

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 652

(Ano VIII)

(08/7/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



08/07/2016 Leonardo Sarmento

» [Nossa democracia não permite juízo de valor em face de um ministro do STF?](#)

ARTIGOS

08/07/2016 Alessandra Rocha Jacobs de Souza

» [Atos Administrativos: Restrição à Anulação quando decorrerem efeitos favoráveis aos beneficiários](#)

08/07/2016 Lucas Rocha Vieira

» [A Recuperação Judicial Frente à Crise Econômica Brasileira](#)

08/07/2016 Priscila Helena Soares Piau

» [Os caminhos da jurisprudência hodierna do Supremo Tribunal Federal na delimitação do alcance da norma constitucional esboçada pelo artigo 102, inciso I, alínea "r", da CF/88](#)

08/07/2016 Victor Henrique Fernandes e Oliveira

» [Transexualidade: a genitália como impasse jurídico](#)

08/07/2016 Roberto Monteiro Pinho

» [E se a Justiça do Trabalho fechar as portas?](#)

08/07/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Injustiça climática? Um contemporâneo conceito em sede de injustiça ambiental](#)

MONOGRAFIA

08/07/2016 Paulo Isidoro Gonçalves

» [Ativismo judicial: Poder judiciário, legislador positivo](#)

NOSSA DEMOCRACIA NÃO PERMITE JUÍZO DE VALOR EM FACE DE UM MINISTRO DO STF?

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) enviou ofício ao diretor-geral da Polícia Federal (PF), Leandro Daiello, pedindo providências contra os responsáveis por levar dois bonecos infláveis a uma manifestação em São Paulo. Os bonecos representavam o presidente da corte, Ricardo Lewandowski, e o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, associando-os ao PT. O de Lewandowski foi apelidado de Petralovski. O de Janot ganhou o nome de Enganô Segundo o STF, o caso representa "grave ameaça à ordem pública e inaceitável atentado à credibilidade" do Judiciário. Pede ainda que a PF atue nas redes sociais, uma vez que o endereço residencial do presidente do STF foi amplamente divulgado. "Tais condutas no entender desta Secretaria, que atua no estrito exercício de suas atribuições funcionais, representaram grave ameaça à ordem pública e inaceitável atentado à credibilidade de uma das principais instituições que dão suporte ao Estado Democrático de Direito, qual seja, o Poder Judiciário, com o potencial de colocar em risco - sobretudo se forem reiteradas - o seu regular funcionamento. Configuram, ademais, intolerável atentado à honra do chefe desse poder e, em consequência, à própria dignidade da Justiça Brasileira, extrapolando, em muito, a liberdade de expressão que o texto constitucional garante a todos os cidadãos, quando mais não seja, por consubstanciarem, em tese, incitação à prática de crimes e à

insubordinação em face de duas das mais altas autoridades do País", diz trecho do ofício.

Conclui o ofício: "Em face do exposto, solicito sejam tomadas, em caráter de urgência, as medidas pertinentes para que os responsáveis por tais atos sejam chamados à responsabilidade, pedindo que se envidem todos os esforços da Corporação (Polícia Federal) no sentido de interromper a nefasta campanha difamatória contra o Chefe do Poder Judiciário, de maneira a que esses constrangimentos não mais se repitam. Solicito, ainda, a atuação da PF no âmbito das redes sociais, em que o endereço residencial do senhor presidente do STF foi amplamente divulgado".

2. Rápidas considerações

Lembremos que, o Supremo Tribunal Federal não constitui um Super Poder que está acima das liberdades democráticas que são garantias constitucionais. Possui a sociedade direito de manifestar-se em relação ao Presidente (a) do Executivo como vem fazendo em suas democráticas manifestações como em relação a qualquer membro do Supremo, inclusive o seu Presidente, desde que pacificamente.

Credibilidade não se impõe, se conquista. Criminalizar manifestações bem humoradas da sociedade revela-se uma atitude absolutamente antidemocrática. Não se pode pretender blindar o Supremo Tribunal Federal de críticas se este se investe no poder de interferir em assuntos de inegável apelo político-social.

Quando abdica de uma postura de autocontenção para promover um ativismo judicial em algumas vezes vale dizer, odioso - que vai além da simples atividade que lhe compete constitucionalmente – atuando vez ou outra por alguns de seus pares nitidamente com viés político-partidário (absolvendo, concedendo liberdades e arquivando a partir de fundamentos jurídicos minimamente discutíveis) chama para si o protagonismo/antagonismo por seu *munus* ampliado.

Em uma democracia, liberdades como as de expressão e de manifestação não podem restar reprimidas sem que haja um fundamento maior que não se revele uma elucubração de raízes jurídico-criativas, e inimaginável se referida repressão

antidemocrática partir justamente de instituições que tem na constituição seu guia maior e mais importante para as suas atuações. Na democracia, um debate livre e aberto resulta a melhor opção e tem mais probabilidades de evitar erros graves. Cabe esclarecer que a aplicação da democracia não pode trazer privilégios ao um determinado grupo específico e nem busca-se limitar de qualquer forma o direito de outrem, mas sim garantir as mais amplas liberdades. Democracia requer a participação da sociedade da vida pública e uma de suas manifestações é inelutavelmente o direito de expressar-se por críticas, de manifestar-se.

Estas diferenças de possibilidades democráticas a sociedade de fato não compreende. Como diria qualquer do povo de forma simples, mas convincente:

“Faz muito tempo que em manifestações há bonecos de variadas autoridades não apenas no Brasil, mas em todos os países verdadeiramente democráticos. Por que não pode haver um boneco do Excelentíssimo Ministro Lewandowski? Não são todos iguais perante a lei?”.

A liberdade de expressão é um direito fundamental consagrado na Constituição de 1988, no capítulo que trata dos Direitos e Garantias fundamentais e em outras passagens da Constituição que está a reafirmá-la, e funciona como um verdadeiro termômetro no Estado Democrático. Quando a liberdade de expressão começa a ser cerceada em determinado Estado, a tendência é que este se torne um Estado totalitário, de exceção. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle das instituições de Poder e de exercício. O princípio democrático tem um elemento indissociável que é a liberdade de expressão, em contraposição a esse elemento, existe a censura que representa a supressão do Estado democrático de sua veia vital. A divergência de ideias e o direito de expressar opiniões não podem ser restringidos para que a verdadeira democracia possa ser vivenciada.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

(...)

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, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...).

Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Resta evidente que excessos crassos devem ser reprimidos por não haver direitos absolutos, princípios devem ser ponderados, pois há que se primar por uma liberdade com responsabilidade para que funcione uma democracia sem que se transforme em anarquia, mas não podemos considerar excessos quaisquer manifestações que se revelem em caráter crítico apenas por restarem direcionadas

a certos e selecionados membros de poderes, quando a outros as críticas seriam absorvidas pela democracia.

O que dissemos em relação aos membros do STF, por óbvias razões, estende-se em relação ao nobre PGR, que como figuras públicas não podem pretender restarem cobertos pelo mando da inatingibilidade da opinião pública.

Para finalizarmos deixemos uma cognição importante e preocupante. O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado por suas últimas decisões não estar imbuído da corrente por uma marcha pela ética, na luta pela impunidade. À título de exemplo o ministro Dias Toffoli revogou a prisão de Paulo Bernardo - ex ministro do governo Dilma - fundamentando que referida prisão preventiva seria uma condenação antecipada - *quid juris?* O ministro Celso de Mello, na mesma linha de afrouxamento em relação aos membros da elite política e contrariando decisão por maioria de 7 votos do próprio plenário do Supremo ignorou a orientação fixada pelo plenário do Tribunal e concedeu uma liminar (decisão provisória) para suspender a execução de mandado de prisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que determinou o cumprimento da pena de um réu antes de esgotadas todas as chances de recurso.

Assim que, como dissemos credibilidade não se impõe, se conquista.

ATOS ADMINISTRATIVOS: RESTRIÇÃO À ANULAÇÃO QUANDO DECORREREM EFEITOS FAVORÁVEIS AOS BENEFICIÁRIOS

ALESSANDRA ROCHA JACOBS DE SOUZA: Advogada, especialista em Direito Administrativo pelo CEJAS em convênio com a Faculdade Cândido Mendes e Pós-Graduanda em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito.

RESUMO: A Anulação, também conhecida como Invalidação, é uma espécie de extinção do Ato Administrativo, que pode decorrer de uma ilegalidade ou de uma ilegitimidade, caso em que há violação de princípios, atingindo os atos vinculados ou discricionários, quando ilegais. A competência para a Anulação dos atos administrativos é da Administração Pública e do Poder Judiciário, quando provocado. Em regra, a anulação gera efeitos “ex tunc”, ou seja, retroativos, pelo fato de não gerarem efeitos jurídicos válidos desde o momento da prática da ilegalidade. Contudo, se o ato administrativo for ilegal, mas, gerar efeitos favoráveis ao beneficiário, os chamados Atos Ampliativos, decorrerão efeitos “ex nunc”, para o futuro, em atenção ao princípio da Segurança Jurídica, da Boa-Fé e da Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado. Em decorrência disto, o presente artigo visa a análise da hipótese de restrição à anulação dos Atos Ampliativos, ainda que ilegais, quando ultrapassados 5 (cinco) anos da sua prática e seus efeitos, operando-se a decadência do direito de anulá-lo, como determina o artigo 54 da Lei 9.784/99, o que não ocorre em caso de má-fé.

Palavras-Chaves: Anulação – Invalidação – Extinção do Ato Administrativo – Ato Ampliativo – Decadência – Efeitos.

ABSTRACT: The Annulment, also known as invalidation, is a kind of extinction of the Administrative Act, which may result from an illegality or illegitimacy, in which case there is violation of principles, reaching linked or discretionary acts when these are illegal. The jurisdiction to administrative acts' annulment it's a responsibility of the Public Administration and the Judiciary, when provoked. As a rule, the cancellation generates effects "ex tunc", which means retroactive, by the fact it does not generate valid legal effect from the

moment of the unlawful practice. However, if the administrative act is illegal, but generate favorable effects on the recipient, the so-called Acts Ampliative, it will take effect "ex nunc" for the future in regard to the principle of Legal Security, Good Faith and the Illicit Enrichment Seal of the State. As a result, this article aims to analyze the possibility of restricting the annulment of Ampliative Acts, although illegal, when exceeded five (5) years from it's practice and it's effects, operating the decay of the right to annul it, as required by Article 54 of Brazilian Law 9.784/99, wich does not occur in case of bad faith.

Keywords: Annulment - Invalidation - Extinction of Administrative Act - Ampliative Act - Decay – Effects.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Atos Administrativos 2.1 Observância da Lei 2.2 Atos Vinculados 2.3 Atos Discricionários 3. Controle sobre a Atuação Administrativa 3.1 Controle Judicial 3.2 Controle Administrativo 3.3 Tutela 3.4 Autotutela 4. Anulação 4.1 Em face de Ilegalidade 4.2 Em face de Ilegitimidade 4.2 Efeitos “ex tunc” 5. Atos Ampliativos 5.1 Efeitos favoráveis ao beneficiário 5.2 Efeitos “ex nunc” 5.3 Princípios da Boa-Fé, Segurança Jurídica e Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado 5.4 Restrição à anulação do Ato Ampliativo (Artigo 54 da Lei 9784/99) 5.5 Possibilidade de anulação do Ato Ampliativo caso comprovada a Má-Fé 6. Considerações Finais REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é um ramo do direito público que rege as relações jurídicas travadas entre a Administração Pública e os particulares ou a própria Administração. De modo que, corresponde ao exercício da função administrativa, função esta que corresponde aos atos que a própria administração pratica para exercer a sua potestade pública.

A função administrativa pode ser exercida pelo Poder Executivo de forma típica, ou pelo Poder Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, tem-se que os atos correspondem a condutas humanas, e, os fatos são acontecimentos. Assim, ambos podem ser jurídicos, desde que gerem consequências ao mundo do direito.

O Ato Administrativo   aquele praticado em nome da Administra o Pública através de uma conduta humana, sob a égide do direito público e suas particularidades, sujeitando-se a um sistema de controle.

A Atua o Administrativa deve decorrer sempre de observância legal. Desta forma, o ato administrativo pode ser praticado de forma vinculada ou discricionária. O Ato Vinculado, para ser praticado, deve obedecer a todos os requisitos estabelecidos pela lei, devendo abranger a todos os seus elementos de forma o. O Ato Discricionário, por sua vez, pode obedecer a apenas alguns dos requisitos estabelecidos pela lei, de modo que d    autoridade margem de escolha, por isso, discricionário, mas não hierárquico.

O gestor então, no Ato Discricionário, valora critérios de Conveniência e Oportunidade, que compõem o mérito do ato administrativo. Nesse diapasão, tem-se que a atua o administrativa está sujeita a um sistema de controle, que pode ser Judicial ou realizado pela própria Administra o Pública.

O Controle Judicial se trata daquele que o Poder Judiciário realiza sobre os atos administrativos, podendo anulá-los em caso de ilegalidades e/ou ilegitimidade, ocasionada pela inobservância de princípios administrativos.

Entretanto, o Controle também pode ser Administrativo, ou seja, realizado pela própria Administra o, que pode anular e revogar seus pr rios atos. A Revoga o dos Atos Administrativos ocorre por questões de mérito, ou seja, oportunidade e conveniência, que dão ao gestor possibilidade de escolha na prática do ato.

Nesse sentido, tem-se que os Atos Ampliativos, são aqueles atos que geram efeitos favoráveis aos beneficiários e dilatam a sua esfera jurídica, dando prerrogativas aos destinatários. Contudo, se deles decorrerem ilegalidades podem ser anulados, por exemplo, no caso de ingresso   cargo público sem a devida aprova o em concurso público, que   regra constitucional.

Os Atos Ampliativos possuem efeitos ex nunc, ou seja, para o futuro. De modo que só podem ser questionados em seus efeitos futuros, excluindo-os os efeitos pretéritos, por observância aos

Princípios da Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado, da Segurança Jurídica e da Boa Fé. Entretanto, estes atos podem ser anulados diante de ilegalidade e ilegitimidade.

O artigo 54 da Lei 9.784/99, que trata sobre o Processo Administrativo na Esfera Federal, determina a vedação à anulação de Atos Ampliativos no prazo decadencial de 5 (cinco) anos, salvo comprovada má-fé, caso em que poderá ser anulado a qualquer tempo. Assim, tem-se que os Atos Ampliativos não podem ser anulados, ainda que ilegais, quando ultrapassarem 5 (cinco) anos de sua prática.

Nesse sentido, a presente monografia tem por objetivo uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca dos Atos Ampliativos, aprofundando na possibilidade da anulação do ato e sua restrição, de modo à possibilitar um estudo sobre a matéria através de conceitos e julgados.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS

Os Atos Administrativos são declarações jurídicas do Estado, que produzem efeitos no mundo jurídico, praticados por quem atue em seu nome para o exercício de suas atribuições e prerrogativas públicas. Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado possui poderes e sujeições para a concretização de suas funções e os direitos fundamentais. As sujeições são limitações ao poder-dever para evitar abusos de poder pelo Estado.

Os atos administrativos, desta forma, decorrem da Atuação Administrativa visando o atendimento da sua função administrativa, seja ela jurídica ou não, de modo a executar as leis. São compostos por elementos ou requisitos, que os integram, sendo eles: o sujeito/competência, ou seja, quem pratica o ato; a forma, que pode ser solene ou livre, determinando como o ato deve ser praticado; o objeto/conteúdo, que corresponde a declaração jurídica que emana do ato administrativo, de modo que deve ser legal, moral, possível e determinado; motivo, que tratam dos pressupostos de fato e de direito antecedentes que levam à prática do ato administrativo; e a finalidade, que corresponde ao alcance do ato, que deve sempre ser a consecução do interesse público, sendo portanto, sua condição de validade.

Além dos elementos, que os integram, os atos administrativos também são compostos por atributos, que os melhoram, de forma que são Imperativos, Autoexecutórios, Exigíveis e Típicos, de modo que podem ser impostos aos particulares sem anuência dos mesmos, justificando a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, e a consecução do interesse público, que é a finalidade do ato administrativo.

De acordo com entendimento de ELYESLEY NASCIMENTO, tem-se que:

“Isso posto, podemos definir o ato administrativo como a manifestação unilateral de vontade da Administração ou de quem lhe faça às vezes, sob a orientação do regime jurídico-administrativo e subordinada a lei, que tenha por fim a produção de efeitos jurídicos e seja sempre sujeita ao controle pelo Poder Judiciário”. (NASCIMENTO, 2013, p. 271).

Assim, tem-se que o ato administrativo é o ato praticado em nome da Administração Pública, de forma unilateral, em que se deve sempre estar adstrito à observância de lei e ao interesse público, exercendo o dever do Estado de zelar pelo bem estar coletivo, concretizando utilidades públicas.

Os poderes administrativos são fundamentais para o alcance do interesse público. O administrador não pode deixar de agir quando deve, por isso alguns doutrinadores o denominam de poder-dever. Assim, é um instrumento, de modo que a lei impõe uma atuação ao agente público, que se não a cumprir será omissa, irregular. Contudo, em certas situações o gestor deve se limitar em atender à legalidade do ato diante da prevalência da segurança jurídica dos atos praticados pela Administração Pública.

O doutrinador HELY LOPES MEIRELLES, não se distancia do conceito acima descrito, determinando que:

“ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim

imediatamente adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos atos administrados ou a si própria”. (MEIRELLES, 2008, p.152).

Estabelecendo também, que o ato administrativo decorre de manifestação unilateral de vontade da Administração, de modo a impor obrigações ou declarar direitos para o bem-estar coletivo. Nesse sentido, os atos administrativos estão sujeitos a um sistema de controle, que pode partir tanto da própria Administração Pública, do Poder Judiciário e até do Poder Legislativo em certas ocasiões.

2.1 Observância de lei

No que tange a observância de lei, os atos administrativos devem sempre estar em consonância com os princípios, principalmente com o Princípio da Legalidade, por implicar numa atuação conforme a lei e o direito, e, vez que, os princípios da administração pública integram o regime jurídico administrativo.

Os princípios estão consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, no caput do artigo 37, abaixo transcrito:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

Nesse sentido, tem-se por primordial a atuação da Administração Pública conforme os ditames legais, estabelecidos por leis gerais ou próprias, no que tange à determinados atos. Os atos administrativos devem estar sempre respaldados em lei, para que possam produzir efeitos jurídicos válidos. E assim, deverão estar sempre embasados em lei, caso contrário, serão extintos, por via da Anulação.

O princípio da legalidade   uma garantia geral que limita o poder do Estado, protegendo os direitos fundamentais contra o abuso de poder do Estado. A lei   um espaço normativo, no qual o agente deve agir ou não agir com finalidade prevista em lei e de acordo com o interesse público.

Portanto, para desempenhar suas fun es, a Administra o Pública possui poderes que lhe dão a prerrogativa de interferir na esfera privada, diante do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, prerrogativas estas que são regradas, para que não haja imposi o de ilegalidades, como abusos de poder e arbitrariedades estatais.

2.2 Atos Vinculados

Os atos vinculados são aqueles que obedecem a todos os requisitos estabelecidos em lei para que sejam praticados, não permitindo possibilidade de escolha ao gestor público, que fica adstrito aos seus elementos para que seja praticado.

Nesse diapasão, na atua o vinculada não há realiza o de juízo de valor pelo gestor público, de modo que, conseqüentemente não há possibilidade de análise de conveniência e oportunidade (mérito do ato administrativo). Preenchidos os requisitos legais o administrador   obrigado a praticar o ato.

Em caso de inobservância de algum elemento, o ato   anulável, por ilegalidade quando violar lei ou por ilegitimidade, quando violar os princípios do direito administrativo, que compõem o chamado Regime Jurídico de Direito Público, como leciona o professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

Desse modo,   o regime jurídico de direito público que rege basicamente os atos administrativos, cabendo ao direito privado faz lo supletivamente, ou seja, em caráter subsidiário e sem contrariar o regramento fundamental específico para os atos públicos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 96,97).

Ainda, aos ensinamentos de MARIA SYLVIA DE PIETRO, os atos são vinculados porque:

“a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a correição judicial”. (ZANELLA DI PIETRO, 2014, p. 221)

Nesse sentido, é patente a obrigatoriedade de o gestor público atuar de determinada forma, não havendo margem de escolha, sob pena de sanção, uma vez que a lei determina que ele atue de tal forma, não permitindo que o faça de outro modo. Assim, pode-se concluir que a lei estabelece todos os requisitos para que o ato seja praticado sendo, portanto, vinculado aos seus elementos.

2.3 Atos Discricionários

Os atos discricionários, por sua vez, dão opção de escolha ao gestor público para a prática do ato, de modo que, ele se vincula a apenas alguns requisitos legais. Utiliza o mérito para a prática do ato administrativo, composto por critérios de conveniência e oportunidade.

Conforme os entendimentos de professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”. (ZANELLA DI PIETRO, 2014, p. 221).

Nesse sentido, tem-se que, embora discricionário, o gestor não está totalmente livre para exercer o ato, caso em que se configuraria uma arbitrariedade, o que não se confunde com discricionariedade, pelo fato de que os atos discricionários não podem ultrapassar os limites legais, caso em que se configuraria a atuação arbitrária, de modo a se contrapor à lei.

Assim, a atuação discricionária justifica-se pela impossibilidade de o gestor prever todas as situações que poderiam ocorrer, de modo que, atua com a finalidade de atender as necessidades sociais, com liberdade para escolher a melhor solução para o caso concreto e para a coletividade, dando-lhe margem de escolha para atuar conforme cada situação específica.

A margem de escolha deve se pautar em razoabilidade e proporcionalidade para a prática do ato. O gestor público deve praticar o ato visando sempre o interesse público, critérios mais convenientes e oportunos para que atinja sua finalidade da melhor forma em cada caso concreto.

Sob os atos discricionários não incide sistema de controle pelo Poder Judiciário, isto porque, o magistrado não pode adentrar no mérito da Administração Pública. Contudo, o Poder Judiciário pode analisar o ato administrativo se este for ilegal, decidindo apenas por ilegalidades, o que acarreta na Anulação do ato discricionário se tiver sido cometido com alguma contrariedade à lei ou a princípios.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a atuação discricionária pressupõe um juízo subjetivo na escolha dos motivos e na valoração dos objetos, elegendo as medidas consideradas idôneas para a satisfação da finalidade pública em face do caso concreto.

A discricionariedade decorre de um fato, somado com a lei e com o interesse público, incidindo sobre a zona neutra do ato, possibilitando a liberdade de escolha do gestor.

3. CONTROLE SOBRE A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

É de suma importância realizar a distinção entre Atos Vinculados e Atos Discricionários. Isto porque, apenas sob determinados atos podem incidir o sistema de controle pelo Poder Judiciário, enquanto que, a Administração Pública pode controlar seus próprios atos, seja por motivos de ilegalidade e/ou ilegitimidade e motivos de conveniência e oportunidade.

Em se tratando de mérito, o Poder Judiciário não pode a ele se contrapor pelo fato de o gestor ser dotado de possibilidade de escolha na prática do ato, ou seja, o Poder Judiciário só poderia anular um ato discricionário em caso de ser um ato ilegal, ou por não terem os seus requisitos obrigatórios cumpridos.

3.1 Controle Judicial

O controle judicial através da anulação do ato administrativo, apenas pode efetivar-se sobre atos ilegais ou ilegítimos (que violem princípios). De modo que, o controle judicial não pode incidir sobre o mérito do ato, podendo controlá-los apenas sobre seus vícios de ilegalidade e ilegitimidade.

Nesse sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO leciona que:

“Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para a livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal.” (ZANELLA DI PIETRO, 2014, p. 229).

Assim, é patente a impossibilidade de o Poder Judiciário anular os atos discricionários por questão de mérito, podendo apenas fazê-lo quando se trata de ato que contrarie a lei, através da anulação.

Já em relação aos atos vinculados, o Poder Judiciário não tem restrição para analisá-los, uma vez que seus requisitos decorrem diretamente da lei, de modo que se não houver observância dos seus requisitos serão de pronto ilegais, podendo ser anulados pela Administração pública a qualquer tempo, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2 Controle Administrativo

O Controle Administrativo pode incidir tanto sobre os atos vinculados como sobre os atos discricionários, de modo que pode, entre outras modalidades de extinção do ato administrativo, Anulá-los ou Revogá-los, espécies de retirada.

A Anulação, como citado anteriormente, ocorre quando houver ilegalidade ou ilegitimidade (violação à princípios) na prática do ato, produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, tanto pela Administração Pública como pelo Poder Judiciário.

A Revogação por sua vez, incide sobre os atos discricionários, em que, em razão do mérito (conveniência e oportunidade) podem ser realizados apenas pela Administração Pública, que revoga os seus próprios atos com efeitos *ex nunc*, ou seja, para o futuro. Contudo, a lei não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

A respeito da Revogação não há divergência doutrinária, de acordo com entendimento de MARIA SYLVIA (2014, p. 247) “revogação, em que a retirada se dá por razões de conveniência e oportunidade.”. Em relação à Anulação, também denominada de Invalidação, MARIA SYLVIA (2014, p.248) “o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.”.

Assim, na esfera federal, determina o artigo 53 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo na Esfera Federal) que:

“A Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. (LEI FEDERAL 9.784 de 29 de janeiro de 1999)

Conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, tem-se que a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando ilegais, e revogá-los quando inconvenientes ou inoportunos, exercendo o seu poder de Autotutela.

É o que se vê das Súmulas expostas:

“Súmula 346 do STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

“Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

A Administração Pública, então, exerce controle sobre os seus próprios atos, de modo que a não observância dos requisitos legais pelo gestor podem acarretar na extinção do ato administrativo, tornando-os sem efeitos jurídicos válidos.

3.3 Tutela

A Tutela corresponde ao controle que a Administração Pública Direta realiza sobre a Administração Pública Indireta, sem hierarquia, de modo que, trata-se de princípio basilar da descentralização, essencial no que se trata da especialidade e legalidade da função a ser exercida pelas entidades das Administração Indireta, não podendo ser confundida com a Autotutela.

A Tutela tem como objetivo a supervisão da Administração Direta sobre a Administração Indireta, justificando a especialidade de cada entidade, que fora criada em prol do interesse público e do interesse social, que na esfera federal é denominada de Supervisão Ministerial.

3.4 Autotutela

A Autotutela corresponde ao controle que a Administração Pública faz sobre seus próprios atos, anulando-os quando ilegais e/ou ilegítimos e revogando-os quando inconvenientes e/ou inoportunos.

A Autotutela se materializa pelo entendimento consagrado do Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 346 e 473, e também pela determinação legal do artigo 53 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo na Esfera Federal), transcritos acima, devendo respeitar os direitos adquiridos de modo a não causar prejuízo aos beneficiários de boa-fé.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Administração pública pode adotar medidas visando sanar a irregularidade do ato administrativo, sem provocação necessária, podendo atuar de ofício. Esse entendimento majoritário reforça o princípio da Autotutela da Administração Pública, sendo um poder-dever. Ou seja, não é uma mera faculdade. A Súmula refere-se a “poder”, mas diante de uma irregularidade, a administração deve agir, pois não pode se manter inerte, nem atuar com desinteresse.

Conforme o entendimento de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR:

“Pelo princípio da Autotutela, a Administração Pública pode, diretamente sem intervenção do Poder Judiciário, rever os seus próprios atos, para corrigi-los, seja quando não mais convenientes e oportunos, seja quando ilegais. Desse modo, pode a Administração Pública revogar os seus atos administrativos por razões de conveniência e oportunidade ou invalidá-los (ou anulá-los como tradicionalmente se diz), quando eivados e ilegalidade.” (JUNIOR, 2010, p. 921)

Considerando que o Direito Administrativo não possui codificação específica, o controle, inclusive judicial, da atuação administrativa se realiza também em razão da observância das leis e dos princípios, que integram assim o chamado Regime Jurídico Administrativo, aplicados dessa forma na ausência de lei, visando viabilizar o controle e o atendimento do interesse público, que é indisponível, conforme o princípio implícito da Indisponibilidade do Interesse Público.

4. ANULAÇÃO

Ao analisar a Anulação, também chamada de Invalidação, pode-se afirmar que a Anulação do ato administrativo se trata de espécie de Retirada, modalidade provocada de extinção do ato administrativo, por motivo de ilegalidade (violação à lei) ou ilegitimidade (violação à princípios).

Da Anulação, não se originam direitos, é o entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ao lecionar que:

É preciso não esquecer que o ato nulo, por ter vício insanável, não pode redundar na criação de qualquer direito. O STF, de modo peremptório, já sumulou que a Administração pode anular seus próprios atos quando ilegais, porque deles não se originam direitos. Coerente com tal entendimento, o STJ, decidindo questão que envolvia o tema, consignou que o ato nulo nunca será sanado e nem terceiros podem reclamar direitos que o ato ilegítimo não poderia gerar. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 156)

Contudo, em se tratando de atos ampliativos, que geram efeitos favoráveis aos beneficiários de boa-fé, a anulação possui um óbice, uma restrição, diante da modificação da esfera jurídica do beneficiário, não podendo atuar de forma a prejudicá-lo, visando estabilidade jurídica e social.

A Anulação é realizada nos casos em que uma ilegalidade se configura antes da concessão de um direito, e por isso deve ser anulada. Caso contrário, se a ilegalidade ocorresse após a concessão do direito tratar-se-ia de Cassação, espécie de extinção do ato administrativo distinta da Anulação.

A Anulação ou Invalidação trata-se de um ato que visa à restauração da ordem jurídica, baseando-se no princípio da Legalidade, Indisponibilidade do Interesse Público e Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, de modo a desconstituir os efeitos produzidos por um ato ilegal ou ilegítimo.

De todo modo, esse poder-dever não se caracteriza como absoluto, uma vez que possui limites, como a prescrição e a

decadência, por exemplo. Sendo, portanto, um poder-dever relativo, até porque, a desconstituição dos efeitos do ato administrativo deve considerar prejuízos que venham a ser causados à terceiros de boa-fé.

Conforme entendimento de HELY LOPES MEIRELLES acerca dos atos administrativos ilegais ou inválidos tem-se que não há meio termo quanto a legalidade ou ilegalidade do ato, é contrário a lei ou não:

“O ato administrativo é legal ou ilegal, válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal, válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito privado para o Direito público sem meditar na inadequação aos princípios específicos da atividade estatal: o que pode haver é correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo, nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até sua retificação”. (MEIRELLES, 1992, p.177)

4.1 Em face de Ilegalidade e Ilegitimidade

Os atos administrativos gozam de uma presunção de legalidade, legitimidade e de veracidade. São estes os atributos que compõem o ato administrativo e que os diferenciam dos demais atos, em face da potestade pública da Administração.

Nesse sentido, a ausência desses preceitos de legalidade e legitimidade podem acarretar a extinção do ato administrativo de forma que não produzirão mais efeitos jurídicos válidos, não gerando qualquer consequência jurídica.

Assim, pode-se afirmar que a presunção de legalidade e legitimidade é relativa, admitindo prova em contrário, pelo fato de que, se ilegais ou ilegítimos merecem ser anulados e extintos do ordenamento jurídico.

Contudo, enquanto não houver uma declaração formal da Administração Pública ou do Poder Judiciário alegando que o ato é

ilegal, ilegítimo ou inverídico, permanece ao particular o dever de obediência, em razão da Imperatividade imposta ao particular, através de ordens e cumprimento de obrigações, independentemente do consentimento do indivíduo, em decorrência da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular.

4.2 Efeitos *ex tunc*

Os chamados efeitos “*ex tunc*”, são aqueles que retroagem, ou seja, ocorrem efeitos jurídicos válidos desde a prática do ato. Desse modo, caso decorra uma ilegalidade, o ato deverá ser revisto o ato desde a sua prática, pois implica na modificação de toda a esfera jurídica configurada anteriormente.

Nesse diapasão, os atos administrativos anulados operam efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, de modo que podem ser discutidas situações pretéritas desde o cometimento do ato, pelo fato de que, os atos nulos não geram efeitos jurídicos válidos desde o momento da prática da ilegalidade ou ilegitimidade, havendo possibilidade de serem discutidos a qualquer tempo pela administração quando contrários à lei ou aos princípios administrativos.

