Poder Executivo, de modo que se passe a alcançar também os atos normativos do Poder Judiciário.<sup>1</sup>

Em sua justificativa, Fonteles alega que o inc. XI, do art. 49, da Carta Federal atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face de atribuição normativa dos outros poderes”, mas que, por uma “lacuna” na disposição do inc. V do mesmo artigo, o Poder Legislativo não pode cumprir de forma plena o mandamento constitucional em relação ao Poder Judiciário, “levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes”.

---

1 A atual redação ao inc. V, do art. 49, da CF/88, preceitua: “Art. 49 – É da Competência exclusiva do Congresso Nacional: V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Na proposta, a redação do inciso V é alterada para a seguinte forma: “V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;” (destacou-se)



A proposta de Emenda Constitucional nº 33, por seu turno, é ainda mais ambiciosa. Nela propõe-se, além da alteração da quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Na empreitada de tornar o Legislativo o Poder mais forte da República, Nazareno Fonteles revela na justificativa da proposta a sua principal estratégia: aniquilar o destacado protagonismo Judiciário na resolução de importantes questões da vida cotidiana dos cidadãos brasileiros.

Com efeito, o Parlamentar afirma que o Supremo Tribunal Federal há muito “deixou de ser um legislador negativo e passou a ser um legislador positivo”, e sem legitimidade eleitoral, de forma a vir se tornar em um “superlegislativo”.

Sustenta que o aumento do rigor para atingir a maioria necessária à declaração da inconstitucionalidade de atos normativos, que passaria a depender do voto de nove ministros, melhor condiz com a soberania popular, isso porque, além do conhecimento jurídico não significar fator de legitimação popular, a mudança propiciaria uma “nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte”.

Em relação à eficácia do efeito vinculante das súmulas, que passaria a depender da prévia aprovação, por maioria absoluta, do Congresso Nacional, entende que no atual modelo a súmula vinculante vem sendo utilizada como um “cheque em branco” posto à disposição do Supremo Tribunal Federal. Por isso, compreende que a prévia “apreciação” do Congresso Nacional servirá para coibir eventuais “excessos legislativos” da Suprema Corte brasileira.

Ainda sobre esta questão, pondera o mentor das propostas que “a elaboração de uma súmula vinculante, na qual o STF enuncia seu entendimento sobre questões constitucionais concretas e reiteradamente decididas, não tem natureza jurisdicional” e, portanto, a sua proposição não violaria o princípio da separação de poderes.

Sobre a terceira e última proposição da PEC nº 33, o parlamentar almeja conferir ao Poder Legislativo “um papel relevante no controle de constitucionalidade de emenda à Constituição”, cujos “efeito vinculante” e “eficácia contra todos” somente passaria a ocorrer após a apreciação do Congresso Nacional, reconhecendo a inconstitucionalidade defendida pelo Supremo.

Neste ponto, Fonteles invoca a doutrina de Jeremy Waldron, Mark Tushnet e de outros renomados juristas críticos ao “judicial review”, para dissentir da “afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição”, e conclui assinalando que “na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição”, ou seja, que o controle de constitucionalidade deve ser entregue aos representantes eleitos do Poder Legislativo.<sup>2</sup>

Ambas as Propostas de Emenda Constitucional foram submetidas a parecer na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

O relator da PEC nº 3/2011, Deputado Federal Nelson Marchezan (PSDB-RS), manifestou-se pela constitucionalidade da proposta, tendo ponderado que o texto “não se relaciona com a atividade típica do Poder Judiciário (atividade jurisdicional)”. Se o fizesse, anotou, “estar-se-ia diante de clara violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes”.<sup>3</sup>

2 Na justificativa da PEC nº 33, arrematou o Deputado Nazareno Fonteles: “precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário”.

3 “É bom que se diga que esta PEC poderá conferir, sob certa ótica, legitimidade aos atos normativos do Poder



Já o relator originário da PEC nº 33/2011, Deputado Esperidião Amin, admitira a constitucionalidade parcial das proposições formuladas, tendo opinado pela supressão do art. 3º, no qual se pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição. Na ótica do parlamentar, há manifesta inconstitucionalidade, já que a decisão do Excelso Pretório em ação direta de inconstitucionalidade teria natureza estritamente judicial, daí porque a proposta acarretaria numa interferência indevida do Poder Legislativo em atividade típica do Poder Judiciário, ou seja, violaria o princípio da separação dos Poderes.

Quanto aos demais pontos, Amin avaliara que a alteração do quórum para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, de maioria absoluta para quatro quintos, não implicaria qualquer violação ao princípio da separação dos Poderes, da mesma forma que não o ofenderia o fato de se condicionar o efeito da súmula vinculante à sua aprovação pelo Congresso Nacional, pois a natureza destas súmulas não seria jurisdicional.

Pois bem. No último dia 25 de abril (2012), a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou, por unanimidade, a Proposta de Emenda à Constituição nº 3/2011. O projeto ainda precisa ser analisado por comissão especial para poder seguir à votação em plenário. A PEC nº 33/2011, por sua vez, encontra-se agora sob a relatoria do Deputado João Campos (PSDB/GO), que poderá ou não incorporar o parecer já apresentado pelo relator originário.<sup>4</sup>

Nesse cenário, é possível pontificar que as referenciadas proposições de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, que preconizam a instituição

---

Judiciário, tendo em vista que o Poder Legislativo não mais poderá queixar-se dos excessos, pois disporá de meios para corrigi-los. Assim, a eventual omissão deste Poder diante de excessos normativos acabará, de certo modo, por legitimá-los”, concluiu o Deputado relator.

4 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 25 mai. 2012.

da “supremacia legislativa”, simbolizam a mais nova frente de combate ao fenômeno denominado “ativismo judicial”, compreendido por Luís Roberto Barroso como escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, com maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes.<sup>5</sup>

A par dessas consignações, propõe-se com o presente trabalho demonstrar que, inobstante haja a necessidade de se evitar um excessivo ativismo judicial, o controle que o Poder Legislativo pretende exercer sobre os atos do Poder Judiciário, nos termos das Propostas de Emenda à Constituição nº 03/2011 e nº 33/2011, é inviável no vigente modelo constitucional brasileiro. Nessa empreitada, percorrer-se-á um caminho que passa:

Pela exposição da evolução do constitucionalismo, destacando as suas implicações desde a origem do Estado Liberal até o alcance do movimento denominado neoconstitucionalismo;

Por uma breve digressão sobre os fenômenos da constitucionalização e da judicialização, realçando as suas causas e implicações no modelo de jurisdição constitucional brasileiro;

Pela abordagem do ativismo judicial, onde ganhará relevo os aspectos conceituais e característicos que marcam o fenômeno;

Pelo estudo dos limites impostos à expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial, que compreende as questões da teoria da separação dos poderes, da legitimidade democrática da justiça constitucional e da supremacia do Poder Judiciário sobre o controle de constitucionalidade dos atos normativos;

5 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática* in: *Constituição e Ativismo Judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.



Por uma ligeira explanação sobre o poder constituinte reformador, as cláusulas pétreas e o controle de constitucionalidade das emendas à constituição no Brasil;

E, por fim, pelo exame da (in)constitucionalidade das proposições formuladas pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles nas Propostas de Emendas Constitucionais n° 3/2011 e n° 33/2011, tomando-se como parâmetros: os princípios da “separação dos poderes” e do “livre acesso à justiça”, os direitos e garantias fundamentais e os postulados da supremacia da constituição e do Estado Democrático de Direito.

## 2 Evolução do constitucionalismo

Na definição de Jorge Miranda<sup>6</sup>, o constitucionalismo representa “um produto perfeito do racionalismo jurídico, social e político”.

J. J. Gomes Canotilho<sup>7</sup> entende que o constitucionalismo é “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Na modernidade, “representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.

Explica o mestre português que o constitucionalismo revela o movimento gerador do conceito moderno de Constituição, que possui raízes em vários momentos e lugares diferenciados. Destarte, verificando-se na história a ocorrência de diversas revoluções constitucionais, em épocas e locais distintos, é possível concluir então pela existência de vários constitucionalismos.

6 MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.31.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina, 2003, p. 51.

A sua origem remonta a antiguidade clássica do Estado Teocrático do povo hebreu, onde o poder político não era limitado por uma carta escrita, mas pelas denominadas “Leis do Senhor”. Infere-se que o constitucionalismo precede o surgimento das constituições escritas, já que através dos costumes limitava-se os poderes dos governantes aos poderes do “Senhor”, ficando a cargo dos profetas fincar esses limites.

Com o surgimento do Estado Liberal, o movimento constitucionalista visou a limitação do poder absoluto do estado e a proteção das liberdades públicas. As revoluções americana e francesa originaram constituições escritas (de 1787 e 1791, respectivamente), dando início a um período consubstanciado pela primazia da lei e pela limitação do poder. Na lição de Canotilho<sup>8</sup>, as Constituições liberais refletiam “códigos individualistas”, exaltantes dos direitos individuais dos homens.

O Constitucionalismo Positivista teve na pessoa de Kelsen o seu maior expoente, que defendia a compreensão da constituição como conjunto de regras que rege a produção do Direito.

Sucedem que na era da positivação, que representava a limitação do poder absoluto dos Estados, o liberalismo econômico desencadeava o aumento das desigualdades sociais. Com a primeira guerra mundial, eram devastados de vez os direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos. O direito à igualdade consistia em mera previsão abstrata. A obediência incondicionada de um comando positivado legitimou a Alemanha, na metade do século XX, a perpetrar atrocidades através do nazismo, cujas condutas eram compatíveis com as regras positivadas.

A situação era propícia a revoltas sociais.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibid.* p. 110

Nesse cenário de crise do liberalismo econômico, era imperioso o rompimento com o ordenamento jurídico anterior e a promulgação de uma nova ordem constitucional.

Já nos anos de 1910 e 1917 sucederam respectivamente as Revoluções Mexicana e Russa, que colaboraram para o aparecimento do constitucionalismo moderno ou social.<sup>9</sup>

A partir daí, um novo contexto se instalou no mundo e a intervenção do Estado Social através de prestações positivas tornou-se o principal meio de garantia dos direitos fundamentais. A nova forma de interpretação surgida após a segunda grande guerra mundial tem como primeiras referências a Constituição alemã de 1949 e a Constituição italiana de 1947. As atividades do Estado deveriam ter como objetivo a concretização de direitos, a promoção da igualdade também em sentido material.<sup>10</sup>

O “novo” constitucionalismo social, denominado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Carlos Ayres Britto, como “constitucionalismo fraternal”,<sup>11</sup> engrandeceu a importância dos princípios e valores, redefinindo a concepção de Constituição, que passou a

9 Vital Moreira leciona que o Estado passou a intervir na economia, que, conseqüentemente, transformou-se também em uma questão constitucional. Também ganharam destaque na Constituição os direitos e liberdade individuais, os direitos coletivos e os direitos a prestações do Estado (econômicos, sociais e culturais). (O futuro da Constituição”. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.): Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 315.)

10 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 03 jun. 2012.

11 Em sua obra “Teoria da Constituição” (Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216), o Ministro Carlos Ayres Britto assinala: “as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico”.

ser vista não mais pelo aspecto meramente formal, mas principalmente pelo cunho axiológico.

A introdução de direitos sociais nas constituições aliada à incessante busca de efetividade dos direitos fundamentais acelerou a consolidação do Estado Democrático de Direito e contribuiu, sensivelmente, para o surgimento do neoconstitucionalismo, pelo qual a constituição é um sistema de regras e princípios, ou seja, os princípios passam a ser considerados autênticas normas jurídicas.<sup>12</sup>

No Estado constitucional de direito, o legislador não é o único protagonista. A validade das leis não depende apenas da simples observância das formas mas também é condicionada pela sua compatibilidade com os princípios constitucionais. Por outro lado, a política deixa de moldurar o direito e passa, assim como a legislação, a ser subordinada ao Direito.<sup>13</sup>

Dworking, ao diferenciar regras e princípios, explica as primeiras são aplicáveis pelo tudo ou nada, ou seja, ou se aplicam ou não se aplicam – “allornothing”.<sup>14</sup> Já os princípios são mandamentos de otimização, maleáveis, plásticos, flexíveis. E, conforme preceituado por Alexi, se aplicam mediante uma dimensão de peso, podendo ser ponderado diante do caso concreto, sem que se afaste totalmente a incidência de um quando em conflito com outro.<sup>15</sup>

O neoconstitucionalismo, ao trazer força normativa aos princípios, fortaleceu o poder judiciário à medida que lhe atribuiu poderes de interpretação e valoração das normas.

12 Dirley da Cunha Júnior (Curso de Direito Constitucional. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVIM, 2009, p. 39) sintetiza que o neoconstitucionalismo superou o Estado Legislativo de Direito e fez emergir o Estado Constitucional de Direito, que alargou o parâmetro de validade das normas jurídicas, passando a abranger além do aspecto formal, também a compatibilidade material com princípios e regras constitucionais.

13 FERRAJOLI, Luigi. Giurisdizione e democrazia, Democrazia e Diritto. 1997, nº 1, pp. 286-287.

14 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Law's empire, pp. 39-40.

15 ALEXI, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008. pp. 90 e ss.



A sujeição à lei e, sobretudo, à constituição, transforma o juiz em garante dos direitos fundamentais também contra o legislador, o que termina por consagrar a ascensão do Judiciário na era pós-positivista.

### **3 Constitucionalização, judicialização e suas implicações no modelo constitucional brasileiro**

Conforme explanado anteriormente, com o surgimento do Estado social observou-se uma maior intervenção da lei em campos outrora restritos à iniciativa privada, a saber: trabalho, produção, comércio, educação, habitação, saneamento, consumo, meio ambiente, dentre outros.

O Estado deixa de ser mero observador de regras e passa a ser responsável também pela promoção dos novos direitos sociais, o que lhe exige uma postura operacional ativa.<sup>16</sup>

Luigi Ferrajoli assevera que a mudança de estrutura do sistema político e também a mudança da estrutura do sistema jurídico, com a sua evolução em direção ao Estado constitucional de direito, fundamentam a expansão do papel do Direito e da jurisdição.<sup>17</sup>

Este fenômeno, que expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico, é o que Barroso denomina “constitucionalização”.

