



Artigos

MODERN CONSTITUTIONALISM AND WEIMAR LIBERALISM

David T. Ritchie¹

Professor da Mercer University School of Law - EUA

RESUMO

O presente trabalho discute as relações entre o constitucionalismo moderno e o liberalismo de Weimar. Dedicar-se, sobretudo, a analisar as críticas traçadas à Carta alemã e também a apresentar algumas conclusões que podem ser apreendidas com o fracasso do modelo weimariano.

PALAVRAS-CHAVE

Modern constitutionalism. Liberalism. Weimar Republic

SUMÁRIO

1. Introduction 2. Weimar Constitutionalism 3. Assaults on Weimar Constitutionalism
4 The Frankfurt School and Weimar Constitutionalism 5. Conclusion

1. Introduction

Modern constitutionalism, with its attendant liberal political underpinnings, has dominated the political scene for the last hundred years or more. With the rise of the formal international community, there has been a great deal of pressure applied to forming or re-forming nation-states to adopt a modern constitutional system as a badge of their acceptance of certain universal norms. For some, this universalization is the fruition of the rationalist ideals applied to political entities.² Kant, for one, envisioned a perfectly rational and moral community of autonomous states adhering to a universal constitutionalist structure.³ In this view, universal acceptance of constitutionalism is a

¹ B.A., J.D., LL.M., Ph.D.; Associate Professor of Law, Mercer University School of Law, Macon, Georgia. I would like to thank Fernanda Duarte Lucas de Silva, John Lysaker, Bonnie Mann, Jim O'Fallon, Claudia Ribeiro Pereira Nunes, and Cheyney Ryan for their encouragement and assistance developing the ideas in this paper. I would also like to thank the Dean and faculty of the Mercer University School of Law for support this scholarship, and to the students in my Advanced Writing Group: Rhett Fraser, Mitch Mobley, Laura Murtha, Cliff Sandlin, Jessica Shackelford and John Tyler for their comments on parts of this paper.

² See, e.g., Thomas C. Grey, "Constitutionalism: An Analytic Framework," in J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds., *Constitutionalism: Nomos XX* (New York: New York Univ. Press, 1979), 189-209; and Ronald Moore, "Rawls on Constitution-Making," in Pennock and Chapman, 238-268.

³ See, e.g., Immanuel Kant, *Perpetual Peace* (London: Allen and Unwin, 1915), and Immanuel Kant, *Metaphysic of Morals* (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1991).

road to a more peaceful community of nations. For others, however, this move to entrench universal forms of political structure is driven by more dubious goals. A more measured appraisal of modern constitutionalism points to the interests of politically powerful nation-states that “assist” forming or re-forming polities.⁴ In this account, constitutionalism is a legacy of colonialism that permits economically, militarily, and politically powerful nations to impose their political structures upon incipient nations to preserve the status quo on the international stage. The hegemony of modern constitutionalism might be called a form of conceptual colonialism that has bound incipient nation-states into a retrograde structure of political organization that serves the interests of their powerful peers.⁵

The evidence of this latter position lies in the history of the last century. The twentieth century was a century of tremendous conflict, violence and international aggression. While the whole of human history is littered with these sorts of events, the last century far surpassed the previous ones in the sheer scale of the tragedies unleashed by state sanctioned violence. As states have become - in the Enlightenment formula - more rational, they have rationalized violence on an unprecedented scale. Modern constitutionalism, and in particular its association with the nation-state system, may be a root cause of the international instabilities that the world has experienced during the last century. This is a bold, and deeply troubling, statement. But it is one that must be discussed. If, as I suspect, the rise of modern constitutionalism can serve as a front for the hegemony of certain interests, the link to conflict and domination (conceptual, economic and military) needs to be explored.

This is not to suggest that constitutionalism of some sort is inherently totalizing, or that the concept of structured government and universal norms are themselves linked to the barbarism that we have seen of late (and continue to see today). There have been plenty of authentic foundings that have incorporated constitutionalist ideals into the fabric of the social group engaged in the formative project. These foundings may, indeed, even play a role in organizing and coordinating the international community. There have been many more foundings, however, which have not played such a positive role. These foundings rely, in large part, on the sort of hyper-formal rationalist model of constitutionalism that I have discussed elsewhere.⁶ Such foundings are more often the consequence of international (or transnational) power dynamics and economics than they are genuine attempts to engage

⁴ See the “Introduction,” in Douglas Greenberg, Stanley N. Katz and Melanie Beth Oliviero, eds., *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (New York: Oxford Univ. Press, 1993).