Os efeitos *ex tunc*, por produzirem efeitos desde a prática do ato podem vir a causar consequências jurídicas aos administrados, beneficiando-os ou não. Assim, a anulação do ato não pode causar um enriquecimento ilícito ao Estado, assim sendo a Administração Pública deve assegurar a segurança jurídica das relações travadas entre si e os seus administrados que agem de boa-fé, devendo ser cautelosa ao buscar ressarcimento ou a responsabilização dos seus administrados.

Diante do exposto, é possível afirmar que nesses casos a Administração Pública mitiga o princípio da Legalidade em detrimento do Princípio da Segurança Jurídica, objetivando não desestabilizar a ordem social e a confiança dos seus administrados. Nesse sentido, a Administração Pública atua dando efetividade aos seus atos que mesmo quando ilegais, se houver decorrido o prazo decadencial ela ficará impedida de agir.

Isso posto, verifica-se a importância da boa-fé na prática do ato ampliativo, visto que se faz imperial que o beneficiário do ato não tenha intenção de agir de forma a contaminá-lo com qualquer

mácula, já que se consumado com má-fé não há prazo decadencial para atuação do poder-dever de anular, não havendo restrição. É o que se verá adiante.

5 ATOS AMPLIATIVOS

5.1 Efeitos favoráveis ao beneficiário

A anulação dos atos administrativos pode gerar efeitos “*ex nunc*”, envolvendo os denominados Atos Ampliativos. Esses atos são aqueles que geram efeitos favoráveis aos destinatários, de modo que, em atenção à princípios administrativos, Boa-Fé, Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado e Segurança Jurídica, quando passíveis de anulação terão efeitos exclusivamente *ex nunc*, ou seja, para o futuro.

Os Atos Ampliativos causam efeitos favoráveis aos destinatários, por isso, não retroagem, e não poderão ser anulados, ainda que ilegais, quando ultrapassados 5 (cinco) anos de sua prática, conforme o artigo 54 da consagrada Lei 9784/99, do Processo Administrativo na esfera federal, salvo se for comprovada a má-fé na prática do ato, caso em que poderá ser anulado a qualquer tempo pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

Em relação ao termo da vigência do ato há certa discordância doutrinária. Na concepção do professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que entende que o termo da vigência do ato é a quo, tem-se que:

Em relação ao novo prazo, há entendimento no sentido de que o termo a quo de sua contagem ocorre a partir da data da publicação da lei nova – no plano federal, a Lei 9.784/99 – quando se trata de atos administrativos praticados em data anterior à sua vigência. Entendemos, porém, de forma diversa, e por mais de uma razão. A uma, porque a lei nada dispôs a respeito e, a duas, porque os prazos anteriores não podem ser simplesmente ignorados. Assim, deve aplicar-se, por analogia, o disposto no artigo 2.028, do Cód, Civil, que não

prevê qualquer início de prazo a partir de sua vigência; refere-se apenas aos prazos a serem observados. [...] De qualquer modo, o tempo a quo será sempre o da vigência do ato sujeito à anulação. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 157, p.158)

A anulação dos Atos Ampliativos só pode ocorrer antes do quinquênio determinado no artigo 54 da Lei 9784/99, que operará efeitos *ex nunc*, caso contrário, se ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos, a decai o direito da Administração Pública de anular o ato, conforme demonstrado no julgado abaixo:

MS 27561 DF EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Incidência da decadência prevista no art. [54](#) da Lei nº [9.784/99](#). Direito ao contraditório e à ampla defesa. Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Incidência da decadência prevista no art. [54](#) da Lei nº [9.784/99](#). Direito ao contraditório e à ampla defesa. Súmula Vinculante nº 3.

Agravo regimental não provido.

1. Decadência do direito do Tribunal de Contas da União de anular atos de ascensão funcional de servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, realizados entre os anos de 1993 e 1995, após o decurso do prazo decadencial previsto no art. [54](#) da Lei nº [9.784/99](#), contado a partir de 1º de fevereiro de 1999, data de início da vigência da Lei nº [9.784/99](#). Precedentes. Necessidade de se

garantir o contraditório e a ampla defesa para a validade das decisões do Tribunal de Contas da União. Súmula Vinculante nº 3

2. Agravo regimental não provido.

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 11.9.2012.

Diante do caso exposto, que trata da Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, verifica-se a incidência da decadência prevista no art. [54](#) da Lei nº [9.784/99](#), conferindo direito a Contraditório e Ampla Defesa aos destinatários.

Nesse diapasão houve desprovimento do Agravo Regimental interposto pelo Tribunal de Contas da União, por tratar-se de Ato Ampliativo, que gera efeitos favoráveis aos destinatários, mesmo decorrendo de ilegalidade, por decadência do direito da Administração Pública de anular o ato ilegal após o prazo decadencial estabelecido pela lei de Processo Administrativo na Esfera Federal.

No julgado exposto, há várias discussões acerca da ascensão funcional dos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, inclusive quanto à violação ao princípio do prévio concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos, vez que houve ascensão sem previa previsão legal, fato este que não impediu o corrimento da decadência, pois se tornou direito adquirido, devendo continuar produzindo os seus efeitos para garantir o princípio da Segurança Jurídica e da Boa-Fé, além da essencial observância aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, para aferimento de vício ocasionado pela má-fé, ou não.

Ainda, torna-se clara a necessidade de observância da segurança jurídica, visando não gerar instabilidades jurídicas nem sociais. Firmando a legalidade do ato praticado, vez que

ultrapassados os 5 (cinco) anos estabelecidos no artigo 54 da lei 9.784/99 operou-se a decadência do direito da administração de anular o ato.

O julgado abaixo trata sobre a notificação de servidor público pela Administração para ressarcimento ao erário, acerca de férias, através de desconto na folha de pagamento após o prazo quinquenal estabelecido pelo artigo 54 da lei 9.784/99. O Recurso Especial número 1260763 RS em 2011, firma o entendimento acima comentado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO.
ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO.
EFEITOS FAVORÁVEIS. FÉRIAS.
ARTIGO 54 DA LEI N. 9.784/99. PRAZO
DECADENCIAL. OCORRÊNCIA.

1. A Corte de origem julgou a lide em consonância com a jurisprudência do STJ, com base no disposto do artigo 54, § 1º, da Lei n. 9.784/99, segundo a qual o direito da administração anular os seus próprios, quando deles decorram efeitos favoráveis aos respectivos destinatários, decai em cinco anos, contados do pagamento decorrente do ato, salvo hipótese de má-fé.

2. No caso, o gozo das férias que se pretende o ressarcimento ocorreu no período de 08/04/1999 a 07/05/1999, de modo que o prazo decadencial de cinco anos decairia em maio de 2004 e somente em 11 de junho de 2004 a Administração Pública notificou o servidor o desconto na folha de pagamento para fins de ressarcimento ao erário quando já impedido pela decadência.

3. Recurso especial provido.

Nesse sentido, o julgado confirma o entendimento da decadência do direito da Administra o Pública de anular seus próprios atos quando deles decorrerem efeitos favoráveis aos destinatários, se ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos, quinquenal, estabelecido pela lei de n  9.784/99 e pelo entendimento consolidado dos tribunais.

Isto porque, não se admite a instabilidade, nem social e nem jurídica. O ordenamento jurídico pátrio visa   segurança jurídica consagrado pela legalidade, pois o objetivo supremo da lei   a consecui o da paz, da estabilidade na sociedade e do bem-estar coletivo.

5.2 Efeitos “*ex nunc*”

Os atos que produzem efeitos “*ex nunc*”, também chamados de proativos, os fazem só para o futuro, ou seja, só passam a produzir efeitos jurídicos válidos do momento da prática do ato para frente, assim, pode-se dizer que os seus efeitos só podem ser questionados para o futuro.

Os atos ampliativos, caso possam ser anulados, por não incidência da decadência, serão anulados com efeitos *ex nunc*, e não *ex tunc* que   a regra para anula o do ato administrativo.

Isto porque, dos atos ampliativos, por decorrerem efeitos jurídicos favoráveis para os destinatários devem ser resguardados os princípios da Segurança Jurídica, Veda o ao Enriquecimento Ilícito do Estado e da Boa-fé.

De modo que, se houver, por exemplo, pedido de ressarcimento ao erário em processo que anule admissão   cargo público sem o devido concurso, estabelecido como regra constitucional pelo artigo 37, II da Constitui o da República Federativa do Brasil, não serão devidos os vencimentos recebidos anteriormente, pois da anula o s  produzir  efeitos do momento da declara o de ilegalidade para o futuro, não havendo que se falar em ressarcimento sobre verbas pretéritas, mesmo sendo as a o es

de ressarcimento ao erário imprescritíveis, de acordo com o artigo 37 §5º da CRFB.

5.3 Princípios da Boa-Fé, Segurança Jurídica e Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado

O princípio da Boa-Fé é basilar, e trata-se da necessidade da atuação conforme os ditames de que os indivíduos nas suas relações jurídicas devem agir com decoro e probidade, de modo que, se souber que a atuação é ilegal, estará atuando de má-fé, maculando o ato, pois a boa-fé deve estar presente na atuação administrativa e na atuação do administrado. Para que atue da melhor forma possível nas relações jurídicas, e não torne ilegítimo o ato vestindo-o de imoralidade.

O princípio da Segurança Jurídica, por sua vez, visa à estabilidade nas relações jurídicas e caracteriza-se pela interpretação da norma administrativa de forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se destina, sendo vedada a aplicação retroativa de nova interpretação, conforme estabelecido pelo inciso XIII, do artigo 2º da lei federal 9.784/99. Assim, com esse princípio a Administração Pública visa garantir a estabilidade das relações travadas com seus administrados, almejando que não haja instabilidades jurídicas e sociais perante as suas decisões.

De acordo com entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o princípio da Segurança Jurídica:

Se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa. (ZANELLA DI PIETRO, 2014, p. 86)

Nesse sentido, tem-se a vedação a aplicação retroativa da lei, visando garantir a segurança jurídica dos atos praticados pela Administração Pública diante dos seus administrados.

O princípio da Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado, trata-se da proibição imposta ao Estado de agir visando lucro diante de suas relações jurídicas, vez que, por sua característica de potestade pública deve estar sempre com suas vestes decorrentes da consecução do interesse público alcançada pela moralidade, probidade, legalidade, e boa-fé nas suas atuações, de modo a não utilizar a sua potestade para impor situações ilegais e constrangedoras aos seus administrados de forma ilegal.

5.4 Restrição à anulação do Ato Ampliativo (Artigo 54 da Lei 9.784/99)

Em face ao seu dever de anular, tem-se o artigo 54 da Lei 9.784/99, que restringe o direito da administração de anular os seus próprios atos quando deles decorram efeitos favoráveis aos destinatários quando decorridos 5 (cinco) anos da prática do ato. Determinando *in verbis*:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (LEI FEDERAL 9.784/99 de 29 de janeiro de 1999)

Essa determinação legal mitiga o poder de anulação do ato administrativo, em prol do princípio da Segurança Jurídica, restringindo o dever de anular e velando pelas relações jurídicas. De modo que a expressão legal implica em generalidade, por ser abstrata, não sendo dirigido apenas à determinado indivíduo, mas à todos aqueles que estejam em situação abrangida pela determinação normativa.

Unânime é a posição adotada pelos doutrinadores Diógenes Gasparini, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Hely Lopes Meirelles

apoiada por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que leciona em seu manual de direito administrativo que:

Entende-se que o interesse público que decorre do princípio da estabilidade das relações jurídicas é tão relevante quanto a necessidade de reestabelecimento da legalidade dos atos administrativos, de forma que deve o ato permanecer seja qual for o vício de que esteja inquinado. Em tais casos, opera-se a prescrição das ações pessoais em 5 anos. (CARVALHO FILHO, 2009, p.157)

Os Atos Ampliativos, como citado anteriormente, são aqueles que produzem efeitos jurídicos favoráveis aos destinatários, ou seja, modificam a sua esfera jurídica de forma positiva, de modo que, a roupagem do ato praticado com boa-fé impede a Administração Pública de anular o ato com efeitos que prejudiquem o beneficiário, possibilitando seus efeitos apenas do momento da anulação para o futuro, diferenciando a anulação neste caso, que em outras ocasiões produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos.

Isso decorre especificadamente em razão da administração nas suas atuações primar sempre pelo atendimento à estabilidade das relações jurídicas, tendo como fim o interesse público e o reestabelecimento da legalidade.

Os atos ampliativos, de acordo com o entendimento do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2007, p.417) “aumentam a esfera jurídica de atuação do administrado.”

O artigo 54 da Lei 9.784/99 determina que o direito da Administração de anular os atos administrativos, de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Essa é a restrição que justifica o estudo do presente artigo, de modo que a Administração Pública deixa de praticar um ato que deveria para não obstruir os seus princípios, visando dar força aos

seus atos, pois, mesmo sendo imprescritíveis as ações de ressarcimento em seu favor, deve garantir a segurança jurídica e a estabilidade das relações que dela decorrem.

Nesse sentido, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO tem como entendimento que a situação de ilegalidade deve ser sanada, de forma que:

Semelhante solução faria perdurar a situação de insegurança, prejudicando o administrado quando a má-fé se originasse da própria Administração. (CARVALHO FILHO, 2009, p.158).

A própria Administração se impõe um prazo, em que não poderá reaver seus atos quando deles derivarem efeitos jurídicos que beneficiem os seus administrados de boa-fé, de forma a não retroagir, e dar segurança jurídica às suas atuações. Agindo conforme a legalidade, priorizando a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público, proibindo uma atuação que prejudique o beneficiário e que ao mesmo tempo imponha o seu poder de atuar de forma a atingir o interesse social e coletivo, não gerando instabilidade social e nem jurídica.

Nesse sentido, caso seja comprovada a má-fé, as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal incidem, possibilitando a anulação do ato ampliativo a qualquer tempo. Assim, fica demonstrada a possibilidade de anulação do Ato Ampliativo quando houver ocorrido a decadência do direito da Administração Pública de anulá-lo, que ocorre quando a presença da má-fé retira do ato ampliativo a presunção de legalidade adquirida pelo beneficiário.

Isso porque, de uma ilegalidade não podem decorrer outras, como leciona o professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que dispõe:

A ilegalidade não pode ser suporte de extensão para outras ilegalidades, nem encontra eco em qualquer aspecto de equidade. O que é

preciso, isto sim, é sanar a ilegalidade, corrigindo-a através da anulação do ato e reestabelecendo a necessária situação de legalidade. (CARVALHO FILHO, 2009, p.156).

No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo para que ocorra a anulação do ato ampliativo começa a correr desde a percepção do primeiro pagamento. É o que determina o parágrafo primeiro do artigo 54 da L. 9784/99, que fixa o começo da contagem para os atos contínuos, determinando-o de forma expressa, *in verbis*:

Artigo 54. [omissis]

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. (LEI FEDERAL 9.784 de 29 de janeiro de 2009).

Nesse diapasão, caso ultrapassados 5 (cinco) anos da prática do ato ampliativo de boa-fé, ocorrerá a decadência do direito da administração de extingui-lo por anulação, visando não gerar instabilidade jurídica e nem social, assegurando o direito adquirido e reforçando os princípios da Boa-Fé, Segurança Jurídica e Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado. Decaindo, portanto, o direito da administração de realizar a anulação.

Nesse sentido, tem-se o julgado 1293123 do RN de 2011, um Agravo Regimental no Recurso Especial, em que:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. HORAS EXTRAS. INCORPORAÇÃO. REVISÃO. DECADÊNCIA. ART. 54 DA LEI 9.784/99. OCORRÊNCIA.
EMENTA

1. O STJ firmou o entendimento no sentido de que mesmo os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei Federal n. 9.784, de 1º/2/1999, estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal, contado da sua entrada em vigor.

2. Em casos análogos ao presente, a Primeira e a Segunda Turmas desta Corte têm decidido que a possibilidade de revisão da base de cálculos das horas extras incorporadas está fulminada pela decadência, de que trata o art. [54](#) da Lei n.[9.784/99](#).

Precedentes:REsp 1270474/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 5/11/2012; AgRg noAREsp 224.699/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 5/11/2012; AgRg noREsp 1321448/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 9/10/2012; AgRgno REsp 1270252/RN, DJe 5/9/2012.Agravo regimental improvido.

O julgado exposto, firma o entendimento de que o prazo quinquenal estabelecido no artigo 54, também são aplicados aos atos praticados antes do advento da lei 9.784/99, dando abrangência a norma, tratando sobre a incorporação de horas extras percebidas por servidor público ao seu vencimento. O direito de revisão decaiu pela transcorrência do prazo quinquenal estabelecido no mencionado artigo.

Assim, tem-se que o princípio da Autotutela legitima a administração à revisar seus próprios atos quando eivados de ilegalidade ou por conveniência ou oportunidade, pois o ato administrativo é uma declaração estatal utilizada para realizar suas prerrogativas públicas.

Contudo, esse poder-dever que tem a Administração Pública não é absoluto, e por isso, para consagrar a segurança jurídica, esse poder sofre restrições, como o limite presente no artigo 54 da lei 9.784/99, que certamente estabelece a decadência pretendendo a estabilidade dos seus atos e das relações jurídicas que realiza.

Nesse sentido, tem-se que, por perquirir a estabilidade social, o ordenamento jurídico pátrio impõe uma restrição à anulação do próprio ato da Administração Pública, de modo a não gerar a insegurança dos seus próprios atos perante os seus administrados, alcançando o interesse público, o interesse particular e a segurança

jurídica ao mesmo tempo. Além de assegurar o princípio da legalidade, basilar de toda a estrutura do Regime Jurídico Administrativo.

Situação similar ocorreu numa Apelação Cível de número 102178 do Rio Grande do Norte em 2010, em que a 1ª (primeira) Câmara Cível conferiu à um servidor público que obteve ingresso em cargo público antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo sido conferida a estabilidade excepcional ao servidor pelo artigo 19 do ADCT, conforme transcrito abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA ESTABILIDADE EXCEPCIONAL CONFERIDA PELO ART. 19 DO ADCT. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL CONFERIDA PELO ART. 19 DO ADCT. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. A Constituição de 1988 estabeleceu que a investidura em cargo depende da aprovação em concurso público. Essa regra garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu norma transitória criando a estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, ao tempo da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. O art. 19, do ADCT/88, assegura aos servidores, que atendem aos requisitos exigidos, estabilidade no serviço público. Portanto, o benefício concedido

foi a estabilidade na fun o pública exercida e não o direito ao acesso a algum cargo público, o que depende de aprova o prévia em concurso público. Conhecimento e desprovimento da Remessa Necessária (AC , da 1  Câmara Cível do TJRN, Rel. Des. Dilermano Mota, j. 12.01.2010 - Destaque acrescido). CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELA O CÍVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE   FORMA O DE CONVENCIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR   CONSTITUI O FEDERAL DE 1988. INTERRUPTO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO POR EXONERA O. INAPLICABILIDADE DA ESTABILIDADE EXCEPCIONAL CONFERIDA PELO ART. 19 DO ADCT. PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE OPORTUNIZOU O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

(TJ-RN - AC: 102178 RN 2010.010217-8, Relator: Des. Expedito Ferreira, Data de Julgamento: 01/02/2011, 1  Câmara Cível)

A jurisprudência em questão expõe a situa o de que o artigo 19 do ADCT – Ato das Disposi es Constitucionais Transitórias, determina que os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administra o Direta, Autárquica e das Funda es Públicas em exercício na data da promulga o da Constitui o Federal, há pelo menos cinco anos continuados e que não tenham sido admitidos na forma estipulada do artigo 37 da CRFB (Constitui o da República Federativa do Brasil) são considerados estáveis no serviço público.

Nesse sentido, nota-se um ato ampliativo, em que, após cinco anos de exercício em cargo público, com a promulga o da Constitui o Federal o Poder Judiciário reconheceu o direito   estabilidade no serviço público diante da decadência do prazo de cinco anos que possui a Administra o Pública de anular seus atos ilegais. Assim, conclui-se que o ADCT, além da lei 9.784/99, conferiu prazo para anula o de atos quem ampliem a esfera jurídica do

beneficiário, visando sanar eventuais injustiças e instabilidades diante das diversas situações jurídicas.

5.5 Possibilidade de anulação do Ato Ampliativo caso comprovada a Má-Fé

A má-fé é uma mácula que vicia todo o ato administrativo, como também os atos privados. Apesar do ato da administração pública ser unilateral, o fato de ser praticado pelo administrado, com a intenção de fazê-lo sabendo ser um ato ilegal, retira dele todos os direitos que lhe poderiam ser provenientes, pois fora praticado desde o início com esse vício, que não poderia ser ao menos Convalidado.

Isto porque, a Convalidação corresponde, ao ato de aproveitar um ato administrativo viciado. Contudo, a Convalidação é discricionária, só podendo ocorrer em hipóteses em que não ofenda o interesse público, não viole direitos de terceiros de boa-fé e desde que o vício seja sanável. Uma vez ilegal o ato, de pronto ofende ao interesse público.

Nessas hipóteses verifica-se a diferença entre o aproveitamento de um ato viciado e a anulação de atos ampliativos. Nota-se que na Convalidação há o interesse da Administração Pública de que o ato seja “consertado”, ou seja, reaproveitado, uma vez que não atinja o interesse público, que deve estar livre de qualquer mácula de nulidades.

Nos atos ampliativos, visa-se a supremacia da Administração sobre os seus administrados. Ela mantém o seu ato, não o modificando nem fazendo com que retroaja, isso porque, essa atuação atribui maior respeito aos seus atos, que não podem gerar instabilidades, nem jurídicas e nem sociais. De modo que, a decadência do direito de anular assegura maior estabilidade e segurança ao ato administrativo praticado e satisfaz o administrado beneficiário, não acarretando prejuízo.

Tal situação não ocorre com os atos ampliativos decorrentes de má-fé, pois, desde o primeiro momento em que passou a produzir efeitos, estes já não eram válidos, pois decorrente de elemento que vicia a legalidade do próprio ato em questão.

Deste modo, caso configurada a má-fé, que não se presume e necessita de instrumento probatório, ou seja, deve ser comprovada, não decai o direito da administração de anular o ato administrativo, podendo fazer a invalidação a

qualquer tempo, pois do ato viciado pela má-fé não se originam direitos e nem efeitos jurídicos válidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o poder dever da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos ilegais e/ou ilegítimos quando houver violação à lei e à princípios, tem-se que a administração e o Poder Judiciário podem anulá-los a qualquer tempo.

Entretanto, o artigo 54 da Lei 9.784/99, restringe o direito da administração de anular os seus próprios atos quando deles incidirem efeitos favoráveis aos destinatários quando decorridos 5 (cinco) anos da sua prática.

Nesse sentido, resta patente a supremacia dos princípios da Segurança Jurídica, Boa-fé e Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado, de modo que, com essa determinação legal a Administração visa dar efetividade aos seus atos sem prejudicar os seus administrados. Com isso, visa garantir maior respeito aos seus atos, não retroagindo.

Nesse diapasão, essa determinação legal visa a não ocorrência de instabilidades, nem jurídicas e nem sociais. A decadência do direito de anular assegura maior estabilidade e segurança ao ato administrativo praticado, além de satisfazer os administrados beneficiários de boa-fé, não gerando prejuízos, tanto pretéritos quanto futuros.

Com essa atuação, a Administração assegura e reafirma a sua potestade pública, pelo fato de manter o ato praticado excluindo possíveis instabilidades e certa visão de incompetência da administração, que mantém o ato administrativo para não gerar situações de insatisfação dos administrados de boa-fé.

Pode-se afirmar que a Administração Pública, nesses casos, mitiga o princípio da legalidade, uma vez que torna o ato nulo ou anulável, legal, mesmo diante de flagrante ilegalidade, para, com este fim, manter imune a sua potestade pública e a estabilidade dos seus atos que gerem efeitos favoráveis aos seus administrados de boa-fé.

Diante desta atuação, é patente a incidência da Segurança Jurídica na atuação administrativa, que, adota ações suficientes para propiciar grau de certeza, respeito e segurança aos seus

administrados, interpretando a norma administrativa da forma que melhor atenda ao fim público, impossibilitando aplicação retroativa de nova interpretação. Atuando ainda conforme a lei e o direito, objetivando o atendimento do interesse público e da estabilidade e segurança dos atos administrativos.

Sabe-se que o Direito Administrativo, é um ramo do direito desprovido de codificação própria, e por isso se opera através de um regime jurídico administrativo composto principalmente por princípios, que são norteadores à atuação administrativa, de modo que devem ser observados sob pena de ilegitimidade do ato.

Nesse sentido, diante da necessidade da Administração Pública em manter com veemência seus atos visando evitar instabilidades jurídicas, tem-se que, certos atos caso sejam questionados podem colocar em questão à sua potestade e a legalidade da atuação administrativa. Com isso, é possível afirmar, que em relação aos atos ampliativos a Administração Pública mitiga o princípio da legalidade em detrimento da segurança jurídica que seus atos devem proporcionar aos administrados, evitando assim insatisfações e descrença na atuação administrativa.

Em atendimento o artigo 54 da lei 9.785/99, o direito da Administração Pública de anular seus atos ilegais decai no prazo de 5 (cinco) anos, essa mitigação ao princípio da legalidade estimula o poder da administração em atuar da melhor forma diante do caso concreto, em que, em havendo situação de instabilidade jurídica, preza primeiramente pela melhor atuação jurídica e social perante os seus administrados.

Os Atos Ampliativos, por aumentarem a esfera jurídica do beneficiário conferem a ele o direito de ter protegida à sua situação jurídica em caso de decadência do prazo legal de 5 (cinco) anos, havendo manutenção do ato sem questionamento de valores pretéritos nem futuros. Também opera efeitos mesmo quando o prazo decadencial não tenha se operado, caso em que não produzirá nenhum efeito retroativo, operando efeitos unicamente “*ex nunc*”, ou seja, efeitos para o futuro, não havendo que se falar em ressarcimento ao Estado, em atendimento ao princípio da Vedação ao Enriquecimento Ilícito do Estado.

Assim, tem-se que o princípio da legalidade não é de todo absoluto, uma vez que pode ser mitigado em detrimento da segurança jurídica que a atuação administrativa deve proporcionar

aos seus administrados, de modo a garantir uma atua o justa e que não prejudique os cidadãos por atos praticados em face da sua potestade pública, caso contrário, podem ocorrer arbitrariedades na atua o administrativa.

Primordial   a importância da estipula o do artigo 54 da lei 9.784/99, uma vez que garante aos administrados o direito de postular a manuten o da sua situa o jurídica diante de ato praticado pela própria administra o após a decadência do prazo para anula o, que, por sua vez, tem por melhor atua o a manuten o e reconhecimento da situa o conferida, visando manter a estabilidade jurídica, administrativa e social dos seus atos, de forma a esquivar-se de d vidas acerca da sua potestade pública.

Aplicando efeitos *ex nunc* quanto a proventos patrimoniais relativos   atos praticados   cidadãos de boa-fé pela própria Administra o Pública quando não se opera a decadência ao direito de anular. Em caso de aplica o da decadência o ato   tido como legal. Conclui-se, portanto, que a Administra o Pública atua em consonância com os princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, de modo a não instalar situa o que a instabilize social e nem juridicamente.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constitui o Federal de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 9.784 PROCESSO ADMINISTRATIVO NA ESFERA FEDERAL de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de janeiro de 1999.

BRASIL, **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. SÚMULA 346. A administra o pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

BRASIL, **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. SÚMULA 473. A administra o pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a aprecia o judicial.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1260763** DA 2ª TURMA, RS. 01 DE SETEMBRO DE 2011. <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11320763/artigo-54-da-lei-n-9784-de-29-de-janeiro-de-1999>.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL** DA 2ª TURMA, RN. 11 DE DEZEMBRO DE 2012. <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11320763/artigo-54-da-lei-n-9784-de-29-de-janeiro-de-1999>

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **APELAÇÃO CÍVEL** DA 1ª CÂMARA CÍVEL, RN. 01 DE FEVEREIRO DE 2011. <http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18024444/apelacao-civel-ac-102178-rn-2010010217-8>

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27561** DA 1ª TURMA, BRASÍLIA, DF. 11 DE SETEMBRO DE 2012. <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11320763/artigo-54-da-lei-n-9784-de-29-de-janeiro-de-1999>.

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2009.

DE MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 25ª ED., SÃO PAULO: MALHEIROS, 2007.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. **DIREITO ADMINISTRATIVO** 27ª ED., SÃO PAULO: ATLAS, 2014.

NASCIMENTO, ELYESLEY SILVA. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, RIO DE JANEIRO: IMPETUS LTDA 2013.

MEIRELLES, HELY LOPES. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**, 34ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008.

JUNIOR, DIRLEY DA CUNHA. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, 4ª ED., BAHIA: JUSPODIVM, 2010.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL FRENTE À CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA

LUCAS ROCHA VIEIRA: Advogado. Bacharel em Direito pela FMU - Faculdades Metropolitanas Unidas.

Resumo: No cenário econômico-financeiro em que o nosso país (Brasil) se encontra, com a alta do desemprego devido à instabilidade das empresas resultante de pouco investimento nacional e estrangeiro, inviabilidade nos negócios, insolvência, dentre outros também relevantes motivos. As empresas passam por situações delicadas onde muitas não conseguem reverter tal cenário, visto que não conseguem honrar com suas obrigações perante seus credores, buscando assim por meio judicial uma nova saída para recuperar o status de solvente frente ao mercado.

Palavras chave: Recuperação Judicial, Crise, Economia, Brasil, Plano de Recuperação, Falência.

Introdução

Inicialmente, importante mencionar que a lei 11.101/2005, incluiu a possibilidade da recuperação judicial e/ou extrajudicial de empresas (anteriormente denominada concordata) que estão em situações economicamente delicadas, dando a possibilidade/alternativa da recuperação judicial ou extrajudicial para que empresas consideradas viáveis possam se reerguer.

Aqui, iremos debruçar especificamente sobre a recuperação judicial que consiste (como o próprio nome sugere) na possibilidade de recuperação de empresas por meio de um plano apresentado em juízo, devendo para tanto seguir alguns requisitos e procedimentos expressos na lei de falência.

Com a inclusão da chamada recuperação judicial pela lei nº 11.101/2005, empresas que se encontrem em crise financeira possuem uma chance de se reestruturarem e voltar a ter um ativo maior que o passivo, devendo para tanto preencher alguns requisitos que veremos a seguir.

Da Sociedade Empresária Viável

Como já mencionado, não basta que a empresa passe por uma crise financeira para que seja possível o pedido de recuperação judicial, mas também será necessário que a empresa seja considerada viável, ou seja, em uma linguagem simplista, a empresa deverá ter reais chances de voltar a gerar benefícios para a sociedade brasileira (p. ex. gerando empregos ou agregando a economia no país), caso contrário só trará prejuízos.

É o que bem preceitua Fabio Ulhoa Coelho, ao dispor que “nem toda empresa merece ou deve ser recuperada”, uma vez que “a reorganização de atividades econômicas é custosa”.

Ou seja, ainda que a sociedade empresária esteja em crise financeira, deve-se considerar tecnicamente se a empresa será propícia a retomar o status de liquidez.

No mesmo sentido, mesmo sendo considerada uma empresa viável, a empresa deverá ainda preencher todos os requisitos expressos em lei, bem como apresentar um bom plano de recuperação para tentativa de deferimento.

Com isto, fica claro que não basta ser uma empresa em crise financeira, deve-se também demonstrar que a sociedade empresária possui viabilidade, ficando a cargo de um juiz a sua análise.

A Recuperação Judicial e seus Requisitos

A recuperação judicial nada mais é do que a reestruturação de uma empresa que se encontra com o passivo maior do que o ativo, visando que tal empresa volte a gerar lucro e benefícios à sociedade brasileira.

É o que bem expõe Fabio Ulhoa Coelho, ao dispor sobre a principal intenção da recuperação judicial, qual seja: “a

reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora, em benefício desta, de seus credores e empregados e da economia (local, regional ou nacional)”.

Assim, podemos considerar empresas viáveis muito importantes para a economia de um país, concluindo assim que a recuperação judicial muitas vezes, visto sua importância social, não é um procedimento simples e para qualquer empresa.

Para o pleito de recuperação judicial, é primordial que a sociedade empresária preencha requisitos considerados obrigatórios para que seja iniciado seu procedimento, além de ser considerada viável como dito anteriormente.