Elucida o autor que essa irradiação se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange: “a aplicação direta da Constituição a determina-

16 M. Cappelletti ensina que a estrutura dos novos direitos sociais não acarreta, para o Estado, como acontece com as liberdades políticas, um mero dever negativo de não fazer, de deixar fazer, mas sim uma obrigação positiva de agir, – uma obrigação, além disso, que tem o caráter de permanência, que tem a necessidade de ser adimplida em caráter contínuo. (CAPPELLETTI, Mauro. *Ideologie nel diritto processuale. Processo e ideologie*. Bologna: Mulino, 1969. p. 517)

17 FERRAJOLI, Luigi. *Giurisdizione e democrazia, Democrazia e Diritto*. 1997, nº 1, p. 285.

das questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral”.<sup>18</sup>

A constitucionalização, ainda segundo o autor, conduz a outro fenômeno: a judicialização. Explica Barroso que a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social passam a ser apreciadas pelo Judiciário, e não mais apenas pelos poderes tradicionalmente legitimados (Legislativo e Executivo). O fenômeno implica em uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.<sup>19</sup>

Em consequência da pluralização das leis, que passam a expressar não apenas uma única concepção, mas uma pluralidade de ideologias, o papel dos magistrados torna-se mais complexo, exigindo-lhes maior sensibilidade às questões político-sociais.

O avanço do Judiciário sobre estas questões conduziu setores da doutrina a conferir à jurisdição constitucional uma função de “conformação política”.

Nesse sentido, Canotilho assevera que as decisões do Tribunal Constitucional acabam efetivamente por ter força política, já que além de solucionarem problemas constitucionais de especial sensibilidade política, “sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direção política”.<sup>20</sup>

18 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 406.

19 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in Constituição e Ativismo Judicial, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina, 2003. p. 681.

Sobre o poder político dos tribunais, Jorge Miranda pondera que não obstante tal poder se ostente de modo mais intenso no processo de elaboração das leis e nas decisões de governo, não deixa ele de se manifestar igualmente na função administrativa e na função jurisdicional. Entende o autor que o poder do juiz não é nulo ou neutro como supunha Montesquieu, e adverte que a justiça é administrada em nome do povo, “o que significa que o juiz se deve fazer também intérprete da intenção jurídico-social da comunidade”.<sup>21</sup>

Esse poder assumido pelos juízes não lhes autoriza, entretanto, a exercer valorações políticas ou apreciações de mérito político, conforme preconiza o princípio da autolimitação judicial. Aos tribunais constitucionais, no seu papel de guardião da constituição, cabe sim apreciar a constitucionalidade da política normativamente incorporada aos “actos dos órgãos de soberania”.<sup>22</sup>

Fato observado por Canotilho é que o controle das normas constitucionais atrela o Tribunal a relevantes questões político-constitucionais, tais como: “(1) defesa das minorias perante a onnipotência da maioria parlamento-governo; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onnipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais”.<sup>23</sup>

21 Diz o autor português que não se pode ignorar “a significação política que assumem muito dos actos tanto da função administrativa como da função jurisdicional. Isto ainda sem atender às precompreensões, conotações ou implicações metajurídicas a que nunca conseguem subtrair-se os titulares de órgãos de uma e outra função.” (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo V. 4ª ed, Coimbra Editora, 2010. p. 34)

22 Nas palavras de Canotilho (Ibid. p. 681): “O Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição”.

23 Conclui o autor, perante este cruzamento de questões político-constitucionais, que o Tribunal Constitucional “poderá desempenhar o papel de ‘regulador’ e ‘determinador’ da própria identidade cultural da República (Ebsen) e de controlador do ‘legislador mastodonte e da administração leviathan’ (Cappelletti)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ibid. pp. 681-682)

Extrai-se destas lições que a época contemporânea é caracterizada por uma crescente expansão de direitos, que acabam encontrando no juiz o seu principal guardião.

### 3.1 Experiência brasileira

Barroso enumera três causas determinantes para a judicialização no Brasil. A primeira seria a redemocratização do país, que teve como marco determinante a promulgação da Constituição de 1988.<sup>24</sup>

A segunda consiste na “constitucionalização abrangente”, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político e para a legislação ordinária.<sup>25</sup>

E a terceira causa para a judicialização no Brasil seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado um dos mais abrangentes do mundo. Justifica o autor que a Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental ou difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu).<sup>26</sup>

24 Leciona o professor que “nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in Constituição e Ativismo Judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011)

25 Define Barroso (ibidem) que constitucionalizar uma matéria “significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”.

26 BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 406-407.



No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.

O ex-ministro do STF, Eros Grau, observa oportunamente que a Constituição Federal de 1988, dirigente que é, reclama interpretação dinâmica, sintonizada à transformação da sociedade, que a passa a ter fundamento para reivindicar a realização de políticas públicas, que hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade”.<sup>27</sup>

## 4 Ativismo judicial

### 4.1 Considerações gerais

O conceito de ativismo judicial não encontra na doutrina uma definição consensual e homogênea. Certo é que ele pode exprimir duas conotações: uma positiva, favorável à sua disseminação no meio jurídico-social, e outra negativa, que o considera prejudicial à harmonização dos poderes.

Ensina Barroso que diferentemente do fenômeno da judicialização, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.<sup>28</sup>

27 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 233/234.

28 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 407.

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana é apontada como berço do ativismo judicial, isso por conta de decisões progressistas em matéria de direitos humanos, sobretudo envolvendo negros, acusados em processo criminal, mulheres e direito de propriedade.

No Brasil, a jurisprudência dos tribunais superiores é marcada por sua influente intervenção na resolução de questões polêmicas, que não tiveram solução nos demais poderes da república. Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, se viu deliberando sobre temas como: união homoafetiva, células-tronco embrionárias, alimentos transgênicos, demarcação de terras indígenas, políticas governamentais, reforma da previdência, nepotismo, fidelidade partidária, dentre outros.

Nessa linha, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Entretanto, pondera Vanice Valle<sup>29</sup> que não é fácil identificar a materialização desse fenômeno:

[...] o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controversa posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis.

29 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009, p. 21.



Para Barroso<sup>30</sup>, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

## 4.2 Causas do fenômeno no Brasil

Luís Roberto Barroso, referência no Brasil sobre o assunto, compreende que a Constituição de 1988 provocou um aumento significativo da demanda por justiça na sociedade brasileira, o que alçou o Poder Judiciário à condição de protagonista na resolução de importantes conflitos sociais. Barroso explica que o ativismo ganhou notoriedade num momento de crise dos poderes republicanos.<sup>31</sup>

De fato, percebe-se com frequência ora um poder invadindo a competência de outro ora retraindo-se, de modo a não exercer satisfatoriamente seus deveres.

O Executivo peca em não assegurar, de modo eficaz, os direitos fundamentais assegurados na Constituição. A elevada demanda de ações judiciais pleiteando a concessão de medicamentos para tratamento de saúde de pessoas hipossuficientes é um reflexo da desorganização na gestão dos governantes.

30 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 407.

31 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in Constituição e Ativismo Judicial, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

O Legislativo, por seu turno, peca por não produzir leis que atendam aos anseios da sociedade, que vive em constante mudança. A propósito, os próprios eleitores assumem parcela de responsabilidade pelo quadro de ineficiência do parlamento brasileiro. Um fato que bem ilustra essa situação é a justificativa apresentada pelo eleitorado do município de São Paulo para desaprovar a candidatura de um palhaço – que havia obtido mais de um milhão de votos em eleição que o consagrou deputado federal – para o cargo de Prefeito: em pesquisa de opinião pública foi dito pelos entrevistados que “eleição para prefeito é coisa séria”; quer dizer, os próprios eleitores banalizam a sua representação no Congresso Nacional.<sup>32</sup>

Fato é que, em virtude dessa omissão do legislativo em produzir leis eficientes, surge a necessidade do povo buscar solução para importantes problemas sociais no Poder Judiciário. Nesse cenário, de inevitável judicialização da política, é que ganha força essa postura proativa dos juízes e tribunais, que acabam assumindo a criação do Direito.

Conforme Eros Grau, o que não pode ocorrer é que os direitos e princípios consagrados no texto constitucional não sejam concretizados devido à inércia e crise do poder Legislativo. Assim, é que o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra sobre o que é a Constituição, deve velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, inclusive em face dos outros poderes.<sup>33</sup>

Outro fator que contribui de forma determinante para o desencadeamento de posturas ativistas consiste na formação ideológica da nova safra de juízes. A atual composição do Supremo Tribunal Federal pode ser perfeitamente adotada como referência nessa constatação.

32 Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, Edição de 18 abr. 2012. p. 67.

33 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in Constituição e Ativismo Judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.



A prevalência do caráter técnico-jurídico, em substituição ao conservadorismo que marcava as antigas composições oriundas do regime militar, propicia uma nítida preocupação com a concretização dos valores e princípios constitucionais.

Essa transformação no modo de pensar dos juízes, como fator de contribuição para a deflagração do ativismo judicial no Brasil, não passou despercebida pela atenta análise dos próprios Ministros da Suprema Corte.

Demonstrando satisfação com a “atuação criativa” dos tribunais, o Ministro Gilmar Mendes, ao tecer voto no julgamento da ADI 3.510<sup>34</sup>, consignou:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O Ministro Celso de Mello, por seu turno, ao abordar essa nova linha ideológica dos magistrados, prega cautela na “prática” do ativismo, sob pena de desencadear-se indesejável usurpação de poderes:

O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova

---

34 STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres de Britto, DJ 28/05/2010.

composição da Corte, delinea-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustradas por absoluta inércia – profundamente lesivas aos direitos dos cidadãos – manifestada pelos órgãos competentes do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal, hoje, busca revelar-se fiel ao mandato que os Fundadores da República lhe outorgaram. É preciso agir com cautela, no entanto, para que o Supremo Tribunal Federal, ao desempenhar as suas funções, não incorra no vício gravíssimo da usurpação do poder.<sup>35</sup>

Portanto, a mudança ideológica dos juízes propiciada pelo advento do regime democrático é uma das causas para a sedimentação do fenômeno no Brasil.

A autorização de produção normativa é outro elemento impulsionador do ativismo judicial que merece destaque.

A atividade normativa atípica não é uma participação no exercício da função legislativa, o que é constitucionalmente vedado, mas trata-se de competências normativas exercidas pelo STF (e pelo TSE) que, mesmo não confrontando o princípio da separação dos Poderes, “dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial”.<sup>36</sup>

No contexto do exercício destas competências normativas, merece destaque a criação da súmula vinculante, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004,

35 Entrevista disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei). Acesso em: 14 jun. 2012.

36 RAMOS, Cesar Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo? Síntese: revista de Filosofia, Belo Horizonte, n.105, p.294, jan. 2006.



que possui, inegavelmente, natureza normativa, “no sentido de que a súmula vinculante é antes um ato de criação do que de aplicação do direito”.<sup>37</sup> Diferentemente do caso de controle de constitucionalidade, em que o Judiciário pode criar normas especificamente para os casos levados à sua apreciação, a possibilidade de edição de súmulas de jurisprudência de observância compulsória se faz ao arrepio da inércia da jurisdição e em total descompasso com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante o acesso dos cidadãos ao judiciário para verem adimplidos seus direitos.

### **4.3 As barreiras erigidas à expansão da jurisdição constitucional e ao ativismo judicial**

Leciona o Professor Luís Roberto Barroso<sup>38</sup> que a jurisdição constitucional, em sentido amplo, envolve as atividades de interpretação e aplicação das normas constitucionais, e tem no instituto do controle de constitucionalidade uma de suas principais expressões.

A atividade de controle encontra-se geralmente associada a um juízo negativo, com a não-aplicação de normas eventualmente inconstitucionais e com a anulação de atos normativos incompatíveis com a Constituição. Pelo princípio da “judicial review”, esse controle da legitimidade constitucional é desempenhado apenas pelo Poder Judiciário (Tribunal Constitucional), mas não de maneira restrita a essa “legislação negativa”, ostentando também uma tarefa de concretização e desenvolvimento do direito constitucional.

37 RAMOS, Cesar Augusto. *Ibid.* p.295.

38 BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 409.

Para Canotilho<sup>39</sup>, a tarefa de concretização encontra-se vinculada principalmente aos poderes que não exercem o controle de constitucionalidade das normas, mas até mesmo o poder controlador deve se empenhar, de modo ativo, no desenvolvimento do direito constitucional.

Ocorre que não há no ordenamento uma demarcação clara dos limites de atuação de cada poder, o que tem ensejado o surgimento de várias teorias engajadas na definição dessas fronteiras.

Com relação à limitação da jurisdição constitucional, o dilema que se instala é o seguinte: em um estado democrático, a constituição não pode invadir o espaço da política de forma radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para operadores do direito. Noutra flanco, se a Constituição estabelece objetivos públicos prioritários através de normas jurídicas, não haveria sentido excluir totalmente o controle judicial da atividade de efetivação das políticas públicas.<sup>40</sup>

No Brasil, Barroso visualiza que o alcance extensivo da constituição, a má funcionabilidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve os poderes Executivo e Legislativo dificultam a tarefa “de encontrar o ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário”.<sup>41</sup>

39 O autor exemplifica que os tribunais estão obrigados a aplicar e a concretizar as normas programáticas, não obstante a sua eventual abertura ou indeterminabilidades. “O mesmo se passa, e aqui por directa imposição da constituição, relativamente aos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, 2003. p. 891.)

40 “Em suma, não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (BARCELLOS, Ana Paula de apud BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 410)

41 BARROSO, Luís Roberto. *Ibid.* p. 415.



### 4.3.1 A teoria da separação dos poderes

O jurista italiano Norberto Bobbio entende que o problema fundamental do Estado constitucional moderno envolve a questão dos limites do poder estatal.<sup>42</sup>

Segundo o autor<sup>43</sup>, existem três teorias referenciais que buscam resolver essa questão, a saber:

- teoria dos direitos naturais ou jusnaturalismo, pela qual o poder do Estado tem um limite externo, o direito que decorre da própria natureza dos homens. Por preceder o Estado, este deve reconhecer e garantir integralmente os direitos naturais.