⁵ Killion, M. Ulrich, “China and Neo-liberal Constitutionalism,” *Global Jurist Frontiers* 3, n. 2 (2003), available at: <<http://www.bepress.com/gf/frontiers/vol3/iss2/art3/>>.

⁶ David T. ButleRitchie, “The Confines of Modern Constitutionalism,” *Pierce Law Review* 3:1 (2004): 1-32.

in authentic constitutional founding. My fear is that constitutionalism - of the sort I have discussed thus far - is nothing more than a vestige of a totalizing vision of global economic and political hegemony.⁷

It is this sort of outside influence, the pressure applied to incipient nation-states by external actors for their own interests, that signals a potential danger for the states involved in these foundings. When coupled with the application of formal positivist constitutional structures, which are often alien to the cultures engaged in the incipient founding, this imposition of constitutionalism can lead to a disjunction between the formal structures of the constitution and the actual political and legal apparatus of the new or re-formed nation-state. This disjunction has occurred many times during the history of modern constitutionalism.⁸ One of the most dramatic examples occurred in Germany during the Weimar period. The Weimar Constitution failed because it could not protect the concept of legality against the onslaught of authoritarian abuses. This failure was caused, as we will see, by the fact that individuals and groups in German society were never invested in the constitutional project. Both critics and supporters of the Weimar constitution recognized that there was a gap between the formal positivist structures of the constitution (which was heavily influenced by outside actors at the end of the First World War) and the social, political and legal realities in inter-war Germany.

In what follows I will briefly track the development and implementation of Weimar constitutionalism, paying particular attention to the way in which the Weimar constitution fits into the paradigm of modern constitutionalism. I then track the criticisms that were aimed at the Weimar constitution. These criticisms largely focused on the link between the Weimar constitution and liberal political theory. Critics from both the right and the left claimed that this liberal foundation was an alien and superficial apparatus that could not sustain the political aspirations or legal heritage of the German people. I then turn to some defenders of the Weimar constitution. In particular, I review the positions of Otto Kirchheimer and Franz Neumann. Kirchheimer and Neumann attempted to resurrect the spirit of Weimar constitutionalism, while recognizing the weaknesses of the basic form and structure of the Weimar constitution. In effect, they believed that the Weimar constitution was a useful (if flawed) beginning. Interestingly, both accepted - at some level - the criticisms that detractors of the Weimar constitution offered. Kirchheimer

⁷ See, e.g., David T. ButleRitchie, "Critiquing Modern Constitutionalism," *Appalachian Journal of Law* 3:1 (2004): 37-49, 45-49.

⁸ See, e.g., David T. ButleRitchie, "Organic Constitutionalism: Rousseau, Hegel and the Constitution of Society," *Journal of Law in Society* 6 (2005): 36-81, 66-70.

and Neumann used these criticisms, however, to show that the weaknesses could be cured through a concerted effort to ground Weimar constitutionalism to a notion of the rule of law that was more robust. It is this move - the idea that superficial, formal and positivist conceptions of constitutionalism can be beefed-up to accommodate complex social forms - that I find useful. Finally, I conclude by setting out an agenda that might flow from the lessons of the Weimar collapse. A note of caution is necessary here, however. The implementation and ultimate failure of the Weimar constitution is a complex tale, one that I could not hope to cover comprehensively in what follows. I will focus narrowly, then, on the particular debates that raged at the time concerning the nature and acceptance of the constitutional model that influenced the Weimar constitution. As I say, though, this sheds significant light on the advisability of taking the authenticity of founding for granted.

2. Weimar Constitutionalism

In 1919 the defeated German government implemented a constitution along liberal lines that endorsed divided and limited government, basic rights regimes (including private property rights) and democracy.⁹ A picture in the popular media of the time showed Hugo Pruess, the ostensive architect of the Weimar constitution, fashioning a dress for Germania from torn shards of the American and French constitutions and pieces of English parliamentary accords.¹⁰ The received wisdom of the time, and to a certain extent this remains true today, was that Weimar was a foreign artifact that was implemented as a direct result of Germany's defeat in the First World War.¹¹ Though it was largely drafted by German jurists and not explicitly imposed upon the defeated German nation by the Allies, as the Japanese constitution would be 26 years later, commentators both inside and outside Germany claimed that a constitution along modernist lines would aide Germany in its desire to reenter the international community. So while there was no explicit imposition, it was made clear that there was little choice for a German government that

⁹ See the "Constitution of the German Republic," in Anton Kaes, Martin Jay and Edward Dimendberg, eds., *The Weimar Republic Sourcebook* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1994), 46-51.

¹⁰ See the frontispiece of Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism* (Durham, N.C.: Duke Univ. Press, 1997), ix.