Os requisitos para tentativa de concessão da recuperação judicial estão expressamente contidos no art. 48 da lei nº 11.101/2005, sendo que a sociedade empresária deverá demonstrar que:

- Exerce suas atividades no mínimo há 2 (dois) anos;
- Não sofreu falência ou possui declaração de inexistência;
- Não obteve deferimento de recuperação judicial, nos últimos 5 (cinco) anos;
- Não obteve deferimento de plano especial de recuperação judicial (Plano para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), nos últimos 5 (cinco) anos;
- Não possui condenação criminal.

Preenchendo todos os requisitos expressos em lei, a empresa poderá requerer ao judiciário a concessão da recuperação judicial, devendo ser apresentado um plano, que poderá ou não ser deferido.

Um dos pontos considerados importantes e essencial é a apresentação de um bom plano de recuperação judicial, uma vez que a empresa deverá basear suas atividades nesse plano, sempre visando o reerguimento da empresa.

Tal plano poderá ser composto por estratégias traçadas por profissionais específicos.

O plano de recuperação judicial poderá ainda, conter um ou mais meios para sua aprovação. Poderá, por exemplo, valer-se de reestruturação societária (fusão, cisão, incorporação), venda de bens, prorrogação do prazo para o pagamento de dívidas, dentre outras diversas alternativas dispostas em lei.

Importante mencionar que o prazo para apresentação do plano é de até 60 (sessenta) dias.

A lei é omissa quanto à prorrogação desse prazo, mas vem sendo admitido por algumas cortes de nosso país.

Deferido o pedido de recuperação judicial, a empresa deverá cumprir fielmente o plano apresentado em juízo, podendo, caso não cumpra, ser convolada a recuperação judicial em falência.

Considerações Finais

Como visto, em tempos de crise financeira a recuperação judicial é uma ótima alternativa para empresas tentarem voltar a crescer economicamente e, por consequência, beneficiar a sociedade com novos empregos, por exemplo. Isto quer dizer que um plano bem traçado e cumprido dentro do prazo determinado por lei muitas empresas poderão se reerguer, porém, caso o plano não seja cumprido fielmente ou dentro do prazo determinado pela lei 11.101/2005, a recuperação judicial poderá a qualquer momento ser convolada em falência, momento este em que a empresa deixa de ser viável.

Ainda assim, este meio é bastante utilizado frente à crise que assola nosso país na atualidade, buscando-se assim uma reestruturação por meio do plano apresentado em juízo para a tentativa de recuperação da saúde financeira e social de empresas.

Referências

- Coelho, Fábio Ulhoa - Manual de Direito Comercial : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. – 23ª. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

- Mini Vade Mecum civil e empresarial : legislação selecionada para OAB, concursos e prática profissional /

organizadores Darlan Barroso...[et al.]; coordenação Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior. – 5. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OS CAMINHOS DA JURISPRUDÊNCIA HODIERNA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DELIMITAÇÃO DO ALCANCE DA NORMA CONSTITUCIONAL ESBOÇADA PELO ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA "R", DA CF/88

PRISCILA HELENA SOARES PIAU: Ensino Superior Completo - Universidade de Brasília (UnB). Cargo de Técnico Judiciário Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: Disciplina o art. 102, I, r, da CF/88 ser o Supremo Tribunal Federal competente para processar e julgar as ações do CNJ e CNMP. O termo “ações” apresenta-se extremamente vago e amplo, o que culminou na eclosão de diversos casos a serem apreciados pelo STF. Este, contudo, com vistas à efetivação da Justiça, começa a conferir interpretação sistemática à norma constitucional, compatibilizando os seus termos a todo o texto constitucional, com fulcro no princípio da unidade da Constituição. Firmou, pois, o STF jurisprudência em torno da sua competência ante ações nas quais se impugnam atos do CNJ.

Palavras chave: art. 102, I, r, da CF/88; “ações”; interpretação sistemática; competência; Supremo Tribunal Federal; atos do CNJ.

INTRODUÇÃO

Este presente trabalho tem por escopo analisar a jurisprudência hodierna do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao intento de restringir e fixar os parâmetros de alcance da norma constitucional prevista no art. 102, I, r, da CF/88.

O tema analisado possui extrema relevância no debate jurídico que se opera hodiernamente, já que, a partir de inúmeros julgados, a Corte Suprema busca conferir

interpretação sistemática à norma constitucional, para fins de adequá-la aos comandos constitucionais. São de fundamental importância o conhecimento e alcance da competência da mais alta Corte do Brasil.

Por sua vez, a pesquisa bibliográfica deste estudo é proposta sobre dois capítulos. O capítulo inicial propõe analisar três julgados recentíssimos do STF, com vistas a delimitar a jurisprudência restritiva sobre o art. 102, I, r, da CF/88.

A partir de tais julgados, foi conferida interpretação no sentido de só ser cabível o controle pelo STF de atos do Conselho, quando impugnados por meio de ações constitucionais, e não sejam aqueles de cunho negativo.

No segundo capítulo é de suma importância apresentar alguns apontamentos de alguns dos Ministros da Suprema Corte – Dias Toffoli e Luiz Fux -, os quais demonstram o seu temor na restrição profunda no dispositivo a ponto de inviabilizar a norma, bem como se perder a real razão de criação daquela.

Feitas essas considerações introdutórias, passo a seguir à exposição dos capítulos do presente trabalho.

1. A competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para processar e julgar ações nas quais se impugnam atos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A Constituição Federal, de 1988, disciplina em seu art. 102, inciso I, alínea r^[1], a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar as ações contra os atos do CNJ e CNMP. Sem qualquer limitação, o presente dispositivo deu ensejo ao ajuizamento de diversas ações, a priori, de competência da Corte Suprema, já que envolve temática atinente aos Conselhos da Justiça e do Ministério Público.

O Supremo Tribunal Federal, com vistas, de um lado, a evitar que seja a Corte transformada em uma instância revisora, e, de outro, a preservar a feição excepcionalíssima da competência do STF, passou a conferir interpretações ao dispositivo constitucional

e delimitar o alcance da sua competência, quanto a esta temática, o que deu ensejo a uma infinidade de julgados, dentre os quais, destaquei tr s dele, aos quais passo o exame a seguir.

1.1. A o Originária 1814/Minas Gerais (MG) e A o Cível Originária 2373/Distrito Federal (DF)

Inicialmente, transcrevo, *ipsis litteris*, a ementa que sintetiza a conclusão da Suprema Corte no que toca   AO 1814/MG:

COMPETÊNCIA - A O - RITO ORDINÁRIO - UNIÃO - MÓVEL - ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cabe   Justiça Federal processar e julgar a o ajuizada contra a União presente ato do Conselho Nacional de Justiça. A  lnea “r” do inciso I do artigo 102 da Carta da República, interpretada de forma sistemática, revela a competência do Supremo apenas para os mandados de segurança.[2]

Trata-se, pois, de a o, sob o rito ordinário, ajuizada por um Juiz do Trabalho contra a União visando ao reconhecimento da ilegalidade e a declara o de nulidade de procedimento do TRT da 3  Região e do CNJ, impedindo o desconto no respectivo subsídio, de valores recebidos a título de adicional por tempo de serviço, completado no período compreendido entre janeiro de 2005 e maio de 2006.

Em decisão proferida por Juiz Federal, foi acolhida a preliminar de incompetência absoluta, determinando a remessa dos autos ao Supremo Tribunal, por força do disposto na  lnea “r” do inciso I do art. 102 da CF/88, uma vez que entendeu o Juízo Federal estar em jogo ato praticado pelo CNJ, especificamente no Pedido de Providências n . 5116-65.2010.2.00.0000.

O Supremo, em análise da matéria, entendeu por necessária a fixa o dos limites de aplica o do dispositivo acima transcrito,

porquanto o termo “ações”, cunhado pelo legislador, é amplo, devendo ser conferida interpretação sistemática ao dispositivo.

Para o STF, a expressão “ações” alcança tão somente o mandado de segurança, não toda e qualquer ação em que envolto ato proferido pelo CNJ. Fixou, pois, a tese que na hipótese de ser ajuizada ação contra a União, tendo como pano de fundo ato do CNJ, a competência a de ser da Justiça Federal e não do STF.

É de sobressalientar que o Ministro Dias Toffoli, em voto vista, a despeito de ter acompanhado o voto relator do Ministro Marco Aurélio, explicitou as suas razões no sentido de lhe parecer temerário a redução do alcance do art. 102, I, r, da CF/88, tendo como escopo interpretação de cunho formal acerca do dispositivo. Várias outras ponderações foram realizadas, as quais serão trazidas logo adiante, para fins de exposição dos entraves à chancela da Corte Suprema.

Nessa mesma linha, também foi a conclusão da Suprema Corte, quando da análise da Ação Cível Originária 2373, conforme excerto abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, “R”, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada inclusive por decisão unânime do Plenário, é no sentido de que as “ações” a que se refere o art. 102, I, “r”, da Constituição, são apenas as ações constitucionais de mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus* (AO 1706 AgR/DF, Min. Celso de Mello, Dje de 18.02.2014). As demais ações em que se

questionam atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP submetem-se, conseqüentemente, ao regime de competência estabelecido pelas normas comuns de direito processual, com as restri es e limita es previstas nos artigos 1 , 3  e 4  da Lei 8.347/92 e art. 1  da Lei 9.494/97. 2. Agravo regimental improvido.[3]

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal alargou o conceito do termo “a es”, referido no art. 102, I, r, abrangendo, não apenas o mandado de segurança, como também as demais a es constitucionais, habeas corpus, habeas data e mandado de injun o.

Firmou, pois, o Supremo Tribunal que as a es ordinárias propostas contra ato do CNJ, por não possuir esta personalidade jurídica, deveria figurar no polo passivo a União Federal, de modo que há de se reconhecer como Juízo competente para processar e julgar tais lides, nada mais, que a própria Justiça Federal.

Vale destacar, nessa digressão, as observa es do doutrinador José Afonso da Silva, conforme transcrito abaixo:

A es contra os Conselhos de Justiça e do Ministério Público. Matéria inserida pela Emenda Constitucional 45/2004 com o acréscimo da alínea ‘r’ ao inciso I do artigo em comentário, pela qual se d  competência originária ao STF para processar e julgar as a es contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Essa competência assim estendida às a es em geral (civis, comerciais, administrativas) cria algumas dificuldades, porque esses Conselhos não têm personalidade jurídica para serem sujeitos de direito e obriga es,

para serem partes de relação jurídica processual. Quem responde por órgãos federais, como é o caso, perante a jurisdição, é a União; portanto, as ações, em tais casos, são contra ela, e não contra os órgãos, e a competência para o processo é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I. O que esses Conselhos têm é personalidade judiciária, porque seus atos podem dar ensejo ao mandado de segurança, 'habeas corpus' e, possivelmente, 'habeas data'. O certo, pois, teria sido incluí-los no contexto da alínea 'd' do inciso I do artigo.^[4]

Em busca à delimitação do alcance da norma constitucional inserta no art. 102, I, r, da CF/88, não parou o STF por aí. Passo, por conseguinte, a análise de mais um julgado da Suprema Corte.

1.2. Mandado de Segurança 33.163/Distrito Federal (DF)

O Mandado de Segurança nº. 33.163/DF foi impetrado por F.L.Z.P e M.L.N.F.B. em face de decisão proferida na Reclamação para Preservação da Autonomia nº. 1464/2013-66, por meio da qual o CNMP considerou válida a avocação de inquérito civil público destinado a investigar atos praticados no âmbito da administração superior do Ministério Público de Goiás.

A despeito do *writ* ter sido impetrado frente a ato do CNMP, a Suprema Corte entendeu não ser também competente para julgá-lo. A razão exposta, para tanto, foi a de que se tratava de decisão negativa de Conselho. Firmou, pois, mais uma tese, com vistas à restrição da aplicação do dispositivo constitucional em comento.

Entendeu-se por decisão negativa aquela em que não houve o enfrentamento da matéria de fundo, por exemplo, decisões do conselho que reconhecem a incompetência ou atribuem ser indevido o procedimento utilizado. No caso em tela, o ato do CNMP,

tido como abusivo e, tão logo, objeto de *writ*, foi o de entender improcedente o pedido voltado a invalidar a avocação de procedimento.

A partir desse julgado, foi firmada a seguinte jurisprudência, que se faz extensível ao CNJ:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO NEGATIVA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A impugnação de decisão negativa do CNMP não enseja a competência originária desta Corte (art. 102, I, r, da CF). 2. Mandado de segurança não conhecido.[\[5\]](#)

Observa-se, a partir da breve análise de alguns dos inúmeros julgados da Suprema Corte sobre a competência dos Conselhos, a tendência de restringir a aplicação o dispositivo constitucional que chancela a competência do STF para processar as ações que impugnam decisão dos conselhos (CNJ e CNMP).

Não obstante, tal conduta da Suprema Corte não se encontra pacificada dentre os próprios Ministros integrantes da Corte. Deste modo, é cabível nesse breve trabalho a exposição de apontamentos e ressalvas à postura da Corte Suprema.

2. Ponderações sobre a restrição da competência constitucional de análise dos atos do CNJ pelo STF

Com a “reforma do judiciário, marcada pela emenda constitucional nº. 45/04, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, com suas competências disciplinadas no texto constitucional, especificamente no art. 103-B, da CF/88. Da necessidade de controle dos atos do CNJ, os quais são sindicáveis pelo Poder

Judiciário, decorreu o reconhecimento de ser do STF a competência para processar e julgar os seus atos, conforme art. 102, I, r.

Preferiu o legislador a utilização da expressa “ações” para definir o objeto de controle do Judiciário. Não obstante, o Supremo Tribunal não tem visto com bons olhos o termo “ações”, vez que extremamente amplo, o que corroboraria para a banalização do acesso à Corte Suprema do Brasil, tornando-a como uma Corte de revisão dos atos dos Conselhos, o que não se mostra, de maneira alguma, aceitável de acordo com a ótica constitucional instaurada.

Pois bem. Com vistas a definir o alcance a ser dado à expressão “ações”, o Supremo passou a enfrentar diversos julgados – conforme exposto nos capítulos anteriores – em que delimita a sua competência a julgar tão somente aqueles feitos que, primeiro, tenham os conselhos como legítimos a figurar no polo passivo. Afasta-se a competência do STF quando a celeuma, em que pese envolver ato do CNJ, trazer a União Federal como ré.

Segundo, só é possível o controle quando se trazer de ações constitucionais – habeas corpus, habeas data, mandado de segurança e mandado de injunção. As ações ordinárias contra atos do Conselho deverão ser julgadas pelo Juiz Federal de 1ª instância.

Terceiro, por fim, não é objeto de controle pelo STF atos do Conselho que se caracterizam como decisões negativas, ou seja, aqueles em que não é decidida a coisa de fundo, limitando o CNJ a reconhecer a sua incompetência ou ser o procedimento indevido.

A partir de tais considerações, percebe-se a tendência do STF de restringir o acesso de terceiros a mais alta Corte, quando o assunto envolver ato praticado pelos CNJ e CNMP. Atribuiu-se interpretação sistemática ao instituto para, segundo alguns dos Ministros, compatibilizá-lo ao panorama constitucional.

Não obstante a jurisprudência ter se firmado, alguns Ministros – Dias Toffoli e Luiz Lux – não deixaram de esboçar em sessão o seu temor pelo caminho adotado pela Corte Suprema.

No julgado tratado acima (AO1814/MG), em um momento de debate, ressaltou Luiz Fux:

Eu também deixaria só para um momento de reflexão dos Colegas, por exemplo, que uma solução que leve à denegação da competência do Supremo para o julgamento dos atos do CNJ pode encerrar a seguinte hipótese, como já ocorreu: o CNJ afasta um presidente de um tribunal, e esse afastamento do presidente do tribunal vai ser analisado com inversão hierárquica total por um juiz de Primeiro Grau.[\[6\]](#)

Ou seja, o Ministro demonstra preocupação com o caminho traçado pelos precedentes da Suprema Corte, no controle dos atos do CNJ. Preocupação esta que consiste em eventual possibilidade de atos do CNJ, como, por exemplo, afastamento de Presidente de Tribunal, ser sindicado por juiz de 1º grau, o que significaria afronta ou, como dito, inversão hierárquica total.

Dias Toffoli, também no mesmo julgado, a despeito de ter acompanhado o voto relator, não deixou de fazer as suas considerações sobre o que esse reconhecimento de incompetência poderia vir a significar.

O Ministro, obviamente, também entendeu ser devida alguma restrição no dispositivo, contudo esta deveria ser vista com certas ressalvas, vez que não deve a contenção interpretativa ser realizada de acordo com a ótica meramente instrumental, sob pena de promover esvaziamento do conteúdo da norma. Segundo ele deve ser adotada uma análise a partir de cada caso concreto.[\[7\]](#)

Para Toffoli, a fim de que seja preservada a necessária e importante missão constitucional atribuída ao CNJ, a restrição interpretativa a ser realizada, não pode deixar de lado a razão subjacente, atinente à vontade do legislador, quando da criação da norma constitucional.

Entendeu, por conseguinte, o Ministro Dias Toffoli, em síntese, que devem ser objetos de apreciação pela Corte Suprema todas aquelas ações que tenham relação com a autoridade dos tribunais ou ao regime disciplinar da magistratura. Posicionou-se no sentido de que descabe fazer qualquer delimitação de modo a admitir apenas as ações de cunho constitucional, porquanto não foi esse o real interesse do legislador. Pois, se esse tivesse sido, teria ele próprio disposto dessa forma no texto constitucional, como o fez em outros casos.

Defende, pois, Dias Toffoli a competência do STF quando:

(a) demandas relacionadas ao exercício do poder disciplinar do CNJ sobre os membros da magistratura; (b) ações em face de decisões do Conselho que desconstituam ato normativo ou deliberação de tribunal local relacionados a matérias a esse diretamente afetas; e (c) outras em que a atuação do CNJ se dê, precipuamente, na consecução de sua atividade fim, quando direta e especialmente incidente sobre membros e órgãos a ele diretamente subordinados. [8]

Por outro lado, entende não ser a Corte Suprema competente:

para apreciar demandas cujos objetos sejam deliberações do CNJ que (a) atinjam tão somente servidores dos órgãos fiscalizados ou mesmo as serventias extrajudiciais fiscalizadas pelos tribunais locais; (b) revejam atos administrativos gerais dos tribunais (assim considerados os que não se sujeitam a regulamentação distinta do judiciário, de que seriam exemplos os relacionados a

concursos públicos ou licitações dos tribunais locais), ou (c) não digam respeito a ações de interesse exclusivo de toda a magistratura.[9]

Apesar de aparentar pacífica, sobre essa temática ainda pairam diversos entraves dentro os próprios Ministros, integrantes da Suprema Corte, os quais enunciam seus posicionamentos sobre real abrangência a ser dado ao dispositivo constitucional, bem como ainda há muito que ser discutido sobre o que deve ser entendido como “decisão negativa”, parâmetro este definidor da competência do STF sobre atos do CNJ, para que não seja este utilizado pela Supremo como válvula para a negativa da prestação jurisdicional, vez que termo marcado pela vagueza, conduzindo a decisões violadores dos princípios constitucionais de inafastabilidade da jurisdição, due processo f law, contraditório e ampla defesa.

Para finalizar, tomo como sintetizador desse embate a expressão popular de que “ainda há muito água para correr debaixo dessa ponte”. Ou seja, o tema não resta pacífico. Debates ainda hão de ser instaurados.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por escopo central promover uma análise sobre o art. 102, I, r, da CF/88 e suas implicações na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conforme esboçada acima, através de inúmeros julgados, tem a Corte Suprema definido o alcance da expressão “ações”, cunhada pelo legislador quando da elaboração da norma constitucional. Busca-se, segundo alguns Ministros, a evitar a banalização do acesso à Corte Suprema, a qual não pode ser tida como instância revisora.

Firmou, pois, que apenas é reconhecida a competência do Supremo para apreciar os atos do CNJ quando impugnados por intermédio de ações constitucionais. Não parou por aí. O STF foi

além, restringindo ainda mais, ao concluir não ser competente para processar e julgar decisões do Conselho de cunho negativo.

Alguns Ministros – Dias Toffoli e Luiz Fux – veem com temperamentos as manifestações da Corte. Dias Toffoli defende a restrição, todavia pontua que esta deve ser operada preservando a razão primeva de criação da norma constitucional, ou seja, a vontade do legislador. Não há restringir atribuindo um significado que não foi idealizado pelo Constituinte.

Conclui-se, portanto, que ainda há muito a ser discutido durante as sessões da Corte Suprema sobre essa temática, especialmente, os limites já reconhecidos, de modo a não dar vazão a uma conduta discricionária da mais alta Corte, que inviabilize pretensões legítimas, sob pena de afronta a diversos postulados constitucionais.

REFERÊNCIAS

Ação Originária 1814/Distrito Federal. STF. Acesso em: 16/10/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4453488>.

Ação Cível Originária 2373/Distrito Federal. STF. Acesso em: 16/10/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4540856>.

“Comentário Contextual à Constituição”, p. 563/564, item 6.11, 7ª ed., 2010, Malheiros Editores.

LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato. **O conselho nacional de justiça e sua atuação como órgão do poder judiciário**: homenagem aos 10 anos do CNJ. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. 227 p.

Mandado de Segurança 33.163/Distrito Federal. STF. Acesso em: 16/10/2015. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623788>.

NOTAS:

[1] Cf. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constitui o, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) r) as a es contra o CNJ e contra o CNMP;”

[2] A o Originária 1814/Distrito Federal. STF. Acesso em: 16/10/2015. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4453488>.

[3] A o Cível Originária 2373/Distrito Federal. STF. Acesso em: 16/10/2015. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4540856>.

[4] “*Comentário Contextual   Constitui o*”, p. 563/564, item 6.11, 7^a ed., 2010, Malheiros Editores.

[5] Mandado de Segurança 33.163/Distrito Federal. STF. Acesso em: 16/10/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623788>.

[6] A o Originária 1814/Distrito Federal. STF. Acesso em: 16/10/2015. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4453488>. P. 07

[7] LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato. ***O conselho nacional de justiça e sua atua o como  rgo do poder judiciário***: homenagem aos 10 anos do CNJ. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. P. 92.

[8] LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato. ***O conselho nacional de justiça e sua atua o como  rgo do poder***

judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. P. 92.

[9] Idem. Ibidem. P. 92

Transexualidade: a genitália como impasse jurídico

VICTOR HENRIQUE FERNANDES E OLIVEIRA:
Advogado e Docente, Especialista em Direito e Processo Civil.

Resumo: o presente artigo pretende analisar entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da transgenitalização (cirurgia de redesignação sexual), especialmente no âmbito dos direitos da personalidade, englobando nestes o direito da disposição do próprio corpo, o direito ao nome e a possibilidade de alterações no registro civil. Ademais, através da interdisciplinaridade, conceitos da medicina e psicologia também serão apresentados, já que se fazem fundamentais para o entendimento global sobre o assunto em tela.

Palavras-chave: transexual; transexualidade; transexualismo; direitos da personalidade.

Introdução

Atualmente, com a facilidade e a rapidez na troca de informações, principalmente após o surgimento das redes sociais, parece ser cada vez mais frequente a abordagem e debates no que tange a identidade de gênero.

Ainda que recente, a discussão acerca da transexualidade deixa de estar presente apenas em pequenos focos e passa a ser abrangida não apenas por aqueles que se inserem na questão, como por toda a sociedade, tanto que é tendente a mudança de entendimento de que seja considerada uma patologia.

Apesar do interesse social, o legislativo ainda não havia se posicionado sobre a questão, inexistindo lei que positivasse questões de identidade de gênero. Em abril de 2016, foi aprovado o decreto 8.727, que autoriza a comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), a utilização de seu nome social no serviço público federal.

No mesmo sentido, em maio do mesmo ano, o Conselho pleno da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), aprovou resolução que autoriza advogados travestis e transexuais a utilização do nome social no registro da entidade e nas carteiras profissionais, porém, o nome é disposto ao lado do nome de certidão destes.

Embora haja avanço, ainda não há lei que defenda os direitos da população transexual em geral e através dessa lacuna, o judiciário acaba por decidir de acordo com “analogia, costumes e princípios gerais do direito”, como dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Destarte, por não haver paradigma, não são raras as divergências jurisprudenciais que provocam peculiaridades nos julgados e até a má aplicação do direito: sabe-se que a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é favorável ao assunto, todavia, a maioria dos casos só é julgada totalmente procedente aos autores somente quando chega à instância superior, o que significa morosidade processual.

Há projetos de lei com o intuito de positivar a transexualidade para assim extinguir as possíveis dúvidas, mas enquanto não se tornarem realidade, e a legislação não for promulgada, a única fonte de definição sobre o tema encontra-se na Resolução do Conselho Federal de Medicina, que basicamente serve de paradigma apenas aos profissionais da saúde.

A importância do presente artigo encontra-se no fato de auxiliar na discussão e disseminação não só de institutos jurídicos consequentes da transgenitalização, como também de definições médicas e psicológicas, institutos interdisciplinares necessários não

só para melhor compreensão do tema, como também para a diminui o do preconceito pelo desconhecimento.

1. Transexualidade – delineando conceitos

  frente de analisar as consequências civis da transexualidade,   de suma importância apresentar conceitos biológicos, psicológicos e jurídicos, para assim ter-se maior compreensão do objeto abordado no presente artigo.

Primeiramente, torna-se pertinente estabelecer as diferentes formas de determinar o sexo de um individuo. Sutter (1993), através de diversos fatores, expõe variadas formas de definir o sexo. Para a autora, há a existência do sexo genético, sexo gon tico, sexo de cria o, sexo legal (jurídico) e sexo psicossocial.

O sexo genético (ou cromossômico) define o sexo a partir dos cromossomos. A defini o, nesse caso,   estabelecida no momento da fecunda o. Há dois tipos de cromossomos sexuais: o “X”, presente no óvulo e no espermatozoide e o “Y”, presente apenas no espermatozoide. Ao fecundar no óvulo, o espermatozoide será responsável por duas forma es genéticas possíveis: “XX”, dando origem ao sexo feminino ou “XY”, dando origem ao sexo masculino.

O sexo gon tico leva em considera o as chamadas g nadas do individuo. Se possuidor de testículos, o sexo   masculino, caso haja ovários, o sexo   feminino.

O sexo jurídico (legal ou civil)   o disposto no registro civil de uma pessoa.   consequência da análise morfológica (que leva em conta apenas os órgãos sexuais), feita logo que a criança nasce, e está diretamente ligado   vida social de uma pessoa e como se ver  adiante, acaba tornando-se um obstáculo para os transexuais.

Por sua vez, o sexo psicossocial se d  através de variados fatores (genéticos, sociais, fisiológicos) mais a própria consciência do indivíduo. Basicamente, o sexo psicossocial   o sexo que o

próprio indivíduo se dá, ou seja, é a identidade de gênero escolhida por uma pessoa.

Pinheiro (2010) esclarece que:

ao passo que a orientação sexual se refere a outros, a quem nos relacionamos, a identidade de gênero faz referência a como nos reconhecemos dentro dos padrões de gênero estabelecidos socialmente. Existem dois sexos, mulher e homem, e dois gêneros, feminino e masculino. Embora a maioria das mulheres se reconheça no gênero feminino e a maioria dos homens no masculino, isto nem sempre acontece. Falamos, então, de pessoas cujo sexo biológico discorda do gênero psíquico: são os travestis e transexuais, ou transgêneros.

Miranda (2015) aponta que o desejo de mudança sexual existe antes mesmo de tal fenômeno ser conceituado. Basta analisar certas fases históricas para se chegar a tal conclusão, começando pela mitologia grega, através dos deuses Cibele, Átis e Hermafrodito, que representavam questões sobre desejo de mudança de sexo ou anomalias físicas.

Para o Conselho Federal de Medicina (CFM), transexual é aquele “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”.

Por esta definição, retiram-se duas ideias importantes: a primeira, de que o desvio psicológico é permanente, ou seja, algo não reversível e a segunda, de que a automutilação e/ou autoextermínio é a consequência do não aceitar o corpo biologicamente natural, seja qual for o sexo de nascimento.

Na resolução 1.955/2010, do CFM, são enumerados quatro requisitos para a definição da transexualidade: o desconforto

com o sexo natural; o desejo expresso de eliminar os genitais, a perda das características primárias e secundárias do próprio sexo e ganho das do sexo oposto; a permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos, além da ausência de outros transtornos mentais.

Apesar da tendência da mudança de posição, a transexualidade ainda se encontra disposta no Cadastro Internacional de Doenças (CID 10), sendo considerado um transtorno mental de identidade sexual (F64.0). Como explica Tartuce (2015):

apesar do atual tratamento do transexualismo como patologia – inclusive pela sua menção no Cadastro Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde -, existem movimentos científicos e sociais^[1] que pretendem considerá-lo como uma condição sexual, assim como ocorreu com a homossexualidade no passado. Seguindo tal caminho, a situação passaria a ser denominada como transexualidade e não como transexualismo. Nesse contexto, existem ações em trâmite no Poder Judiciário que pleiteiam a alteração do nome sem a necessidade de realização da cirurgia de adequação do sexo, muitas com êxito.

Trata-se de uma manifestação extrema de inversão psicosexual onde o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico. (FARINA, 1982).

Nas palavras de Vieira (2000):

Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo

de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte.

Enfim, é importante diferenciar certas denominações interligadas ao comportamento sexual, para assim esclarecer possíveis dúvidas quanto à transexualidade.

Não se confunde o transexual com o homossexual, já que este aceita o seu sexo e conseqüentemente sua genitália. A sensação de estar preso no corpo errado não acontece com o homossexual, que apenas se sente atraído por pessoas do mesmo sexo.

No que tange às questões comportamentais, salientam Hogemann e Carvalho (2011) que “os transexuais masculinos não são efeminados e sim femininos, enquanto alguns homossexuais são efeminados e não femininos. Os transexuais femininos não são masculinizados, são masculinos.”.

Por fim, outro comumente equívoco é a não diferenciação entre travestis e transexuais. Os primeiros, apesar de usarem roupas femininas (sendo biologicamente masculinos), modificarem seus corpos e até fazerem uso de hormônios, não possuem como aspiração a cirurgia de resignação sexual, destarte, a presença da genitália masculina não causa repulso ou desconforto.

Tanto um transexual masculino, quanto um transexual feminino objetivam mudanças em seu corpo, para assim harmonizarem seus aspectos físicos à sua mente. Sendo a transexualidade incurável, por tratar-se de doença genética produzida por defeito cromossômico ou fatores hormonais, o processo contrário, ou seja, a adaptação da mente aos atributos físicos acaba tornando-se, em regra, infrutífero. (DINIZ, 2006)

O processo cirúrgico pode se dar por duas formas: a neocolpovulvoplastia ou a neofaloplastia. A primeira, feita por transexuais masculinos, envolve a retirada dos testículos e o uso da pele restante para a construção de uma “neovagina”, a segunda, realizada por transexuais femininos, ocorre a partir do enxerto de pele na área genital, a fim de construir um pênis.

No Brasil, a legislação é omissa quanto ao assunto, restando somente a já mencionada resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que ampliou as disposições das anteriores resoluções de nº1.652/02 e 1.482/97, sendo que até 1996, antes da primeira resolução, a cirurgia de transgenitalização era defesa no meio médico. Em 1997, foi autorizada em caráter experimental e em 2008, através da portaria nº 1.707, considerada questão de saúde pública pelo Ministério da Saúde.

2. Implicações jurídicas e (im)possibilidades no processo de readequação sexual

Pelo supraexposto, torna-se pertinente a introdução de noções de direitos da personalidade, já que os impasses normativos relacionados à transexualidade estão especialmente relacionados a eles.

Para Gomes (*apud* Mattia, 1977):

sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Os direitos da personalidade englobam o direito à vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, etc, garantindo que um indivíduo exija dos outros, comportamento negativo, para assim defender o que lhe é próprio. (DINIZ, 2010).