- teoria da soberania popular ou democracia, que propõe uma verdadeira quebra do poder estatal. Nessa teoria, o remédio contra o abuso do poder não é tanto a limitação do poder, mas a mudança incondicional do seu titular. Se o poder do Estado pertence a todos, é como se não pertencesse totalmente a ninguém.

- e teoria da separação dos poderes, segundo a qual a melhor maneira de limitar este poder é distribuí-lo entre diversas pessoas, de forma que nenhuma o detenha com exclusividade, mas apenas uma parcela do mesmo.

Em verdade, a ideia de separação dos poderes tem múltiplas acepções e até hoje não se sedimentou na doutrina um modelo considerado ideal.

---

42 "Grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram à formação do Estado liberal e democrático estão inspiradas em uma ideia fundamental: a de estabelecer limites ao poder do Estado". (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, p. 11)

43 BOBBIO, Norberto. *Ibid.* pp. 15/16.

Aristóteles já “distinguiu no Estado três poderes principais: 1) o que delibera sobre os negócios do Estado; 2) o que compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos; 3) o que abrange as tarefas da jurisdição”. O filósofo grego descrevia como perniciosa a concentração de poderes em um só órgão, contudo, limitou-se a identificar as diferentes funções do governo, sem, no entanto, elaborar uma teoria sistematizada de separação dos poderes.<sup>44</sup>

Já os três poderes do Estado identificados por John Locke são: 1) Legislativo, poder supremo de cada Estado, responsável pela elaboração de leis e delegação da execução da justiça; 2) Executivo, cujas atribuições podem ser resumidas em convocar e estabelecer a duração das reuniões do Legislativo, modificar a base de constituição do corpo Legislativo, bem como agir livremente onde a lei não exista podendo expedir legislação ou atuar “contrariamente à lei vigente, independentemente da aprovação do Legislativo; 3) e, por fim, o Poder Federativo que tem como atribuição o relacionamento com outras nações, Estados ou pessoas estrangeiras. Na concepção de Locke, não há preocupação com a limitação entre os poderes, pois somente o Executivo detém prerrogativa que se assemelha a um controle entre poderes.<sup>45</sup>

Montesquieu inova em relação a Locke ao tratar da possibilidade de um poder controlar o outro. Ao considerar que é próprio da natureza humana abusar dos poderes de que dispõe, toma por base essa peculiaridade para propor a separação dos poderes, com a ideia de que um poder tem capacidade de barrar ao outro de modo a forçar um acordo, e vice-versa, criando a moderação nas decisões e gestão do Estado, o que

44 MORAIS FILHO, J.F.; SOUZA NETO, C.P.; LIMA, M.M.B. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.154.

45 GROHMANN, Luis Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. Revista de Sociologia e Política, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 78.



acabava esse arranjo por forçar os “integrantes dos poderes a caminhar para um acordo, do contrário o resultado poderia ser a paralisia”.<sup>46</sup>

A doutrina da separação de poderes surgiu de uma ideologia liberalista, na medida em que se buscava impedir a concentração do poder na pessoa do rei em detrimento dos interesses dos senhores de propriedades. Repare-se que a separação de poderes tem berço elitista, porquanto não era invocada em nome do povo, mas da elite que se opunha ao Estado.

Ponto de inovação trazido pela concepção federalista envolve o protagonismo do povo no regime republicano. Passa-se a exigir não somente que o poder emane do povo, mas que o poder seja confiado a quem esteja subordinado ao povo, tanto pela curta duração dos seus cargos quanto pelo grande número dos depositários do poder público.<sup>47</sup>

Entretanto, a presença da vontade popular na escolha dos representantes dos poderes, já naquela época, foi objeto de limitação em relação aos membros do Poder Judiciário, dado o caráter técnico de quem deveria exercê-lo.

Na atual conjuntura, Canotilho<sup>48</sup> assevera que, em rigor, quando se fala de separação de poderes, estar-se a tratar de separação de atividades do Estado e não do poder do Estado.

Observa o mestre português que existem três modelos que se mesclam na discussão do significado e alcance constitucional do princípio da “separação e interdependência dos órgãos de soberania”. São eles:

46 GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 80.

47 MORAIS FILHO, J.F.; SOUZA NETO, C.P.; LIMA, M.M.B. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 157.

48 “O resultado desta divisão não é a existência de vários poderes, mas a existência de funções diferenciadas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, 2003. p. 551.)

- o modelo do balanceamento (cheques and balances): parte da ideia de que através de freios e contrapesos recíprocos, os vários poderes encarregados de distintas funções operam um controlo de poder, garantindo a liberdade dos indivíduos e evitando o aparecimento de um “poder superpesado”, que totalize o poder do Estado.

- o modelo do núcleo essencial: acrescenta que aos órgãos de soberania, separados e interdependentes, são confiadas funções materialmente diferenciadas. A interdependência possibilita a interpenetração de funções, mas limitada no núcleo essencial de cada uma destas funções. Assim, tarefas típicas de cada um dos órgãos de soberania não poderão deslocar-se para outros órgãos, sob pena de violação do núcleo essencial ser sintoma da violação do princípio da separação.

- O modelo da justiça funcional ou justeza funcional: parte da ideia de que a separação e interdependência exige uma estrutura orgânica funcionalmente adequada. A cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada (ou da única forma adequada) da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos.

Conclui Canotilho que a acentuação de um ou outro modelo implica na discussão de problemas jurídico-constitucionais concretos, como é o caso do princípio da autocontenção dos tribunais em matérias políticas.<sup>49</sup>

Na atual conjuntura dos Estados democráticos, percebe-se que justamente o Poder Judiciário, formado por técnicos e não por representantes do povo, vem canalizando os poderes do Estado, o que ocorre dentro de uma aparente legalidade.

49 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, 2003. pp. 551-552.



Essa predominância do Judiciário tem repercutido de maneira negativa em segmentos da doutrina, que chegam a visualizar na estrutura dos Estados Democráticos de Direito uma espécie de “ditadura jurídica”, pela qual os Poderes Legislativo e Executivo ficam, em determinada parcela, concentrados no Poder Judiciário.

A ineficiência e imprecisão do princípio da separação dos poderes em resolver definitivamente tais problemas levou Dalmo de Abreu Dallari a fazer duras críticas à teoria, afirmando que o princípio da separação dos poderes é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. Conclui o professor que “a análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica os atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação”.<sup>50</sup>

Mais lúcida me parece a compreensão de Jorge Miranda<sup>51</sup>, para quem o princípio da separação, ante a inevitável zona cinzenta que envolve as interpenetrações das distintas funções, não se volta para individualizar as funções do Estado, mas sim de aproveitar características, requisitos ou garantias formais de certa atividade em nome de outros princípios político-constitucionais, “ou de proporcionar condições para o cabal exercício de certa função, ou de praticar actos complementares de actos próprios de certa função e a ela indispensáveis”.

50 DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado e Governo. In: Elementos de Teoria Geral do Estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221.

51 Diz o autor português que uma coisa é a função, outra coisa a competência de um órgão, na qual podem entrar faculdades decorrentes de funções diversas. (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo V. 4ª ed, Coimbra Editora, 2010. p. 37.)

### 4.3.2 A legitimidade democrática da justiça constitucional

Cappelletti<sup>52</sup> bem sintetiza a questão: é possível, num regime democrático, que juízes ou tribunais, relativamente isentos de responsabilidade e que não sejam escolhidos pelo povo, possam impor a sua própria hierarquia de valores e as suas predileções pessoais ao interpretar as disposições constitucionais?

O início do debate tem raízes na doutrina norte-americana, desde o surgimento do “judicial review”.

Alexander M. Bickel<sup>53</sup>, na obra “The Least Dangerous Branch”, sustenta o caráter “contramajoritário” do Poder Judiciário, que em razão da origem não democrática dos juízes, não possuiria legitimidade para invalidar normas aprovadas pelos membros do Parlamento e do Poder Executivo, estes sim democraticamente eleitos.

A dificuldade contramajoritária surge com força precisamente no momento da aplicação de uma norma constitucional cujo conteúdo não pode ser definido objetivamente, ou seja, sem a influência das concepções subjetivas do julgador.

É aí que se questiona a legitimidade dos juízes para fazer tais escolhas, em face de sua origem não democrática. Ao determinar o conteúdo destas normas, obrigatoriamente estaria sendo feita uma opção política, no sentido de que ela não é determinada pelo direito, por uma das possíveis interpretações que o texto permite. Para Bickel, a colidên-

52 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonis Fabris. 1993.

53 BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch :The Supreme Court at the Bar of politics. 2. ed. New Haven, Yale University, 1986. pp. 17-19.



cia entre democracia e “judicial review” só estaria passível de harmonização quando a interpretação e a aplicação das normas constitucionais pelos juízes expressassem a vontade do povo.

Entretanto, adverte Barroso que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado.<sup>54</sup>

A democracia constitucional, como defende Rawls<sup>55</sup>, deve ser concebida de forma dualista: o poder constituinte se distingue do poder ordinário, do mesmo modo que a lei suprema do povo, da lei ordinária dos órgãos legislativos, o que importa na rejeição da soberania parlamentar. Se o Tribunal Constitucional desempenha o papel de defesa da constituição, evitando que seja ela corroída pela legislação de majorias transitórias, não se pode intitulá-lo de antidemocrático. Para alcançar a legitimidade democrática basta que as decisões estejam “razoavelmente de acordo com a Constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas”.

Ronald Dworkin<sup>56</sup>, explorando a distinção entre democracia majoritária e democracia comunitária, sustenta que democracia significa que o povo governa a si mesmo, cada indivíduo sendo um parceiro integral em um empreendimento político coletivo, no qual as decisões da maioria somente são democráticas quando algumas condições são preenchi-

54 BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 413.

55 RAWLS, Jonh. O liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 284.

56 Para Dworkin, a democracia não é apenas um regime em que indivíduos se juntam para tomar decisões coletivas, processar seus interesses individuais e convertê-los em política pública por intermédio da regra de maioria. Democracia é também isso, mas, antes, precisa conquistar a filiação moral de seus membros na comunidade política. Portanto, para que todos possam se juntar, agregar seus interesses e conferir qual será o produto final, é preciso que se sintam pertencentes a essa comunidade. Este laço moral se forma somente por meio de requisitos substantivos, traduzidos pela síntese da “igual consideração e respeito”. (DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 278.)

das, de modo a proteger o status e os interesses de cada cidadão como parceiro integral no empreendimento.

De acordo com Dworkin, de nada valeria a afirmação da existência de direitos perante o Estado se a este fosse facultado desconhecer tais direitos, sob a alegação de estar agindo em cumprimento da vontade da maioria democrática. Entende o professor norte-americano que um direito perante o Estado significa poder fazer alguma coisa ainda quando a maioria pensa ser errado fazê-lo ou ainda que a maioria sofra prejuízos com tal ação.

John Hart Ely<sup>57</sup> propõe uma concepção procedimental de democracia, segundo a qual o Judiciário está legitimado para defender a representação dos cidadãos por meio de uma interpretação da Constituição que assegure as condições de desenvolvimento do jogo democrático. Assim, a questão central consiste no fato de que “um corpo que não é eleito ou de outra forma, politicamente responsável ou em qualquer outra forma estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam”. Com relação às políticas públicas, Ely não considera legitimado o Judiciário para deliberar com autonomia face às maiorias.

Para Bruce Ackerman<sup>58</sup>, os juízes podem adotar posições contramajoritárias sempre que os membros dos demais poderes atentarem contra os princípios basilares da Constituição, uma vez que a maior parte dos cidadãos da geração atual não está vinculada à discussão pública sobre política e moralidade.

Jeremy Waldron, dissentindo dos posicionamentos de Ackerman e Dworkin, pensa que atribuir a juízes a decisão sobre questões moralmente controversas, retirando dos cidadãos a possibilidade de emitir

57 ELY, John Hart. *Democracy and distrust – a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 5.

58 Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.



seu juízo moral num procedimento majoritário, desrespeitaria o que a democracia teria de mais valioso: a inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que decidem em igualdade de condições seus problemas coletivos. Como não há acordo possível sobre conteúdo, há que se fazer um acordo procedimental para decidir tal conteúdo: sua proposta é a maximização do direito de participação, o direito dos direitos, que permite a todos se realizarem igualmente como sujeitos autônomos em votação pública.

Sucedem que o modelo proposto por Waldron reconhece um só povo, não havendo espaço para o reconhecimento de minorias étnicas, culturais, lingüísticas ou religiosas. No hodierno Estado Democrático de Direito é consagrada a diversidade e o pluralismo étnico, lingüístico e religioso do povo, e passou-se a cultivar o reconhecimento e a proteção das minorias.<sup>59</sup>

Entretanto, não se ignora que as Supremas Cortes, do ponto de vista da posição político-ideológica de seus membros, variem suas decisões de acordo com a orientação político-ideológica predominante no momento. Mas, no geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores, e o Poder Judiciário, cuja natureza não é genuinamente política, é quem melhor pode intervir na preservação dos interesses da minoria.

Ademais, como compreende Luís Roberto Barroso, o déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina

59 MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.): Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 320.) observa que no âmbito do Conselho da Europa foi aprovada uma convenção para a proteção das minorias e outra para a proteção das línguas regionais. A generalidade das novas Constituições do Leste Europeu, onde o problema seria mais instantâneo, proclamaria o reconhecimento da legitimidade democrática da justiça constitucional.

administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico e a manipulação dos meios de comunicação.

De forma coerente, conclui Barroso<sup>60</sup> que o papel do judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais.

### **4.3.3 A “supremacia judicial” no controle da Constituição**

As consistentes argumentações frente à teoria da dificuldade contramajoritária sustentada por Bickel conduziram os críticos do “judicial review” a focarem suas forças em uma nova tese: a de que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos normativos.

A inspiração para essa vertente vem da experiência do modelo de controle de constitucionalidade adotado por países como Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia e Israel.

À guisa de exemplo, a Constituição canadense de 1982 criou o instituto do “notwithstanding clause” (cláusula não obstante), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma norma-

60 BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo, Saraiva: 2011. p. 414.



tivo, mesmo que ele contrarie a interpretação do Texto Constitucional dada pelo Judiciário.