¹¹ See, e.g., Theodor Heuss, "Demokratie und Parlamentarismus: ihre Geschichte, ihre Gegner, und ihre Zukunft," *Zehn Jahre deutsche Republik*. Ein Handbuch für republikanische Politik, Anton Erklenz, ed., (Berlin: Sieben-Stäbe Verlag, 1928), 98-117; reprinted as "Democracy and Parliamentarism: Their History, Their Enemies, and Their Future," in Anton Kaes, Martin Jay and Edward Dimendberg, eds., *The Weimar Republic Sourcebook* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1994), 53-56.

wanted to re-enter the community of nations. In other words, to use a contract metaphor, the Weimar constitution was, in some sense, a contract of adhesion.

The Weimar constitution was a departure from the German legal and social tradition in several ways. First, the constitutional structure was modeled on the parliamentary systems of other Western European nations such as France and Britain. Governmental power was divided between an executive and the legislature. Judicial functions were also separate, but were not on a par with the power of the executive and legislative bodies. Secondly, the Weimar constitution, in its final form, incorporated basic individual rights that all citizens of the republic would have. Chief among these were economic rights, particularly the right to own property (or, perhaps more importantly, be compensated for its taking).¹² Finally, the Weimar constitution instituted a representative democratic structure. All of these notions were implemented on top of the existing social, political and legal structures that had developed in Germany over many generations. As we will see below, the grafting of these elements on to existing conceptions of social and legal structure would lead to claims that the Weimar constitution was a positivist and universalist attempt to impose form upon an organic social group.¹³

Perhaps the most intriguing aspect of this imposition was the fact that Germany, as much as any other European nation-state, was a product of the Enlightenment. The prevailing attitude of German legal theorists embraced positivism. Even before the development of the Weimar constitution jurists such as Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) and Paul Laband (1838-1918) developed extremely formalist and positivist theories concerning the nature of law.¹⁴ In fact, it would be students of Laband who would play principle roles in implementing the structures particular to Weimar.¹⁵ The claim that the Weimar constitution was “foreign,” then, cannot rest merely on the positivist nature of the document and the structures that emanated from it.

The most drastic change that the Weimar structure introduced to German legal culture was the change in sovereignty. Under the previous regime, sovereignty was vested in the monarch. The monarchy had devolved during the nineteenth century, with the monarchical power shifting from the Emperor to the Chancellor. Under Bismarck, the Imperial Chancellor became the de facto head of state.¹⁶ Nonetheless, the notion

¹² Caldwell, 73.

¹³ *Ibid.*, 79.

¹⁴ *Ibid.*, Ch. 1.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ During the late nineteenth century, Bismarck succeeded in assigning the powers of the monarch to the *Bundesrat*. As head of the *Bundesrat*, the Imperial Chancellor thereby exercised supreme authority of state in the name of the Kaiser. Effectively, the Kaiser was the titular head of state, but the Chancellor exercised the royal and executive authority. See, Caldwell, 18-23.

of sovereignty as being above and apart from the state and its citizens was clear. This arrangement was founded on a belief, on the part of German politicians and jurists, that centralized political authority was necessary to deal with crisis in the state. Sovereignty was equated directly with authority to act. As a result, policies regarding economics, politics and war were vested in the Chancellor.

The Weimar constitution fundamentally changed this structure. The Weimar government was founded on the notion of popular sovereignty, and explicitly adopted the concept that the people were the locus of political power and authority.¹⁷ Under the Weimar constitution the centralized power of the monarch was made more diffuse, with principle authority for many previously royal powers being assigned to the parliament.¹⁸ This fundamental change in the power structure threw the traditional German reliance on hierarchical authority into question. German legal and political commentators traditionally mistrusted parliamentary power, believing that the rule of the majority was chaotic and open to influence by special interests.¹⁹ The architects of Weimar, however, believed that a strong parliament was necessary to balance against the tendency of presidential or executive dominance.²⁰ In this way, the Weimar constitution explicitly attempted to incorporate the checks and balances system that Madison and others built into the U.S. constitutional scheme.

The distrust of democracy as a direct and popular involvement of the people was also borrowed from the U.S. experience. While the Weimar theorists endorsed popular sovereignty, they built in protections against majoritarianism. Parties, as defenders of group interests, were seen as important, but the individualism of the liberal state structure caused a tension that was never resolved. The Weimar constitution attempted to give individual citizens the sovereign power, but necessitated that they exercise this power through party affiliation. This, coupled with policies concerning the ownership of property and capital, locked in place an economic structure that caused great hardship after the war. The checks and balances between parliament and president effectively immobilized governmental power. The diverse economic and social interests of Germans strained the superficial and formal structures of the Weimar constitutional scheme. The rhetoric of popular sovereignty, individual rights and democracy did not ring true to ordinary Germans. The liberal mechanisms of a modern constitution did nothing to help form a more well-ordered state, nor to increase the material and social standards of living for most Germans.