São direitos tutelados constitucionalmente. Figueiredo e Figueiredo (2015) afirmam que “os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal, assim como os Direitos da Personalidade estão para o Código Civil: são dois lados de uma só moeda denominada dignidade da pessoa humana!”. Eis a constitucionalização do direito civil. Complementam ainda que:

é possível estabelecer diálogo entre os direitos e garantias fundamentais e a os direitos da personalidade, ao passo que estes consistem um espelho infraconstitucional daqueles. A leitura dos artigos 11 a 21 do Código Civil - disciplinadores de alguns dos vários direitos da personalidade - evidencia que muitos dos direitos da personalidade guardam relação direta de identidade com preceitos do artigo 5º da Constituição Cidadã, principal responsável pelo tratamento dos direitos e garantias fundamentais.

De maneira didática, Tartuce (2015) relaciona os direitos da personalidade com “cinco grandes ícones”, existentes em prol da pessoa. Englobam a vida e a integridade física-psíquica; o nome da pessoa natural ou jurídica; a imagem; a honra, com repercussões físico-psíquicas, englobando a honra subjetiva (autoestima) e a objetiva (repercussão social da honra) e a intimidade.

Tais direitos possuem certas características: são intransmissíveis, inalienáveis, absolutos, imprescritíveis e vitalícios. As duas primeiras torna-os direitos indisponíveis. Farias e Rosenvald (2012), no entanto, esclarecem que “a compreensão dos direitos da personalidade deve ocorrer em perspectiva de relativa

indisponibilidade, impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total”. Complementam ainda:

em casos específicos (não são todos!), limitados pela afirma o da própria dignidade humana e pela impossibilidade de disposi o em caráter total ou permanente,   permitido ao titular ceder o exercício (e não a titularidade) de alguns dos direitos da personalidade.   o exemplo do direito   imagem, que pode ser cedida, onerosa ou gratuitamente, durante determinado lapso temporal.

Aspectos condizentes ao direito ao próprio corpo e ao direito   identidade, especificamente o direito ao nome, influenciam diretamente da (im)possibilidade do processo cirúrgico de readequa o sexual, além de altera es no registro civil do transexual, podendo,   primeira vista, serem considerados impasses jurídicos por conta de suas características acima mencionadas.

O primeiro impasse normativo referente   redesigna o sexual encontra-se no artigo 13 do Código Civil brasileiro, que dispõe que “salvo por exigência médica,   defeso o ato de disposi o do próprio corpo, quando importar diminui o permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”.

O supracitado artigo   portador de duas expressões chaves que causariam possíveis controvérsias sobre a transgenitaliza o. A primeira diz respeito   “exigência médica”. Sobre tal expressão, Tartuce (2014) explicita entendimento de parte da doutrina, mais liberal, que:

permitiria a mudança do sexo masculino para o feminino, já que muitas vezes a pessoa tem os ditos choques psicológicos graves, havendo a necessidade de altera o, para evitar que a mesma, por exemplo, se suicide. Por

diversas vezes surgirá um laudo médico apontando tal situação do transexual, o que se enquadrará na "exigência médica" mencionada na primeira parte do dispositivo.

Destarte, tal impasse perde sua força pela própria resolução nº 1.955/2010 do CFM, que traz em seu artigo Art. 4º:

Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Ademais, o enunciado nº 6 do Conselho da Justiça Federal, da I Jornada de Direito Civil, de 2002, põe fim a discussão ao dispor que "a expressão "exigência médica", contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente".

Quanto à segunda expressão, "bons costumes", outro entendimento vem à tona. Por tratar-se de conceito legal indeterminado, que deverá ser interpretado de acordo com o magistrado, a cirurgia torna-se ilegal por àqueles de visão mais conservadora. (TARTURCE, 2009). Tal entendimento acaba tornando-se inábil se consideramos a cirurgia de transgenitalização é necessária para o bem-estar físico e psíquico do transexual.

Após a adequação sexual através do procedimento cirúrgico, apenas um dos vários obstáculos encontrados pelos transexuais é extinto: a luta contra si mesmo. Resta a luta externa, ao sair de sua casa e se deparar com a sociedade e a possibilidade de vivenciar situações vexatórias. Não basta a adequação do corpo à mente, é preciso adequar o corpo ao nome.

O nome é tão importante para a pessoa que a ela se integra, confundindo-se e fundindo-se à sua personalidade, não exercendo apenas um papel identificador para a sociedade e a família, mas integrando, a identidade subjetiva da pessoa. O nome nos confere um lugar no mundo e o espaço necessário para a construção de nossa identidade e personalidade. (FRANÇA, 2010).

No direito comparado, países signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem vêm acolhendo o pedido de adequação sexual do transexual se esgotadas vias internas de recursos, sob pena de ferir o artigo 8º da citada convenção, que dispõe que “toda pessoa tem direito ao respeito à vida privada e familiar de seu domicílio e da sua correspondência”. (VIEIRA, 2000).

Fernandes (2010), frisa a importância da diferenciação de termos quando se trata de mudanças no registro civil do transexual:

(...) Não se deve falar sobre *alteração* do nome e sexo no registro civil, uma vez que não se trata de simples mudança baseada na vontade do autor, e sim de *adequação* do registro civil, visto que se trata de uma forma de adequar, como já citado, o estado jurídico ao estado de fato da pessoa, já que este encontra em desconformidade com aquele.

Santos (2006), complementa:

Não se trata de caso de retificação do registro, uma vez que o sexo constante do assento de nascimento era o correto à época, mas de mera averbação de alteração posterior.

Por outro lado, além da necessidade de adequar o sexo constante do registro, há a necessidade de se alterar o nome, sinal indicativo da personalidade, a fim de que acompanhe a mutação do sexo da pessoa.

Há, portanto a necessidade de se promover ação judicial perante o Juízo competente para conhecer das ações atinentes aos registros públicos, nos termos do artigo 57 da Lei 6.015/1973, por existir caso excepcional que justifica a alteração de nome e, outrossim, do sexo constante do registro de nascimento.

E são os princípios constitucionais os mais invocados nas decisões judiciais referentes à possibilidade de adequação do registro civil, principalmente o da dignidade da pessoa humana e sua variável: a garantia ao direito à felicidade, previstos na Constituição Federal. É razoável pensar que se o transexual se sente infeliz com sua própria genitália, tal instituto deve ser invocado para consiga o reconhecimento jurídico da realidade em que se enquadra.

Nesse sentido, para Santos (2006)

A possibilidade de alteração do sexo constante do registro atende ao princípio de respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Brasileiro previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Ainda que a jurisprudência possua muitas decisões favoráveis, a falta de legislação torna o assunto controvertido, sendo que a maioria dos julgados só são totalmente procedentes ao autor da demanda quando são analisados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para a Ministra do Egrégio Tribunal, Nancy Andrichi:

Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos, culturais e familiares, devem ser considerados. A título exemplificativo podem ser apontados, para a caracterização sexual, os critérios cromossomial, gonadal, cromatínico, da genitália interna, psíquico ou comportamental, médico-legal, e jurídico.

Apesar do atual entendimento, o STJ nem sempre enxergou o assunto de maneira totalmente pacífica. O primeiro caso julgado pelo Superior Tribunal, em 2007, cujo relator foi o Ministro Carlos Alberto Menezes, deu parecer favorável à alteração do registro civil, desde que constasse na averbação que a mudança de nome e sexo se deu a partir de cirurgia de transgenitalização.

Caso notório nesse sentido foi o da atriz Roberta Close, que originalmente batizada como Luiz Roberto Gambine Moreira, ajuizou ação de retificação de registro civil em 1992. A sentença deu parecer favorável, desde que constasse a expressão “operada” em seu registro civil.

Na época, o Ministério Público recorreu da decisão da 8ª Vara de Família do Rio de Janeiro, conseguindo reverter a sentença em seu favor, chegando o processo até o Supremo Tribunal Federal, que não permitiu a mudança de sexo no documento.

Dezesseis anos após a primeira decisão, Roberta finalmente conseguiu uma nova certidão, dessa vez pela 9ª Vara de

Família do Rio de Janeiro. Foi necessário laudo médico feito por uma comissão de especialistas e testes hormonais. Na época, a juíza do caso, Leise Rodrigues de Lima Espírito Santo, afirmou “negar que Luiz Roberto é mulher, é negar a própria medicina”.

Em 2009, dois anos após a primeira análise sobre retificação de registro civil de transexual, o STJ mudou seu posicionamento no sentido de não haver necessidade de anotação no registro civil com qualquer expressão, apenas nos livros cartorários. Na ocasião, a já mencionada Ministra Nancy Andrighi, afirmou que:

Conservar o ‘sexo masculino’ no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

Parece ser menos polêmica a possibilidade de mudanças no que diz respeito apenas ao nome (mesmo antes da realização da cirurgia), como na Apelação Cível 00139862320138190208 RJ, cujo relator foi o Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos:

Registro civil que não se coaduna com a identidade sexual do requerente sob a ótica psicossocial e não reflete a verdadeira identidade de gênero perante a sociedade. Intenso sentimento de desconforto com a obrigatoriedade de adotar identidade masculina. Negativa de realização de cirurgia de redesignação sexual. A transgenitalização, por si só, não é capaz de habilitar o transexual às condições reais do sexo, pois a identificação

sexual é um estado mental que preexiste à nova forma física resultante da cirurgia. Não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como ser humano. No plano jurídico, a questão remete ao plano dos direitos fundamentais. Convocação do juiz a assumir o papel de intérprete da normatividade, mediante uma imbricação entre o direito e a moral. Utilização dos procedimentos jurídicos que permitam a concretização dos preceitos materiais assecuratórios do exercício pleno da cidadania. Os “novos tempos” do Direito não podem ser dissociados da vida em sociedade, na qual a cidadania se desenvolve pelo constante processo argumentativo que se dá nas instituições do Estado e nas organizações comunitárias. A cidadania adquiriu status de direito fundamental, tendo sido conceituado como “direito à proteção jurídica”, cujo significado sociológico cabe na expressão “direito a ter direitos”. Interpretação do art. 58 da Lei de Registro Público conforme a Constituição. Construção hermenêutica justificada. A norma tem por finalidade proteger o indivíduo contra humilhações, constrangimentos e discriminações, em razão do uso de um nome. A mesma finalidade deve possibilitar a troca de prenome e sexo aos transexuais. Imposição de manutenção de identificação em desacordo com identidade atenta contra a dignidade humana e compromete a interlocução do indivíduo com terceiros nos espaços públicos e privados. A alteração de nome corresponde a mudança de

gênero. Autorização, por consequência, de alteração do sexo no registro civil para obviar incongruência entre a identidade da pessoa e os respectivos dados no fôlio registral. Provimento ao recurso. (TJ-RJ - APL: 00139862320138190208 RJ 0013986-23.2013.8.19.0208, Relator: DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS, Data de Julgamento: 12/03/2014, DÉCIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 16/04/2014 12:00)

Apesar disso, há decisões contrárias, que não autorizam a adequação antes de realizado o procedimento cirúrgico, como na apelação 0368322-64.2012.8.05.0001 do TJ-BA, cujo relator foi José Olegário Monção Caldas:

O Apelante pleiteia alteração do nome e de sexo no registro civil, afirmando que desde tenra idade, apesar da conformação genital masculina, psicologicamente se sente mulher, fazendo-se tornar conhecido pelo prenome de Milena. Todavia, o recorrente ainda não se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, o que não permite alteração do nome e do sexo em seu registro civil. Precedentes jurisprudenciais. SENTENÇA MANTIDA. Recurso NÃO provido. (TJ-BA - APL: 03683226420128050001 BA 0368322-64.2012.8.05.0001, Relator: José Olegário Monção Caldas, Data de Julgamento: 15/10/2013, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 17/10/2013)

Decisão recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, reformou sentença de primeiro grau que considerou pré-requisito para a adequação do registro civil a submissão ao procedimento

cirúrgico. Trata-se da apelação 0001360-69.2014.8.26.0457, cuja relatora foi a desembargadora Viviani Nicolau:

Autor transexual almeja que seu nome social feminino substitua o nome masculino oficialmente registrado. Sentença de extinção do feito, por falta de interesse processual, a exigir submissão a procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, como condição para alteração do registro civil. Apelo do autor. Conjunto probatório apto a demonstrar tratar-se de pessoa transexual, não identificada com o sexo masculino, que aguarda fila para realização de cirurgia de mudança de sexo. Não apenas tem a pessoa natural direito ao nome que lhe é dado no momento do nascimento para identificá-la, como também tem direito ao nome com o qual se identifique, e do qual não advenham constrangimentos. Apego às regras estanques da imutabilidade e indisponibilidade do nome não podem servir de justificativa para limitar direito fundamental do indivíduo transexual à fruição plena de sua cidadania, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se, por prevalência de princípio constitucional, admite-se a relativização das normas registrais, não se pode condicionar esta relativização à realização de procedimento cirúrgico de transgenitalização, o que significaria a instituição de requisito discriminatório, a forçar indivíduos a realizar interferências cirúrgicas no próprio corpo, nem sempre desejadas. Precedentes desta Câmara e Tribunal. Sentença reformada, para permitir a alteração do registro civil e substituição do prenome masculino. Recurso provido."(v.20362). (TJ-SP - APL: 00013606920148260457 SP 0001360-

69.2014.8.26.0457, Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 11/08/2015, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/08/2015)

Em outra decisão, foi concedida a adequação sexual no registro civil antes mesmo de realizada a redesignação sexual. A sentença de primeiro grau havia concedido apenas a possibilidade da troca de nomes, indeferindo a troca do sexo biológico, que primariamente constava no registro. Para o desembargador Rui Portanova, relator da apelação 70057414971 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “reconhecer a condição de uma pessoa como sendo a de uma mulher, alterando seu nome, sem, contudo, mudar a sua designação de sexo em seu registro civil, (...) mostra-se uma tanto quanto desarrazoado.” Complementa, ainda que:

o nome de uma pessoa tem significado não só no meio social como também para ela mesma. É através do nome, e de sua designação sexual, que a pessoa se vê como indivíduo e é vista socialmente. Nesse passo, tão ou mais importante que mudar o nome de uma pessoa em casos como o presente, é a modificação de seu gênero. E para tão não se faz necessário a sua transgenitalização, pois gênero e sexo não se confundem.

Em complemento, o Conselho Nacional de Justiça, publicou dois enunciados na I Jornada de Direito à Saúde, que defendem a mudança no registro civil sem que o processo de transgenitalização seja considerado pré-requisito.

Tratam-se do enunciado 42, que dispensa a cirurgia de redesignação sexual, caso comprovado o desejo de viver e ser aceito como pessoa do sexo oposto, tendo como consequência a desarmonização entre sexo biológico e sexo psíquico e 43, que dispõe que “é possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização”.

Apesar da inexistente abordagem no âmbito legislativo, podem ser citados dois importantes projetos de lei: primeiramente, o PL 70/1995, apresentado pelo deputado José Coimbra, que “admite a mudança do prenome mediante autorização judicial nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo original, ou seja, operação transexual.”.

O projeto visa, também, o acréscimo de um novo parágrafo no artigo 129 do Código Penal Brasileiro, além da alteração do artigo 58 da Lei de Registro Públicos (Lei 6.015/73), que originalmente dispõe que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”. Assim ficariam as mudanças:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

(...)

§ 9º. Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

(...)

§ 2º Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem como o sexo, lavrando-se novo registro.

§ 4º É vedada a expedição de certidão, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial.

Além deste, há proposta de projeto de lei pelo Deputado Jean Willys, apresentado em parceria com a deputada Érika Kokay. Trata-se do PL 5002/2013, também conhecido como lei de identidade de gênero ou “lei João Nery”.

Tal projeto é baseado na lei de identidade de gênero argentina e dentre outras disposições, o projeto estabelece que “o exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido (...)”.

Com a ausência de fundamentação legal, resta a construção de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, resultando como consequência controvérsias no âmbito civil, principalmente no que se refere aos direitos da personalidade, compreendendo o direito da disposição do próprio corpo, o direito ao nome e a possibilidade de alterações no registro civil.

3. Consequências no direito de família

Apesar do respeito aos direitos da personalidade, direito à dignidade da pessoa humana e à felicidade, algumas implicações jurídicas podem surgir a partir da alteração no registro civil de um transexual.

Indo ao encontro do entendimento do STJ, é possível a alteração do nome e sexo, não sendo necessária referência aos motivos no registro, apenas nos livros cartorários. Por essa razão,

é possível que terceiros possam ser induzidos ao erro, já que é pouco provável que o companheiro irá checar registros no cartório antes do casamento, por exemplo.

Para responder questões pertinentes ao casamento, é importante à prévia informação do momento em que se oficializou o matrimônio. Se anterior à cirurgia e de desconhecimento do cônjuge, o casamento poderá ser anulado, no prazo decadencial de três anos, nos termos dos artigos 1.556 e 1.557, I, do Código Civil, que dispõem, respectivamente:

Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

Por outro lado, se a cirurgia e mudanças no registro civil foram realizadas antes do casamento, com o conhecimento do cônjuge, poderia este ser oficializado?

O §3º, do artigo 226 da Constituição Federal estabelece que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”. Tal dispositivo possibilita a oficialização do casamento apenas entre sexos opostos.

Nesse caso, a preocupação encontra-se em saber se a cirurgia de readequação sexual, de fato, pode alterar o sexo de um indivíduo. Para Maria Berenice Dias “a resposta só pode ser

negativa. A cirurgia, ainda que modifique as características exteriores, orgânicas e aparentes do sexo, não altera o código genético do indivíduo, que corresponde às características do sexo cromossômico.” (DIAS, 2001).

Apesar da posição, a autora apoia e menciona decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em apelação cível nº 598404887, cujo Relator foi o Desembargador Eliseu Gomes Torres, autorizou expressamente o casamento após cirurgia de transgenitalização, pois “nada justifica subtrair do transexual o direito de casar.” (DIAS, 2011).

Nesse sentido, salienta Luz (2013):

(...) partindo-se desse pressuposto e entendendo a cirurgia de transgenitalização como elemento modificador do sexo, não há porque se proibir a realização do casamento por indivíduo transexual, desde que com indivíduo do sexo oposto ao seu atual, para que seja preenchido o requisito da diversidade sexual.

E caso o procedimento cirúrgico seja realizado na constância do casamento, qual implicância jurídica acometerá? Nessa situação, levando em consideração que a cirurgia, de fato, modifique o sexo do indivíduo, o casamento deverá ser dissolvido, já que estarão casadas pessoas do mesmo sexo.

Quanto à união estável, mesmo se a posição for de que a cirurgia não altere o código genético do indivíduo, portanto, não altera, de fato, seu sexo, desde 2013, com a Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça, não haveria maiores problemas, já que o dispositivo possibilita a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em relação à filiação, o poder familiar do transexual que possui filhos prevalecerá e não ocorrerão mudanças no registro civil

destes, mencionando qualquer informa o sobre a cirurgia do pai/mãe.

Para Maria Berenice Dias (*apud* LUZ, 2013), tal situa o poderia extinguir o vínculo parental, influenciando diretamente nos direitos provenientes da rela o de parentesco, como em a es de alimentos ou direitos sucessórios, já que o nome que constaria no registro civil do filho (a) seria diverso do nome no registro civil alterado do pai/mãe.

Apontamentos Finais

Apesar do aumento da visibilidade das questões de gênero nos tempos atuais, a transexualidade, embora não definida assim anteriormente,   tema antigo no âmbito histórico. Nota-se que o processo de readequa o sexual   composto por um ciclo que tem sua origem no psicológico, passa pelo físico e tem seu fim na esfera jurídica, carecendo de aten o interdisciplinar.

Todavia, a legisla o brasileira   omissa quanto assunto no que tange às pessoas transexuais em geral, havendo apenas decreto que engloba o âmbito da administra o pública federal direta, autárquica e fundacional, abrindo brechas para diversos entendimentos, o que exclui ainda mais a possibilidade desse grupo se integrar definitivamente no meio social.

Iniciando o ciclo, há a luta contra seu próprio corpo, que se encontra em desarmonia com sua mente: a consequência   a cirurgia de redesigna o sexual, que no Brasil, não parece ser tema pol mico desde resolu o n  1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina.

As dificuldades começam após a cirurgia, com a necessidade de altera o no registro civil para que haja a mudança do sexo biológico, questão essa que ainda causa controvérsias em julgados ainda recentes, que não possuem paradigmas e podem ser diferentes de acordo com cada Tribunal.

Não obstante, as decisões favoráveis invocam o princípio da dignidade humana, o direito à felicidade, além do direito à identidade, vertente dos direitos da personalidade. Não decidir pela alteração do registro, seria impedir uma pessoa de viver dignamente.

Para que isso ocorra, a mudança não deve incluir termos que façam referências ao procedimento cirúrgico, pois, assim, não terá concluído seu primordial objetivo: evitar situações vexatórias e inserir o transexual na sociedade. Nesse viés, o STJ vem entendendo que anotações devem ser feitas apenas nos registros cartorários, levantando questão entre os autores em relação à possibilidade de ferir direitos de terceiros, o que pode ser facilmente resolvido através dos institutos do Código Civil.

Percebe-se que apesar da maioria das decisões serem favoráveis aos transexuais, é necessária a regularização da situação destes, para que de fato aconteça o que tais decisões tanto protegem: a dignidade humana e o direito à felicidade. Ademais, é necessidade deste grupo social segurança jurídica para que não sejam injustiçados por diferentes julgados ou morosidade processual. O judiciário não deve contribuir para o ciclo de problemas e sim, ser auxiliador no processo de readequação sexual.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciado 42, I Jornada de Direito da Saúde, 15 de maio de 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>> Acesso em mar.2016

_____. Conselho Nacional de Justiça. Enunciado 43, I Jornada de Direito da Saúde, 15 de maio de 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>> Acesso em mar.2016

_____. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: mar.2016

_____. Lei nº 10,406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: mar.2016.

_____. Ministério da Saúde. Resolução CFM nº 1.955/2010. 03 de dezembro de 2010.

_____. Projeto de Lei 5002/13. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em <camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em 26.fev.2016.

_____. Projeto de Lei 70/95. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências.. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>. Acesso em fev.2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1008398/SP*, julgado em 15 de outubro de 2009. Ministra Nancy Andrighi (relatora). Disponível em:< <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em mar.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Apelação nº 03683226420128050001, julgado em 15 de outubro de 2013. Desembargador José Olegário Monção Caldas (relator). Disponível em <<http://www.tjba.jus.br>> Acesso em mar.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0001360-69.2014.8.26.0457, julgado em 11 de agosto de 2015. Desembargadora Viviani Nicolau (relatora) Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em mar.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0013986-23.2013.8.19.0208, julgado em 12 de março de 2014. Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos (relator) Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em mar.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº AC 70057414971 RS, julgado em 05 de junho de 2014. Desembargador Rui Pornatova (relator) Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em mar.2016.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FARINA, Roberto. Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Novolunar, 1882.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos. Caderno Virtual, v. 1, n. 1. jan-jun 2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/357/266>>. Acesso em mar.2016.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. Direito Civil: parte geral. 5 ed. Bahia: Juspodvm, 2015.

FRANÇA, Aline Dias de Da Possibilidade de Alteração do Nome e Sexo do Transexual no Registro Civil. Editora Magister - Porto Alegre. Data de inserção: 06/01/2010. Disponível em: www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=631 . Data de acesso: 14/01/2010.

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011.

LUZ, Jamile Pereira da. Implicações Jurídicas do Reconhecimento à Identidade Sexual: uma análise da transexualidade. Revista Direito UNIFACS, Bahia, n 151, 2013.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade: aspectos gerais. Revista de Informação Legislativa. a. 14. n. 56, out./dez, 1977.

MIRANDA, Elisabeth da Rocha. Transexualidade e Sexuação: o que pode a psicanálise. Revista Trivium Est. Interd. Ano VII, Ed.1-2015, p.52-60

PINHEIRO, Livia R. Entenda Identidade de Gênero e Orientação Sexual. Disponível em: <http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#axzz470TLtL2K>. Acesso em mar.2016

SANTOS. Reinaldo Velloso Dos. Registro Civil das Pessoas Naturais. 3. ed. Porto Alegre: Safe, 2006.

SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e Mudança de Sexo :aspectos Médicos Legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 . p. 109.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Rio de Janeiro: Método, 2015

_____, Flávio. Mudança do Nome do Transexual. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/tartuce_transexualL.doc>. Acesso em mar.2016.

_____, Flávio. Transexualidade x Transexualismo. Disponível em <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/142578596/transexualidade-x-transexualismo>> Acesso em fev.2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de sexo do transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 88-102, 2000.

NOTA:

[1] O autor do presente estudo apoia os movimentos científicos e sociais que consideram a transexualidade como condição sexual, assim, o termo utilizado será “transexualidade” e não transexualismo.

E SE A JUSTIÇA DO TRABALHO FECHAR AS PORTAS?

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

Em 1998, muito se falou na extinção da Justiça do Trabalho. Desestruturada, analógica e sem verba orçamentária que pudesse fazer frente a sua modernidade, nos governos, promessas de FHC a Lula e Dilma e nada. A reforma trabalhista nunca saiu do papel. A redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais, “congelou no tempo e no espaço”. Discutiu-se na época as privatizações conversa que só interessava no âmbito do trabalho aos conhecidos “boquinhas”, servidores públicos, estáveis, contaminados pelo vírus de um sistema colonial, rançoso e cartorial.

A morosidade já existia e iniciava o seu galope, que hoje, reflete em milhões de ações encalhadas. Jogada a sorte, uma justiça que manifesta ser social, não pode de forma alguma ser morosa na entrega da mais valia do trabalhador, o seu salário alimento. Mas continua sendo este o senão dessa especializada.

O quadro da especializada é débil. Diria irresponsável, inconseqüente e abaixo da critica. Em que pese, alguns advogados excessivamente incomodados não se manifestarem, e deviam fazê-lo, ao menos no âmbito de sua representação na Ordem dos Advogados. Recente, várias seccionais através de suas comissões do trabalho, fizeram manifestação em apoio ao aumento dos salários dos servidores.

Pergunto: Quando, em que momento ao longo de anos, os servidores fizeram algum movimento em beneficio da advocacia trabalhista? Precisamos para de ser cobaias de um sistema que submete a advocacia trabalhista ao seu julgo e poder. Teriam eles atuado a favor do honorário de sucumbência na justiça do trabalho? E ainda em que momento estiveram ao lado dos advogados quando o governo anunciou a descentralização das varas trabalhistas?

Querem aumento para trabalhar com mis comprometimento? É isso que está sendo passado para a sociedade. Trago aqui um fato histórico: Na era Mao Tsé Tung, até Zhu (República Popular-1949/90) a China de uma pobreza ímpar, professores se reuniram com o revolucionário. Pediram salas de aulas. Mao as levou até um pateo, parou em baixo de uma frondosa árvore, pegou um quadro, pendurou no seu tronco. Colocou a mão no bolso, tirou um giz, mostrou a todas, e falou: podem começar a ensinar, “a cultura está na mente e não no ambiente que escolhe”. A China tem hoje 0,4 de analfabetos, em uma população de 1,4 bilhão.

Os juízes, ministros e serventuários da justiça trabalhista ganham polpudos salários. Muito mais do que merecem. Recebem mais que médicos, professores e advogados. São estáveis, mas retribuem de forma repudiante. É um judiciário com atendimento destrambelhado. Juízes não recebem partes, advogados são destratados em plena audiência. Predomina o mau humor, a ironia, o desprezo e a falta de esmero. É uma justiça nefasta, xenófoba, isolada do mundo exterior.

Insisto no paradigma chinês, onde quero mostrar que o dinheiro não é o problema,

lembrando com exatidão que em 2007, 93,3% da população acima de 15 anos de idade era alfabetizada. A taxa de alfabetização da juventude chinesa (idade 15-24) foi de 98,9% (99,2% para o sexo masculino e 98,5% feminino), em 2000. (Fonte: Ministério das Relações Exteriores).

A (PEC) 43/97, que inflamou o segmento em 1998, era de autoria do senador Leonel Paiva (PLF-DF), e a mais radical porque propunha a extinção da Justiça e do Ministério Público do Trabalho. Em seu lugar existiria apenas uma lei regulamentando a conciliação e o julgamento dos dissídios individuais e coletivos, que seriam remetidos à Justiça comum.

A proposta extremada, não poderia prosperar e isso ocorreu, porém, não serviu de lição, para que os atores da especializada, se esmerassem procurando melhorar o atendimento aos que demandam neste judiciário. Ao contrário, a JT entrou na descendente da qualidade e segundo pesquisas, sua conceituação está próxima de zero. Muitos perguntam se isso não ocorre por falta de comando? Alta fonte de Brasília me disse: “ela está de volta”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o constituinte derivado criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário, a quem foi atribuída à competência de controlar a atuação administrativa e financeira desse mesmo poder, bem assim o cumprimento funcional dos juízes, conforme previsto no novel art. 103-B, da Carta Magna, mais precisamente no parágrafo 4º. De fato, as competências destacadas foram muito além do disposto no artigo 115, da Constituição Federal anterior, agora, inclusive, sendo expressamente lembrada a atividade correcional.

Porque será que hoje, esses juízes pedem a extinção do CNJ? O problema não é verba, é falta de comprometimento.

Convém lembrar que aos juízes, enquanto órgãos do Poder Judiciário foram ampliadas as garantias já abarcadas no texto anterior, passando a agora, conforme artigo 95, contarem com: a) vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois

anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII e; c) irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

De lá para cá, desde 2005, das 302 propostas, (notas técnicas, PL, PLC, EC), os juízes do trabalho, só olharam para o seu próprio interesse. A sociedade se tornou refém deste processo anômalo e desastroso, que afeta a qualidade e trouxe mais morosidade. Em suma: aquela justiça *in dubio pro mísero, naufragou?*

INJUSTIÇA CLIMÁTICA? UM CONTEMPORÂNEO CONCEITO EM SEDE DE INJUSTIÇA AMBIENTAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Verifica-se, sobretudo nas últimas décadas, o desenvolvimento de um discurso pautado na preocupação com o esgotamento e exaurimento dos recursos naturais, em especial aqueles dotados de valor econômico, a exemplo das matrizes energéticas (petróleo). Em um cenário de achatamento da população, sobretudo aquela considerada como vulnerável, condicionada em comunidades carentes e bolsões de pobreza, diretamente afetada pelos passivos produzidos, diante das ambições de desenvolvimento econômico, constrói-se um ideário de justiça ambiental, buscando, a partir de um crescimento que conjugue anseios econômicos com preservação socioambiental, assegurar a conjunção de esforços a fim de minorar os efeitos a serem suportados. Justamente, nesta delicada questão, o presente debruça-se em analisar a questão da injustiça climática, potencializado pelo discurso de desenvolvimento econômico que tende a polarizar a problemática social, em busca pelo influxo de capitais na realidade local.

Palavras-chaves: Desenvolvimento Econômico. Meio Ambiente Urbano. Injustiça Ambiental. Injustiça Climática.

Sumário: 1 Considerações Iniciais; 2 O Espaço Urbano em uma Perspectiva Ambiental: A Ambiência do Homem Contemporâneo em Análise; 3 O Fenômeno da Industrialização como Elemento Agravador da Injustiça Ambiental: O Embate entre o Desenvolvimento Econômico e o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; 4 Injustiça Climática? Um contemporâneo conceito em sede de Injustiça Ambiental; 5 Comentários Finais

1 Considerações Iniciais

No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente. Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios. Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a proeminência dos temas ambientais foi içada ao *status* de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Tal cenário é facilmente verificável na conjunção de esforços, por partes de grande parte dos países, para minorar os impactos ambientais decorrentes da emissão de poluentes e os adiantados estágios de degradação de ecossistemas frágeis.

Nesse passo, a industrialização de pequenos e médios centros urbanos, notadamente nos países subdesenvolvidos, encerra a dicotomia do almejado desenvolvimento econômico, encarado como o refulgir de uma nova era de

prosperidade em realidades locais estagnadas e desprovidas de dinamicidade, e a degradação ambiental, desencadeando verdadeira eco-histeria nas comunidades e empreendimentos diretamente afetados. Por vezes, o discurso desenvolvimentista utilizado na instalação de indústrias objetiva, em relação à população diretamente afetada, expor tão somente os aspectos positivos da alteração dos processos ambientais, suprimindo as consequências, quando inexistente planejamento prévio, socioambientais. Diante deste cenário, o presente, a partir do referencial adotado, busca conjugar uma análise proveniente do entendimento da justiça ambiental, colhendo das discussões propostas por Henri Acelrad, Selene Herculano e José Augusto de Pádua, sobretudo, no que se refere à caracterização de variáveis repetidas nos processos de instalação de empreendimento econômicos, em especial a população diretamente afetada.