No modelo adotado por aqueles países, os juízes não são responsáveis por interpretar, de forma definitiva, o texto constitucional, e a sua incumbência interpretativa é realizada de duas formas principais:

A primeira é determinar que as leis ordinárias sejam interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais. Neste caso, a incompatibilidade entre ambos os dispositivos não gera a possibilidade de declaração de invalidade da lei ordinária, de maneira que a última palavra permanece com o legislador (sistemas neozelandês, britânico e israelense).

A segunda consiste na invalidação de uma norma que contrarie um dispositivo constitucional, ao mesmo tempo em que se dá ao legislador algum mecanismo para superar esta decisão judicial. Este tipo de dispositivo é conhecido como “overriding” ou “notwithstanding” (modelos de Canadá e Israel).

No caso da Grã-Bretanha, permite-se a edição, por determinados Tribunais, de uma declaração de incompatibilidade, embora desprovida de força vinculante em relação ao legislador.

O que todos estes sistemas têm em comum é que a última palavra em matéria de interpretação constitucional não é dada pelos juízes, de maneira que se busca evitar o que se convencionou chamar “supremacia judicial”.<sup>61</sup>

Stephen M. Griffin, professor da Universidade norte-americana de Tulane, argumenta que à medida que os poderes Legislativo e

---

61 BERMAN, José Guilherme. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br>. Acesso em: 15 mai. 2012.

Executivo, democraticamente eleitos, passam também a atuar na proteção dos direitos individuais, o Poder Judiciário perde o seu principal sustentáculo, o de protetor das minorias oprimidas pelo processo democrático majoritário.<sup>62</sup>

Griffin reconhece que o controle exercido pelo Judiciário teve um papel importante enquanto os Estados Unidos não se tornaram uma “democracia de direitos”, mas que atualmente é necessária a adequação a esta nova configuração democrática.

Desta forma, propõe o reconhecimento de que o Poder Legislativo é mais aberto às manifestações populares do que o Judiciário, daí porque se justifica a quebra da chamada “supremacia judicial”.<sup>63</sup>

Ao lado de Griffin, renomados autores como Ely, Habermas e Nino, embora questionem a legitimidade do “judicial review”, terminam por aceitar a sua existência, ainda que apenas em situações específicas, como em razão da necessidade de se proteger direitos individuais (Griffin), os mecanismos democráticos (Ely e Nino), ou para proteger ambos, embora com moderação (Habermas).<sup>64</sup>

Jeremy Waldron<sup>65</sup> vai mais além, defendendo a extinção do “judicial review” nas ocasiões em que se verificarem presentes quatro fatores: 1) bom funcionamento das instituições representativas (que devem ser eleitas por sufrágio universal); 2) bom funcionamento das instituições judiciais; 3) comprometimento da sociedade e dos governantes com o

62 GRIFFIN, Stephen M. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, p. 281-313, jan. 2002. Disponível em: <http://www.law.upenn.edu/conlaw/thetablecon.html>. Acesso em: 10 mai. 2012.

63 BERMAN, José Guilherme. Stephen Griffin e a nova crítica democrática ao judicial review. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 27, jul./dez. 2005.

64 BERMAN, José Guilherme. *Ibidem*.

65 WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1360, 2006.



respeito aos direitos individuais e das minorias; e 4) desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos.

Waldron ressalta que o Poder Legislativo possui, assim como o Judiciário, o dever de fundamentar suas propostas, o que é feito por ocasião das eleições. As virtudes desse modelo em que o Judiciário é excluído do controle de constitucionalidade podem ser exemplificadas, segundo o professor, com as conquistas verificadas no Reino Unido, onde a legalização do aborto, da prostituição e da homossexualidade, bem como a abolição da pena de morte foram obtidas através da legislação, sem a interferência do Judiciário.<sup>66</sup>

Mais radical que Griffin e Waldron é a concepção de Mark Tushnet.

Mark Tushnet<sup>67</sup> sugere a promulgação de uma emenda à Constituição dos Estados Unidos para extinguir o controle de constitucionalidade concentrado, por ele denominado “End Judicial Review Amendment”, ou seja, a eliminação absoluta do controle de constitucionalidade pelo Judiciário.

Tushnet acusa a Suprema Corte dos Estados Unidos de violar a democracia quando busca exercer, sem limites, aquilo que se convencionou chamar “a melhor interpretação da Constituição”, dentre aquelas objeto de “desacordos razoáveis”.

Ainda que não simpatize com o “judicial review”, Waldron contesta o posicionamento radical de Tushnet, utilizando o exemplo britânico, cujo modelo possuiria a vantagem de deixar a decisão definitiva aos re-

66 WALDRON, Jeremy. *Ibid.* p. 84.

67 TUSHNET, Mark. Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution? *Dissent*. Nova Iorque, v. 2, n. 52, 2005, p. 59-63. Caso aprovada a EJRA determinaria o seguinte: “Salvo autorização do Congresso, nenhuma Corte dos Estados Unidos ou de qualquer um dos Estados terá o poder de revisar a constitucionalidade das leis editadas pelo Congresso ou por qualquer das legislaturas estaduais”.

presentantes do povo, permitindo ao Judiciário que chame a atenção da comunidade aos problemas trazidos pela legislação.<sup>68</sup>

No constitucionalismo democrático hodierno, designadamente considerada a realidade brasileira, a proposta de retirada da Constituição dos tribunais é inconcebível, devendo ser sedimentado tanto o papel dos Poderes Representativos quanto a argumentação técnico-jurídica dos magistrados, havendo que se buscar outros meios de combate ao ativismo judicial que for prejudicial ao sistema democrático de distribuição do poder .

#### **4.4 Soluções viáveis de combate ao ativismo judicial brasileiro**

Num primeiro aspecto mais simplista, a comunidade acadêmica e os tribunais de superposição brasileiros podem incentivar a adoção de uma postura de autocontenção do Judiciário, doutrina fortemente presente nos Estados Unidos. Nessa linha, por questão de prudência política e de respeito aos ideais democráticos, os magistrados devem evitar intromissões intensas e frequentes na esfera de liberdade do legislador. Destarte, na dúvida prevalece a opção do Legislativo, devendo o Judiciário abster-se de julgar matérias politicamente controvertidas.

Há de se convir que, em muitos casos, o juiz ou o tribunal constitucional irá se deparar numa situação de dificuldade, onde não sabe definir o exato momento de adotar uma postura ativista ou de contenção judicial. Sobre a questão, o constitucionalista alemão Peter Haberle<sup>69</sup> apresenta uma solução bastante pertinente:

68 WALDRON, Jeremy. *Ibid.* p. 85.

69 Entrevista concedida ao site consultor jurídico, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em: 15 jun. 2012.



O legislador parlamentar alemão, que eu cito aqui exemplificativamente, na maior parte das vezes não estaria em condições de decidir a questão das células-tronco e da proteção aos embriões. Então, provavelmente, o Tribunal Constitucional Federal tomaria a frente. A instituição do voto especial, que muitas vezes é o voto vencido, deve ser mencionada nesse contexto. Esse instituto foi inventado pelos americanos. O voto vencido hoje é admitido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Isso aparece no artigo 164, parágrafo 1, da Constituição. A instituição do voto especial ou do voto vencido é um caso feliz, é um caso afortunado [...] para que a minoria social possa espelhar-se no voto vencido. A exemplo do que acontece nos Estados Unidos e na Alemanha, com o decorrer do tempo o voto vencido se transforma em um voto majoritário. Essa é uma dialética importante.

Decerto, os juízes devem agir com moderação ao exercerem o controle substantivo da Constituição, procurando encontrar um equilíbrio para evitar tanto o passivismo como o ativismo judicial.

Outra solução viável é a adoção de um critério mais democrático para se escolher um Ministro do Supremo Tribunal Federal. No atual modelo, a Constituição confere ao Presidente da República a exclusividade para indicar e nomear um membro da mais relevante Corte de Justiça do país, cabendo ao Senado Federal apenas deliberar sobre a aprovação do indicado (art.101, § único, CF). Do modo como é hoje, o processo se mostra antidemocrático.

É perfeitamente possível se inovar no procedimento de escolha, e essa ideia acaba de se materializar em proposta de emenda à Constituição Federal: o Senador Cristovam Buarque apresentou Proposta de Emenda Constitucional nº 44/2012, que justamente modifica o processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na proposta, fica inalterada a composição de onze membros, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco

anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Entretanto, os membros do STF passam a ser integrantes de carreiras jurídicas e são escolhidos pelo Senado Federal, por dois terços de seus membros, a partir de lista sêxtupla que seria formada: I – por dois indicados pelo Ministério Público Federal, através do seu Conselho Superior; II – por dois indicados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça); III – por um indicado pela Câmara dos Deputados, por decisão do seu Plenário, por maioria absoluta; IV – por um indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, através do seu Conselho Federal.

Ao Presidente da República resta formar a lista tríplice, para depois enviá-la ao Senado Federal. Nesta Casa, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania procederá à arguição pública de cada indicado, formalizando a escolha do nome a ser submetido ao seu Plenário. Por maioria qualificada, o Plenário do Senado Federal aprovará a escolha e o nome será enviado ao Presidente da República para nomeação.

Cabe ressaltar que a PEC nº 44/2012 ainda restringe a liberdade de escolha dos Ministros ao vedar a indicação de quem tenha, nos quatro anos anteriores, ocupado mandato eletivo no Congresso Nacional ou cargos de procurador-geral da República, advogado-geral da União ou ministro de Estado.

Essa medida de iniciativa parlamentar, embora seja passível de ressalvas quanto à seleção dos órgãos públicos responsáveis pela indicação dos integrantes da lista sêxtupla a ser apresentada ao Senado Federal, é elogiável, porquanto retira do Presidente da República a exclusividade da escolha dos Ministros do STF e acaba conferindo a esta Corte um caráter mais democrático.<sup>70</sup>

70 No Brasil, o Poder Judiciário é estruturado em órgãos da esfera federal e estadual, portanto, conferiria maior harmonia e equilíbrio nas relações institucionais uma lista sêxtupla formada a partir da indicação dos Tribunais de Justiça dos Estados membros, dos Tribunais Superiores, do Congresso Nacional e da Presidência da República.



Por fim, outra medida que se nos afigura viável para moderar o ativismo judicial no Brasil e para solidificar o caráter democrático do Supremo Tribunal Federal é a imposição de mandatos temporários para os ministros.

Atualmente, a Constituição garante vitaliciedade para os integrantes da magistratura e dos tribunais de contas. Entretanto, já tramita na Câmara dos Deputados uma Proposta de Emenda à Constituição que objetiva por fim a esta garantia: trata-se da PEC nº 143/2012<sup>71</sup>, de autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles (PT-PI) – de novo ele – que além de também sugerir alterações na forma de escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, fixa para estes mandatos temporários de sete anos, vedando a recondução e o exercício de novo mandato.

Em sua justificativa, Fonteles considera superado o atual modelo constitucional e exalta o sistema alemão, no qual o “Tribunal Constitucional Federal é composto por dezesseis membros, com mandatos de 12 anos, vedada a recondução”.

Acredita-se, pois, que a renovação mais constante dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, aliada a um critério de escolha mais democrático desses ministros, calha como uma boa solução para a moderação do ativismo judicial brasileiro.

---

71 A admissibilidade da PEC será analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Caso aprovada, será criada uma comissão especial para analisar o mérito da proposta. Depois, o texto deverá ser votado em dois turnos pelo Plenário.

## 5 O poder reformador, as cláusulas pétreas e o controle de constitucionalidade das emendas à Constituição no Brasil

As constituições são criadas com a perspectiva de terem longa duração. Entretanto, é consabido que o progresso das relações sociais deve ser acompanhado pelo regramento constitucional, daí porque surge a necessidade de constantes reformas no seu texto. E é a própria Constituição, na sua disposição originária, que estabelece a possibilidade de um poder, por ela instituído, vir a alterá-la.

Trata-se do “poder de reforma”, também conhecido como “poder constituído” ou “poder instituído”. A sua expressão se dá através de emendas, que devem atender ao procedimento e às limitações estabelecidas no texto constitucional. Aliás, é por este fato que se pode afirmar que o “poder reformador” está subordinado ao “poder constituinte originário”.

As emendas constitucionais consistem num processo de produção de norma constitucional, e, para elaborar essa espécie normativa, a Constituição Federal brasileira estabeleceu três tipos de limitações: circunstanciais (art. 60, §1º, CF), formais (art. 60, §2º, §3º e §5º, CF) e materiais (art. 60, §4º, CF).

Os limites materiais ao poder de reforma, que restringem o conteúdo a ser abordado pelas emendas, são os que interessam ao estudo aqui desenvolvido.

O poder reformador não pode criar uma nova constituição, mas apenas ajustá-la, mantendo a identidade traçada pelo constituinte originário. Carl Schmitt já dizia que, em nenhum caso, a reforma pode afetar a continuidade e a identidade da Constituição.<sup>72</sup>

72 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252.



Essas limitações, que compõem o núcleo essencial do modelo constitucional, são chamadas de “cláusulas pétreas”.

Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>73</sup> leciona que as cláusulas pétreas, “além de assegurarem a imutabilidade de certos valores e de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam também da essência inalterável desse projeto”. Entende o autor que “eliminar as cláusulas pétreas já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela”.

A propósito, o Ministro Ayres Britto<sup>74</sup>, do Supremo Tribunal Federal, já expressou que:

[...] a eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de ‘originário’) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebem da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.

A finalidade cláusula pétrea é preventiva: busca evitar um “processo de erosão” da Constituição. Ela não existe apenas para remediar situação de destruição da Carta, devendo também inibir a tentativa de abolição das suas normas essenciais.<sup>75</sup> Paulo Gonet<sup>76</sup> bem avalia a importância de se estabelecer um núcleo essencial com a referência que faz às

73 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibid.* p. 252.

74 ADI 2.356-MC e ADI 2.362-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 25-11-2010, Plenário, DJE de 19-5-2011.

75 Jorge Miranda lembra que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados. (apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibid.* p. 253.)

76 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253.

situações de “sedução” decorrentes de apelos políticos momentâneos, que no calor da emoção poderiam destruir um projeto duradouro.

Na ordem constitucional brasileira, a proposta de emenda não pode ser tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a “separação dos poderes”; e os direitos e garantias individuais espalhados na Constituição assim como os decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Este núcleo não é passível de supressão ou redução, salvo se pela fundação de uma nova ordem constitucional, caso em que o Poder Constituinte não ficará limitado a qualquer condição da Constituição anterior.