¹⁷ Weimar Constitution, Art. 1.

¹⁸ *Ibid.*, Sec. 2.

¹⁹ HEUSS, 53-56.

²⁰ CALDWELL, 68.

The final stress on the Weimar system came from the introduction of another foreign concept: judicial review. The Germans had never really endorsed the view that the judiciary can and should play an active part in the formation and policing of legal and political policy. In fact, the German positivists had always explicitly decried any attempt to implement judicial review of governmental action. When the divided governmental scheme of Weimar became dysfunctional, however, German jurists argued that the court system should actively participate in the mediation of important social and economic questions.²¹ This was especially important, they argued, on questions of fundamental state structure (such as the relationship between the federal government and the Landers) and issues involving basic rights under the constitution (especially those involving economic interests, particularly property ownership).²² Judicial review of this sort was another importation from the United States. Adding the judiciary into the mix destabilized the system, however, especially since the power was not explicitly granted by the Weimar constitution.

The Weimar constitutional scheme was feeble from the moment of its inception. In an attempt to implement a modernist conception of state that adopted liberal economic, legal and political mechanisms, the post-war German government created an impotent parliament, a power hungry executive, and a judiciary that protected the interests of certain segments of society (attempting to preserve an economic status quo in the face of profoundly differing economic times). These structures were not tied to the cultural or historical circumstances of Germans, regardless of their station. As a result, there was no investment by the German people in any of the liberal structures that the Weimar system propounded. This was the juncture of greatest criticism. Attacks on the Weimar constitution from both the right and the left claimed that it was a foreign document that implemented ideals that were not tied to the German consciousness.

Hans Kelsen, the most notable twentieth century legal positivist in Germany, maintained that the formal and minimal nature of the Weimar constitution was not the weakness that critics claimed. According to Kelsen, German legal theory had long been devoted to narrow positivist notions of law.²³ In his view, the basic law (or basic norm), as the constitution could be called, was sufficient to create a comprehensive notion of law, as well as a structure of state that could account for

²¹ Franz Neumann, "The Change if the Function of Law in Modern Society," in William E. Scheuerman, ed., *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer* (Berkeley: Univ. of California Press, 1996), 133.

²² CALDWELL, 156-160.

²³ See the "Introduction" in Hans Kelsen, *General Theory of Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1991).

social conditions.²⁴ According to Peter Caldwell, Kelsen’s notion of the basic norm “marked a limit to the realm of positive law, a point at the limit of the legal science where law began. The fundamental presupposition that the legal system as a whole was valid could not itself derive from that system [...]”²⁵ The positivist conception of the constitution was founded, then, on the acceptance of the basic norm, but did not impose or justify the basic norm. It was the refusal to accept this basic norm, and its liberal ontological baggage, that caused the crisis in the Weimar regime. Germans, whether ordinary citizens or the educated elite, were simply not invested in maintaining the Weimar constitution.

In some ways, Kelsen’s positivist stance allowed for the sort of criticisms that detractors of the regime would develop. Positivists see law as a distinct domain within society.²⁶ As such, law is simply a set of formal structures that help form the state.²⁷ The state is distinct from society, though.²⁸ Again Caldwell explains:

The basic norm, then, was a transcendental presupposition, and not a transcendent unity; the legal system’s unified foundation was a necessary principle for the legal theorist, but not necessarily a real, preexisting will. The ontological assumption contained in contract theory, that the state was the combined popular will, became the epistemological presupposition of the legal scientist. Kelsen used a logical distinction to stress this difference between epistemological presupposition and ontological assertion: “a certain effectiveness of the state order is to be sure the *conditio sine qua non*, but not the *conditio per quam* for the validity of this order.”²⁹

In effect, the basic norm of the constitution is a necessary but not sufficient condition to the composition of a complex society. In this view, there is a gap between the state and the society. To use Marxist terminology, the constitution is a superstructure set over the already existing social group. It was the dichotomy brought on by this gap that troubled many in Germany, and served as a point of departure for the extensive and widespread criticism of the Weimar regime.

²⁴ Ibid., 103.

²⁵ CALDWELL, 93.

²⁶ KELSEN, sec. 6.

²⁷ CALDWELL, 90.

²⁸ Ibid.