De igual modo, o presente socorre-se do aporte doutrinário apresentado pelo Direito Ambiental e pelo Direito Urbanístico, calcado nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Paulo Bessa Antunes Filho, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, José Afonso da Silva e Romeu Thomé. Ora, os conflitos socioambientais, advindos do agravamento da injustiça ambiental experimentada por comunidades, dá ensejo à discussão acerca do embate entre os princípios constitucionais do desenvolvimento econômico e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos alçados à condição de elementos para materialização da dignidade da pessoa humana.

2 O espaço urbano em uma perspectiva ambiental: a ambiência do homem contemporâneo em análise

Inicialmente, ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadrihar

a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2013), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, é possível deixar em clara evidência que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea. Nesta linha de exposição, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, já salientou, oportunamente, que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio

ambiente   compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constitui o, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemina o do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constitui o Federal. (BRASIL, 2013b).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acep o ing nua do *meio ambiente*, na condi o estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, i ado   condi o de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionaliza o do meio ambiente no Brasil, concedendo a eleva o de normas e disposi es legislativas que visam promover a prote o ambiental. Ao lado disso, não   possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de prote o ambiental são alçadas   categoria de normas constitucionais, com elabora o de capítulo especialmente dedicado   prote o do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

Diante do alargamento da concep o do meio ambiente, salta aos olhos que se encontra alcançado por tal acep o o espaço urbano, considerado como a ambiência do homem contemporâneo, o qual encerra as manifesta es e modifica es propiciadas pela coletividade no habitat em que se encontra inserta. Trata-se, doutrinariamente, do denominado meio ambiente artificial ou meio ambiente humano, estando delimitado espaço urbano construído, consistente no conjunto de edifica es e cong neres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como salienta Fiorillo (2012, p. 79). Extrai-se, desse modo, que o cenário contemporâneo, refletindo a dinamicidade e complexidade do ser

humano, passa a materializar verdadeiro habitat para o desenvolvimento do indivíduo. Neste sentido, inclusive, Talden Farias descreve que:

O meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes. Embora esteja ligado diretamente ao conceito de cidade, o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis pelos seres humanos, visto que neles os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais. (FARIAS, 2009, p. 07).

É possível, assim, caracterizar o meio ambiente artificial como fruto da interferência da ação humana, ou seja, “aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial” (BRITO, 2013). Neste cenário, o proeminente instrumento legislativo de tutela do meio ambiente humano, em um plano genérico, está assentado na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, afixando os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana, de maneira que a cidade extrapole sua feição de apenas um grupamento de indivíduos em um determinado local, passando a desempenhar a função social. Fiorillo (2012, p. 467), ao tratar da legislação ora mencionada, evidencia, oportunamente, que aquela “deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”.

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal, são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com

concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito se relaciona à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida” (FIORILLO, 2012, p. 549), tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida. A questão em discussão já sofreu, inclusive, construção jurisprudencial, sendo possível, apenas a título de ilustração, transcrever:

[...] Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/

Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/
Publicado no DJe em 08.03.2012) (BRASIL, 2013a).

O meio ambiente humano passa a ser dotado de uma *ordem urbanística*, consistente no conjunto de normas, dotadas de ordem pública e de interesse social, que passa a regular o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos. “A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma ‘ordem urbanística’ como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários e especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça” (MACHADO, 2013, p. 446). Nesta perspectiva, está-se diante de um nível de planejamento que objetiva estabelecer patamares mínimos de organização do uso dos diversos fragmentos de um determinado recorte espacial, atentando-se para as potencialidades e capacidades inerentes aos sistemas ambientais desse espaço, sobretudo na ambiência urbana que, devido à complexidade a população, apresenta interseções peculiares. Ao lado disso, não é possível deixar de destacar que os ambiente urbanos tendem a ser diretamente influenciados e modificados pela realidade social.

Trata-se de uma significação em busca por uma *ordem* na utilização do espaço sob planejamento, de maneira que assegure a integridade ambiental, a manutenção dos serviços ambientais, a reprodução de seus recursos e “a manutenção dentro de uma trajetória evolutiva ‘estável’ (o que significa não criar um desequilíbrio irreversível que leve à degradação da paisagem). Enfim, é a busca pela sustentabilidade na utilização do espaço” (VICENS, 2012, p. 197). Ultrapassa-se, diante do painel pintado, a concepção de que os centros urbanos, por sua essência, são apenas aglomerados de indivíduos, por vezes, estratificados em decorrência de sua condição social e econômica. Absolutamente, ainda que esteja em um plano, corriqueiramente, teórico, é possível observar que a preocupação em torno das cidades foi alçada à condição de desenvolvimento de seus integrantes, passa a sofrer forte discussão, em especial quando a temática está umbilicalmente

atrelada aos processos de remoção de comunidades ou, ainda, alteração do cenário tradicional, a fim de comportar os empreendimentos industriais.

3 O fenômeno da industrialização como elemento agravador da Injustiça Ambiental: o embate entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado

O modelo de desenvolvimento liberal, estruturado no de individualismo econômico e mercado, consistindo na confluência de articulações entre a propriedade privada, iniciativa econômica priva e mercada, passa a apresentar, ainda na década de 1960, os primeiros sinais da problemática socioambiental. “Esse modelo de crescimento orientado por objetivos materiais e econômico puramente individualista, regido por regras jurídicas de natureza privada, dissociou a natureza da economia, alheando desta, os efeitos devastadores dos princípios econômicos na natureza” (FRAGA, 2007, p. 02). Entre o final da década de 1960 até 1980, o discurso, envolvendo a questão ambiental, explicitava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais que eram dotados de maior interesse econômico, sobretudo no que se referia à exploração do petróleo. Verifica-se, neste primeiro contato, que a questão do meio ambiente estava cingida à preocupação com a sobrevivência da espécie humana, numa aspecto puramente econômico.

Diante da possibilidade do exaurimento dos recursos naturais dotados de aspecto econômico relevante, é possível observar uma crise civilizatória advinda não apenas da escassez daqueles, à proporção que são degradados, mas também em decorrência do modelo econômico adotado, o qual, por seu aspecto, desencadeou um desequilíbrio ambiental maciço colocando em risco a sobrevivência da espécie humana, assim como, na trilha dos efeitos produzidos, o aumento do desemprego pela mecanização dos meios de produção, a miséria e a marginalidade social. O processo predatório ambiental potencializa um cenário

caótico urbano, verificado, sobretudo, nos grandes centros, com formação de comunidades carentes e favelas, reduto da população marginalizada, constituindo verdadeiro bolsão de pobreza.

Conforme Lester R. Brown (1983, p. 05), as ameaças à civilização são provocadas pela erosão do solo a deterioração dos sistemas biológicos e esgotamento das reservas petrolíferas, além do comprometimento de elementos essenciais à existência humana, como, por exemplo, acesso à água potável. Aludidas ameaças desencadeiam tensões ambientais que se concretizam em crises econômicas, causadas pela dependência de alguns países dos produtos alimentícios oriundos de outros países, bem como das fontes de energia produzidas pelos combustíveis fósseis. É possível, neste cenário, verificar que a crise socioambiental, surgida nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, devido à mecanização dos meios de produção e a dependência de recursos naturais, em especial matrizes energéticas (petróleo), de outros países, forneceu o insumo carecido para a construção da justiça ambiental, advinda da criatividade dos movimentos sociais forjados pela luta da população afrodescendente que protestava contra a discriminação causada pela maior exposição desta população aos lixos químicos, radioativos e indústrias geradoras de poluentes. Selene Herculano, ao abordar a definição do tema, coloca em destaque:

Por Justiça Ambiental entenda-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas [...] Complementarmente, entende-se por Injustiça Ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis. (HERCULANO, 2002, p. 03).

Pela moldura ofertada pela justiça ambiental, infere-se que nenhum grupo de pessoas, seja em decorrência de sua condição étnica, raciais ou de classe, suporte ma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. “Complementarmente, entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedade desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 09). Diante do exposto, o termo *justiça ambiental* afigura-se como uma definição aglutinadora e mobilizadora, eis que permite a integração de dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, corriqueiramente dissociados nos discursos e nas práticas. “Tal conceito contribui para reverter a fragmentação e o isolamento de vários movimentos sociais frente ao processo de globalização e reestruturação produtiva que provoca perda de soberania, desemprego, precarização do trabalho e fragilização do movimento sindical e social como todo” (ACSELRAD; HERCULANO, PÁDUA, 2004, p. 18).

Neste quadrante, mais que uma expressão do campo do direito, *justiça ambiental* assume verdadeira feição de reflexão, mobilização e bandeira de luta de diversos sujeito e entidades, ais como associações de moradores, sindicatos, grupos direta e indiretamente afetados por diversos riscos, ambientalistas e cientistas. Joan Martínez Alier (2007, p. 35) colocou em destaque que, “até muito recentemente, a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem”, conquanto o ecologismo popular, também denominado de ecologismo dos pobres, constituam denominações aplicadas a movimentos populares característicos do Terceiro Mundo que se rebela contra os impactos ambientais que ameaçam a população mais carente, que constitui a ampla maioria do contingente populacional em muitos países. É aspecto tradicional dessas movimentações populares, a base camponesa cujos campos ou terras destinadas para pastos têm sido destruídos pela mineração ou pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras foram de pesca industrial que impacta diretamente o ambiente marinho em que desenvolve a atividade; e, ainda, por movimentos contrários às minas e fábricas por

parte de comunidades diretamente atingidas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo das instalações industriais poluidoras.

Ao lado disso, em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem peculiares, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, passando a configurar os anseios da população diretamente afetada, revelando-se, por vezes, ao pavilhão que busca minorar ou contornar um histórico de desigualdade e antagonismo que se arrasta culturalmente. Trata-se, pois, de um discurso pautado na denúncia de um quadro de robusta injustiça social, fomentado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela apropriação, por parte das classes sociais mais abastadas, do território e dos recursos naturais, renegando, à margem da sociedade, grupamentos sociais mais carentes, lançando-os em bolsões de pobreza. É imperioso explicitar que os aspectos econômicos apresentam-se, no cenário nacional, como a flâmula a ser observada, condicionando questões socioambientais, dotadas de maior densidade, a um patamar secundário. Selene Herculano coloca em destaque que:

A temática da Justiça Ambiental nos interessa em razão das extremas desigualdades da sociedade brasileira. No Brasil, o país das grandes injustiças, o tema da justiça ambiental é ainda incipiente e de difícil compreensão, pois a primeira suposição é de que se trate de alguma vara especializada em disputas diversas sobre o meio ambiente. Os casos de exposição a riscos químicos são pouco conhecidos e divulgados, [...], tendendo a se tornarem problemas crônicos, sem solução. Acrescente-se também que, dado o nosso amplo leque de agudas desigualdades sociais, a exposição desigual aos riscos químicos fica aparentemente obscurecida e dissimulada pela extrema pobreza e pelas péssimas condições gerais de vida a ela associadas. Assim, ironicamente, as gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam a exposição desigual à poluição e o ônus desigual dos custos do desenvolvimento. (HERCULANO, 2008, P. 05).

A partir das ponderações articuladas, verifica-se, no território nacional, o aparente embate entre a busca pelo desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se palpável, em especial quando a questão orbita em torno dos processos de industrialização, notadamente nos pequenos e médios centros urbanos, trazendo consigo a promessa de *desenvolvimento*. Neste aspecto, a acepção de “desenvolvimento” traz consigo um caráter mítico que povoa o imaginário comum, especialmente quando o foco está assentado na alteração da mudança social, decorrente da instalação de empreendimentos de médio e grande porte, promovendo a dinamização da economia local, aumento na arrecadação de impostos pelo Município em que será instalada e abertura de postos de trabalho.

“O grande atrativo aos centros urbanos faz com que o crescimento se dê de forma desordenada, gerando diversos problemas cuja solução passa pela implementação de políticas públicas, necessariamente antecedidas de um planejamento” (ARAÚJO JÚNIOR, 2008, p. 239). Constata-se, com clareza, que o modelo econômico que orienta o escalonamento de interesses no cenário nacional, sobrepuja, de maneira maciça, valores sociais, desencadeando um sucedâneo de formas de violência social, degradação ambiental e aviltamento ao indivíduo, na condição de ser dotado de dignidade e inúmeras potencialidades a serem desenvolvidas. Todavia, não é mais possível examinar as propostas de desenvolvimento econômico desprovida de cautela, dispensando ao assunto um olhar crítico e alinhado com elementos sólidos de convicção, notadamente no que se refere às consequências geradas para as populações tradicionais corriqueiramente atingidas e sacrificadas em nome do desenvolvimento econômico.

Não é mais possível corroborar com a ideia de *desenvolvimento* sem submetê-la a uma crítica efetiva, tanto no que concerne aos seus modos objetivos de realização, isto é, a relação entre aqueles

residentes nos locais onde são implantados os projetos e os implementadores das redes do campo do desenvolvimento; quanto no que concerne às representações sociais que conformam o *desenvolvimento* como um tipo de ideologia e utopia em constante expansão, neste sentido um ideal incontestável [...] O *desenvolvimento* – ou essa crença da qual não se consegue fugir – carrega também o seu oposto, as formas de organização sociais que, muitas vezes vulneráveis ao processo, são impactadas durante a sua expansão. É justamente pensando nos atores sociais (KNOX; TRIGUERO, 2011, p. 02).

É imperioso conferir, a partir de uma ótica alicerçada nos conceitos e aportes proporcionados pela justiça ambiental, uma ressignificação do conceito de desenvolvimento, alinhando-o diretamente à questão ambiental, de maneira a superar o aspecto eminentemente econômico do tema, mas também dispensando uma abordagem socioambiental ao assunto. A reestruturação da questão “resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social” (ACSELRAD, 2010, p. 108). Salta aos olhos que o processo de reconstrução de significado está intimamente atrelado a uma reconstituição dos espaços em que os embates sociais florescem em prol da construção de futuros possíveis. Justamente, neste espaço a temática ambiental passa a ganhar maior visibilidade, encontrado arrimo em assuntos sociais do emprego e da renda.

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligência no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degradação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. De igual modo, é imperioso incluir na pauta de discussão o tema, que tem se tornado recorrente, das populações de pequenos e médios centros urbanos diretamente afetados pelo recente fenômeno de industrialização, sendo, por vezes, objeto da política de remoção e reurbanização.

Ora, é crucial reconhecer que os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, nas quais os passivos socioambientais tendem a ser agravados, em razão do prévio planejamento para dialogar o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É mister que haja uma ponderações de interesses, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, conversando os interesses econômicos e a necessidades das populações afetadas de terem acesso ao meio ambiente preservado ou, ainda, minimamente degradado, de modo a desenvolverem-se, alcançando, em fim último, o utópico, porém sempre recorrido, conceito constitucional de dignidade humana. O sedimento que estrutura o ideário de desenvolvimento sustentável, como Paulo Bessa Antunes (2012, p. 17) anota, busca estabelecer uma conciliação a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, assegurando-se atingir patamares mais dignos e humanos para a população diretamente afetada pelos passivos socioambientais. Paulo Affonso Leme Machado destaca, ao esquadrihar o conceito de desenvolvimento sustentável, que:

O antagonismo dos termos – desenvolvimento e sustentabilidade – aparece muitas vezes, e não pode ser escondido e nem objeto de silêncio por parte dos especialistas que atuam no exame de programas, planos e projetos de empreendimentos. De longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental (MACHADO, 2013, p. 74).

De outro modo, denota-se que o fenômeno de industrialização, em especial atividades mineradoras e petrolíferas, nos pequenos e médios centros urbanos tem apresentado um discurso pautado no desenvolvimento. Trata-se, com efeito, de uma panaceia, na qual a possibilidade de injeção de capital na realidade

local, proveniente da ampliação do aumento de arrecadação de tributos, tal como a *disfarçada* promessa de geração de postos de emprego e dinamização da economia, tem afigurado como importante pilar para o apoio de tais processos. “É assim que a força econômica das grandes corporações transformou-se em força política – posto que eles praticamente habilitaram-se a ditar a configuração das políticas urbanas, ambientais e sociais” (ACSELRAD, 2006, p. 31), obtendo o elastecimento das normas com o argumento de sua suposta capacidade de gerar emprego e receitas públicas.

Neste aspecto, ao suprimir variáveis socioambientais, em especial a remoção de populações para comportar a instalação de empreendimentos industriais, tende a agravar, ainda mais, o quadro delicado de antagonismos sociais, nos quais a vulnerabilidade das populações diretamente afetadas agrava o cenário de injustiça ambiental. A população, sobretudo aquela colocada à margem da sociedade, constituinte das comunidades carentes e favelas que materializam os bolsões de pobreza dos centros urbanos, é desconsiderada pela política econômica, alicerçada na atração do capital que, utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para a instalação de seus investimentos, forçando as populações diretamente afetadas a conformar-se com os riscos socioambientais produzidos pelo empreendimento instalado na proximidade de suas residências, alterando, de maneira maciça, o cenário existente. Tal fato decorre, corriqueiramente, da ausência das mencionadas populações de se retirarem do local ou “são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em ambientes favoráveis aos investimentos” (FRAGA, 2007, p.08).

A atuação das empresas é subsidiada pela ação do governo, no sentido de apresentar ações e conjugação esforços para o denominado *desenvolvimento sustentável*, agindo sob o argumento do mercado, objetivando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, ambicionando evitar o desperdício de matéria e energia. Concretamente, a lógica em destaque não prospera, mas sim padece diante de um cenário no qual, devido à industrialização e instalação de

empreendimentos, sem o prévio planejamento, há o agravamento da injustiça ambiental, em especial em locais nos quais a vulnerabilidade da população afetada é patente, havendo o claro sacrifício daquela em prol do desenvolvimento local. “A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

4 Injustiça Climática? Um contemporâneo conceito em sede de Injustiça Ambiental

Diante dos conceitos e aporte apresentados, é forçoso reconhecer que, diante de um cenário globalizado fortemente caracterizado pela instabilidade do clima e pelo aquecimento tem o condão de revelar um cenário de injustiça ambiental. Desta feita, o conceito de (in)justiça climática surge como um contemporâneo desdobramento do paradigma da justiça ambiental e da compreensão de que os impactos das mudanças climáticas afetam de forma e intensidade distantes grupos sociais diferentes. Assim, alguns casos de injustiça climática encontram relação aos efeitos de processo de desertificação, de eventos climáticos extremos (chuvas intensas, ondas de calor, etc.), do aumento do nível do mar, entre outros. É possível, em sede conceitual, destaca que o movimento internacional por justiça climática encontra sua gênese na percepção sobre a desigualdade de impactos no que se refere às consequências das mudanças climáticas, que são fortalecidas em amplos estudos acerca das alterações do clima. Milanez e Fonseca (2011) vão apontar que este conceito é empregado para aludir às disparidades em termos de impactos sofridos e responsabilidades no que concerne aos efeitos e às causas da mudança do clima. “Os defensores da Justiça Climática argumentam que aqueles que são os menos responsáveis pelas emissões

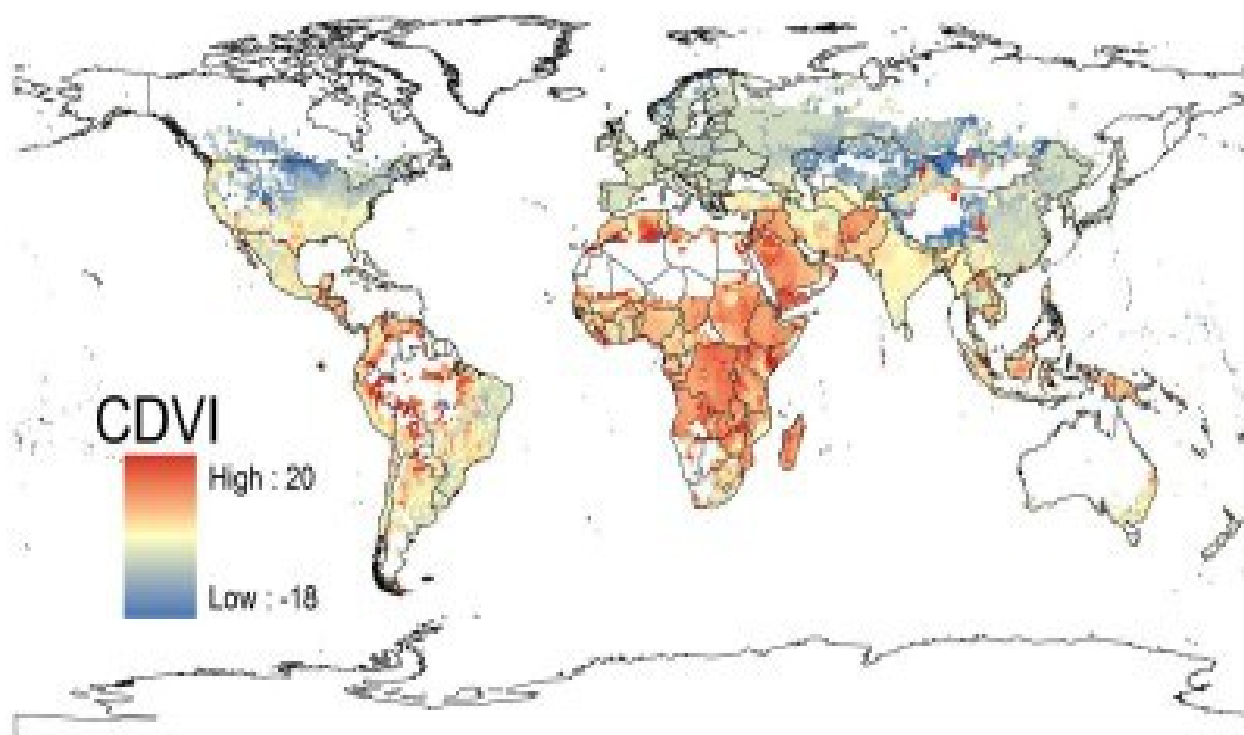
de gases de efeito estufa serão aqueles que mais sofrerão com os impactos das mudanças climáticas” (MILANEZ; FONSECA, 2011, p. 87). Em mesmo sentido, Pascal Acot, em entrevista realizada, vai descrever que:

Os efeitos do aumento da temperatura, com o relativo crescimento de fenômenos extremos como as inundações, os furacões, as secas prolongadas, recai (*sic*) em grande parte sobre os países mais pobres, isto é, atinge com mais força aqueles que têm uma responsabilidade mínima pelas emissões de gases do efeito estufa, que são causados principalmente pelo uso de combustíveis fósseis e pela erosão das florestas tropicais (2011, s.p.).

Com efeito, para os defensores do movimento da justiça climática, a fim de minimizar os problemas identificados, é proposto que sejam colocados em prática iniciativas e políticas que visem tratar das dimensões éticas de direitos humanos das mudanças climáticas de maneira a minorar a vulnerabilidade de grupos sociais desproporcionalmente afetados pelas mudanças do clima. Com efeito, o movimento por justiça climática apresenta contornos peculiares, porquanto representa a primeira vez em que grandes organizações com histórico de atuação não vinculada às questões ambientais se envolveram com uma questão ambiental específica, qual seja: as mudanças do clima. Ora, há que se reconhecer que os impactos ambientais em um planeta finito acometem a todos os seus habitantes, pois a humanidade utiliza os mesmos recursos e espaço, que são limitados. Ao lado disso, segundo Milanez e Fonseca (2011), a partir de tal perspectiva, independentemente do país ou território no qual uma atividade produtora de gases de efeito estufa ocorra, tanto aquela localidade quanto outras localidades mais ou menos distantes do ponto focal da atividade sofreriam os impactos advindos da mudança climática, porquanto a dinâmica não reconhece fronteiras ou divisas estabelecidas pela espécie humana.

Contudo, há que se reconhecer que, conquanto os impactos advindos da mudança do clima afetem a todos, a intensidade dessas mudanças e a

capacidade dos indivíduos e dos grupos sociais em administrar as consequências de tais impactos são diferenciados. Ora, a gênese da distinção pode encontrar vinculação com o território em que aludidos grupos se encontram ou, ainda, com o impacto específico na dinâmica de um determinado recurso natural empregado por um grupo e não por outros. No mais, consoante Milanez e Fonseca (2011), existe um fato que gera e/ou acentua o cenário de desigualdades entre grupos e classes sociais no que concerne à sua resiliência aos impactos das alterações no clima, a exemplo de condições precárias de acesso a renda e a serviços básicos de cidadania. Neste aspecto, é possível fazer uma singela análise do mapa da injustiça climática, proposto por James Samson, da McGill University, no Canadá, nos quais são apontados os efeitos das mudanças climáticas em diferentes partes do planeta, em relação ao número de pessoas atingidas.



Mapa 01. Mapa da Injustiça Climática. Disponível em: <<http://www.docol.com.br>>. Acesso em 27 nov. 2015.

Denota-se, a partir do mapa supramencionado, que as áreas destacadas em vermelho apresentam populações mais vulneráveis; em amarelo estão destacadas as áreas que, provavelmente, terão impactos moderados sobre seus habitantes; em azul estão representadas as áreas que serão menos afetadas com as mudanças climáticas; e em branco as áreas nas quais o autor não obteve dados ou em que não há população significativa (DOCOL, 2011, s.p.). É visível que há uma grande ironia nesse mapa, pois muitos dos países que apresentam grande vulnerabilidade são os que menos estão contribuindo para causar o aquecimento global, enquanto alguns dos grandes emissores de gases causadores do efeito estufa (GEE's) terão impactos menores. Mais que isso, em alinhamento ao apresentado, os grupos sociais que se encontram em maior vulnerabilidade socioeconômica, comumente, são também mais vulneráveis a eventos tais como enchentes, secas prolongadas, falta de disponibilidade hídrica, variação na quantidade e no preço dos alimentos e variações nas dinâmicas de recursos naturais específicos. Ora, tais eventos são intensificados com o advento das mudanças climáticas e tendem a ser frequentes e agravados à medida que essas mudanças se acentuem.

5 Comentários Finais

Ainda incipiente, a discussão consciente dos processos de industrialização e instalação de empreendimentos econômicos com potencial poluidor elevado, à luz de uma moldura caracterizada pela justiça ambiental, faz-se necessária. Em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem caracterizadores, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, sobretudo com o agravamento e acentuação do racismo ambiental, estratificando aspectos históricos e mazelas sociais que são polarizadas e fomentadas pela busca

do desenvolvimento econômico.

Ao lado disso, em um território dotado de uma intrincada e complexa realidade social, na qual a segregação advinda da constituição de populações carentes, renegadas à margem da sociedade, formando bolsões de pobreza, é algo cada vez mais corriqueiro, salta aos olhos que o agravamento da injustiça social é uma realidade tangível, fruto da concentração histórica de renda e a suplantação de um contingente populacional robusto, atraído por promessas de desenvolvimento econômico, por meio da geração de postos de emprego e o aumento na arrecadação de tributos. Sobretudo nas áreas urbanas mais frágeis, despidas de planejamento urbano, as quais passam a ser ocupadas desordenadamente por aqueles atraídos pela esperança de melhoria nas condições sociais vivenciadas.

No que atina à justiça climática, faz-se imprescindível tal discurso passe a integrar as agendas e os movimentos sociais, a fim de fortalecer sua visibilidade e representatividade em âmbito interno e externo. Concomitantemente, é necessário o reconhecimento de que a injustiça climática é uma realidade no território nacional, sobretudo quando é analisado o agravamento de tal fenômeno nos grandes e médios centros urbanos, culminando em óbitos e desalojamentos advindos de catástrofes climáticas, a exemplo de inundações, sobretudo no período do verão. Ao lado disso, a adoção do discurso da justiça climática pode propiciar a elevação das chances da população afetada ser atendida pelo Poder Público, conferindo, inclusive, representatividade àqueles, no que toca ao debate da problemática.

Referência:

ACOT, Pascal. *Já estamos na injustiça climática*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/504609-ja-estamos-na-injustica-climatica-entrevista-com-pascal-acot>>. Acesso em 27 nov. 2015.

ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por*

justiça ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010, p. 103-119. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142010000100010&script=sci_arttext>. Acesso em 27 nov. 2015.

_____. Território, localismo e política de escalas. In: _____; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra (orgs.). *Cidade, ambiente e política: problematizando a Agenda 21 local*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

_____; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALIER, Joan Martínez. *O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização*. WALDMAN, Maurício (trad.). São Paulo: Editora Contexto, 2007.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Manual de Direito Ambiental*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. Meio Ambiente Urbano, Planejamento e Cidadania. In: MOTA, Maurício (coord.). *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 27 nov. 2015a.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27 nov. 2015b.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 27 nov. 2015.

BROWN, Lester R. *Por uma Sociedade Viável*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FRAGA, Simone de Oliveira. *Justiça Ambiental como Espaço para Concretização da Cidadania*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/7055/5031>>. Acesso em 27 nov. 2015.

FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. *Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>>. Acesso em 27 nov. 2015.

GUERRA, A. J. T.; CUNHA, S. B. da. *Impactos Ambientais Urbanos no Brasil*. 4 ed.

Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HERCULANO, Selene. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, v.3, n.1, Artigo 2, jan./abril 2008, p. 01-20. Disponível em: <http://www.interfacehs.sp.senac.br/BR/artigos.asp?ed=6&cod_artigo=113>. Acesso em 27 nov. 2015.

_____. Desastres Ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. *Revista Nova América*, n. 111, s.d. Disponível em: <<http://www.novamerica.org.br>>. Acesso em 27 nov. 2015.

_____. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. In: *In: I Encontro Nacional da Anppas. ANAIS...*, 2002, Indaiatuba-SP, p. 01-15. Disponível em: <[http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selen e%20Herculano.pdf](http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selen%20Herculano.pdf)>. Acesso em 27 nov. 2015.

KNOX, Winifred; TRIGUEIRO, Aline. Quando o desenvolvimento *outsider* atropela o envolvimento dos *insiders*: um estudo do campo de desenvolvimento no litoral do ES. In: *I Circuito de Debates Acadêmicos. ANAIS...*, 2011, p. 01-20. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 27 nov. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MAPA revela injustiça climática. Disponível em: <<http://www.docol.com.br/planetaagua/h2o/mapa-revela-injustica-climatica/>>. Acesso em 27 nov. 2015.

MEIRELLES, Sérgio. A Explosão Urbana. *Revista Ecologia e Desenvolvimento*, 2000, ano 10, nº 85, p. 12-19. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br>>. Acesso em 27 nov. 2015.

MILANEZ, Bruno; FONSECA, Igor Ferraz da. Justiça Climática e Eventos Climáticos Extremos: uma análise da percepção social no Brasil. *Revista Terceiro Incluído: Transdisciplinaridade e Educação Ambiental*, n. 2, jul.-dez. 2011, p. 82-100. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br>>. Acesso em 27 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VICENS, Raúl Sanchez. Geografia da Paisagem e ordenamento ambiental. In: BARBOSA, Jorge Luiz; LIMONAD, Ester (orgs.). *Ordenamento Territorial e Ambiental*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2012.



ATIVISMO JUDICIAL.
PODER JUDICIÁRIO, LEGISLADOR POSITIVO

PAULO ISIDÓRO GONÇALVES

Brasília-DF

2010

PAULO ISIDÓRO GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL.
PODER JUDICIÁRIO, LEGISLADOR POSÍTIVO.

Trabalho de conclusão de curso, submetido ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso (NTCC) do curso de direito do Centro Universitário Euro-americano, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de bacharelado.

Orientadora: Tatyana Maria Oliveira Prates Mota.