Quando o legislador reformador pretender ajustar o texto constitucional, deve respeitar o procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quórum etc.) e abordar preceitos que possam ser objeto de emenda, caso contrário, “padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias”.<sup>77</sup>

O Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional por mais de um modo: no julgamento de um caso concreto, depois de a emenda haver sido promulgada, qualquer juiz possui competência para efetuar o controle e declarar a inconstitucionalidade incidental; noutra situação, também após a emenda entrar em vigor, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle concentrado de constitucionalidade da emenda, o que se dá

77 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68.



por meio da ação direta de inconstitucionalidade; por fim, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade do controle prévio de constitucionalidade, que ocorre antes mesmo de a emenda ser votada, por meio de mandado de segurança, caso em que a legitimação para agir é exclusiva do congressista.

A título ilustrativo, no MS nº 20.257, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser cabível o mandado de segurança em situações que se questione proposta de emenda constitucional por ofensa a cláusula pétreia, apontando-se que a inconstitucionalidade já existe antes de a proposta se transformar em emenda, uma vez que o seu próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. “Neste caso, a legitimidade para o ajuizamento do mandado de segurança é reconhecida apenas ao parlamentar federal, pois é ele quem tem o direito subjetivo de não ser convocado para participar de votação inconstitucional”.<sup>78</sup>

Destarte, o importante é preservar o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, sendo oportuno destacar que a mera alteração redacional de uma regra inserida no rol das cláusulas pétreas não enseja inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma. Por isso, é perfeitamente possível a ampliação das normas petrificadas, desde que não diminua ou prejudique a sua abrangência.

---

78 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255.

## 6 Da inconstitucionalidade do controle legislativo sobre os atos do judiciário

### 6.1 A proposição da PEC 3/2011

Já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional nº 3/2011 altera a redação do art. 49, inc. V, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 49. É da Competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (destacou-se)

De saída, é preciso compreender o alcance da proposta, no sentido de especificar quais atos do Poder judiciário almeja-se tornar passíveis de sustação pelo Congresso Nacional.

A questão passa necessariamente pela definição da expressão “atos normativos”, e o texto constitucional, neste aspecto, não apresenta a solução.

Quer dizer: pela prerrogativa da Proposta de Emenda Constitucional, caberá ao Congresso Nacional interpretar definitivamente o significado da expressão “atos normativos”, e o fará através de um ato político não mais sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Atente-se que basta os parlamentares invocarem a doutrina de Kelsen, à guisa de exemplo, para sustentar que a decisão judicial também tem natureza normativa, e daí submeter qualquer ato judicial ao seu controle político.



O Poder Judiciário, no exercício do poder de regulamentação, possui autonomia para definir competências administrativas e promover sua organização financeira (art. 99 da CF). Pois bem. Já nesse alcance simplista da proposição parlamentar, é nítida a violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto viabiliza a invasão das competências administrativas e financeiras do Poder Judiciário por ato político do Legislativo.

Nesse sentido, René Dotti afirma que “a PEC claramente vai contra a autonomia que tem de haver entre os poderes e está garantida na Constituição. Não pode haver poder superior ao outro”.<sup>79</sup>

Mas o aspecto mais desestabilizador da proposta é o de sujeitar decisões judiciais, mesmo aquelas que ganham forma através de súmulas e resoluções, ao controle político do Congresso Nacional.

Luís Roberto Barroso, atento à gravidade da questão, pondera que, no Brasil, vive-se a supremacia da Constituição e não do Parlamento. “Aqui não vigora o modelo parlamentarista, adotado, por exemplo, na França e na Inglaterra, onde o Parlamento dá a última palavra em interpretação da Constituição”. Assim, pontifica Barroso que “a medida viola o princípio de separação entre os poderes, ao subordinar a eficácia das decisões do Judiciário à previa aprovação do Legislativo”. E Arremata o jurista brasileiro: “A PEC estabelece uma subversão tão grande da estrutura constitucional que exigiria a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte para ser feita. Certamente, o STF terá de declará-la inconstitucional, se for aprovada”.<sup>80</sup>

É preciso ter em mente que a Constituição Federal não limita o poder reformador em relação às emendas que apenas expressamente res-

79 Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4339>. Acesso em: 20 jun. 2012.

80 *Ibidem*.

tringem as cláusulas pétreas. O professor José Afonso da Silva leciona que a vedação atinge a simples pretensão de modificar qualquer elemento conceitual dessas cláusulas, visto que o texto constitucional fala de “emendas tendentes”, ou seja, uma simples vontade de restrição já é passível de abolição.

E qual a intenção do legislador reformador ao elaborar a PEC nº 03/2011?

O parlamentar criador da proposta não esconde de ninguém que seu intento é combater o protagonismo judicial que ganha relevo na resolução de importantes questões político-sociais, e que de quebra elevará o Legislativo à condição de “o mais poderoso Poder da república”.

Admita a descabida pretensão, o Poder Legislativo teria as funções de legislar e de fiscalizar a atividade judicial. Com isso, elaboraria leis, estas poderiam ter sua constitucionalidade examinada pelo Judiciário e, pasmem, o Legislativo poderia fiscalizar a fiscalização. Ou seja, ele próprio se fiscalizaria, o que representa um sério abalo ao princípio de freios e contrapesos, desenvolvido exatamente com o intuito de evitar o acúmulo de poder ou as sobreposições deste.

Atualmente, a separação dos poderes se assenta na harmonia e independência entre os órgãos do poder político. Isso quer dizer que ainda que exista a independência orgânica, no sentido de não existir qualquer relação de subordinação ou dependência entre os poderes, a Constituição criou um mecanismo de controle mútuo, onde há um sistema de interferências recíprocas, conhecidas como sistema de freios e contrapesos, e que “busca o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e é indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.



Noutro viés, conferir-se ao Congresso Nacional a última palavra sobre os atos judiciais implica em gravíssima transgressão ao princípio do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.<sup>81</sup>

Explica-se.

O princípio do acesso à justiça pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário. Conforme o magistério de Luiz Rodrigues Wambier<sup>82</sup>, não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, ao controle jurisdicional. Os mecanismos processuais devem ser aptos a propiciar decisões justas, eficazes e úteis aos jurisdicionados.

Nessa toada, a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos restritos limites do acesso aos órgãos judiciais. Ou seja, não se trata apenas de possibilitar a propositura de uma ação, mas de assegurar um acesso qualificado, possibilitando que os cidadãos obtenham do Judiciário uma decisão justa e eficaz.

A doutrina moderna defende que o princípio do acesso à justiça deve ser compreendido em sua totalidade, não apenas tendo em conta um aspecto formal, mas também um aspecto material.<sup>83</sup>

Marinoni<sup>84</sup> bem contextualiza a complexidade e relevância do princípio ao pugnar pela garantia do que cuidou chamar de “real acesso à justiça”:

81 Reza o dispositivo: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

82 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento. v. 1, 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 68.

83 Para a efetividade do processo, conforme Dinamarco, Cintra e Grinover, é preciso assegurar: a admissão ao processo (ingresso em juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas; o respeito ao “devido processo legal”; a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); e a utilidade das decisões (dando a quem tem direito tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

84 MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo. v. 1, pp. 184-185.

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como ‘direito de acesso à justiça’ [...]. O problema da ‘efetividade’ do direito de ação, ainda que já fosse percebido no início do século XX, tornou-se mais nítido quando da consagração constitucional dos chamados ‘novos direitos’, ocasião em que a imprescindibilidade de um real acesso à justiça se tornou ainda mais evidente [...] porque se tomou consciência de que os direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade, identificados nas Constituições modernas, apenas poderiam ser concretizados se garantido um real – e não um ilusório – acesso à justiça.

Denota-se que o acesso à justiça não mais se confunde nem se exaure com a possibilidade de o cidadão levar sua pretensão ao Judiciário, mas significa a efetiva oportunidade de proteção judiciária, mediante o justo processo e a concretização das garantias do cidadão em juízo.

Ora, se observada a tônica material ou substancial do acesso à justiça, pode-se afirmar que num modelo de superposição legislativa em que os atos do Judiciário fiquem condicionados à palavra final do legislador, que poderá limitar ou aniquilar a eficácia e a utilidade de uma decisão judicial, este princípio restará transgredido, de tal forma que o que se terá consagrado é um “acesso ilusório à justiça”.

Não se pode olvidar que o princípio do livre acesso à justiça, tanto na concepção formal como na material, consiste em garantia da própria dignidade da pessoa humana, que encontra resguardo em tratados e convenções de direitos humanos aderidos pela ordem nacional,<sup>85</sup>

85 Preceitua a Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, no seu art. 10: “Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. No mesmo sentido, a Convenção Americana (OEA) sobre Direitos Humanos, ou o chamado



valendo lembrar que possuem a mesma validade hierárquica que as garantias fundamentais individuais, nos termos do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal.

O almejado poder de sustar “atos normativos” do Judiciário franqueará ao Legislativo uma intervenção arbitrária no direito dos cidadãos, assim como ocorreu com o instituto das medidas provisórias no ordenamento brasileiro, que, a princípio, deveriam ser editadas pelo Presidente da República em situações de extrema relevância e urgência, mas, dado a indeterminabilidade das expressões, franqueou-se ao Chefe do Executivo utilizar-se das medidas sem quaisquer parâmetros jurídicos ou éticos.

A situação permite questionar: como ficaria garantido o acesso à justiça se depois de um julgamento justo e imparcial pelo Judiciário a decisão (que pode ser expressa em súmulas e resoluções) tivesse que ser submetida à fiscalização do legislativo, poder político movido a interesses?

O acesso ao judiciário, concebido pela ordem nacional e internacional de direitos humanos como garantia do cidadão em ter seus pleitos decididos por um tribunal imparcial e independente, não pode sofrer qualquer limitação pela interferência do poder constituinte reformador, e essa tentativa de controle legislativo, a toda evidência, revela-se um absurdo mecanismo limitador deste princípio.

---

Pacto de San José da Costa Rica (1969), que preceitua no seu art. 8º que: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

## 6.2 As proposições da PEC 33/2011

De modo idêntico à proposição anteriormente analisada, a PEC nº 33/2011 estabelece, em seus artigos 2º e 3º, o controle Legislativo sobre atos do Poder Judiciário, primeiramente, para condicionar o efeito da súmula vinculante à aprovação pelo Congresso Nacional, e depois, para submeter ao mesmo Congresso a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição.

Mais uma vez, o Parlamentar piauiense buscou levantar barreiras ao ativismo judicial, com a peculiaridade agora de controlar expressamente determinados atos jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal.

Fonteles invoca a doutrina de Jeremy Waldron e Mark Tushnet para propor um sistema em que a última palavra em matéria de súmula vinculante e interpretação constitucional não seja dada pelo Supremo Tribunal Federal, mas pelo Congresso Nacional, que é formado por “representantes eleitos”, “legitimamente democráticos”, sendo que, na última situação, a questão pode ainda ser submetida a consulta popular, tudo para evitar o que se convencionou chamar “supremacia judicial”.<sup>86</sup>

Passa-se ao exame da constitucionalidade das proposições através dos seguintes aspectos:

86 Estabelece o art. 3º da PEC nº 33/2011 (no que interessa): “O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: “Art. 102. (...) § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.”



### **a) separação dos poderes:**

Pelas razões já sustentadas na anterior análise da PEC nº 3, a pretensão do Legislativo em controlar atos jurisdicionais do Poder Judiciário viola claramente o princípio da separação dos poderes. Especificamente em relação a esta tentativa de restringir os poderes do Supremo Tribunal Federal, temos por oportuno acrescentar as seguintes ponderações:

A Constituição Federal, na disposição do seu art. 102, consagrou o Supremo Tribunal Federal como seu legítimo guardião. Ora, tratando-se de disposição inserida no núcleo duro, intangível, como seria possível o Poder Legislativo reformador restringir uma competência definida como cláusula pétreia?

Está-se diante de uma flagrante ameaça de violação à separação dos poderes, em que se busca usurpar do Supremo Tribunal Federal uma das suas mais importantes competências estabelecida pelo legislador constituinte originário.

Note-se que, em relação ao controle de constitucionalidade das emendas constitucionais sugerido na proposição, o Parlamentar faz uso de um artifício demagogo, camuflado sob o manto da democracia: retira a competência do Supremo Tribunal Federal em controlar a constitucionalidade das emendas e a entrega ao Congresso Nacional, para que este, discordando da opinião técnico-jurídica dos Ministros, submeta a questão à “consulta popular”.

Por linhas obscuras, a proposta visa tornar a Suprema Corte em uma singela instituição opinativa, tornando sua existência inviável, afinal se gastaria muitos recursos públicos para manter uma organização do estado que acabaria perdendo sua utilidade.

E quanto às súmulas vinculantes, é inquestionável o caráter jurisdicional que advém da sedimentação de uma jurisprudência do Excelso

Pretório. Submeter a eficácia deste ato à concordância do Poder Legislativo significa retirar do Supremo Tribunal Federal a autoridade da sua interpretação.

Bem lembra Fernando Lima<sup>87</sup> que:

Quando se fala em separação dos poderes, é sempre necessário ter em mente os seus objetivos, ou seja: a soberania popular, a eficácia constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. É preciso fazer esta pergunta: para que serve a separação dos poderes? Em primeiro lugar, ela deve tornar realidade a democracia, ou a promessa do governo popular (CF/88, art. 1º e parágrafo único). Em segundo lugar, a Constituição deve ser respeitada pelos governantes e pelos governados e deve ser efetivada pelos órgãos competentes, em especial pela jurisdição constitucional. De nada servem as leis e a Constituição, por mais democráticas que possam parecer, se elas não puderem ser efetivadas de modo imparcial. O terceiro objetivo da separação dos poderes é a proteção dos direitos fundamentais, sem o que os princípios democráticos e a regra da maioria poderão se tornar, com facilidade, instrumentos da tirania.

No atual modelo constitucional brasileiro, não partilhamos do entendimento de que o Poder Legislativo esteja enfraquecido em relação aos demais. Fato é que os parlamentares sempre podem discordar da interpretação dada a uma lei, e conseqüentemente modificá-la, exceto nas hipóteses de limitação impostas pela Constituição Federal.