²⁹ CALDWELL, 95, quoting Hans Kelsen, “Das Wesen des Staates,” 1716; see also, Hans Kelsen, *Problem der Souveranitat*, 97n; *Staatsbegriff*, 93-95.

3. Assaults on Weimar Constitutionalism

The Weimar constitution was assaulted from all over the political spectrum from the very moment it was adopted. The most widely known attacks on Weimar constitutionalism emanated from the right wing critic Carl Schmitt. Schmitt's criticisms of liberalism have been widely commented upon of late, and his views on the primacy of the political are now a standard part of the corpus of modern political theory.³⁰ There were other critics of the Weimar constitution, however. In particular, Rudolph Smend³¹ and Hermann Heller³² engaged in extended critiques of the presumptions behind Weimar constitutionalism. Taken as a whole, these attacks point out the many weaknesses that were built into the Weimar constitution. In particular, it was felt by critics of the regime that the constitution did not provide a sufficient connection between the structure and function of government, and the needs of the people. Critics felt that the mechanisms of Weimar constitutionalism were insufficient. These weaknesses stemmed, in large part, from a sort of superficial formalism and positivism. Regardless of the political allegiances of the particular critic involved, these traits led to the conclusion that the Weimar constitution was inadequate to account for the complex social circumstances of the post-war German state.

Carl Schmitt was amongst the most vociferous and dogged critics of the Weimar system.³³ From its inception Schmitt assailed the Weimar government, and in particular the constitution, as an endorsement of political liberalism. He was assuredly correct in this assessment. But this was the beginning of his critique, not the end. Because Weimar constitutionalism was founded on liberal principles, Schmitt felt that the unity of the state had been split and fragmented.³⁴ This fragmentation, according to Schmitt, had drained the political element from state action, thus opening the state to attacks from groups that had interests that were antithetical to state power (religious groups, trade unions, etc.). This is Schmitt's concept of "the political." The political, in Schmitt's view, is a domain in which the state defends the interests of the *volk* against its enemies.

³⁰ See the essays in David Dyzenhaus, ed., *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (Durham, N.C.: Duke Univ. Press, 1998).

³¹ CALDWELL, Ch. 5.

³² *Ibid.*; See also, David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Clarendon Press, 1997) and Ellen Kennedy, "The Politics of Toleration in Late Weimar: Hermann Heller's Analysis of Fascism and Political Culture," *History of Political Thought*, Vol. 5 (1984): 109-125.

³³ For an excellent discussion of Carl Schmitt's views on constitutionalism generally, and the Weimar constitution in particular see: David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Clarendon Press, 1997); the essays in David Dyzenhaus, ed., *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (Durham, N.C.: Duke Univ. Press, 1998); and Caldwell, *op cit.*

³⁴ Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (Chicago: Univ. of Chicago Press, 1996), 22.

Structural arrangements that drain political power from the state and hands this power over to diverse interests weakens the ability of the state to do its job - protect its own existence.³⁵ This theory separates him from liberals who support the constitution as well as other critics of the regime. Liberalism was, in his view, devoted to fragmenting society. Other critics, such as those who maintained that the constitution should be organic to the German legal tradition, did not endorse Schmitt's unification thesis, yet maintained that the Weimar constitution was not true to that tradition. When set aside these views, Schmitt's account is dramatic and troubling.

This concept of the political was the key part of Schmitt's argument that society should be viewed as a homogeneous group committed to a determined and directed will. Any attempt to make this will more diffuse and scattered, by placing political and legal authority in competing departments or branches for instance, weakened the ability of the sovereign to act. He attempted, in effect, to reintegrate the notion of sovereignty and the authority to act on behalf of the state.³⁶ There needed, in Schmitt's account, to be a political actor who has both the sovereign right to act and the legal authority to do so. Schmitt placed this reintegrated power in the political head of state: the Chancellor.

Schmitt's notion of constitutionalism was formed by his account of the political. He attacked the positivism and formalism of Kelsen and others as leading to a split between state (as legal apparatus) and society. This split, according to Schmitt, is a direct result of the rabid individualism that is built into liberal accounts of constitutionalism. As we saw in Chapter Two, the mechanisms of modern constitutionalism are designed to protect individuals from encroachment by others, and particularly by the state apparatus itself. This split is the precise gap that Kelsen and other positivists sought to maintain.