Brasília-DF

2010

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por escopo tratar da implícita capacidade que tem o poder judiciário de zelar pela tutela jurisdicional, quando requerido, em especial dos direitos e garantias fundamentais, mesmo que, não haja naquele momento, expressa previsão legal que ampare o caso concreto. Fato que, indubitavelmente nos remete a questão da inércia legiferante, esta, em contrapartida, permite ao poder judiciário, pela sua competência de detentor do monopólio jurisdicional coadunado com o Estado Democrático de Direito, se traduza em um decisório que expresse segurança jurídica e supra a omissão legislativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	6
CAPÍTULO 1- ASPÉCTOS HISTÓRICOS DA TEORÍA DA SEPARAÇÃO DE PODERES -----	8
1.1 - Princípios da Separação dos Poderes na Evolução Político Constitucional do Brasil -----	10
1.2 - Teorias da Tripartição de Funções na Constituição de 1988-----	11
1.3 - Legislativo, Executivo e Judiciário-----	15
1.4 - Poder Judiciário e a Omissão do Poder Legislativo-----	22
CAPÍTULO 2- PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO -----	25
2.1- A Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Fortalecimento do Poder Judiciário-----	31
2.2 - A Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais e a Atuação Judicial-----	33
2.3- Interpretação Conforme a Constituição e a Discrecionabilidade Judicial-----	34
2.4- Judicialização Política e Social na Atualidade-----	36
CAPÍTULO 3- PRETÓRIO EXCELSO NORMATIZADOR: (Fidelidade Partidária, Limite da CPI, Cláusula de Barreira, Raposa Serra do Sol) -----	41
3.1- Súmulas e Seus Efeitos Jurídicos. -----	46
3.2- Súmula Impeditiva de Recurso-----	47
3.3- Súmula Vinculante -----	48

3.4- Poder Judiciário e Sua Eficácia na Representação Indireta do Poder Constituinte Originário. -----	49
CONCLUSÃO -----	51
BIBLIOGRAFIA -----	52
REFERÊNCIAS PRIMÁRIAS -----	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fito relatar a questão da Separação dos Poderes na atualidade, fato que, como inicialmente proposto por Montesquieu, podendo então neste aspecto, ser vislumbrando como de caráter mais rígido. Contudo, a realidade social tem demonstrado que tamanha rigidez não comporta a característica evolutiva do direito como fator social, pois que, o não atuar de um poder tornou-se incapaz de permitir que uma solução jurídica fosse assegurada ao tutelado.

Nestes termos, o caráter evolutivo do direito demonstrou que desde o início de nossas Constituições houve fortes tendências a adoção da Teoria da Separação dos Poderes, assim, de modo gradativo veio sendo aperfeiçoada de acordo com a realidade social de cada momento, fato é que, a sociedade, o povo, detentores do poder constituinte originário dizem o direito, mesmo que ainda de forma latente, ou seja, quando já aparentemente esgotado seu poder nos representantes, expressa sua competência ilimitada no anseio de requer ao Legislativo providencias que se furtem a justiça privada, tutela esta que quando não atendida por vezes se tornava inexistente, assim o povo somente poderia ficar esperançoso.

Destarte, hodiernamente a realidade jurídica demonstra ainda ausência legiferante e até mesmo descrédito político, entretanto, de lado oposto fez nascer, da necessidade de amparo legalista, o fortalecimento do poder judiciário, que atualmente de forma aceitável e com vistas a preservar os Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão, inclusive em face de um Estado não atuante, um valor ativista, qual se perfaz na inexistência de amparo legislativo, onde desta forma as lides propostas ao Poder Judiciário se refletem em decisórios que alcançam as tutelas pretendidas pelas partes, observadas as questões de justiça ao caso concreto, cria-se então, no vaco legiferante, uma resposta até então inexistente.

Cuida-se aqui de uma aceitação, uma valoração do Poder Judiciário, qual merecedor de credibilidade social, como ocorre na atualidade, posto que, o povo ao requerer sua tutela já o faz vislumbrando a efetiva possibilidade de resposta, certo que, se lhe questionado a respeito da ofensa que separa os poderes, esta poderá ser dada como inaceitável, ao passo que um poder atuante, positivo, que permite constitucionalmente zelo efetivo pelos direitos

fundamentais, dentre estes, o de participar de um real Estado Democrático de Direito corroborador, nas mesmas condições, de um Estado de Direito.

Assim, o conteúdo do trabalho proposto nos remete a uma nova realidade social coadunado com o ordenamento jurídico, que, se por ventura ausente, não deixa de prestar a efetiva tutela requerida, indiferente seja prestada, implicitamente, por intermédio de súmulas, de entendimentos, mas que, se traduza no caráter jurídico social qual se amolda o direito em consonância com a evolução social.

CAPÍTULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No século XVIII, o político, filósofo e escritor francês, Charles-Louis de Secondat ou como é conhecido em seus escritos, Charles de Montesquieu, em especial por sua grande obra “Do Espírito das Leis”, esta de imensa valia para estudiosos e operadores do direito, pois que, se consagrou neste escrito, o marco da Teoria da Separação de Funções Estatais.

A rigor esta Separação de Funções Estatais não se encontra inicialmente em Montesquieu. Contudo, as forças que lhe atribuíram esta inicialização fizeram seu livro mundialmente conhecido, mesmo que Aristóteles (Política) tenha sido o marco inicial dessa teoria, mas que, em razão da instauração de longo período absolutista seu trabalho não foi admitido com ampla aceitação.

Teoria detalhada posteriormente por Jhon Locke (Segundo Tratado do Governo Civil) que tendo também reconhecido funções distintas aos Poderes Estatais corrobora muito com sua importante obra. Deste modo, a teoria terminou efetivamente consagrada em Montesquieu, qual defendia em sua doutrina que as Funções Estatais deveriam ser atribuídas a poderes independentes e ainda com autonomia próprios, sendo que, uma vinculação intrínseca entre os poderes poderia alcançar a “perdição”. Desta forma, implicou que, normas genéricas deveriam ser criadas pelo Legislativo, ao Executivo seria-lhe cabível a concretude dos atos, enquanto que, ao terceiro poder seria cabível o poder de julgar. Nestes termos, consoante suas palavras: Montesquieu; verbis:

“ há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependam do direito civil.[...]Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinando ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último ‘ poder de julgar’, [...]”¹

Porquanto, Montesquieu concebeu a técnica que se prestou a contenção do poder pelo próprio poder (checks and balances). Posto isso, como meio de limitar a atuação do

¹ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010, p.165.

Estado. Porquanto, nenhum dos poderes poderia, ou teria condições de demandar ao arbítrio ou caprichos próprios, já que os poderes estariam limitados a sua essencial função estatal que, se distante desta, desvirtuaria sua razão de ser.

Tamanha importância do tema, Divisão de Funções Estatais, que em 17 de julho de 1789, com a Revolução Francesa, que perpetuando o seu lema revolucionário: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Trouxe em seu texto, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, expressamente, que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a Separação de Poderes, pois, constitui-se em técnica de extrema relevância para que sejam garantidos os Direitos do Homem e do Cidadão.

Canotilho e Vidal Moreira cuidam do princípio da Lealdade Constitucional, segundo qual:

“compreende duas vertentes, uma positiva e outra negativa. A primeira consiste em que diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atrito possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional. De abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num sentido da responsabilidade do Estado (statesmanship)”.²

De maneira que, ainda hoje, mas, com previsões muito antigas, datadas de séculos anteriores e discursadas nos movimentos emancipacionistas do processo da história política, dentre estes, presentes nos ideais das Revoluções Francesas e Inglesas, o ideal de Divisão de Poderes Estatais, que permanece como Cláusula Pétreia em nosso ordenamento jurídico com previsão de vedação a qualquer emenda que tenha singela tendência a abolí-la. Portanto, qualquer proposta a minimizar tal condição será eivada de vício. Hodiernamente tem valor irreduzível e para tanto garantidor dos Direitos Fundamentais, que por sua vez são limitadores da atuação arbitrária estatal.

Assim, nos ditames do doutrinador Alexandre de Moraes:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo ligados que a

² MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 374.

derrocada de um , fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.³

1.1-Princípios da Separação dos Poderes na Evolução Político Constitucional do Brasil

A Evolução Político Constitucional do Brasil buscou a aplicação do princípio teórico sugerido por Montesquieu, de forma que tentou zelar pela Separação dos Poderes; Mas que, inicialmente, ocorreu através de Capitâneas Hereditárias, onde foram feitas doações de porções de terras àquele escolhido para residir no Brasil, com fito de implantar seu modelo governamental e povoador. Contudo, em virtude das distâncias, dificuldades comerciais e a qualidades das terras recebidas nem todas as capitâneas prosperaram.

Deste modo, prevalecia ainda um governo monárquico, mas indubitavelmente seria desmerecedor ao direito, o não reconhecimento de que, desde então, já houvera uma previsibilidade necessária e uma, ainda que mínima, mas tendenciosa, idéia com vistas a almejar a Divisão de Funções Estatais, mesmo ainda que naquele momento a arbitrariedade e ausência de impessoalidade fossem fatores determinantes para o não alcance nos termos idealizados por Montesquieu.

Posto isso, o Princípio da Divisão dos Poderes foi adotado na modalidade quadripartite, compondo então os poderes do Estado. O Legislativo (composto pelo senado e câmara, esta eletiva indireta, censitária e temporária, aquele vitalício); O Judiciário (este já o era independente, mas compostos por juizes e jurados); O Executivo (de competência dos ministros de Estado, mas que também era de controle do imperador); O Moderador, (este usado para velar pelos demais poderes, assim era de exercício privativo do imperador este de extrema decorrência da anomalia absolutista).

Posteriormente, já na fase monárquica e com a conseqüente “vinda” da Família Real para o Brasil, Rio de Janeiro, houve também a necessidade de organizar a vida particular da nobreza e de mesmo teor a vida administrativa estatal, buscando não somente centralizar a atuação governamental, mas ainda, criar plexos que pudessem auxiliar no desenvolvimento do poder administrativo e fazer presente a atuação do Estado. Que veio a ser efetivado com os

³ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p.378.

republicanos onde, historicamente a primeira afirmação Constitucional da República Brasileira foi efetivada através do decreto n. 1 de 15.11.1889. Que agora, o Brasil organizado em Federação, surge os Estados Unidos do Brasil. No entanto, somente mais tarde, veio a romper com aquela divisão quadripartite vigorada no Império e inspirada por Benjamin Constant. Desta forma estabeleceu como órgãos da soberania nacional, o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário harmônicos e independentes entre si.

O Princípio da Separação dos Poderes permaneceu na Constituição de 1934, onde somente prescreveu que os poderes deveriam ser coordenados entre si. Já na Constituição de 1946, artigo 36 zelou-se pelo texto atualmente expresso, prescrevendo que; “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si” e de mesmo teor prevaleceu na constituição de 1967 e até hoje como princípio informador pétreo que estabelece vedação a qualquer forma de deliberação que tenda a abolí-lo e de mesmo modo, constitui limitação ao poder e garantia aos direitos fundamentais.

1.2- Teoria da Tripartição de Funções na Constituição de 1988

A Revolução Francesa 1789, com ideais de Igualdade, Liberdade e Fraternidade trouxe em sua vitoriosa luta um norte aos Estados nos quais vigoram especialmente a democracia, buscando assim instalar a prevalência dos Direitos Fundamentais. De tal sorte que, com a proclamação dos Direitos Fundamentais, vieram conjuntamente ao seu texto legal 17 artigos que dentre estes aquele que reflete uma das fontes da tripartição de funções, porquanto, em seu artigo 16, é expressa em declarar; verbis: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a Separação dos Poderes não tem Constituição”⁴

Seu aparente radicalismo textual reduz a mais singela verdade sobre como se conceitua uma constituição em seu aspecto democrático, posto que, não há que se falar em Constituição se esta não se lhe impõe uma justiça na Separação de Funções Estatais.

Nos termos do artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Separação de Poderes, este que, doutrinariamente e jurisprudencialmente pode ser também melhor concebido como Princípio Da Separação De Funções Estatais, ao passo que o poder é uno e indivisível; Sendo o que se almeja é a confiança de cada uma das funções estatais a órgão

⁴ Declaração Dos Direitos Do homem E Do Cidadão, 1789, artigo 16.

diversos. Assim caracterizado como um princípio geral do Direito Constitucional, o que o trás como fundamental a existência do Estado Democrático de Direito (participação política organizada do povo na res pública) este que é corolário indubitável do Poder Constituinte Originário, princípio inesgotável e organizador da soberania popular, que nos dizeres de Alexandre de morais; verbis “é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”⁵.

Destarte, ao que se traduz a democracia, onde legitimamente deve-se o governo ao povo, esta que coaduna com a limitação do poder estatal, faz-se então indissolúvel, e de modo intrínseco fortalece os direitos e garantias fundamentais; Porquanto, para que possa haver a materialização da democracia deve existir em sua essencialidade a participação popular, sempre que possível de maneira direta, e de modo reflexo a não prevalência de concentração de poderes nas mãos de um único governante ou classe dominante.

O Sistema de Freios e Contrapesos ou “checks and balances” (controle do poder pelo poder) é conseqüente garantia do princípio republicano, porque a equivalência de poder independe das funções estatais, transparecendo a garantia imediata que resulta na segurança jurídica e implicitamente traduz a efetiva garantia de que não prevalecerão abusos ou desvios, nem se permitirão tentativas de frustrar a ordem jurídica que foi estabelecida pelo Poder Constituinte Originário.

Hodiernamente prevista de forma expressa como limitações materiais “explícitas”, as Cláusulas Pétreas, doutrinariamente conceituadas de modo que seriam aquelas impossibilitadas de alterações, possuidoras de núcleo intangível, pelo poder constituinte reformador. Pois que, se tal fato vir a acontecer criar-se-ia uma ruptura em todo o Sistema Constitucional, qual cercearia o Estado Democrático de Direito, inexistindo com a razão de ser da própria república. Ao passo que, nos termos doutrinários de Jose Afonso da Silva.

“não se trata de simples limitação implícita, mas de limitação que encontra no texto constitucional seus fundamentos, tanto quanto a encontraria se a limitação fosse expressa (...) basta que, a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente.”⁶

Nestes termos, a Constituição Federal da República de 1988, verbis, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”⁷. O princípio da Separação de Poderes não segue mais o rigor trazido por Montesquieu,

⁵ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p.21

⁶ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.112

⁷ Constituição Federal de 1988, artigo 2º.

porquanto, o fator social que vive o direito atual importa diretamente nas relações entre o Estado e Povo, de modo que, com a evolução estatal para um modelo de governo gerencial, fez com que, conseqüentemente, houvesse uma mitigação nas funções estatais, tal que se fala muito em funções típicas, estas que são a regra imposta pela Constituição de 1988 e funções atípicas, estas como caráter excepcional. Ao que tange aos poderes estatais.

Assim esta forma típica e atípica de exercício de poder pode ser conceituada como “interpenetração de poderes”⁸.

Dessa forma, quando a Constituição trás expressamente em seu texto a independência dos poderes, tem o escopo de zelar pela autonomia de cada poder de maneira que, quaisquer deles prescindam de autorização ou consulta aos demais. Para que haja investidura em determinado poder não se tenha que buscar a vontade do outro, regendo-se assim a plena liberdade de atuação. Contudo devem observar certamente as regras e disposições constitucionais, bem como suas limitações, pois, como bem nos remete o douto Celso Antonio bandeira de melo: verbis; “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade __ internos ao setor público __, não se encontram a livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis”⁹.

A harmonia entre os poderes se deve ao respeito recíproco, porquanto todos os poderes são dirigidos a finalidades comuns, quais sejam, o interesse público, a preservação da ordem democrática. Logo, deve se observar um Sistema Cortez, com observância às prerrogativas que são estabelecidas entre si.

A independência entre os poderes tem o escopo de evitar abusos ou arbítrios, mas que, de acordo com a ordem democrática, interesse, também, majoritário do próprio Estado Democrático de Direito, é necessário abster-se de qualquer teoria que reluz na independência absoluta, e ao contrário disto, de todo modo tentar buscar, vislumbrar, o sistema ‘checks and balances’, este que busca o real equilíbrio pelo interesse público e corrobora como um dos pilares necessários ao processo de preservação da democracia. Tornando os poderes estabelecidos pelas funções estatais necessários a complementarem entre si como meio de garantir a ordem estatal.

⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2007, p. 38.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

O artigo 60 § 4º, III- retomando às Limitações Constitucionais Materiais Explícitas no sentido de que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir - a separação dos Poderes”¹⁰

Indiscutivelmente, esta como Cláusula Pétrea, por consequência da intangibilidade de seu núcleo, não pode sequer ser objeto de projeto ou processo legislativo que de forma sensível tenda a minorar seus efeitos jurídicos, transporta em seu corpo um garantia fundamental ao ponto de se caracterizar como limitação ao poder estatal com vista a preservação dos Direitos e Garantias Fundamentais.

De acordo com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais somente estariam sujeitos ao Poder Constituinte Originário que indiscutivelmente é incondicionado, e na sua característica mais pura de ser, ou seja, em seu caráter revolucionário, não se submeteria a qualquer condição imposta pelo ordenamento anterior. De maneira que, a expressão “tendente a abolir” deve ser observada em seu aspecto mais deverás protetivo, por tratar-se de núcleo essencial que disciplina Direitos e Princípios Constitucionais.

No entanto, sua intangibilidade não deve em sua literalidade ser vista como a “qualquer título”, pois, não há vedação Constitucional ou até mesmo social que se limite a impor consequentes alterações que venham a melhorar a qualidade protetora dos direitos e garantias previstos em nosso ordenamento maior, em especial, há que se permitirem alterações positivas, incluindo aspectos modernos ao que se busca em momentos contemporâneos que prevêm fatos como a Mutação Constitucional (processo informal de que modifica o significado da constituição sem alteração de seu texto) em busca do direito como fator social.

Ainda que certamente seja desafiado para os juriconsultos aproximar-se do núcleo ideal, este, situado entre a sua não ofensa e necessária alteração positiva, sem que se comprometa a tendência abolitória e ainda se preserve a evolução jurídica e social.

De modo que, não se prescreve como, se uma ‘bula’ fosse, a fórmula ideal de preservação pétrea desta cláusula em epígrafe, sorte que como nos serve de parâmetro o voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADI 98 de 07/0801997, caso em que o Estado do Mato Grosso tendeu a criar uma nova fórmula de aposentaria aos desembargadores. Verbis:

“O princípio da separação e independência dos poderes, malgrado constitua uma dos signos distintivos fundamentais do Estado de Direito, não possui fórmula universal apriorística: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional

¹⁰ Constituição Federal de 1988, artigo 60 § 4º, III.

básica, o equilíbrio entre os poderes, mediante o jogo recíproco de freios e contrapesos, presente ambos em todas elas, apresentam-se em cada formulação positiva do princípio com distintos caracteres e proporções.”¹¹

Com isto, o poder conferido à assembléia constituinte estabeleceu, através do Princípio da Separação de Poderes, uma estrutura institucional com vistas a garantir a independência entre os poderes através da reciprocidade de controle para preservação do Estado Democrático de Direito.

1.3-Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário

A moderna doutrina Constitucional explícita em seu texto alguns valores fundamentais que, de acordo com esta, marcariam as Constituições do Futuro, que neste caso estariam intimamente ligadas ao equilíbrio entre concepções, entendimentos (interpretações) modernos dominantes; Certamente, a priori referia-se a fatores sociais que uma vez conquistados enraízam a sociedade; Que por fim, tenderão a prevalecer e até mesmo a suportar uma nova ruptura Constitucional, sendo então capaz de permanecer latente junto ao Poder Constituinte Originário revolucionário e assim ser ‘recepionado’ pela nova ordem jurídica.

Neste aspecto de modernidade, o douto Marcelo Novelino, nos remonta a uns desses valores que seriam fundamentais ao Constitucionalismo do Futuro, onde esta a Continuidade da Constituição, verbis: “sem modificações, que destruam sua identidade ou causem uma ruptura na lógica de seu sistema, também deve ser um valor fundamental, tendo em vista os riscos de uma descontinuidade com todo o sistema precedente”.¹²

Não se trata, aqui, de mera referência anterior a conquistas políticas, mas também de avanços jurídicos devedores de serem garantidos futuramente. Mesmo que, para sua prevalência tenha dependido de plebiscito como o ocorrido em 1993, onde após um século da proclamação da república, através da lei 8624/1993, os cidadãos foram convocados a escolher a forma de Estado e Sistema de Governo, respectivamente (monarquia/república e parlamentarismo/presidencialismo). Assim prevaleceu como forma de Estado, a República e como Sistema de Governo, o Presidencialismo. Aquela se retrata ao modo de como ocorre a instituição do poder na sociedade, a relação entre governantes e governados, a singela

¹¹ STF- ADI 98, Mato Grosso- MT, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 07/08/1997.

¹² NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 61.

conceituação de república é originariamente coisa pública “do povo para o povo”. Onde a Constituição Federal de 1988, estabelece como princípio fundamental, verbis: “A República Federativa do Brasil (...).¹³

Mantém este termo como princípio fundamental da ordem constitucional. E de mesmo teor, o sistema presidencialismo de governo está intimamente ligado a como os poderes se relacionam, onde o chefe do executivo exerce as funções de chefe de Governo e chefe de Estado, fato que se entende por presidencialismo monocrático, em razão da concentração de mais de uma função nas mãos de uma pessoa.

Porquanto, a União organiza seus poderes com base no modelo proposto pelo artigo Art. 2º da constituição Federal de 1988, sendo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹⁴

Destarte, a Constituição Federal de 1988, dispôs de modo ordenado os poderes estabelecidos em nosso ordenamento jurídico e com fito de zelar por sua independência repartiu entre eles suas respectivas funções, prerrogativas e imunidades; cada qual capaz de frear aquele que exorbite no exercício de sua função, expurgando os atos incompatíveis e contrários ao ordenamento jurídico. Sendo estas as funções: legisladora, administradora e jurisdicional, sempre exercidas de maneira a perpetuar o Estado Democrático de Direito.

Suas imunidades e prerrogativas devem ser vislumbradas a luz do Princípio da Igualdade, mas que, bem vistas de forma isonômica, faz decorrer das funções estatais que suas atribuições diversas e independentes, mas harmônicas, em virtude de tratamento diferenciado pela razão da Separação de Poderes, são verdadeiramente compatíveis à igualdade material que é consequência interpretativa lógica prestigiada pela própria Constituição Federal, visando a efetividade dos poderes republicanos e resguardando os Direitos Fundamentais, quais são condições “sine qua nom” ao Estado Democrático de Direito. Pois, quem exerce alguma de suas funções necessita de garantias Constitucionais para que possa atuar em conformidade com o interesse público, certo que cuida da gerência dos negócios estatais.

O Poder Legislativo, originário da idade média, com escopo de limitar a atuação real, inicialmente previsto como unicameral, que em verdade mais se assemelha aos Estados Unitários. Consequentemente, os Estados Federados tendem a adotar o sistema bicameral, no qual o legislativo se manifesta através de duas casas. Assim sendo em âmbito Federal, nosso sistema é bicameral, temos o Congresso Nacional que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, câmara baixa e câmara alta, onde nesta encontram-se representantes de

¹³ Constituição Federal De 1988, artigo 1º.

¹⁴ Constituição Federal De 1988, artigo 2º

todos os Estados Membros e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, com renovação a cada quatro anos, alternativamente, por um e dois terços o que é consagrador do equilíbrio entre as federações.

Onde a câmara dos deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada estado, território e no distrito federal, onde cada respectiva representação será proporcional a população.

Tipicamente o poder legislativo tem em si sua função legisladora e fiscalizadora, esta em virtude do princípio da representação popular, sendo que a fiscalização financeira e contábil recebe 'auxílio' externo do tribunal de contas. Atipicamente, tanto a câmara dos deputados como o senado federal exercem funções administrativas, pois que, seriam próprias do executivo, quando se organizam internamente.

Maior característica decorrente do princípio que Separa as Funções Estatais se encontra explicitado na imunidade que é consequência da sua impar função legisladora e fiscalizadora, pois, esta sim está intimamente ligada ao caráter democrático republicano brasileiro; Quando falamos em imunidade material, efetiva-se a possibilidade de excluir a responsabilidade civil e penal dos congressistas, por decorrência de suas palavras, votos e opiniões, ainda que haja pronúncia externa ao recinto de sua respectiva casa legislativa, desde que, por consequência do exercício de sua função parlamentar

A imunidade penal é causa excludente de tipicidade, assim se vir a existir denúncia deverá ser rejeitada, pois, o relator determinará o arquivamento dos autos. Importante ressaltar atual entendimento do STF, sendo: “a ofensa proferida em plenário de sua respectiva casa, independerá de elo com o mandato, será então afastada a responsabilidade civil e penal”.¹⁵ Grifo.

A imunidade formal ou processual, não tem o condão de excluir o crime, mas preserva o parlamentar em relação a prisão cautelar em situação de crime afiançável ou sentença recorrível e em específico ao processo penal, desde a expedição do diploma, onde deve-se remeter os autos do processo a sua respectiva casa, para que por voto da maioria 'simples' resolva sobre a prisão. Consequência da imunidade processual e também em virtude da prerrogativa de foro, que de acordo com o respectivo nome, desde a expedição do mandato até seu termino, os deputados federais e senadores estarão sujeitos a processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal, inclusive no que tange aos crimes dolosos contra a vida.

¹⁵ STF- RE, AgR. 463.671, Relator. Min. Sepúlveda Pertence, 03/08/2007.

O poder executivo monocrático, que concentra atos de chefe de governo e chefe de Estado em uma só pessoa, retrato do nosso sistema de governo presidencialista. Consequência da política interna e suas relações exteriores. Em nosso sistema essas funções são confiadas ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. O poder executivo exerce sua função típica ao administrar a “res” pública, exercendo a execução das leis, decretos, regulamentos. E atipicamente atua ao editar medidas provisórias (artigo 62 CF, 1988).

O Presidente da república é eleito pelo sistema majoritário, pelo princípio da maioria absoluta, simultaneamente com o vice-presidente, dentre brasileiros natos, onde será considerado eleito o candidato registrado por partido político que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos. Aquele eleito terá um mandato de quatro anos e prestará um compromisso de defender e cumprir a constituição...

Em virtude do Princípio Constitucional da Separação de Funções Estatais, o chefe do executivo exerce prerrogativas e imunidades. Ao que se trata da imunidade formal tanto sobre o processo quanto sobre a prisão. Onde o Presidente da República somente poderá ser processado, seja por crime comum ou de responsabilidade, após admissibilidade pela Câmara dos Deputados, por maioria qualificada de dois terços dos votos; Assim a prisão não poderá ocorrer nas infrações penais comuns enquanto não sobrevier a sentença condenatória. Ressalta-se que o chefe do poder executivo não é dotado de imunidade material, o que lhe sujeita as responsabilidades civis e penais por suas palavras e votos inclusive no pleno exercício de suas funções.

A prerrogativa de foro do Presidente da República cuida dos crimes comuns onde será julgado de modo originário pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, nos crimes de responsabilidade o chefe do executivo será julgado perante o Senado Federal, que será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, ao que se refere as ações civis será processado perante o juízo comum; Quanto ao Poder Judiciário, de acordo com Montesquieu: “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo (...). Se estiver ligado ao poder executivo, o juiz teria a força de um opressor”¹⁶.

Organizado na Constituição Federal de 1988 nos artigos 92 a 126, a função jurisdicional completa o ciclo de Funções Estatais, que desempenhadas pelo Judiciário, têm-se a jurisdição como uma, como o poder que cabe ao Estado de fazer atuar, em regra, na concretude do direito existente que disciplinara a situação jurídica; E na competência tem-se a medida da jurisdição. A divisão da estrutura judiciária é consistente apenas em uma repartição

¹⁶ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010, pg.166.

de competência para fins de melhor atender as demandas litigiosas, quais se formam através de uma pretensão resistida. Nestes termos, Humberto Theodoro Junior, verbis; “como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, uma. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do poder judiciário”¹⁷.

Como poder autônomo e independente, o judiciário tem importância singular no Estado de Direito, ao passo que almeja preservar o ordenamento jurídico e em especial resguardar a legalidade e igualdade como caracteres essenciais a república.

A jurisdição é atualmente vista como monopólio do poder judiciário, certamente que, neste aspecto existem mitigações, mas, em verdade estas têm o fito de se adequar ao princípio da celeridade, imposto como garantia fundamental, ao ponto que a própria Constituição exige em seu texto uma razoável duração do processo, “in verbis”: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁸.

Para tanto o poder judiciário se divide em órgãos jurisdicionais; Cita-se neste caso: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Estabelecendo assim a ordem judiciária brasileira.

Todavia, não há que se falar em monopólio judiciário sem que haja previsões ao controle jurisdicional, tal como ocorre por expressa previsão constitucional, verbis; “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁹; Conhecido pelo Princípio da Proteção Judiciária, ou Inafastabilidade do Poder Judiciário, sem receio é caracterizador de garantia constitucional ao que tange os direitos subjetivos do homem. Que nos dizeres do douto José Afonso Da Silva:

“fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa (...)”²⁰.

¹⁷ TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg178.

¹⁸ Constituição Federal De 1988, artigo 5º inciso LXXVIII.

¹⁹ Constituição Federal De 1988, artigo 5º inciso XXXV

²⁰ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 430.

Assim, não se poderia compor esse rol exemplificativo o direito de ação e defesa como consequência da Inafastabilidade do Poder Judiciário, sendo que é garantia da plenitude de defesa poder ir a juízo ou defender-se de pretensões alheias, pois, nos termos da Constituição Federal. Verbis; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”²¹

Ao que se almeja dos órgãos jurisdicionais é importante ressaltar a respeito do Conselho Nacional de Justiça, que com a advento da emenda constitucional 45 de 2004, passou a compor os órgãos jurisdicionais, inicialmente e de modo errôneo foi visto como meio de controle externo ao poder judiciário, certamente inadmissível em um Estado Democrático de Direito onde se previu o Princípio da Separação de Poderes. Mas, atualmente não há que se destoar a respeito da sua função administrativa e financeira exercida sobre o poder judiciário, com vistas aos deveres funcionais dos magistrados, além de outras atribuições previstas em mesmo teor.

A independência do poder judiciário em relação aos demais poderes esta intimamente ligada as suas garantias institucionais, as quais com o advento da nova ordem constitucional de 1988, qual veio a fortalecer esta instituição com objeto de garantir não tão somente a independência, mas também, a imparcialidade. O que pode ser averiguado sob o enfoque de autonomia do poder judiciário. Que em caso constitui-se de autonomia orgânico-administrativa, pois, o fazem a eleger seus órgãos diretivos, elaborar seu regimento interno, dentre outras atribuições. De maneira geral cuidam de suas competências, estruturas e funcionamento.

Ainda naqueles termos, possuem autonomia financeira, ao ser lhe dado atribuição para elaborar suas propostas orçamentárias, certamente se exige observância aos limites estabelecidos conjuntamente aos demais poderes. É de se observar que, em um Estado capitalista, esta autonomia financeira pode ser conceituada como essencial a real independência de uma Função Jurisdicional, posto que, não há falar em efetiva independência se em verdade os flagelos financeiros rondam uma instituição que tem o condão de assumir a relação processual das partes e dizer o direito, certamente se trataria aqui de vinculação financeira e não autonomia.

As garantias funcionais do poder judiciário não devem ser atribuídas como se privilégios fossem, porquanto, é meio necessário a assegurar a liberdade de suas funções de

²¹ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LV.

modo digno e imparcial. De maneira que Montesquieu já buscou a virtude pela imparcialidade em seu relato singelo e certo de respeito, verbis: “Os juizes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei”²².

Diante de termos moderados, na Modernidade Constitucional, não haverá mais porque falar de maneira tão rigorosa, fato que, não nos permite, nossa realidade social e democrática, qual comprovada por vultuosos ensinamentos jurisprudenciais, mas também, não deve nos limitar a compreensão de seus ensinamentos que direcionavam o poder judiciário a imparcialidade hodierna a qual presenciamos.

Tem-se na Vitaliciedade o nexa entre o titular do cargo e a função judicante qual exige permanência e certo grau de perpetuidade como consequências próprias da excelência em compor as lides de modo a abster-se de influências externas. De idêntico teor, mas com significância diversa, traduz a Inamovibilidade na permanência no local para onde foi designado, não podendo então sofrer transferências abruptas, o que diverge do interesse público condicionado, deste modo condiciona os magistrados a persistências alheias ou indecorosas e até mesmo as mais severas interferências políticas, as considerações a respeito da terceira garantia funcional dos magistrados, Irredutibilidade dos Subsídios pode ser observada de modo a compor a essência do funcionalismo estatal, posto que, não se reluz somente aos magistrados, no entanto, a estes é necessário observar também com o devido rigor, pois que, uma sensível redução poderá ser tida como influência externa e neste caso ferir-se-ia, mesmo que de modo sensível a Separação dos Poderes.