Calha rememorar que o Supremo Tribunal Federal não detém exclusividade no controle de constitucionalidade das leis. A própria Constituição prevê outros meios de controle de constitucionalidade, inclusive de natureza não jurisdicional, exercido pelo Chefe do Poder Executivo e pelo próprio Poder Legislativo, como sói ocorrer

87 LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição Constitucional e Controle do Poder*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 39.



no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça de cada Casa do Congresso Nacional.

Com estas prerrogativas, fica resguardada a independência, a autonomia e a harmonia dos Poderes. Por evidente, caso não haja eficiência no processo legislativo, ou seja, se o legislador não conseguir atuar com celeridade, equidade e coerência, haverá um natural descompasso em relação aos Poderes que estejam buscando pacificar os conflitos sociais.

Conclui-se, portanto, que as ideias lançadas na proposta de Emenda Constitucional representam uma tentativa de implantar um “controle do controle” judicial de constitucionalidade a ser realizado pelo controlado, o que fere o art. 2º da CF.<sup>88</sup>

## **b) o postulado da Supremacia da Constituição:**

A Supremacia da Constituição é um postulado básico da ciência jurídica. “Postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação, e se quiser, a própria Constituição”.<sup>89</sup>

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

A existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário à supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se

88 CF – Art. 2º – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

89 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ª edição, São Paulo, p. 165.

verifica a superioridade da norma *magna* em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-lo ou suprimi-la.

O controle de constitucionalidade conferido aos Juízes e Tribunais serve, assim, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais contra os eventuais abusos que possam ser cometidos pelo Poder Legislativo. Esses direitos e garantias, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado Direito.

Destarte, retirar do Judiciário a prerrogativa do efetivo controle de constitucionalidade das leis implica afrontar a própria essência de supremacia da Constituição, daí porque é dever dos Juízes e Tribunais, no desempenho de sua função jurisdicional, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional.

### **c) o estado democrático de direito e os direitos e garantias fundamentais:**

Se por um lado as proposições formuladas pelo Deputado Nazareno Fonteles encontram alicerce na doutrina de Jeremy Waldron e Mark Tushnet (com menor radicalidade, é verdade), por outro, a Constituição Federal brasileira estabelece uma ordem que se coaduna à doutrina de Ronald Dworkin.

O professor norte-americano defende a ideia de que o controle de constitucionalidade deve ficar na mão do Judiciário. Tanto o Legislativo quanto o Executivo são representantes da maioria do povo e estão sempre agindo de acordo com intenções políticas e, se não defenderem os



direitos e interesses daqueles que os elegeram, correm o risco de perderem seus cargos. Então, se a interpretação da constituição ficar a cargo do legislativo, corre-se o risco de uma tirania da maioria. Daí a conclusão de que a maioria não pode exercer controle em causa própria, ficando a cargo do judiciário a tarefa de interpretar os direitos das partes.

Para Dworkin, a ideia democrática deve levar em conta a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio. Explica que os argumentos de política justificam uma decisão política que leva em conta o interesse coletivo da comunidade como um todo. Enquanto que os argumentos de princípio justificam uma decisão política de interesse de um indivíduo ou de um grupo determinado.<sup>90</sup>

Em face destas circunstâncias, Dworkin não vê a necessidade de qualquer questão judiciária estar diretamente atrelada ao Legislativo, reforçando que este Poder cria suas leis a partir de argumentos políticos, enquanto que ao Judiciário cabe guardar a Constituição, a partir de argumentos de princípios, que levam em conta os direitos das minorias.

Em conclusão, retirar o controle de constitucionalidade do Poder Judiciário significa conferir ao poder da maioria, representada pelo Legislativo, a guarda de suas próprias decisões, é, como bem diz Dworkin, deixar a maioria ser juíza de suas próprias ações.

Pelo que se denota, não foi por uma eventualidade que o Legislador Constituinte Originário de 1988 alçou o Poder Judiciário a principal protagonista do processo de controle de constitucionalidade dos atos produzidos pelo Poder Público. A propósito, justamente no julgamento do caso<sup>91</sup> que instigou os parlamentares da bancada evangélica a apro-

90 DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 223.

91 O Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo ser considerada entidade familiar para fins de recebimento de benefício previdenciário.

varem a PEC nº 3/2011 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Ministro Celso de Mello<sup>92</sup>, em seu voto, fez as seguintes advertências:

Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

Nesse passo, temos por certo que a atuação contramajoritária do Poder Judiciário não é, como pensa o parlamentar proponente das emendas, ofensiva ao regime democrático. Pelo contrário, ao defender os direitos da minoria frente às opressões da maioria, o Poder Judiciário atua como verdadeiro garante dos direitos fundamentais.

A concepção de democracia do parlamentar piauiense é monoclar, restrita à ideia quantitativa. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal há muito envereda pelo correto caminho da justiça equitativa, tendo consolidado na sua jurisprudência a salvaguarda dos direitos das minorias. Esse fato também é realçado pelo Ministro Celso de Mello<sup>93</sup> em seu brilhante voto:

92 RE 477554/MG, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJe de 3.8.2011.

93 RE 477554/MG, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJe de 3.8.2011.



Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Em conclusão, considerando essa perspectiva pluralística de defesa dos fundamentos estruturantes da ordem democrática (CF, art. 1º, V), acredita-se que as proposições analisadas, que buscam retirar do Judiciário a competência de fiel guardião da Constituição, atentam contra o Estado Democrático de Direito, porquanto infringem direitos, liberdades e garantias fundamentais, individuais e coletivas, consagrados na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem nacional.

## 7 Considerações conclusivas

1ª) As emendas propostas pelo Dep. Nazareno Fonteles, PEC n. 03/2011 e PEC n. 33/2011, como exceção do art. 1º desta última, que apenas altera o quórum de votação na Corte constitucional, tem por pretensão transferir para o parlamento a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade;

2ª) As propostas encontram motivação no ativismo judicial brasileiro, principalmente do Supremo Tribunal Federal;

3ª) Embora a PEC 03/2011 verse, em tese, sobre atos normativos, em última *ratio*, o alvo da proposta é a atividade fim do Poder Judiciário, porquanto “atos normativos” não é uma expressão certa que encontre conceito definido;

4ª) No Estado Constitucional de Direito o poder político também é subordinado ao Direito;

5ª) A sujeição de todos à lei e, sobretudo, à Constituição, transforma o juiz em garante dos direitos fundamentais também contra o legislador;

6ª) A democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado;

7ª) A separação dos poderes no Brasil adota o modelo do balanceamento (*checks and balances*): parte da ideia de que, através de freios e contrapesos recíprocos, os vários poderes encarregados de distintas funções operam um controlo de poder, garantindo a liberdade dos indivíduos e evitando o aparecimento de um “poder superpesado”, que totalize o poder do Estado; e o modelo do núcleo essencial: acrescenta que aos órgãos de soberania, separados e interdependentes, são confiadas funções materialmente diferenciadas. A interdependência possibilita a interpenetração de funções, mas limitada no núcleo essencial de cada uma destas funções. Assim, tarefas típicas de cada um dos órgãos de soberania não poderão deslocar-se para outros órgãos, sob pena de violação do núcleo essencial ser sintoma da violação do princípio da separação;

8ª) A democracia constitucional, como defende Rawls, deve ser concebida de forma dualista: o poder constituinte se distingue do poder ordinário, do mesmo modo que a lei suprema do povo, da lei ordinária

dos órgãos legislativos, o que importa na rejeição da soberania parlamentar. Se o Tribunal Constitucional desempenha o papel de defesa da constituição, evitando que seja ela corroída pela legislação de maiorias transitórias, não se pode intitulá-lo de antidemocrático. Para alcançar a legitimidade democrática basta que as decisões estejam “razoavelmente de acordo com a Constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas;

9ª) A melhor maneira de limitar o poder é distribuí-lo entre diversas pessoas, de forma que nenhuma o detenha com exclusividade, mas apenas uma parcela do mesmo;

10ª) No Brasil, como visualiza Barroso, devido a má funcionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve os poderes Executivo e Legislativo torna se difícil a tarefa “de encontrar o ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário”;

11ª) O atual quadro de ativismo judicial no Brasil é, de modo geral, salutar, porquanto atende aos anseios da sociedade desamparados pela omissão dos demais Poderes. As soluções viáveis de combate aos excessos do Poder Judiciário passam: pelo estímulo da ideia de autocontenção – por questão de prudência política e de respeito aos ideais democráticos, os magistrados devem evitar intromissões intensas e frequentes na esfera de liberdade do legislador, de forma que, na dúvida, deve prevalecer a opção do Legislativo, deixando o Judiciário de julgar matérias politicamente controvertidas; pela adoção de um critério mais democrático para se escolher um Ministro do Supremo Tribunal Federal, conferindo aos representantes dos demais poderes da República a possibilidade de participar no processo de escolha e nomeação; e, também, pela imposição de mandatos temporários para os ministros do Supremo Tribunal Federal, porquanto a renovação mais constante dos

juizadores se harmoniza com os postulados de uma sociedade democrática pluralística, não restando dúvidas de que a adoção dessa medida, aliada a um critério de escolha mais democrático desses ministros, calha como uma boa solução para a moderação do ativismo judicial brasileiro;

12<sup>a</sup>) Cláusulas pétreas são cláusulas de perpetuidade que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte “originário” intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas. É o núcleo intangível ou cerne imodificável da Lei Maior, sendo garantias de perenidade de determinados valores;

13<sup>a</sup>) A federação, o Estado de Direito Democrático, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais, dentre eles o de acesso ao Judiciário, são conteúdos elencados expressamente no texto constitucional como não passíveis de alteração;

14<sup>a</sup>) Os juízes devem adotar posições contramajoritárias sempre que os membros dos demais poderes atentarem contra os princípios basilares da Constituição, uma vez que a democracia pressupõe o reconhecimento de minorias étnicas, culturais, lingüísticas ou religiosas;

15<sup>a</sup>) A experiência do modelo de controle de constitucionalidade adotado por países como Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia e Israel, por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie a interpretação do Texto Constitucional dada pelo Judiciário, não serve ao modelo constitucional brasileiro, que adotou uma Constituição escrita e, sobretudo, rígida, sem falar no sistema de *checks and balances*;

16<sup>a</sup>) As propostas de emendas, naquilo que tende à submissão dos atos do Poder Judiciário ao controle do Legislativo, são inconstitucio-



nais, pois violam cláusulas constitucionais que somente o Poder constituinte originário poderá alterá-las, tais como O Estado de Direito Democrático (art. 1º, caput); a separação dos Poderes (art. 2º) e a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) e, finalmente, o princípio da supremacia constitucional.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in: Constituição e Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 03 jun. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERMAN, José Guilherme. **Supremacia judicial e controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br>. Acesso em: 15 mai. 2012.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of politics**. 2. ed. New Haven, Yale University, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 25 mai. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Ideologie nel diritto processuale. Processo e ideologie**. Bologna: Mulino, 1969.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonis Fabris. 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado e Governo. In: Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Giurisdizione e democrazia, Democrazia e Diritto**. 1997.

FILHO, José Celso de Mello. **Entrevista: José Celso de Mello**. Consultor Jurídico, 15 mar. 2006. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei). Acesso em: 14.06.2012. Entrevista concedida a Márcio Chaer.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org): **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRIFFIN, Stephen M. **Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights**. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, v. 4, n. 2, p. 281-313, jan. 2002. Disponível em: <http://www.law.upenn.edu/conlaw/thetablecon.html>. Acesso em: 10 mai. 2012.

GROHMANN, Luis Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 78.

HABERLE, Peter. **Constituição é declaração de amor ao país**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em: 15 jun. 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus PODIVIM, 2009.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição Constitucional e Controle do Poder**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. v. 1. 5ª ed. RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional, Tomo V**. 4ª ed, Coimbra Editora, 2010.

MORAIS FILHO, J.F.; SOUZA NETO, C.P.; LIMA, M.M.B. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAMOS, Cesar Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo? **Síntese: revista de Filosofia**, Belo Horizonte, n.105, p.294, jan. 2006.



RAWLS, Jonh. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

**Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril, Edição de 18 abr. 2012. p. 67.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUSHNET, Mark. Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution?. **Dissent**. Nova Iorque, v, 2, n. 52, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1360, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. v. 1, 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

#### Referência do texto

LOPES, Erivan José da Silva. Ativismo judicial versus supremacia legislativa: a inviabilidade do controle legislativo sobre os atos do Poder Judiciário no ordenamento constitucional brasileiro. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 18, n. 37, p. 421-486, jan./jun. 2013.



# Da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira: equilíbrio entre o ativismo e a autocontenção judicial

## **Flávia da Costa Lins Cavalcanti**

Juiza de Direito do 3º Juizado Cível da Comarca de Campina Grande;  
Professora de Direito Administrativo Aplicado junto a Escola da Magistratura da Paraíba;  
Coordenadora acadêmica adjunta do CPM – Curso de Preparação a Magistratura, da ESMA-PB.

### LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CAJ	Centro de Atualização Jurídica
Coord.	Coordenador
EMARF	Escola da Magistratura Regional Federal
Ed.	Editor
et seq.	Abreviação da locução latina et sequentia [= e seguinte; e que se segue]
ISBN	Abreviação do inglês International Standard Book Number [= Número Padrão Internacional de Livro]
n.	número
Org.	Organizador
Trad.	Tradução
v.	versus; volume
vol.	volume

"A injustiça, por ínfima que seja a criatura vitimada, revolta-me, transmuda-me, incendeia-me, roubando-me a tranquilidade e a estima pela vida."

*Rui Barbosa*

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantar-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a se desanimar da virtude, rir da honra e ter vergonha de ser honesto."

*Rui Barbosa*

#### SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO 1** – A legitimidade da jurisdição constitucional: democracia e estado de direito. **CAPÍTULO 2** – AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL. **2.1** Técnicas de Autocontenção Judicial. **2.1.1** Limites processuais. **2.1.2** Limites hermenêuticos. **2.1.3** Discricionariedade administrativa. **2.1.4** Doutrina das questões políticas. **CAPÍTULO 3** – Ativismo judicial. **CAPÍTULO 4** – Considerações finais. Referências.