Law is, in their account, an orderly, delineated aspect of human conduct that can (and should) be bracketed off from other areas of human concern. For Schmitt, however, such an account is a fiction. It is impossible, according to Schmitt, for us to delineate law in such a way. Law is another aspect of the political, and the political is all-pervasive.³⁷

In the liberal account of modern constitutionalism, as we have seen above, the constitution has a formative aspect. It brings the state into being. Schmitt rejected this claim, maintaining instead that the state is an already existing entity that needs to be actualized.³⁸

³⁵ For an interesting discussion of this, see Jurgen Gebhardt, "The Concept of the Political Revisited," available at <http://www.artsci.lsu.edu/voegelin/EVS/j%C3%Bcrge_n_gebhardt.htm> (last viewed June 2, 2004).

³⁶ CALDWELL, *op. cit.*; DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*.

³⁷ SCHMITT, *The Concept of the Political*, 61, 69.

³⁸ Ernst-Wolfgang Bockenforde, "The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory," in David Dyzenhaus, ed., *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (Durham, N.C.: Duke Univ. Press, 1998), 42 - 43.

The constitution follows from the existence of the state, not vice versa.³⁹ The constitution is an instrument of the state, not a formative element. Schmitt called into question here the idea that a constitution is a contract between the government and its citizens. No such contract can exist according to Schmitt. The forces in a society, in Schmitt's account, express a unity that would be destroyed by accepting the contract metaphor. Contracts are only possible between distinct political entities, such as states on the international stage. Within the state, however, the political wills should be unified, not diversified.⁴⁰

Schmitt was not against recognizing some form of constitutionalism. He simply maintained that the liberal aspects of what I have been calling modern constitutionalism are harmful to the political unity of the state. As Hans Bockenforde has said:

Those elements of a constitution [...] which affect the state unity in a hindering, balancing, liberating, and perhaps pluralizing way - *i.e.*, basic rights, separation of powers, and the accommodation of an autonomous realm of economic and commercial activities - cannot be called political in the Schmittian sense, because they relativize and limit the political unity of the state on behalf of unpolitical and liberty-serving goals of the individual.⁴¹

Unpolitical, for Schmitt, is anti-social. Law, as a domain distinct from politics, is a socially disastrous concept according to Schmitt. Liberal constitutional mechanisms, in his view, fractured and weakened the unified will of society by giving individuals too much power in the equation. Schmitt's alternative version of constitutionalism would be an arrangement where the constitution aids the political arm of the state in organizing and ordering the political in an efficient and unifying way. The constitution is no longer the basic norm governing those inside the state. The instrumentality of the constitution does not form, it consolidates. The constitution is a tool that helps protect the social group from those who would assault it from without.⁴²

Schmitt is taking Kelsen and other supporters of the modernist Weimar arrangement on at an interesting angle. It is the split between individual and the state created by liberal constitutionalist mechanisms that makes the society unstable according to Schmitt. This is, in a very real sense, the agenda of liberalism. As David Dyzenhaus explains, according to Schmitt:

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., 44.

⁴² Ibid., 42-47.

liberalism quite successfully conceals its politics, which is the politics of getting rid of politics. That is, liberalism's stance of neutrality, far from being neutral between different conceptions of the good, would undermine all those in conflict with it, thus bringing about its own kind of homogeneity - the homogeneity of a society composed entirely of the market-oriented egoistic and hedonistic human beings who are the liberal individuals.⁴³

It is this fracturing of society into atomistic entities that worried Schmitt the most.⁴⁴ The only way to reunify the individual and society is to give up on the liberal principles of divided and representative government, individual rights and democracy that make the state feeble in the face of attacks from other international actors.

Schmitt's concept of the political, and the effects of his "decisionist" theories on the development of fascism in Germany have been well documented.⁴⁵ Nonetheless, despite these associations I think we must take seriously his critique of liberalism.⁴⁶ The fragmenting effects and the negative implications of creating a gap between individual and the state are evident in modern political theory. One need not accept his strategy of consolidating political power in the hands of a "guardian" of the homogeneous state to see that the sort of problems that Schmitt identifies in liberalism are not addressed by Enlightenment conceptions of state organization as they appear in modern constitutionalism. In particular, Schmitt's identification of the inability of the liberal political mechanisms built into modern constitutionalism to ever really achieve their aims because individuals have become de-centered rings true. This position would become a refrain amongst critics of Weimar constitutionalism, regardless of where they found themselves on the political spectrum.

Rudolph Smend, a legal theorist of centerist religious orientation, also attacked the liberal foundations of Weimar constitutionalism. Like Schmitt, he aimed his attack of the sort of formalism and positivism proposed by Laband and Kelsen.⁴⁷ This sort of formalism, according to Smend, undermined the social cohesiveness of the integrated modern state.⁴⁸ Unlike Schmitt, Smend did not call for a homogeneous social group that can be led by a strong central authority, but Smend did recognize that the liberal foundations

⁴³ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford: Clarendon Press, 1997), 220.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ See the essays in David Dyzenhaus, ed., *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism* (Durham, N.C.: Duke Univ. Press, 1998).