Quando nos referimos a vedações a atividade da magistratura, temos por objeto que se cuida de Garantias Indiretas decorrentes da própria imparcialidade requerida pela Separação de Poderes. Pois, as paixões que corrompem o homem, bem ou mal, estão também ligadas ao exercício de sua profissão, porque aquele que convive em meio às pessoas, não terá o mesmo discernimento imparcial que se espera de um julgador, qual seja, sem paixões daquele de quem se é próximo. O que deve ser valoroso, inclusive à pessoa que não tiver a oportunidade de ser julgado segundo “legis” por aquele que o conhece, porquanto, em direito falamos em suspeição e impedimento, resguarda-se tanto o amigo como o inimigo capital.

Ainda prescreve como Garantia Indireta: Receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, dedicação a atividade político-partidária. Ambas, podem ser entendidas como necessidade de isenção judicante na busca pela imparcialidade política

²² MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010, p. 170.

ou perseguições. Também não haveria que citar imparcialidade sem que se falasse do Princípio da Noventena Constitucional, onde se busca evitar o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual tenha se afastado o magistrado, antes de decorrido três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Aqui, mais uma vez o legislador busca preservar a lisura imparcial do poder judiciário a fim de evitar as paixões humanas que em regra mais ofendem a justiça do que a favorece.

1.4-Poder Judiciário e a Omissão do Poder legislativo

A “inertia deliberandi”, notória, na ausência de legislação em determinados casos tornou-se previsível e até mesmo esperada em certas questões. Com o advento da Ordem Constitucional de 1988, grandes doutrinadores esclareceram sobre a Aplicabilidade das Normas Constitucionais, algumas com imediatividade, outras, no entanto, dependeriam de uma posterior regulamentação. Sobre a aplicabilidade das normas de eficácia plena, esta que, decorre da sua completude, pois, possuem todos os elementos e requisitos para sua imediata aplicação, ao caso, quando cuidamos dos Direitos e Garantias Fundamentais, não haverá muito que discursar neste tema.

No entanto, ao cuidarmos sobre a negligência do legislativo, a inatividade do legislador, há que iniciar no aspecto de que; Nem todas as normas possuem aplicabilidade imediata e a exemplo das normas de eficácia limitada __nos termos da lei__ imprescindível é a contribuição legisladora, esta, em regra, para a concretude de seus efeitos jurídicos, mas também, devemos observar a problemática que envolve a concretude da Constituição pelo legislador.

Diverso também não é o assunto ao tratarmos da mora do poder legislativo junto ao enfoque Constitucional ocorrido em virtude de um não fazer, considerando que em sua atividade legislativa este poder não está obrigado a editar leis, mas, certamente é o que o Poder Constituinte Originário espera, posto que, diante da necessidade de uma pessoa, a dignidade humana, pressupondo o Estado como detentor do ‘jus puniend’”, propicie uma legislação adequada para evitar o retorno à era da justiça privada e de modo indireto, assim poder substituir-se na sua impossibilidade de onipresença.

Por conseguinte, perante a efetiva ausência de normas regulamentadoras, o texto Constitucional disponibilizou, a caráter subjetivo, mecanismos de proteção aos direitos daqueles prejudicados ou ameaçados de sofrer prejuízos por decorrência da omissão do

legislador. Tanto que, se tem por expressa previsão legal o Mandado de Injunção, qual determinado no texto Constitucional com o seguinte teor: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.²³

Constitui-se remédio disponível a sanar o mal causado àqueles que tiveram seus direitos violados, doutrinadores chegam a ter esse rol como exemplificativo, onde seu objeto seria assegurar o exercício de qualquer direito ou liberdade Constitucional não regulamentada. Pois, sua finalidade é constituidora de garantir uma imediata aplicabilidade a norma inerte em sua regulamentação. Diante da celeuma em torno da amplitude do tema o Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento de que ser-lhe-ia necessário adotar a interpretação extensiva, qual seja, sua aceitação diante de hipótese não prevista expressamente, mas que, seja envolvente de um direito fundamental.

“Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º LXXI, da constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do artigo 192, par. 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais. II. mora legislativa: exigência e caracterização.”²⁴ Grifo.

Apesar da expressão disposta pelo Pretório Excelso, Mora Legislativa, deve ser entendida como tempo razoável entre a previsão e limite qual se espera de um poder transbordado de projetos de leis, pois que a Constituição Federal não estabelece prazos ao constituinte derivado.

Entretanto, diante do consoante não fazer, não tornar efetiva as atividades legiferantes, o Supremo Tribunal Federal, através de relator, Ministro Gilmar Mendes decidiu estabelecer como parâmetro em determinado caso prazo para que Congresso Nacional efetivasse a norma reclamada, prescrevendo que, não se tratara de imposição, mas, apenas de fixar razoável lapso temporal ao exercício de direitos. Para tanto, como se alcançaria a eficácia dada pelo pronunciamento da Corte Constitucional ao consideramos a Teoria da Separação dos Poderes. Inteligível nesse sentido votou o Ministro supramencionado, “in Verbis”:

“(…) voto no sentido de declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as

²³ Constituição Federal De1988, artigo 5º inciso LXXI

²⁴ STF-MI. 361 relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1706/1994.

providencias legislativas necessárias ao cumprimento de dever constitucional imposto pelo artigo 18, parágrafo 4º da Constituição Federal, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas de fixação de um parâmetro temporal razoável...”.²⁵grifo.

Em desfavor do estado de incerteza causado pela “inertia deliberandi”, tem se Constitucional mecanismo decorrente da omissão portadora de inconstitucionalidade, pois que, houvera previsão Constitucional, mas, a ineficiência legiferante permitiu sua não ocorrência, que agora é merecedora de conceito inconstitucional. Já que, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) tem o escopo de defender a Ordem Constitucional Objetiva com prevalência da força normativa Constitucional com vista a tornar efetivas as medidas que se perpetuam por inércia legislativa.

Portanto, seu objeto é a própria Omissão Constitucional, que aqui é vislumbrada no poder legislativo. Por decorrência do próprio Texto Constitucional segue-se um rol de legitimados ativos (artigo 103 CF) e diretamente reflexa, em virtude do tema em questão, a legitimação passiva é atribuída às autoridades e órgãos responsáveis a sua inércia, em especial por consequência temática o legislativo.

Sequencialmente, não fosse a Atuação Positiva do Poder Judiciário, dizer-se-ia que, então, neste exato ponto seria a largada temerosa da possível ineficácia da decisão judicial, pois que, por consequência do artigo 2º, Constituição Federal 1988, a tutela jurídica não produziria segurança jurídica, considerando a Independência dos Poderes. Inverdade. Pois, se o fim desta ação é tornar efetiva norma Constitucional, preservar a Ordem Jurídica Constitucional.

Logo, a decisão do Pretório Excelso, tem caráter mandamental; fato que, em acordo com a legalidade, ao poder legislativo deve-se dar ciência para a adoção das providencias necessárias, certamente por virtude da oportunidade e conveniência em legislar. Mas, sendo objetiva a própria essência do Estado Democrático de Direito, fim da atuação dos poderes, de mesmo modo, a conseqüente evolução social prescindiria da estagnação de simples “ciência” ao poder legiferante ainda inerte, consolando o titular do direito prejudicado com razoáveis responsabilizações em perdas e danos e desta forma continuar a não prestar a devida função legisladora. Assim, a atuação judiciária, fortalecida em especial, no teor do voto já mencionado linhas acima, Ministro Gilmar Mendes, “não se trata de imposição, mas, de parâmetro razoável”.

²⁵ STF-ADI. 3682, relator Ministro Gilmar Mendes, 06/09/2007.

CAPÍTULO II

PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

Perante uma análise aprofundada, consoante entendimento doutrinário, em corroboração com o interesse social referenciado sob a ótica ilimitada do Poder Constituinte Originário. O ordenamento jurídico deveria então ser desprovido de qualquer natureza prejudicial, absolutamente no que se alude aos direitos e garantias previstos na Ordem Constitucional.

Porquanto, a essencialidade do nosso ordenamento jurídico, como o é de fato, não necessitaria da especificidade isolada de uma lei para que seja regulamentada cada situação jurídica, pois que, quando fazemos alusão as fontes do direito nos deparamos com uma sequência de institutos já devidamente conceituados e tidos como fundamentais, quais visam amparar o direito nos casos em que exista uma suposta omissão legislativa, onde o requerente, em regra, já prejudicado em razão da mora “deliberandi”, busca sanar seu dano perante o poder judiciário.

De acordo com o Princípio da Inafastabilidade, o judiciário não pode abster-se de julgar, ocorrendo então uma maior relevância atribuída a esse poder, pois que, diante da ausência legislativa decorre um crescente aumento da discricionariedade desse poder quando da aplicação do direito ao caso concreto, que em regra encontra sua maior força nos Princípios Constitucionais, ao passo que a Constituição não é somente um conjunto de leis, tem-se em seu caráter abstrato uma normatividade aberta, um conjunto de princípios e regras com capacidade de efetivar seus comandos.

Quando-se observa a positiva e crescente evolução crédula no poder judiciário, vislumbra em seu todo uma atuação positiva, fator que, mais ainda predomina diante das negativas ou ausentes produções legislativas, quais a sociedade almeja, mas que, sequer são buscadas, por “aqueles” legisladores que estão no mandato e de mesmo modo chegam a alcançar os que entrarão no próximo mandato, conseqüentemente, se outrora houve referência a crença, agora cuida-se de descrença legislativa .

Entretanto, certamente por respeito a Separação Dos Poderes, o poder judiciário tem procurado se afastar ao máximo da atribuição que lhe é dada como legislador positivo. Tal como consta em julgados do Pretório Excelso, no voto do ministro Celso de Melo, qual cita o douto Gomes Canotilho, verbis:

“Não cabe, pois, ao Poder Judiciário, atuar na anomalia condição de legislador positivo, para se assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, são podem ser validamente definidos pelo parlamento” (J.J. Gomes Canotilho)

Seguindo em seu voto excelentíssimo ministro conclui:

“É que, se tal fosse possível, o poder judiciário, que não dispõe de função legislativa- passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”²⁶.

Não é por interesse, qual se pretenda a expurgação do princípio em questão. Contrariamente a isto, merece o devido respeito a composição da Ordem Constitucional e o voto do Excelentíssimo ministro Celso de Melo. Todavia, ao Estado Democrático de Direito, como garantidor dos direitos e garantias pertinentes não lhe é dado estagnar diante da evolução social a que vive o direito, que necessita abeberdar-se nas Fontes Constitucionais existentes em acordo com as Normas Constitucionais, bem verdade que estas são garantias do citado processo evolucionar do direito.

Todavia ao cuidarmos do Pretório Excelso, que em sua inteireza é formado por uma composição híbrida, qual certa o é com escopo de manter seu caráter conservador, mas que contrariamente a isso, também é dotado de ministros que atendam o caráter inovador do direito, assim porque não, quando mais tratamos de equilíbrio em nosso tema, singular é de mesmo modo nossa Corte Constitucional, qual permite manter os padrões constitucionais moderados e de mesma proporção inovar em suas decisões atendendo o fator social do direito.

Entretanto, nem mesmo diante de seu aspecto diversificado, o Pretório Excelso expressamente ratifica sua Atuação Legislativa Positiva, pois, verdadeiramente se tal ocorresse concretizaria uma ruptura expressa da Ordem Constitucional, por afronta expressa a Separação das Funções Estatais. Consoante exposto em sua mais recente decisão qual traduz a negativa de atuação como legislador positivo. Verbis:

“EMENTAS: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Inadmissibilidade. Embargos rejeitados. Precedente. Não é dado ao Judiciário atuar como legislador positivo. 2.

²⁶ STF-AI 344269, AgR-AgR/SP, relator Ministro Celso De Melo, 23/06/2009.

RECURSO. Embargos de declaração. Inadmissibilidade. Pretensão de alteração do teor decisório. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Embargos rejeitados. (...) ²⁷. grifo.

Independente da situação exposta, diante de inúmeros temas que inovam no mundo Constitucional, não nos é por bem dado atermos a fatos deveras abstratos, porém, nos prenderemos a Efetividade das Normas Constitucionais, qual é tema por demais relevante, pois, aquele que busca a tutela jurisdicional não lhe exige um nome ou prenome para que sua lide seja de justeza favorável, requer tão somente uma efetividade na busca pela justiça, mesmo que essa não venha de forma expressa ou não reconhecida, mas que satisfaça seu direito, sendo então por demais, bem vinda.

Hodiernamente, vive-se um período que perdura um respeitável lapso temporal democrático, destarte valores principiológicos como da Máxima Efetividade, ou se quiser, Interpretação Efetiva, no que tange aos direitos fundamentais são expostos ao modo mais favorável a concretude função socializadora almejada pelo direito, porquanto, por vezes, para que o poder judiciário possa garantir essa maior interpretação efetiva para alcançar ou preservar os direitos fundamentais, ora garantidores, ora limitadores, busca-se uma interpretação de maior amplitude, mas que seja favorável a eficiência da ordem democrática, qual deve ter como parâmetro certa presunção de liberdade em prol do cidadão, que facilmente pode ser inteligível através do brocado jurídico “in dúbio pro libertate”.

Contudo, a envolvência com o Direito Constitucional Contemporâneo, não nos permite afastar a emoção, porque não aludir a respeito do Princípio da Justeza. Ora deveras oportuno, pois, com sua ausência poder-se-ia gerar ocorrência de um vácuo de prejudicialidade imensurável. Portanto, nem somente quando cuidamos da Separação de Funções Estatais devemos direcionar todos nossos sentidos aos poderes em si, mas também, como em uma simetria vertical, necessário aplicar-se em conformidade com as atuações funcionais, no sentido de não ocorrências permissivas de que órgãos incumbidos na Interpretação Constitucional alcancem um resultado subvertido ou ate mesmo perturbador da esquemática organizatória funcional em seu aspecto constitucional, portanto, essa essência principiológica zela pela não ruptura estabelecida pela ordem constitucional, mesmo que visto em termos da atuação administrativa.

²⁷ STF, AgR.-ED 432460, Distrito Federal-DF, Embargos de Declaração, AG-REG, Recurso Extraordinário, relator Ministro Cezar Peluzo, 02/02/2010, 2ª turma.

Todavia, a inegável realidade positiva do poder judiciário, mesmo que em caráter teórico seja intrinsecamente implícito, é uma constante no mundo jurídico e seu acontecimento se traduz na lógica qual se deixa de fazer, poder legislativo, recorre-se ao judiciário; Que pelo seu princípio basilar da inafastabilidade, diz o direito que já a tempos é omissis. Se este fato jurídico-positivo ocorre com maior frequência do que em tempos anteriores, vislumbra-se que de modo geral a população tem corroborado e confiado com maior intensidade nesse poder. Essa confiança depositada no poder judiciário é um reflexo do maior acesso a esse poder que hoje pode ser visto como real garantidor das normas pragmáticas, mas que também tem efetivas condições de fazer valer o direito quando da eficácia das normas programáticas.

Nestes termos, ao tratarmos de “população” não se almeja apenas a abordagem conceitual de cidadão, mas, como em verdade, de todos aqueles que compõem, mesmo que transitoriamente, a República Federativa do Brasil, dessa forma não há mais a necessidade de manter, mesmo que remotamente, o antigo brocardo jurídico ‘ o tribunal esta fechado para os pobres’, já que, hodierno, se tal provérbio prosperasse, falar-se-ia em, não democracia, pois, nem todos participariam da vontade estatal, que hoje, o povo latente em seu Poder Constituinte Originário, através de associações, sindicatos, classes ou qualquer outro meio de fortalecimento político, não somente participa dessa vontade política, mas também vontade que tem cunho social e porque não jurídico este em especial, que tem demonstrado sua segurança, mesma que faz transparecer a fortalecimento por interveniência da confiabilidade no judiciário.

Ora. Temas relevantes têm feito fluir, positivamente, para o fortalecimento do poder judiciário, dentre estes aquele que mais se destaca é o maior acesso e a própria atual facilidade de acesso ao poder judiciário, onde legislações como a 9.099/95, Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, em especial, os Juizados Especiais Cíveis, onde devem ser protocoladas causas de menor complexidade, foram efetivamente instituídos, tornando palpável a efetivo acesso ao poder judiciário, que em verdade é uma modalidade que acontece em respeito a um direito fundamental, seja, liberdade de acesso ao poder judiciário. Pois, quando direcionamos nossos valores no sentido de que nem todos podem custear um processo sem colocar em risco sua própria subsistência ou de sua família. E é essa efetividade de direitos fundamentais garantidos pelo judiciário que tem tornado “positivo” um órgão que tem caráter jurisdicional.

De mesma forma, a atuação positiva do judiciário, por vezes foi também reconhecida através da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais, nestes termos, Marcelo Novelino, verbis;

“nos termos dessa concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade”²⁸.

Posto que, a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, em especial nas suas relações jurídico privadas, deve também ser observada, pois sua projeção deve ser de igual teor quando se refiram a particulares, porquanto seria de muito inoportuno que o poder judiciário afastasse ao amparo aqueles que necessitassem de proteção fundamental pelo simples fato que, cuida-se de relações particulares, quais atualmente é onde ocorre maior numero de violações aos direitos constitucionais.

Se desta forma ocorresse estaríamos diante de uma limitação constitucional que causaria uma desconformidade aos direitos fundamentais, porquanto, se fundamentais, o são ao homem, não a sua condição de servidor público ou funcionário particular. No mais, não há falar em somente limitações estatais, porque imposições constitucionais, em especial aquelas que cuidam dos direitos fundamentais, são aplicáveis a toda ordem social pela simples condição de ser humano, a contrario “sensu”, estaríamos diante de uma ofensa a dignidade da pessoa humana, tamanha ofensividade por decorrência de sua atribuição profissional, conseqüência legalista inspirada nos direitos humanos.

Ao cuidarmos da atuação positiva do poder judiciário e de maneira indireta da sua peculiar condição por seu conseqüente fortalecimento, tal não seria possível de houvesse uma abstenção, um não expressar a respeito da Interpretação Conforme a Constituição e concomitantemente cuidássemos do termo Mutação Constitucional, em virtude de suas intrínsecas ligações com a capacidade de aumentar a discricionariedade do poder judiciário.

Desta forma, ambos têm a capacidade de, não destoar o texto escrito, mas, de dar-lhe aplicação devida em conformidade com o anseio social e tornar eficaz um direito fundamental

²⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p.360.

através de uma interpretação que seja de acordo com o texto fundamental. De modo concreto, torna-se inviável o não reconhecimento de que a capacidade interpretativa com poder de dizer o direito é uma força inigualável, pois que, por decorrência do caráter abstrato das Normas Constitucionais, se inexistisse tal interpretação ou sequer ocorresse o termo Mutação Constitucional; Ambas sem alteração na letra da lei poder-se-ia ocorrer um engessamento da Constituição Federal.

Todavia, termos jurídicos como Judicialização Social ou Política também é de relevante valor contributivo para a atuação do poder judiciário como Legislador Positivo, pois, de fato questões que antes permaneciam no seio administrativo ou político, atualmente são levadas ao conhecimento do poder judiciário, que certamente não se afasta de julgar, temas esses que em sua maioria são dotados de muita relevância, a exemplo fidelidade partidária, verticalização, limite da CPI, cláusula de barreira, dentre outros.

De mesmo modo ocorre com a Judicialização social, porquanto, do implemento de maior acesso ao judiciário, como a exemplo da lei dos Juizados Especiais , já acima explicitada, onde ocorreu uma maior procura a tutela jurisdicional, temas antes não vislumbrados ou até mesmo de pequena relevância para o direito são levados ao poder judiciário para que satisfaça a pretensão Indubitavelmente, hoje, se se tem maior acesso ao poder judiciário e este é mais acessível a questões políticas, reflete-se então no ideal de sua força jurídica através de sua credibilidade.

Diante de argumentos jurídicos de grande monta e aparentemente intermináveis, não haveria de ausentar referencia ao poder judiciário como legislador positivo ao que tange as Súmulas, independente se seu caráter ser uniformizador, normatizador, impeditivo ou ate mesmo, mas não menos ou mais importante, vinculante. Pois que, essa pode ser talvez a maior causa de atribuição do poder judiciário, de um caráter legislador, ao passo que os tribunais superiores adotam entendimentos que por vezes massificam julgamentos de modo que determinados casos, quando se tratem de certa legislação, serão tratados através de entendimento já sumulados, seja, “antevendo” a lide o poder judiciário prevê objetivamente a forma como será julgada. É, aparentemente, sua maior demonstração de força legisladora através de “modéstia” vislumbração depositada na enorme quantidade de súmulas existentes.

Portanto, a atribuição formal ao poder judiciário de “legislador positivo”, deveras não é ao acaso, é por certo decorrência de um longo período de ineficiência legislativa do órgão competente, qual não poderia ensejar um abandono dos Direitos e Garantias

Fundamentais do cidadão. Deste modo, aqueles que não encontram amparo legal para satisfazer seu direito recorrem como ultima medida, ao judiciário, este que visa amparar a pretensão até então omissa e equivocada do poder legislativo que tende a ter-se como inerte, enquanto essa característica não lhe é intrínseca.

Assim, reconhecidamente, ou não pelo Pretório Excelso, impossível e inegável é a sapiência do poder constituinte que diante do caráter abstrato normativo da constituição iniciou e corroborou, mas que só efetivado em sua potencialidade por “mora deliberandi” do próprio legislativo, para a Eficácia dos Direitos Constitucionais através atuação judiciária, de modo que as novidades a busca pelo amparo do poder judiciário foi continuado por fatores sociais. Tal como nos remete o douto Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito: verbis

“onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor [...] e norma”²⁹ grifo.

2.1- A Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Fortalecimento do Poder Judiciário

Direitos e garantias fundamentais é gênero, tendo como espécies os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, conforme o título II capítulo I CF/1988. Podendo ser conceituados como direitos fundamentais, os direitos humanos previstos em uma Constituição Estatal, por obvio, seu conteúdo poderá sofrer diversificações em virtude da realidade social de cada povo. Mas que, sua origem revolucionária (*droits fondamentaux*) francesa é decorrente da Declaração Dos Direitos Do Homem e Do Cidadão 1789.

Em termos fundamentais, são observados sobre a ótica defensiva ou garantista, como a de ter competência negativa, qual visa impor limitações aos poderes públicos a fim de evitar ingerências arbitrárias na esfera individual do cidadão. Ainda, mas de mesmo teor, implica em estabelecer uma ordem positiva de sua liberdade cidadã, podendo ser exercido de maneira a

²⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.65.

sanar omissões ou agir preventivamente para que sejam evitadas agressões aos direitos individuais e coletivos.

A classificação dos direitos fundamentais em gerações é vislumbrada para representar não somente as necessidades evolutivas da sociedade, mas também como modelo tornar efetivo, no plano jurídico, fatores sociais que precisam compor uma nova ordem social, mesmo que, no arcabouço do mesmo Texto Constitucional. Dessa forma a própria regra de aplicabilidade será inserida em consonância com a maior ou menor necessidade social; contudo acreditando que quando da programação de sua eficácia ter-se-ia a atuação legislativa.

O fortalecimento do poder judiciário através da Efetividade dos Direitos Fundamentais, esta intimamente conexa com a positividade de sua atuação ao suprimir omissões por vezes e vezes requeridas ao legislador, pois o caráter vinculante e obrigatório desses direitos quais se encontram espalhados pelo Texto Constitucional, chegam a ser sufocados por tamanha inércia legislativa. Tanto que sua ausência de operatividade prática nem sempre se traduz na realidade aceitável, assim termina por ocorrer ofensa direta a dignidade da pessoa humana.

Fato que, o poder judiciário, com a Constituição de 1988, tendeu desde então ao fortalecimento, pois que, um texto objetivo com caráter fundamental, com vistas a proteção do cidadão, coadunando para uma maior requisição ao poder judiciário, concretizada através da realidade material, na busca para assegurar seu Direitos e Garantias Fundamentais onde cidadão tem cada vez mais acessado ao poder judiciário para fazer valer a efetividade dos seus direitos pode ser entendida como real capacidade iniciadora.

A doutrina de Marcelo Novelino mais uma vez tem demonstrado seu caráter inovador, que por correto não seria de maneira diversa nesse tema fundante: verbis;

“Após a fase inicial de carência normativa, a obrigatoriedade e vinculação dos direitos acabaram reconhecidas, sendo atualmente consideradas normas positivas constitucionais. Operou-se o deslocamento da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da “reserva de lei dentro dos direitos fundamentais”. Hoje, além do reconhecimento como direito atual, isto é, com “força normativa independente do ato de transformação legislativa”.³⁰

³⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p.352

Não há de ser duvidoso que tem se agora, mais efetivamente que antes, que os direitos e garantias individuais devam ser aplicados de imediato, conforme expressa o texto constitucional de 1988, artigo 5º, § 1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”³¹. Desta forma, sua não observância obrigatória enseja indubitavelmente almejar a tutela do poder judiciário, que nestes casos devera ser orientadora dos direitos fundamentais.

Seu caráter difuso não o torna absoluto, pois se assim ocorresse poderia atuar como protecionista diante de uma ilicitude, portanto há de falar em sua relatividade como direitos fundamentais, o que o torna limitado, pois diante de conflitos o julgador deve observar o Princípio da Harmonização, com vista a combinar harmoniosamente os bens jurídicos em conflito de maneira proporcional a sua finalidade. Correto que aqui, nestes termos descritos, mas uma vez invoca-se o poder judiciário para balancear, não expurgar, Direitos e Garantias Individuais, de modo que tamanha importância nesse contexto judicial é reflexiva de força e discricionariedade objetiva.

2.2 - A Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais e a Atuação Judicial

Regra, os Direitos e Garantias Fundamentais são utilizáveis para conter a atuação estatal perante particulares ou efetivarem-se quando impedidos, assim é conhecida a Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais. Contudo, ao nos referirmos a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, vislumbramos a ocorrência de afrontas a esses direitos não somente praticadas pelo Estado, mas também ocorridas por particulares, quais diante de inúmeras violações constitucionais, houve-se por necessidade estender a incidência destes direitos às relações privadas. Conforme o entendimento do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes: verbis:

“Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho preocupação de, tão somente, ressaltar que o

³¹ Constituição Federal De 1988, artigo 5º §1º

Supremo Tribunal federal j possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada a aplicação desses direitos às relações privadas³².

O poder judiciário, por sua competente inércia, necessita de demanda para que possa tornar efetiva essa tutela específica, que uma vez iniciada, independerá de legislação intrínseca ao caso para que seja prestada a devida tutela, pois que, aqui cuida-se de normas que definem o caráter fundamental dos direitos do homem, que em sua maioria horizontal é aplicada aos casos em que se busca a igualdade de direitos ou senão o devido processo legal nas relações privadas.

Princípios estes que, diante de um lide, qual almeja-se a prevalência da autonomia das vontades, atua o poder judiciário como ponderador dos princípios a serem aplicáveis, que “in casu” por tratar-se de Normas Fundamentais terão oportunamente maior relevância através da ação positiva do poder judiciário. Contudo, no caso de ponderação não há que falar em expurgação de princípios, mas tão somente em uma afastabilidade momentânea ao caso concreto.

2.3-Interpretação Conforme a Constituição e Discricionariedade Judicial

O constitucionalismo se relaciona de forma intrínseca a um conjunto de regras codificadas, que deveras estejam elencadas de modo sistêmico tornando sua essência positivada em um texto, do qual sua forma será escrita, porquanto, assim será basilar para que o modelo constitucionalista torne-se estabilizante nas relações sociais e de mesmo modo obtenha a segurança jurídica.

Fatores demasiadamente imprescindíveis para só e somente desta maneira poder-se-ia então refletir ao que tange a Supremacia Constitucional, onde, para que haja tal, deve se observar por um modelo rígido, qual sob o ponto de vista da norma fundante, poderíamos então citar que; Uma violação por não legislar, traduz-se em uma concreta inconstitucionalidade. Portanto, que feri o dever constitucional supremo delimitador e

³² STF-RE 201819/RJ Rio De Janeiro, Recurso Extraordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie, 11/10/2005, segunda turma

estipulador das funções estatais. Diante de notório flagrante omissivo legiferante requer-se mais uma vez a quem de direito para fazer cessar o não fazer através da tutela jurisdicional

Por decorrência óbvia da Supremacia Constitucional, a Interpretação Conforme a Constituição nos remete a presunção de constitucionalidade das leis quanto a sua existência ser de acordo com a lei fundamental. Tendo como paradigma a hermenêutica para a observância interpretativa da ordem jurídica com objeto de evitar que norma com significações diversas, mas compatíveis ao texto fundamental, prevaleça aquela que esteja em conformidade ao Texto Fundamental a fim de evitar que ocorram constantes declarações de inconstitucionalidades e expurgações legais do ordenamento jurídico, que se assim o fosse, poderia refletir na perda de credibilidade presuntiva legal.

Na Interpretação Conforme a Constituição, sendo de competência hermenêutica, cabe ao judiciário adequar o real sentido da norma jurídica em xeque, porquanto, pelo Princípio da Confiabilidade, certamente não se espera que o poder judiciário vá deturpar o real conteúdo normativo em razão de qualquer paixão política, nem tampouco contrariar o sentido literal da lei, deve-se contrariamente a isso não desprezar o fim social ou jurídico legal.

Entretanto, não prescinde de caráter duvidoso que uma maior atenção ao tema sob o aspecto sistemático de todo o contexto nos remonta a discricionariedade depositada no poder judiciário. Por isso é inviável o não reconhecimento de seu aspecto ativista que, desde a Constituição Federal de 1988 tornou-o forte, mas também capaz de atuar não somente verificando a legalidade dos atos praticados pelos demais poderes, mas, neste caso, sua valoração se estendeu para além, já que tem a possibilidade jurídica de, após, editada a lei, esta tornar-se eficaz no mundo jurídico, e se então, valores da nova realidade social derem sentidos diversos ao mesmo texto legal, invoca-se aquele que tem o condão de declarar a inconstitucionalidade desta lei, mas que não o fará, pois, em regra há a presunção de legalidade que milita em seu favor, no entanto, haverá uma atuação positiva no sentido de dar prevalência a uma interpretação onde o poder judiciário julgue conforme a constituição, ou seja, dentre aquelas interpretações que podem ser conforme, busca-se discricionariamente a mais conforme aos anseios jurídicos e sociais.

Mais ainda, falamos em discricionariedade positiva do poder judiciário quando nos atermos ao modelo de Interpretação Conforme Sem Redução de Texto; Neste caso a atuação do poder judiciário se traduz na expurgação, não da norma, mas da interpretação desta que

considera incompatível com o texto constitucional. Não é duvidosa a atitude judicial de manter atualizado o ordenamento legal, mas enaltecedora a capacidade que o tem de atuar na mais sensível oportunidade que lhe é dada pelo legislador. Que, aqui ocorre de modo que apenas reduz o alcance da norma eficaz mantendo íntegro a literalidade de seu texto.

O instrumento balizador da interpretação além de sistemático deve ser principiológico, porquanto, a Constituição como elemento de integração comunitária busca seu fim de conservar a unidade político jurídica, de sorte que ao cuidarmos de valores principiológicos, diretamente somos remetidos ao poder judiciário por sensível ligação, ainda, discricionária de ponderar princípios e aplicar a hermenêutica, por intermédio de uma atuação positiva.

2.4- Judicialização Política e Social na Atualidade

Política e sociedade são conceitos intimamente interligados, sendo que, inafastáveis pela sua própria característica, aquela, em termos democráticos, é descendente material do poder constituinte originário aqui se traduz em sociedade, desta forma a política que como adotada em nossa lei fundamental, resulta de uma representação indireta da sociedade que escolhe diretamente seus representantes, mas quando do exercício do poder constituído, estes o efetivam de acordo com a ideologia popular neles representada.

Um maior número de processos judiciais envolvendo matérias políticas, estas que, antes eram tratadas no seio legislativo ou, no mais, em âmbito do poder executivo, hodiernamente, com contumaz volume é creditada frequentemente ao poder judiciário. Dessa forma, institui-se a questão da Judicialização da Política, porquanto, conteúdos como de praxe apresentados aos representantes do povo, onde quaisquer destes os presumam eivados de vícios ou ilegalidades, e visando não participar de um processo ilegítimo, ou até mesmo conteúdos que necessitam de maior eficácia por poderem ter reflexos polêmicos quais transidam varias esferas sociais, são levados a tutela jurisdicional para garantir que, como representantes do povo, somente participem de um processo legislativo justo e se de grande relevância que sejam chancelados pelo judiciário.