## Introdução

O presente relatório tem como objetivos a análise do tema relacionado à legitimidade da jurisdição constitucional brasileira e a busca do equilíbrio entre o ativismo e a autocontenção judicial.

Considerando que, no sistema constitucional brasileiro, os membros do Poder Judiciário, notadamente os do Supremo Tribunal Federal, não são escolhidos pelo povo, questiona-se, na atualidade, a sua legitimidade em invalidar leis elaboradas por autênticos representantes do povo — no caso, membros do Legislativo.



Demonstrar-se-á, assim, que, no caso brasileiro, a própria Constituição, através do poder constituinte originário, ou seja, pela vontade do povo aí representada, elegeu o Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição, atribuindo-lhe competência para, entre outras, invalidar leis que contrariem a Carta Magna, constituindo-se, assim, dito argumento, nas palavras do jurista Luís Roberto Barroso (2010, p. 398), o fundamento normativo da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira.

Desse modo, pode-se afirmar, como será demonstrado, que, no exemplo do Brasil, que tem como fonte normativa a Constituição Federal, a jurisdição constitucional é a representação da própria soberania popular. Além do mais, ao assegurar o cumprimento dos direitos constitucionais, notadamente os direitos e garantias fundamentais, ela garante e reforça a legitimidade da democracia. Todavia, apesar da posição destacada que detém o Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das leis no Brasil e do reconhecimento de que, nalgumas situações, se exige posição mais ativa do Poder Judiciário na defesa dos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal, não se pode olvidar que esse Poder, até para se preservar a separação de poderes, também consagrada na Carta Magna, deve ser moderado, comedido, recomendando-se, em determinadas situações, uma postura de autocontenção judicial.

Desse modo, o propósito do presente trabalho será demonstrar, ao final, que a jurisdição constitucional brasileira, especialmente o Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu mister para garantir o cumprimento de direitos constitucionais, notadamente os consagrados direitos fundamentais, exerce postura ativa – denominada, pela doutrina, de *ativismo judicial* –, e que, todavia, o próprio Poder Judiciário, no exercício de sua nobre missão, deve, em determinadas situações, estabelecer limites a tal atuação, sendo os métodos de autorrestricção ou autocontenção judicial excelentes instrumentos para se evitar a usurpação de competência e de funções dos poderes legislativo e executivo.

## CAPÍTULO 1

# A legitimidade da jurisdição constitucional: Democracia e estado de direito

Segundo o jurista Alexandre de Moraes (2001, p. 4), é a complementaridade entre Democracia e Estado de Direito que justifica a legitimidade da jurisdição constitucional, pois, enquanto a Democracia se caracteriza como um governo da maioria, ou seja, é expressão da soberania popular, o Estado de Direito assegura, pela supremacia da Constituição, o respeito aos direitos fundamentais e o controle do Poder Judiciário sobre leis e atos estatais, protegendo, assim, não apenas a maioria, mas também os direitos da minoria. Ou seja, defende esse autor, de forma acertada, que deve haver uma compatibilização entre o Parlamento, representando a maioria, e a Justiça Constitucional, como expressão do Estado de Direito – portanto, defensora, quando for o caso, dos direitos da minoria.

Assim, partindo de tal premissa, tem-se que a legitimidade formal da jurisdição constitucional se explica por meio do estabelecimento, pela Assembleia Nacional Constituinte, ou seja, vontade soberana do povo, de uma Constituição que institua, como ocorre no modelo brasileiro, um Tribunal Constitucional com função de guardião da Constituição Federal. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, formalmente instituído pela Constituição Federal, assegura a supremacia do texto constitucional, seus princípios, objetivos, direitos e garantias, ou seja, a própria existência do Estado de Direito, possuindo, assim, a jurisdição constitucional, ao consagrar e efetivar ditos direitos constitucionais, legitimidade material ou substancial.

Visto dessa forma, tem-se que, apesar da chamada *dificuldade contra-majoritária* (BICKEL, 1986, p. 16 et seq.), que questiona a legitimidade



da jurisdição constitucional, por não serem os seus integrantes escolhidos pelo povo, a jurisdição constitucional brasileira, tanto no aspecto formal como no aspecto material, detém legitimidade, sendo resultado da vontade soberana do povo, e que, bem exercida, assegura a própria existência do Estado de Direito e da Democracia.

Saliente-se ainda, e trazendo a lume a posição adotada por Fábio Konder Comparato (2004, p. 7), que a soberania do povo, se não dirigida à realização dos direitos fundamentais, conduz ao arbítrio da maioria. Todavia, apesar de não serem os integrantes do Poder Judiciário escolhidos pelo voto, é esse Poder o principal garantidor integral dos direitos fundamentais, e, por tais razões, para o autor, de forma acertada, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito democrático é um atributo único, fundado no respeito moral, que na civilização romana se denominava *auctoritas*. (COMPARATO, 2004, p. 7).

Como já salientado na introdução deste relatório, apesar de a jurisdição constitucional brasileira ter legitimidade formal e material para o exercício do controle da constitucionalidade no Brasil, o seu exercício não é ilimitado, e, nas palavras do jurista Cláudio Ari Melo (2004, p. 178), deve o Poder Judiciário de uma constituição republicana, como a brasileira, adotar duas espécies de postura em relação aos órgãos e processos de representação da soberania popular: uma postura de deferência judicial em relação aos poderes executivo e legislativo; e uma postura de garantia e fortalecimento do regime democrático, ou seja, um equilíbrio entre o ativismo judicial e a autocontenção.

Acrescenta ainda o referido autor, de forma acertada, que os juízes da democracia constitucional brasileira não podem omitir-se ou tolerar uma soberania parlamentar que desconsidere os preceitos constitucionais vigentes. Por outro lado, não podem ser responsáveis por um monopólio judicial que prejudique ou “asfixie a cultura republicana”,

sendo, pois, os responsáveis pelo que ele denomina *virtude fundamental* das democracias constitucionais, que consiste no equilíbrio dos seus elementos constitutivos. (MELLO, 2004, p. 200).

Ainda, para arrematar este capítulo, vale trazer à baila o pensamento de Peter Häberle, extraído da excelente obra “A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade”, de André Salgado de Matos, que, ao tratar da forma de interpretação constitucional, defende que esta deva ser feita de forma ampla, indo além dos métodos convencionais jurídicos, sendo, pois, nas palavras de Häberle, uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, na qual, pela interpretação constitucional por ele defendida, “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos são potencialmente chamados aos processos de interpretação constitucional”, constituindo-se, assim, na sua expressão, num verdadeiro processo público de interpretação (HÄBERLE apud MATOS, 2004, p. 67-68), o que teria, como ponto positivo, a possibilidade de serem considerados, neste trabalho hermenêutico, todos os pontos de vista possíveis, isso, por óbvio, de responsabilidade dos que exercem a jurisdição constitucional.

Verifica-se, assim, pelo pensamento de Häberle, que a interpretação constitucional moderna exige do Julgador Constitucional uma interpretação ampla, multidisciplinar, da Norma Constitucional, e isso, a meu ver, é válido e coerente com o atual papel que deve ser exercido pelos que fazem a jurisdição constitucional brasileira, mas não se pode olvidar que tal método, apesar dos seus méritos, e isso é evidente, estimula a prática do ativismo judicial, devendo, assim, quando da sua utilidade, ser precedido do necessário equilíbrio e de bom senso, buscando-se, desse modo, equacionar a extensão de tal método interpretativo com a chamada *autocontenção judicial*, que também deve ser comedida, tal qual o ativismo.

Assim sendo, conclui-se que, para a efetiva realização da jurisdição constitucional, deve haver uma estreita compatibilização entre o



direito a todos assegurado de fazer cumprir a Constituição – notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, interpretando-a sempre no sentido da implementação – e a sua aplicação, com o devido sopesamento e proporcionalidade na sua efetivação. Desse modo, o julgador, para a consecução do fim a ele devido, qual seja, a prestação jurisdicional, a compatibilização dos elementos essenciais das democracias constitucionais, em especial a separação dos poderes, com a necessária vigilância e cumprimento dos direitos consagrados no texto constitucional, tudo com o fim de proporcionar aos destinatários da almejada prestação jurisdicional o necessário equilíbrio entre o respeito à divisão de poderes e a efetiva aplicação do texto constitucional.

Em se tratando do equilíbrio e do sopesamento necessários à efetiva realização do Estado de Direito, elementos subjetivos e de extrema sutileza, vale, mais uma vez, reportarmo-nos aos ensinamentos de André Salgado de Matos, que, ao tratar da separação dos poderes, afirma que o entendimento que prevalece sobre a separação dos poderes ainda é o derivado da doutrina política de Charles Montesquieu (1689-1755), que, ao evitar a primazia do Poder Legislativo sobre os demais Poderes, representa um sistema de freios e contrapesos que possibilita a existência de fiscalização da constitucionalidade, em que um poder fiscaliza o outro. (MATOS, 2004, p. 87-88).

Veja-se que esse sistema de freios e contrapesos sustentado por Montesquieu tem estreita relação com o presente trabalho, visto que aqui se defende a compatibilização, o equilíbrio entre o ativismo, que, muitas vezes, desrespeita esse sistema, e a autocontenção, que, ao tempo em que preserva essa fórmula sutil de mútuo respeito entre os poderes, peca algumas vezes quando, em nome da autorrestrrição, deixa o Poder Judiciário de agir para prestar a tutela jurisdicional buscada (por razões políticas, por exemplo).

Desse modo, pode-se concluir este capítulo afirmando que a real legitimidade da jurisdição constitucional encontra respaldo nesse almejado equilíbrio.

Complementando a ideia deduzida neste capítulo, e ainda no que tange à legitimidade da jurisdição constitucional, vale trazer à baila os ensinamentos do Professor Luís Pedro Pereira Coutinho (2009), o qual defende que o reconhecimento da legitimidade de um texto constitucional “corresponde a uma parametrização moral comungada no âmbito de uma ‘comunidade de participantes morais’ ou ‘comunidade de principio’ que, enquanto tal, reconhece autoridade moral — o que [...] equivale a dizer legitimidade ou validade — à sua Constituição”.

Segundo o referido autor, para que se afirme a legitimidade de um texto constitucional, é necessário que se reconheça, quanto ao seu conteúdo e participantes, a *autoridade moral da Constituição*, como denominada por ele, ou seja, além da legitimidade formal e substancial das normas constitucionais, é necessário também que elas tenham, nas suas palavras, uma relação aristotélica entre a *paideia* (“ideia moral, política e educacional de uma comunidade política”) e a *politeia* (“Constituição substancial” que preside aos destinos da mesma comunidade). (COUTINHO, 2009, p. 486).

Isso posto, para que se afirme a legitimidade do texto constitucional, deve-se buscar, além da legitimidade formal e substancial da Constituição, um conteúdo moral que a justifique. Esse conteúdo moral é essencial para a real efetividade do texto constitucional, pois, como ele tem com a comunidade uma relação que não é tão somente formal e substancialmente aceita, mas que também é moralmente reconhecida como tal, as suas normas terão, por certo, uma maior aceitação e, repita-se, efetividade.

Finalizando o capítulo, tem-se que, reconhecendo-se num texto constitucional a sua legitimidade formal, substancial e moral, se tor-



na mais eficiente a busca pelo equilíbrio defendido neste texto, pois, ao tempo em que o aplicador do direito, na interpretação das normas constitucionais, o faz buscando a compatibilização entre a sua efetividade e o respeito entre os poderes da República, a sociedade, ante o conteúdo moral que tais normas detêm, aceita com mais naturalidade a interpretação dada pelos Tribunais a respeito do conteúdo e da eficácia da Constituição.

## CAPÍTULO 2

### Autocontenção judicial

Atualmente, nas democracias constitucionais, verifica-se uma estreita ligação entre supremacia constitucional e controle judicial. Todavia, cumpre realçar que, ao lado do princípio da supremacia constitucional, se deve considerar igualmente a existência de dois outros princípios importantes, quais sejam a soberania popular e a separação dos poderes.

E é justamente com vistas a se respeitar a coexistência de tais princípios, ou seja, a compatibilização da supremacia constitucional com a soberania popular e a separação dos poderes, que se utiliza da chamada *autocontenção judicial* ou *doutrina da “self-restraint”*.

Nos Estados em que se admite a revisão judicial das leis, como ocorre no Brasil, a utilização da autocontenção judicial na apreciação de atos de outros poderes do Estado tem importância fundamental para se alcançar o almejado equilíbrio entre os poderes.

Na doutrina, sempre que se fala da autocontenção, ou autorrestricção judicial, cita-se o chamado caso Dred Scott, julgado em 1857 pela Suprema Corte norte-americana, no qual se vê, claramente, que, nessa

oportunidade, seria mais prudente uma postura de autorrestricção judicial, pois a Suprema Corte, quando tratou da temática relacionada à escravidão e negou ao negro a condição de “pessoa” perante a Constituição, deu ensejo a uma guerra civil, o que demonstra, há muito, a necessidade, algumas vezes, do comedimento ou da prudência das Supremas Cortes ao apreciarem questões que tais.

Essa postura de deferência ou contenção é denominada por Alexander Bickel como *virtude passiva* da justiça constitucional, justamente por refletir uma postura de sabedoria política que garante a subsistência da democracia constitucional. (BICKEL, 1986).

Saliente-se, contudo, que, apesar de terem utilidade para assegurar a harmonia e a independência entre os Poderes, as técnicas de autocontenção não podem servir de argumento que impeça o controle judicial dos atos administrativos e das leis que contrariem a Constituição, visto que, pelo fato de terem como função precípua assegurar a todos uma vida digna, os direitos fundamentais devem ser não somente tutelados, mas especialmente assegurados, assumindo-se, até, se necessário, um postura ativa por parte do Poder Judiciário, consistente no chamado *ativismo judicial*.

Assim, deve-se buscar, e isso consiste em tarefa difícil, uma compatibilização entre o denominado ativismo judicial, necessário, muitas vezes, para assegurar o efetivo cumprimento das normas constitucionais, e a autocontenção judicial, também importante para se assegurar a harmonia e a independência dos Poderes.