⁴⁶ This viewpoint has been put forth by, among other, Jurgen Habermas. See, Jurgen Habermas, "Die Schrecken der Autonomie. Carl Schmitt auf Englisch," in Jurgen Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung* (Frankfurt: n.p., 1987), 101-114; and Jurgen Habermas, "Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte," in Jurgen Habermas, *Die Normalität einer Bonner Republik* (Frankfurt: n.p., 1995), 112-122.

⁴⁷ CALDWELL, 120-126.

⁴⁸ *Ibid.*

of modern constitutionalism were not adequate to provide for the sort of society that he saw in Germany at the beginning of the twentieth century.⁴⁹

Smend was drawing on an alternative current in German legal thought, one that proposed an organic theory of law.⁵⁰ This alternative to positivism - represented in the works of Otto von Gierke and Albert Handel - maintained that legal structures must emanate from social structures. The idea here is that legal structures must develop slowly in the face of economic, political and social conditions. Perhaps the clearest example of this would be the common law conception supported by English theorists like Edmund Burke.⁵¹ The investments of the society, as evidenced in that society's cultural and historical situatedness, is what is vital to developing a robust conception of law that can account for and serve that situatedness. According to Smend, "rationalistic" structures introduced into the stream of this cultural and historical development interrupt the social group and fracture it in much the way that Schmitt described.⁵²

The move to an organic account of the legal system is intriguing, and as we will see in Chapter Five, I believe that this is rooted in an explicit Hegelianism. Essentially, the charge is that by introducing the individualist protections that accompany a modern constitution, a notion of community is impossible.⁵³ This notion of community need not be hegemonic, although Smend - like Schmitt - had a particular vision of society as a specific unity of largely complimentary interests, especially in the context of the German state in the early years of the last century. Smend did not offer an alternative political and legal theory to displace the liberal modern conception of constitutionalism (as Schmitt had done).⁵⁴ As a result, he offered his criticisms of liberal constitutionalism as a critique of reading the Weimar constitution as a distinctly modernist document. He claimed, instead, that the constitution should be read in an integrationist way, unifying diverse interests instead of fracturing them. According to Smend, the most liberal elements (e.g., individual rights) should have been minimized, while the power structures of the central government were brought to the fore.⁵⁵ This attempt to re-read the distinctly liberal nature of the Weimar constitution in a way that erases the liberal structure of the provisions of that document would become a popular road. Hermann Heller, for one, tread this path in his attempt to forge a socialist reading of the constitution.

⁴⁹ Ibid., 120-126; 133-137.

⁵⁰ Ibid., 122-123.

⁵¹ See, Edmund Burke, "The English Constitution," in *The Philosophy of Edmund Burke* (Ann Arbor, Mich.: Ann Arbor Press, 1970).

⁵² CALDWELL, 123.

⁵³ Ibid., 122.

⁵⁴ DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, 6.

⁵⁵ Ellen Kennedy, "*Hostis not Inimicus: Toward a Theory of the Public in the Work of Carl Schmitt*," in Dyzenhaus, ed., *Law as Politics*, 92-108, 97-98.

Hermann Heller is an ambivalent figure in Weimar. He was critical of the investments made by the Weimar constitution, yet hoped to resurrect a more robust notion of constitutionalism that could counter the liberal limitations that the modern nature of the Weimar constitution imposed. As David Dyzenhaus explains:

[Heller] argues that one has to understand that the individual liberties which liberals fought for can be worse than worthless in the absence of a level of “social homogeneity” that guarantees social equality. For these liberties can be politically and socially divisive when groups of individuals find the law’s formal promise of equality and liberty for all to be merely formal, that is, lacking any substance. What this level of social homogeneity is, and how it is to be achieved, has to be determined by the citizens of the particular society.⁵⁶

Like Schmitt and Smend, Heller sought a social configuration that unified diverse and competing interests.⁵⁷ His particular commitment, however, was related to the ability of a homogeneous society to equalize wealth in a more just fashion.⁵⁸ According to Heller, the liberal Rechtsstaat needed to be transformed into a social Rechtsstaat.⁵⁹

A vital part of Heller’s notion of how this transformation can occur turns on the connection of the state apparatus to the cultural and social mores embedded in the particular society. Heller noted this in his work on “The Nature and Structure of the State” that the “normed constitution consists of normal conduct, legally or extra-legally normed by customs, ethics, religion, tact, fashion and so on.”⁶⁰ It is our practices that matter in a constitutional sense, not the formal mechanisms of a positivist document. In this account, the constitution is always being formed in that the practices and situatedness of a people are lived in an immanent way.⁶¹ Constitutionalist norms and investments can change over time. Nothing, then, is absolute. The social foundations of any constitution are continually shifting. In other words, constitutionalism can never be a foundationalist enterprise. Heller explicitly acknowledged, then, that tension and contradiction are always elements of constitutionalism.⁶² To hide this behind the façade of formalism and positivity is dangerous in that it allows for a false sense of security.