Logo, mesmo que tais casos sejam tratados em caráter de excepcionalidade, como a questão de controle preventivo das leis pelo judiciário onde um parlamentar envolvido em

determinado processo legislativo poderá impetrar mandado de segurança junto ao Pretório Excelso com fito de evitar que uma atividade processual legislativa coadunada de vício seja apreciada pela respectiva casa. Em síntese ocorre então o chamado controle preventivo do poder judiciário, que em regra deveria ser cuidado, não pelo judiciário, mas pela própria comissão legislativa responsável a avaliar a constitucionalidade da lei a ser elaborada.

Nestes termos, voto do ministro Sepúlveda Pertence:

“a viabilidade de o congressista impetrar mandado de segurança visando a impedir tramitação na casa a que pertença proposta de emendada que, em razão da matéria, a constituição veda sequer seja objeto de deliberação” (...) cogita-se, no entanto, é fácil de entender, de hipótese excepcionalíssima de controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade das normas (...).³³

Ainda em fase inicial de um processo legislativo, na sua mais sensível competência legiferante, representantes do povo requerem ao poder judiciário uma atividade excepcional, pois que, em regra, somente haveria interferência desse poder depois de concluída a formação da lei, contudo, antevendo esse suposto impossível acontecimento, por ocorrência de algum vício, membros do parlamento, visando sanar a provável luta de longas fases para elaboração legislativa com escopo de legislar, que a “posteriori” essas mesmas leis seriam decretadas viciosas. Busca-se então ao judiciário, qual em caráter extrínseco ao seu cotidiano sana a referida mácula antes mesmo que essa componha o mundo jurídico.

A observação a ser cuidada neste aspecto se refere a confiabilidade social e dos próprios poderes, “in casu”, Legislativo, qual teria sua função de equilibrar e se agindo, reforçar, sua competência legiferante. Mas, recorre frequentemente ao poder judiciário, inerte, adormecido, entretanto, sempre ativo. Fazendo com que, diante de um processo que a princípio é de competência íntima do próprio legislador que, implicitamente cede a outro poder parcela de seu dever, isso ocorre quando em âmbito exclusivo de seu mister permite que outra força alheia a casa legisladora interfira na essência formadora de seu princípio mais institucional, qual seja, quando o poder judiciário agindo ativamente no processo intimamente legislativo. Certamente que não cuidamos aqui da implementação de um membro de outro poder investido na função legislativa, entretanto, cria-se mais oportunidade de intrusão ou

³³ STF- MS 23047, MC/DF Distrito Federal, Medida cautelar no Mandado de Segurança, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 11/02/1998, Pleno.

enfraquecer legislativo com, mais uma vez, em resposta ao Estado Democrático de Direito, consequente enaltecimento do poder judiciário.

O judicializar a política deve ser vislumbrado de modo mais amplo possível, sem radicalizar o conteúdo, pois que, de acordo com o proposto anteriormente, matérias que antes tinham efetivamente cunho político, hoje são rotineiramente discutidas em âmbito judicial. Contudo, não se deve enrijecer tal fato, que facilmente é notório na atualidade, pois, como esse se deve ter sempre como parâmetro legal razoável a própria Lei Fundamental, ou seja, ao Judicializar a Política deve-se ter como marco inicial, o respeito a integridade da própria Constituição, essencialmente que, o respeito as normas, Direitos e Deveres Fundamentais.

Em momento algum poderá ser afastado da legalidade política desenvolvida em caráter legislativo, ou seja, não há que falar em respeito Constitucional somente em casos quais hajam sido elaboradas as leis em aspecto formal e material, hodiernamente se exige da própria política uma atividade de estrita legalidade, como um aspecto de boa-fé objetiva que acontece antes, durante e após a elaboração das leis. E se esse aspecto de estrita legalidade requerer atenção, ou segurança jurídica haverá corroboração democrática daquele parlamentar que busca manter sua ideologia política mesmo que garantida em parcela a um judiciário observador dos reais direitos fundamentais.

Expandir a força judicial tornando a capaz de ser decisória nas questões políticas do poder legislativo, judicializar a política, aparentemente e perante determinadas situações, poder-se-ia aparentar que estaríamos diante de um provável poder absoluto, onde para que se pudesse elaborar lei, ou seja, praticar efetivamente a atividade que constitucionalmente lhe é devida, inicialmente, ser-se-ia forçado a que o Legislativo passasse seu processo pelo crivo do poder judiciário.

Entretanto, tamanho rigor não poderia merecer plausibilidade, pois, o que acontece é um agir em quando a própria câmara competente requer necessariamente garantia de integridade formal e material a Constituição Federal, desta forma, não há ruptura entre os poderes, nem tampouco violações de funções institucionais estabelecidas, mas, tão somente proteção judicial quando haja interesse maior de parlamentar ou da própria casa em tornar efetivo um processo legislativo adequado as normas fundamentais.

Também não há que falar em ausência de democracia ou democracia inadequada pela virtude de outro poder interferir em conteúdo intrínseco de outrem, pois, necessário

observar que todo o ordenamento jurídico tem sua origem na vontade do popular, portanto, o termo democracia esta representado não somente no caráter legiferante, mas, em toda ordem jurídica legitimamente constituída, que ‘in casu’, cuida-se, inclusive do acesso ao poder judiciário ocorrendo quando esse acesso seja almejado por outro poder, portanto sua legitimidade é consoante da mesma ordem democrática validada pelos representados, povo.

A atuação positiva do judiciário conforme sua intrínseca característica de ter em seu corpo jurídico capacidade de tornar a política, mecanismo até então puramente ideológico, com características passíveis de controle jurídico faz presente valores judiciais de notório positivismo social, qual deriva da opinião publica que por intermédio de inúmeras demonstrações de confiabilidade permitiu que houvesse intervenção jurídica em questões de cunho político, de forma que ate então, tem sabido o poder judiciário, compatibilizar tais questões sem que se rompesse com a separação de funções estatais ou sequer usurpação competência que não lhe é por fundamento constitucional.

O termo Judicialização social, somente poderia encontrar limites no próprio Poder Constituinte Originário, ao passo que, se todo o poder emana do povo (CF 1988) uma maior interpretação em razão do próprio povo não há que ser contraria a sua característica evolutiva, mas, sim aceitável. O direito como fator social nos remete a era da atualização de entendimentos que sob este aspecto é modalidade interpretativa essencial as suas constante mutações. Deste modo, a garantia constitucional de acesso ao poder judiciário tem gerado uma grande demanda a sua tutela, pois com a maior acessibilidade, através de mecanismos judiciais que dão igualdade de acesso aos tribunais, resultou em uma maior procura a justiça ao caso concreto e nestes parâmetros, houve maior visualização judicial da sociedade quanto a esse poder.

Contudo, não se vislumbra aqui uma tutela perfeita, mas, tão somente que, com maior demanda judicial em torno de processos que antes eram até mesmo de cunho resolvíveis em âmbito da própria comunidade hoje são levados ao crivo do judiciário que procura, razoavelmente, aperfeiçoar-se para atender tais questões sociais, mesmo que aparente tenha pequena relevância se trata de questões sociais reflexas em Direitos Fundamentais, estes que, não tem maior ou menor importância, o são pela condição de ser fundamental a dignidade humana e, portanto merecedores de amparo jurídico já que este o exerce como monopólio. Exemplo, já citado é a lei 9099/95, qual através foi reflexa, não somente por consequência desta prestação jurisdicional a quem mais necessita, mas também por demais

demonstrações de razoáveis respostas sociais e políticas, quais quando requeridas a devida tutela judiciária foram por bem efetivadas, onde se comprovou a estabilidade das relações jurídicas e de mesmo teor transpareceu a segurança nas relações sociais a muito esperadas.

Consoante ensinamento de Ferdinand Lassalle, citado em José Afonso da Silva. “a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, sendo a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma “folha de papel”³⁴.

O sentido jurídico sociológico que se dá ao escrito do douto citado se aproxima ao máximo da realidade atual, posto que, não se exime dos fatores reais de poder, defendidos pelo autor supra, o poder judiciário. Porquanto, o simples fato de se ter leis fundamentais regradoras de atos estatais ou expansivas de direitos e garantias fundamentais do cidadão, não as tornará Constituição, se fatores de poderio como o judiciário não estiver em consonância com a constante realidade social, qual demanda o direito.

Portanto, somente com uma atuação válida perante determinada sociedade poder-se-ia falar em termos constitucionais reais, já que, seu caráter garantidor e efetivador de direitos não se perderia no tempo, mas que contrario a isto caminharia juntamente com a evolução social, de modo a possibilitar maior participação popular, acesso e garantia de tutela através de poderes ativos como o é o judiciário.

³⁴ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.p38.

CAPÍTULO III

PRETÓRIO EXCELSO NORMATIZADOR (fidelidade partidária, limite da CPI, clausula de barreira, raposa serra do sol)

O poder judiciário em sua função ímpar como detentor do monopólio jurisdicional na composição de conflitos e, portanto, detentor da capacidade de dizer o direito ao caso concreto, considerando seu caráter inerte, atua em caráter decisório. Entretanto, há necessidade de considerar que não raras às vezes existem regras pré determinadas a serem aplicadas ao caso concreto ainda a ser discutido judicialmente, a exemplo do que ocorre com as jurisprudências, que em regra literal não obriga, mas tende a prevalecer em torno de novas ações judiciais. Que nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano: “hodiernamente, porem tem um significado (...) consistindo no conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre determinadas matérias (*rerum perpetuo similiter judicatorum auctoritas*) (...) é a complexa reunião de julgados”.³⁵

Entretanto, como referido anteriormente o poder judiciário e em especial o Supremo Tribunal Federal não concordam de forma expressa sob a questão do novo rotulo de Legislador Positivo que lhe é dada, desta forma, quando questionado ou requerido expressamente com desejo de sanar omissos constitucionais é redundante em vários julgados no sentido de que não lhe é dada a competência legiferante. Mas, a contento social esta não é a realidade que permeia nossa sociedade, porque, de veras são as vezes que nos deparamos com situações antes insolúveis ao direito, mas que quando postas a tutela jurisdicional satisfazem a pretensão das partes sem premissa objetiva legal.

Ao que tange a normatização, inclusive de questões políticas, quais agora se, em regra, vultuosas são verdadeiramente submetidas ao crivo judicial, inegável que através desta Judicialização política, aproveita-se o Pretório Excelso para normatizar questões de anseio

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva 2006, p. 18.

eleitoreiro, quais certamente renomeia sua alta capacidade de modo a torna - lá ainda mais segura e quase sempre inquestionável, ou mesmo perpetuável até a vontade de uma nova ordem social.

Desta forma, normatizar inclui-se também a política, fatores essenciais como a Fidelidade Partidária tornaram-se modelo legalista para todos os partidos políticos, inicialmente ocorreu através do Tribunal Superior Eleitoral (Res. 22.610/2007) que, por discordâncias de alguns quanto a resolução editada que, em regra, não teria força de lei estrita, submeteu-se o pleito ao Supremo Tribunal Federal, que ratificando posteriormente se preocupou em destacar a questão que deriva do elo crédulo entre o povo e o representante na sua forma mais pura de democracia.

Como posto, ainda envolve toda uma ideologia partidária creditada no representante que a “posteriori” participa com frequência da famigerada “dança das cadeiras” com aparente desrespeito aos fundamentos constitucionais, rompendo ainda com o caráter ético-político ao qual se vinculou no momento do registro de sua candidatura. Nestes termos o douto ministro de Pretório Excelso, verbis: “Como a troca de partidos não é submetida ao crivo do eleitor, o novo vínculo de fidelidade partidária não recebe legitimidade democrática inequívoca para sua perpetuação e, assim, não há a transferência da vaga a nova sigla”.

E de mesmo modo a complementar seu voto, o ministro, Ricardo Lewandowski, verbis: “Se tal ordem fosse concedida como pleiteada, nos alteraríamos a vontade do eleitor, modificaríamos a vontade do último pleito, inclusive o número de cadeiras obtidas pelo partido original nas últimas eleições”.³⁶

Destarte, não há que ser duvidoso o caráter normativo de uma questão, ainda que política, mas de enorme relevância, porquanto, tendia a driblar a democracia em sua forma mais pura de representada na soberania popular, mas que, as decisões tratadas pela Suprema Corte evidenciam, desde, então uma jurisprudência normativa no sentido de zelar pelo Estado Democrático de Direito.

Em termos que delimitam a atuação legislativa quando de apuração pelas comissões parlamentares de inquérito, o Supremo Tribunal Federal normatiza sua reserva de jurisdição, ou seja, por inércia legiferante há um positivismo necessário a atuação judicial, contudo, em

³⁶ STF-MS27938-DF, Distrito Federal, Mandado de Segurança, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 11/03/2010, Pleno.

situações que cabe ao poder legislativo atuar de forma a evitar ou “reprimir” atos ilícitos, o faz de forma reservada, não dispondo de amplos poderes para atuação, pois que, o poder judiciário estabelece parâmetros para que esse venha a efetivar sua atuação, isto como forma de preservar a jurisdição una.

Nestes termos é o voto do ministro Cesar Peluzo, “*verbis*”:

É entendimento firme e aturado desta corte, e unanime da doutrina, que, nos termos da constituição da Republica (art.58 § 3º), as comissões parlamentares de inquérito têm todos os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, mas apenas esses, e nenhum além desses.³⁷

Nestes termos, sua função normatizadora, não se esgota em apenas estabelecer modelos legalistas, mas também, cuida de zelo pelas suas prerrogativas, porquanto, certamente afastam questões como a ruptura da Separação de Poderes, pois que, não o seria sendo que as comissões parlamentares de inquérito são instituídas pela própria Constituição Federal, assim minimiza-se discrepâncias gritantes, mas ao mesmo tempo reza expressamente que o estabelecido nas normas constitucionais deve-se uma interpretação literal e porque não, restritiva.

Normatizando por intermédio de jurisprudências, o “Excelso” não se esgota tão em meras citações, que se a contento seriam por demais consideradas infinitas, posto isso, requer sejam aceitos tais tópicos como singela referencia a Vida Positiva da Suprema Corte, posto que sua inegável negativa de prestação positiva esta implicitamente espalhada pelo mundo jurídico através de decisões que formam fundamentais para determinar-lhe esta conceituação normativo-positiva.

Assim, mais uma vez prospera em nosso escrito uma questão de relevância para o mundo jurídico, trataremos agora da Cláusula de Barreira, que através de uma relação direta com os direitos fundamentais, quais nesse caso cuidam da soberania popular, *verbis*: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, (...)”.³⁸

Dessa forma a cláusula de barreira vinha a limitar a atuação de partidos políticos de menor expressão, pois, ao se exigir um mínimo de votos ou coligar-se para que perdure sua

³⁷ STF-MS 27483, Ref. MC/DF, Distrito Federal, referendo em Medida Cautelar, MS, Relator Ministro Cesar Peluzo, 14/08/2008, Pleno.

³⁸ Constituição Federal de 1988, artigo 14.

existência no congresso indubitavelmente cuidava-se de obstáculo a democracia, que assim diretamente repercutiria em todas as questões políticas que envolvessem o pluripartidarismo de modo a cercear as prerrogativas constitucionais soberanas e rompendo com as normas garantistas, “in casu”, prevista no parágrafo único do artigo 1º C.R 1988, implantando uma ditadura da maioria, cerceadora do pluripartidarismo, in verbis: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.³⁹

Porquanto, a Cláusula de Barreira, teria como característica primordial o empobrecimento da democracia, pois que, o primitivo conceito de democracia não mais bem se amolda a realidade social, fato este que ficou caracterizado na questão suscitada, onde o voto do douto ministro Marco Aurélio tornou-se um referencial a ser marco histórico para aqueloutro que desejar cuidar da matéria que tenha por base a cidadania. Nestes termos esse voto traduz a democracia da seguinte forma:

“O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é de elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais. (...) Democracia que não legitima esse convívio não merece tal status, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão das minorias pela maioria”.⁴⁰

Voto que, não somente normatizará mais uma questão, mas, certamente cuidará, como cuidou de um intróito no novo conceito de democracia, qual neste aspecto, expurga o ideal de que a maioria faz lei, pois se assim o permanecesse, repetimos então o teor do voto do douto ministro, seria “escravidão” e não democracia.

Nestes termos, com tão inovador voto, não haveria que temer qualquer prevalência da questão implantada, porquanto, a Cláusula de Barreira foi o mais perfeito exemplo de poder absoluto, porquanto, somente prevaleceriam os mais fortes, voltaríamos então a “época do cabresto” qual modernamente adaptada a uma realidade cruel de opressão implícita. Deste modo, não somente foi declarada, por unanimidade, a inconstitucionalidade de alguns

³⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 1º parágrafo único.

⁴⁰ STF-ADI 131DF/ Distrito Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Ministro Marco Aurélio, 07/01/2006, Pleno.

dispositivos relativos a lei 9096/1995, mas, findou por normatizar um novo conceito de democracia, de muito bom grado, referencial a questão Positivista do Poder Judiciário.

Como, de acordo com o tópico a ser tratado, normatizar, se refere aqui a questão de o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de suas jurisprudências criarem parâmetros quais sejam causadores de entendimentos aplicáveis a questões que, se colocadas a tutela desse poder, já sejam enquadradas no mesmo teor já existente. Assim, não há falar em normatizar sem que se cuide da grande questão que repercutiu nacionalmente, onde envolvida por índios e produtores em lide por uma terra demarcada chamada “Raposa Serra Do Sol” no estado de Roraima. Não queremos tratar do aspecto concreto de justiça, que de indubitável relevância, pondera-se por necessidade de afunilamento.

Destarte, o voto do ministro Carlos Brito, impressiona com tamanha perícia proferida, porquanto, após longo tempo e grande repercussão a presente ação foi julgada parcialmente procedente, mas como esclarecido linhas acima, esse talvez já seja o fervor do que se pretendia enunciar dentro do que comporta sensivelmente o tema proposto, senão o for o de maior relevância jurídica, posto que. A decisão proferida pelo Pretório Excelso, não somente, materializou resolveu juridicamente a questão, mas também o que por vezes foi negado, qual seja seu caráter positivador, no sentido, julgo procedente, mas “de acordo com os incisos seguintes”; pois que, este fora o teor da decisão, que indubitavelmente tem postura de legislação qual vemos incontáveis vezes em qualquer texto legal, neste caso, carecedor apenas de um termo que expresse “Art.1º”, já que a presente decisão apenas consta de incisos, mas que, o aparente “erro” não expurga o caráter legislativo de 19 (dezenove) incisos. Merecedores de sua transcrição. “in Verbis”:

- I- O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (...) pode ser relativizado (...).
- II- O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos (...).
- III- O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais (...).
- IV- O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação (...).
- V- O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional (...).
- VI- A atuação das forças armadas e da policia federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada (...).
- VII- O usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos (...).

- VIII- O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes (...).
- IX- O Instituto Chico Mendes de conservação da biodiversidade responderá pela administração da área (...).
- X- O transito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitidos (...).
- XI- Devem ser admitidos o transito, o ingresso e a permanência de não índios (...).
- XII- O ingresso, o transito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas (...).
- XIII- A cobrança de tarifas ou quantia de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas (...).
- XIV- As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento (...).
- XV- É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca (...).
- XVI- As terras sob ocupação e posse dos grupos ou comunidades indígenas (...) gozam de plena imunidade tributária (...).
- XVII- É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.
- XVIII- Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (...).
- XIX- É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação (...).⁴¹

(termos grifados).

Portanto, em termos propostos, como ulterior referência, mas crédula de maior relevância aos termos aqui expressos, vislumbra-se evidentemente, não somente o aspecto normativo jurisprudencial de dizer o direito, mas também é possível uma concreta demonstração de atuação legiferante, mesmo que, em regra, ausente algum artigo, não há impedimento quanto a esta em termos legais; Que, mesmo compostos exclusivamente de incisos, hodiernamente é o amparo legalista resolutivo daquela lide que foi Positivada pelo poder judiciário.

3.1-Súmulas e seus Efeitos Jurídicos

A Súmula, ou enunciado de súmula, pode ser melhor conceituada nos termos do processo civil, porquanto a aparente fuga do tema, não merece plausibilidade, porquanto, a unidade do direito permite abeberdar-se em todos os ramos, que ramificação o são por mera questão didática.

O enunciado de Súmula tem como característica primordial uniformizar julgados dos tribunais superiores dando maior eficácia a jurisprudência e deste modo evitar divergências. Nestes termos preceitua o douto Humberto Theodoro Junior: “a súmula não tem força de lei para os casos futuros, mas funciona, de acordo com o regimento interno do tribunal, como

⁴¹ STF - Pet. 3388/RR- Roraima, Petição, Relator Ministro Carlos Brito, 19/03/2009, Pleno.

instrumento de dinamização dos julgamentos e valioso veículo de uniformização jurisprudencial (...)”.⁴²

A relevância do enunciado de Súmula é primordial para o conteúdo do tema proposto, quando mais nos deparamos com enunciados que cada vez mais se tornam numerosos, neste contexto, cada tribunal superior tenta normatizar mais e mais questões relevantes. Não haverá que falar em engessamento dos temas sumulados, pois que, Súmula pós Súmula, ocorre uma espécie de atualização por aquele tribunal que a editou, procurando, ao mesmo tempo que, efetiva o cancelamento de uma, editar outra de teor adequado aos novos anseios jurídico-social.

Portanto, as Súmulas têm o condão de demonstrar o entendimento majoritário sobre determinado assunto relevante para aquele tribunal afim de que tenha maior publicidade determinado entendimento com fito de evitar que se criem divergências após a unificação de jurisprudências, certamente seu aspecto taxativo exprime sua capacidade normatizadora de positivação do poder judiciário.

3.2-Súmula Impeditiva de Recurso.

Nos termos do parágrafo primeiro, artigo 518 do código de processo civil, verbis: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.⁴³

Porquanto, as Súmulas, neste caso, carregam a nomenclatura de Impeditiva de Recurso, quais têm o condão de impedir que o Superior Tribunal de Justiça ou mesmo o Pretório Excelso, quando se, acaso o entendimento desses tribunais forem diversos daquele expressado nas razões do recurso, fato a ser avaliado pelo relator do presente recurso interposto, o recurso não seja submetido ao seu crivo pela dissonância com seu entendimento.

Questão merecedora do devido mérito divergencial doutrinário quanto a sua característica cerceadora de direitos. Contudo, o que se pretende aqui é seu caráter positivo, pois que, a Súmula Impeditiva de Recurso tem, por regra, a capacidade de limitar a atuação

⁴² TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg.708.

⁴³ Código de Processo Civil, parágrafo primeiro, artigo 518.

das partes, sendo que, neste caso atua de modo a extremar ainda mais sua força legiferante, pois atuando positivamente requer sua observância e de modo diverso agora requer a não aceitação de um direito quando por desconformidade com o entendimento de determinado tribunal, que em verdade se reflete no caráter jurídico, mesmo no aspecto aparentemente negativo é positivadora sua atuação jurídica.

3.3- Súmula Vinculante

Todas as Súmulas têm seu aspecto normatizador, contudo, a Súmula que impede os recursos que estejam em desconformidade com o entendimento dos tribunais é merecedora de mais atenção, pois que, tem uma força um pouco maior. Mas, não há dúvida quanto ao caráter fortalecedor do poder judiciário quando tratamos da Súmula Vinculante, que como proposto pela própria nomenclatura, vincula todos os tribunais e órgãos da administração pública, surgida com a emenda constitucional numero 45 de 2004 a qual se incorporou a constituição através do artigo 103-A.

Nestes termos: verbis:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.⁴⁴

Tamanha força, por certo, que dependerá da observância de alguns requisitos para sua aprovação, como maior quorum, retiradas decisões sobre matéria constitucional, publicação na imprensa oficial.

Com regime vinculante somente capaz de ser aplicado pela Suprema Corte Constitucional, que regulado pela lei 11.417/2006, tem como destinatários além de órgãos do poder judiciário, a administração pública direta e indireta em todas suas esferas de atuação, seu objeto se atém a validade, interpretação e eficácia daquelas normas que hajam sido causa

⁴⁴ Constituição Federal de 1988, artigo 103-A.

de controvérsia qual tenha causado insegurança jurídica como consequência o acúmulo de processo sobre o tema.

Atrelado ao positivismo judicial o Enunciado de Súmula com Efeito Vinculante se deve a omissão legiferante em editar determinadas normas quais teriam grande relevância para o mundo jurídico e social. Assim, seu efeito vinculante engloba os aspectos legalistas como o caráter abstrato, geral e imperativo certo por seu cunho constitucional. Em regra os efeitos das Súmulas Vinculantes são não retroativo (*ex nunc*), entretanto, como um tipo de efeito abstrato que tem as leis esta Súmula poderá ter seus efeitos modificados com vista a transparecer a segurança jurídica necessária as relações existentes, seriam com chamados doutrinariamente de modulação dos efeitos temporais.

Isto posto, tem-se na característica sumulante, o exemplo mais vigorável de que o poder judiciário tende cada vez mais a se estabilizar e diretamente enrijecer suas decisões no sentido de que suas Súmulas, Impeditivas ou Vinculantes, normatizam cada vez mais questões de grande relevância no mundo jurídico, que se transcendem ao reflexo da sua atuação positiva.

Quando nos referimos às Emendas a Constituição de 1988 temos ao longo de mais de duas décadas evolutivas gradativamente, o total de 62 (sessenta e duas), enquanto que, ao tratarmos de Súmulas Vinculantes, desde sua regulamentação em 2006, já se somam o montante de 31(trinta e uma), logo, subentende-se que o caráter normativo do Pretório Excelso esta ainda mais relevante e mais ativo, posto que, o reflexo de sua credibilidade transmutada a partir da segurança jurídica passadas em suas decisões têm tido muita relevância e aceitação social.

3.4- Poder Judiciário e sua Eficácia na Representação Indireta do Poder Constituinte Originário.

Partindo do pressuposto que a atuação legislativa a muito se tem por omissa e que o poder judiciário tem cotidianamente demonstrado seu lado jurídico positivo de forma aceitável a sociedade. Haveria que falar em uma prestação jurisdicional legiferante qual poderia ser vislumbrada implicitamente em suas decisões, quais em muitas vezes inovam no mundo jurídico, seja através de suas jurisprudências ou sumulas, que vinculam ou não.

Destarte, o que há muito tempo se almeja em um Estado Democrático de Direito, tem sido alcançado, mesmo que por via oblíqua, um modelo idealista do que deveria ser consequência da representação popular requerida pela democracia, que ocorre através de um órgão ainda não efetivamente legitimado por intermédio de sufrágio, mas, de forma indubitável desempenha seu mister com fito de solucionar as lides propostas e buscar os anseios da população necessitada por sua resposta justa, que somente então, se ampara na segurança desses decisórios ou até mesmo ocorre quando outro poder, ainda que omissivo em sua sensível função estatal, necessita do crivo judicial para efetivar a atuação política, assim tamanha prestação jurisdicional, nos remete ao raciocínio qual perfaz o aparente conceito de representação indireta popular.

Neste sentido, se houvesse vedação às inovações trazidas no seio do poder judiciário estaríamos diante de uma ruptura no fator social que tem o direito adaptável a sociedade, pois que, tais inovações são conseqüências “jus naturalista”, quais têm o Poder Constituinte Originário de participar da vida jurídica estatal. Assim, verbis: “os limites transcendentais são aqueles que, advindos de imperativos do direito natural, de valores éticos ou de uma consciência jurídico coletiva, impõem-se a vontade do Estado, demarcando sua esfera de intervenção”.⁴⁵

Portanto, cuida-se de uma questão social com amparo em resultados positivos advindos de Direitos Fundamentais, porquanto, sua origem iniciadora se encontra na questão do acesso ao poder judiciário, que na ausência de leis que abarquem questões de interesse social, o poder judiciário age positivamente para sanar a estagnação social, com fito de minimizar os prejuízos causados e trazer a justiça social por intermédio de decisões que efetivamente se amoldam a segurança jurídica desse poder, cada vez mais confiável pela sociedade, sua atuação como legislador positivo tem sido o ideal, mesmo que ainda muito abstrato, de representação indireta popular, isto por decorrência natural da própria sociedade que nele credita a aceitação de seus decisórios.

⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 75.

CONCLUSÃO

Todo o explicitado até aqui é consequência lógica doutrinária fundada, em regra, no amparo de textos legais e entendimentos jurisprudenciais que assim coadunaram o com desenvolver dos fatos e inovações jurídicas demonstradas, quais tiveram como consequência essencial a demonstração de que um poder atuante, positivo, é fundamental a realidade social e de mesmo modo balancear o equilíbrio jurídico normativo, ainda que inexistente politicamente.

Por todo o exposto almejou-se retratar uma nova ordem jurídico social, qual seja capaz de atender os reais anseios sociais onde se permeia o direito aplicado ao caso concreto e aos casos de ausência legislativa, com fito de preservar a separação dos poderes e manter as lides propostas ao poder judiciário, sem que ausente qualquer segurança jurídica, evitando, de mesmo teor, uma ruptura na ordem constitucional.

Deste modo, a realidade jurídica tem demonstrado, por intermédio do princípio constitucional da publicidade, que as efetivas atuações do poder judiciário têm sido um exemplo de prestação estatal, pois que sua essência interpretativa corrobora para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, que se inexistente amparo infraconstitucional, não haverá inibição por decorrência da inafastabilidade do poder judiciário.

Portanto, com suas decisões que inovam no mundo jurídico tem-se dado origem a um novo rotulo, onde o poder judiciário venha ser taxado de legislador positivo, pois que com seus julgados diante a ausência de leis traduzem uma nova ordem social, qual quando questionada a este poder é expressamente negável, porquanto sua aceitação seria um reconhecer um potencial de rompimento com a separação de poderes. Deste modo, vislumbrou-se não apenas demonstrar o caráter positivo de suas decisões judiciais, mas também que, uma das consequências constitucionais democráticas e ter zelo pela minoria que se ausente de legislação, não lhe mais é dado ao Estado permitir que seus direitos fundamentais, que o são pela simples condição de “ser” humano não sejam passíveis de serem, ainda assim, tutelados.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo: Malheiros, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2007.

CANOTILHO, Jose Joaquin Gomes; Direito Constitucional e Teoria da Constituição; Almedina 2003.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva 2006.

LENZA, Pedro; Direito Constitucional Esquematizado; Saraiva 2010.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FONTES PRIMÁRIAS

Constituição Federal de 1988, artigo 2º.

Declaração Dos Direitos Do homem E Do Cidadão, 1789, artigo 16.

STF- ADI 98, Mato Grosso- MT, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 07/08/1997.

STF- RE, AgR. 463.671, Relator. Min. Sepúlveda Pertence, 03/08/2007.

STF-MI. 361 relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1706/1994.

STF-ADI. 3682, relator Ministro Gilmar Mendes, 06/09/2007.

STF-AI 344269, AgR-AgR/SP, relator Ministro Celso De Melo, 23/06/2009.

STF, AgR.-ED 432460, Distrito Federal-DF, Embargos de Declaração, AG-REG, Recurso Extraordinário, relator Ministro Cezar Peluzo, 02/02/2010, 2º turma.

STF-RE 201819/RJ Rio De Janeiro, Recurso Extraordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie, 11/10/2005, segunda turma

STF- MS 23047, MC/DF Distrito Federal, Medida cautelar no Mandado de Segurança, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 11/02/1998, Pleno.

STF-MS27938-DF, Distrito Federal, Mandado de Segurança, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 11/03/2010, Pleno.

STF-MS 27483, Ref. MC/DF, Distrito Federal, referendo em Medida Cautelar, MS, Relator Ministro Cezar Peluzo, 14/08/2008, Pleno.

Constituição Federal de 1988, artigo 14.

Constituição Federal de 1988, artigo 1º parágrafo único.

STF-ADI 131DF/ Distrito Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Ministro Marco Aurélio, 07/01/2006, Pleno.

Código de Processo Civil, parágrafo primeiro, artigo 518

STF - Pet. 3388/RR- Roraima, Petição, Relator Ministro Carlos Brito, 19/03/2009, Pleno.