## 2.1 Técnicas de Autocontenção Judicial

### 2.1.1 Limites processuais

Uma das formas de restringir o acesso à jurisdição se encontra na imposição de limites formais nos processos submetidos à jurisdição constitucional. Dita técnica, essencialmente formalista, é adotada com intensidade no direito norte-americano, citando-se, como exemplo dessa limitação, o chamado “writ of certiorari”, que confere à Suprema Corte o direito de submeter ou não a questão à sua jurisdição, ou seja, decidindo de forma discricionária quais os casos que serão ou não apreciados em seu mérito. Por essa técnica, são necessários os votos de 04 juízes da Suprema Corte para que o caso a ela submetido seja aceito e possa ser apreciado quanto ao mérito.

Ainda exige a Suprema Corte norte-americana, para que um caso seja submetido ao controle judicial, que a parte demonstre sua legitimidade para requerer a jurisdição, bem como que a lesão ou prejuízo sofrido justifique a intervenção judicial, não podendo, assim, a Corte Suprema ser utilizada como órgão consultivo, restringindo-se aos chamados “cases and controversies”.

No Brasil, ante a falta de mecanismos mais eficientes, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se dos limites processuais como forma de impedir o acesso irrestrito à sua jurisdição. Por exemplo, para a interposição de recurso extraordinário, meio para se submeterem matérias constitucionais ao STF no modelo difuso de controle de constitucionalidade, além dos requisitos constantes da legislação processual, a construção jurisprudencial estabeleceu vários pressupostos para a sua admissão, tais como o prequestionamento da questão constitucional nas instâncias inferiores, cabendo ao recorrido, se

necessário, interpor na instância recorrida embargos declaratórios, para que se tenha como prequestionada a questão. Além do mais, as súmulas 282 e 283, do STF, estabelecem outros obstáculos processuais para a admissão do recurso extraordinário: a primeira, ao inadmitir dito recurso quando a decisão recorrida se baseia em mais de um fundamento e o recurso não abrange todos eles; a segunda, por seu turno, exige que o recurso esteja suficientemente fundamentado, devendo ser inadmitido quando a deficiência de sua fundamentação impedir a exata compreensão da controvérsia.

No controle abstrato da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal, também são encontrados obstáculos ou limites processuais, como, por exemplo, quando se busca a declaração de constitucionalidade de uma norma, ao se exigir do demandante a demonstração da existência de dúvida fundada na sua constitucionalidade, mediante prova da existência de dissídio a esse respeito, nas instâncias inferiores.

Por fim, no tocante às ações diretas de inconstitucionalidade, também se encontram obstáculos processuais, quando, por exemplo, na área sindical, limita a legitimidade ativa apenas às confederações sindicais, excluindo federações ou sindicatos de âmbito nacional e impondo limites à legitimidade de entidades de classe, exigindo, ademais, a existência de pertinência temática entre as finalidades estatutárias da entidade e o objeto da norma impugnada.

## 2.1.2 Limites hermenêuticos

No âmbito da interpretação constitucional em sede de controle de constitucionalidade norte-americano, utiliza-se, com frequência, como limite ao controle judicial, o chamado *princípio da constitucio-*



*validade das leis*, ou seja, quando uma lei apresenta mais de uma interpretação, deve-se buscar aquela que mais se compatibiliza com a Constituição.

Trata-se, como se vê, de uma postura de deferência ao legislador. Sendo assim, a presunção de constitucionalidade se apresenta como um método de autorrestrição judicial imposto pelo próprio Poder Judiciário.

### **2.1.3 Discricionariedade administrativa**

Por este modo de limitação de intervenção do Judiciário, entende-se que, quanto ao mérito do ato administrativo discricionário — isto é, quanto à conveniência e à oportunidade de seu exercício, ou seja, a liberdade de escolha ou decisão do administrador quanto à escolha de políticas públicas a serem adotadas prioritariamente, por exemplo —, descabe a intervenção judicial, sob pena de haver a indevida substituição do poder executivo pelo poder judiciário.

Outrossim, na atualidade, diante da constitucionalização de diversos direitos, especialmente os direitos sociais, com caráter prestacional, não mais se admite a absoluta discricionariedade do administrador público, sob pena de se recusar efetividade à própria norma constitucional, havendo, assim, no estado social contemporâneo, uma ampliação do controle judicial da discricionariedade administrativa, sobretudo quando se encontra em questão a tutela de direitos fundamentais.

## 2.1.4 Doutrina das questões políticas

A doutrina das questões políticas, desenvolvida no direito norte-americano, impõe uma limitação à atuação do Poder Judiciário em relação a questões constitucionais de natureza política, exigindo-se dos tribunais uma postura de autocontenção judicial. Ela significou, ao longo do século XIX, uma postura de deferência ao princípio da separação dos Poderes e soberania popular. Ainda no século XX, foi abrandada em face da doutrina prudencial, que concedeu ao Judiciário um maior espaço para verificar a adequação do legislador e do poder executivo à Constituição.

A doutrina prudencial teve como maior expoente Alexander Bickel (1924-1974), que defendia que a Suprema Corte tinha discricção para examinar a justiciabilidade de questões políticas, todavia com prudência e princípio.

Mas, a partir do caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954 pela Suprema Corte norte-americana, decidiu-se pela inconstitucionalidade de medidas legais e administrativas de segregação racial, revelando-se, assim, a Corte Constitucional, pela primeira vez, como disposta a assumir a defesa direta e a condução de políticas públicas destinadas a tornar eficazes os direitos civis, abrandando-se, dessa forma, a força da doutrina das questões políticas, e passando então a ser mais ativa no exercício da revisão judicial.

Atualmente, pode-se dizer que a teoria das questões políticas pode ainda ser considerada uma técnica a ser utilizada na autocontenção da jurisdição constitucional. Todavia, ela deve ser cuidadosamente dosada para que seja garantida, pela sociedade, a fruição dos direitos fundamentais constitucionais, sem que isso importe uma exagerada interferência no espaço político dos Poderes Legislativo e Executivo.



## CAPÍTULO 3

### Ativismo judicial

A expressão *ativismo judicial*, também denominada na doutrina de *judicialização da política*, teve especial realce na obra denominada *The Global Expansion of Judicial Power*, editada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, em 1995, considerada referência no trato dessa questão, ao analisar a expansão que o Poder Judiciário passava a representar no cenário norte-americano e em todo o mundo.

Para os referidos autores, e trazendo à baila também os ensinamentos de Bárbara Lou da Costa Veloso Dias (2011), a judicialização da política teria duas dimensões que não precisariam necessariamente estar conjugadas para que dito fenômeno ocorresse. A primeira delas compreende o processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis por parte do Poder Judiciário, significando, assim, uma transferência de atribuições típicas dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, assim chamado também de *ativismo judicial*. A segunda dimensão, que não é o objeto deste capítulo, compreende a difusão de processos decisórios tipicamente jurídicos, assim como a adoção de procedimentos específicos de tribunais, por parte dos demais poderes políticos, consistindo, assim, na denominada “tribunalização da política”. (DIAS; DARWICH, 2011, p. 17).

Ainda sobre as mencionadas dimensões ou vetores tratados por Tate e Vallinder, e por serem paradigmáticos para a análise do ativismo, vale ressaltar posição defendida em artigo denominado “A Judicialização da Política na América Latina: Panorama do Debate Teórico Contemporâneo”, da lavra de Alexandre Veronese, que assinala ser o primeiro vetor indicativo da formação de políticas públicas pelo Judiciário, ocupando, assim, os Tribunais um novo espaço deliberativo sobre questões sociais,

ao passo que o segundo vetor ou dimensão demonstra a expansão do procedimento adotado pelos Tribunais em outras esferas da vida política, em que tal procedimentalismo não se fazia presente. Ou seja, nessa segunda dimensão, o mundo social e político passa a ser procedimentalizado, como ocorre nos Tribunais. (VERONESE, 2011, p. 383).

Considerando que o capítulo em foco trata do fenômeno ora denominado “ativismo judicial” ou, como acima ressaltado, “judicialização da política”, tem-se que, na atualidade, diante da postura omissa do Poder Legislativo no que tange à elaboração de Leis, bem como ante a omissão do Poder Executivo na realização, por exemplo, de políticas públicas de natureza social, o Poder Judiciário, ao realizar a sua tarefa constitucional e dar efetividade aos preceitos contidos na Carta Magna, tem exercido atribuições que não são suas, mas que se fazem necessárias diante da omissão dos demais Poderes, e, desse modo, tem assumido perante a sociedade postura ativa e, algumas vezes, criticada, porém essencial, muitas vezes, à sociedade.

Segundo Gustavo Sampaio Telles Ferreira (2011), verifica-se no Brasil, da Proclamação da República aos dias de hoje, a crescente ascensão da intervenção dos juízes e tribunais no campo das relações socioeconômicas, com especial realce para os resultados verificados nas últimas duas décadas, cujos indicadores apontam para um crescimento de mais de mil por cento de demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário, monocrático e colegiado, demonstrando, assim, a elevada confiança da sociedade no Poder Judicante, bem como a aparente omissão dos demais Poderes no exercício de suas atribuições constitucionais.

Como exemplo dessa atual postura ativa do Poder Judiciário, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no exercício da jurisdição constitucional, e diante de questões que lhe são apresentadas, especialmente aquelas ainda não disciplinadas por omissão do legis-

lador, tem prestado, a contento, a tutela jurisdicional. Dão-se, como exemplo, a questão relativa à permissão de aborto nos casos de fetos anencéfalos e a relativa à união de casais do mesmo sexo, fenômeno esse denominado pela doutrina como *ativismo judicial*.

O jurista Luís Roberto Barroso assim conceitua o ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2010, p. 6).

Pelo que se verifica, dito fenômeno, hoje muito utilizado pelo Poder Judiciário, tem como ponto positivo o fato de esse Poder, em questões não resolvidas pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo, dar uma resposta à sociedade. Todavia, como já demonstrado, implica, muitas vezes, uma interferência em políticas públicas de competência de outros Poderes, como, por exemplo, nos casos de distribuição de medicamentos, em que o Poder Judiciário tem determinado sua prestação aos pacientes que deles necessitem, atendendo, assim, aos reclamos da sociedade carente, mas interferindo na política orçamentária do Poder Executivo, na União, nos estados e nos municípios.

Todavia, como se mostrará ao final, em que pese a prática do ativismo judicial pelo Poder Judiciário, na concretização das normas constitucionais, e no controle de sua concretização pelos demais Poderes, é

necessária, para se garantir o equilíbrio da democracia constitucional, a compatibilização do ativismo com a preservação da esfera de competência dos demais Poderes.

Daí a importância da temática defendida neste trabalho, consistente em se encontrar um ponto de equilíbrio entre a postura ativa, que, muitas vezes, é praticada, com razão, pelo Poder Judiciário, e sua necessária compatibilização, com as limitações impostas pelos demais Poderes, que, como demonstrado, exigem certa contenção do Judiciário em algumas situações.

Trata-se de uma sutileza, de difícil consecução, encontrar tal equilíbrio. Todavia, cumpre realçar que, para a viabilidade de ambos os institutos, o comedimento e a razoabilidade na sua aplicação se impõem.

## CAPÍTULO 4

### Considerações Finais

Pelo verificado, a jurisdição constitucional brasileira encontra seu fundamento de legitimidade e soberania popular na própria Constituição Federal, que, através do exercício do poder constituinte originário, elegeu o Supremo Tribunal Federal como o seu guardião. Todavia, como assinala Robert Alexy (apud MELLO, 2004, p. 288), a problemática principal relativamente à jurisdição constitucional não reside em sua competência para controlar a atividade do legislador, mas ao alcance dessa competência.

E é justamente quanto ao alcance da Jurisdição Constitucional que reside a difícil tarefa de compatibilizar o ativismo judicial com a auto-



contenção judicial, pois, como assinalado, é tarefa do Poder Judiciário controlar e concretizar as normas constitucionais, e, fazendo-o assim, exerce, de forma legítima, parcela da soberania popular. Todavia, no seu exercício, não pode “asfixiar” a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, devendo, assim, o próprio Poder Judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade, estabelecer limites à sua atuação, sendo, dessa forma, os métodos de autorrestrrição judicial de grande utilidade no estabelecimento dessa difícil equação entre as virtudes ativas e passivas da jurisdição constitucional.

Ressalte-se que a tarefa buscada neste trabalho é de difícil consecução, e o encontro do almejado equilíbrio depende, em boa parte, de uma conjugação de esforços entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, para que, exercendo cada um deles, de forma independente e harmônica, as suas atribuições, acarrete, via de consequência, a diminuição da hoje necessária intromissão do Poder Judiciário na esfera de competência dos demais Poderes, já que, como demonstrado, isso vem ocorrendo, diante da omissão do Executivo e do Legislativo, no que tange às suas respectivas competências.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil Política e Direito, v. 1, p. 389-406, Rio de Janeiro, dez. 2010.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch** – The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986. 306 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **Justiça e Democracia** – O Poder Judiciário no Regime Democrático. *Revista da AMB – Cidadania e Justiça*, ano 7, n. 13, jan.-jun. 2004, p. 7-15.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 2009. 776 p. ISBN: 9789723217391.

DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. **Behemoth ou Leviatã**: quem deve ter poder para tomar decisões? In: DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e Democracia**: Estudos sobre o Ativismo Judicial. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. 376 p.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. **Novos Paradigmas da Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional no Brasil**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. (Org.). **Constituição e Ativismo Judicial**: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. ISBN: 853750892.

MATOS, André Salgado de. **A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade**: contributo para o estudo das relações entre Constituição, Lei e Administração Pública no Estado Social de Direito. Coimbra: Almedina, 2004. 528 p.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. ISBN 9724022153.

MORAES, Alexandre de. **Legitimidade da Justiça Constitucional**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 8, nov. 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br/>



pdf\_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-ALEXANDRE-MORAES.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2012.

TATE, C. Neil; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. ISBN: 0814782272.

VERONESE, A. **A Judicialização da Política na América Latina: Panorama do Debate Teórico Contemporâneo**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. (Org.). **Constituição e Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 375-404.

#### Referência do texto

CAVALCANTI, Flávia da Costa Lins. Da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira: equilíbrio entre o ativismo e a autocontenção judicial. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 487-508, jan./jun. 2013.



Esta revista foi composta com a fonte Garamond, corpo 12/15 e Myriad Pro.  
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m<sup>2</sup> e para a capa supremo 250 g/m<sup>2</sup>  
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.  
Julho, 2014.