⁵⁶ David Dyzenhaus, “Hermann Heller: An Introduction,” *Cardozo Law Review* 18 (Dec. 1996): 1.129-1.138, 1.131.

⁵⁷ Dominique Leydet, “Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy,” in Dyzenhaus, ed., *Law as Politics*, 109-130, 116-177.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Dyzenhaus, “Hermann Heller: An Introduction” 1.131.

⁶⁰ Hermann Hess, “The Nature and Structure of the State,” *Cardozo Law Review* 18 (Dec. 1996): 1.139-1.216, 1137.

⁶¹ David Dyzenhaus, “Hermann Heller: An Introduction” 1.133.

⁶² *Ibid.*, p. 1.135.

To accept this façade - which has been called a form of crypto-absolutism⁶³ - is to shackle oneself to an inherently irrational arrangement cloaked in rationalist garb. Alternatively, if one knows that vigilance and immanent practices are necessary to maintain a healthy society, then these practices can be shaped in ways that give expression to the needs and demands of those in society. This is, in a very real way, precisely what Jürgen Habermas would later argue in his theory of communicative action.⁶⁴

The criticism of the Weimar constitutional scheme was widespread. Schmitt, Smend and Heller were by no means alone in their critiques of the liberal and hyper-formal nature of the constitution. They do represent, though, the widely divergent ideological vantage points that were allied against Weimar constitutionalism. What the vast majority of the critics of the Weimar constitution shared was the belief, to use Smend's language, that the state apparatus and the society must be integrated. The feeling was widespread that the Weimar constitution did not accomplish this, and in fact, probably made it impossible. The form of positivity that was advanced by Preuss and Kelsen, which accepted a divorce between the institutions of state and the society, created an alienation between the people and the government that many distrusted.

The critics of Weimar were also united in their belief that the liberal mechanisms built into the constitution, in particular individual rights and the absolute nature of property ownership, were destructive to society. These liberal concepts fractured society in unhealthy ways, pitting individuals and groups (depending on whose account we rely on) against each other.⁶⁵ According to these critics, society could not withstand the tensions created by such fracturing. This view proved prophetic, even though it may have been self-fulfilling.

All of these theorists relied on a conception of society as a homogeneous group. While each allowed for differences in economic, social, political and religious affiliation, they all conceived of society - in particular, German society - in a largely homogeneous manner. This is potentially troubling, especially considering the actual outcome of theories such as the one advanced by Schmitt. Societies are not homogeneous. This was true even of Germany in the early twentieth century. Contemporary social groups are pluralist in nature, ever more so in the present century. This may make the liberal account more attractive, especially since liberal political theory claims to value pluralism. An advocate of liberal political theory may say, following Hobbes, Locke and Rawls,

⁶³ Ingeborg Maus, "The 1933 'Break' in Carl Schmitt's Theory" in Dyzenhaus, ed., *Law as Politics*, 196-216, 204.

⁶⁴ *Ibid.*, fn 16. See, Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action* (Boston: Beacon Press, 1984).

⁶⁵ Max Weber was of this opinion. See, Max Weber, *Economy and Society* (Berkeley: University of California Press, 1978), i, 37. For a discussion, see DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, 11.

that things like limited and divided government, individual rights and property ownership regimes, and democratic government protect diverse groups from the tumult of competing claims by other groups. These protections, in this account, allow for an orderly mediation of these competing claims. Law, in this liberal vision, is the mechanism of this mediation. The liberal narrative, then, is sold as the best way of dealing with pluralism and equal access by those with differing visions of the good. As Heller says, though, there is a totalitarianism embedded inside liberalism, hidden by the rhetoric of tolerance.

This particular criticism of liberalism is well known, although advocates of the liberal account of the state never really address it. If we dovetail this concern with the alternative positions offered by Schmitt, Smend and Heller, the problem with the liberal account as applied to the Weimar constitution is that it locked in particular interests that were seen as culturally and historically at odds with the social investments of the German people. For Schmitt, these imposed interests were parliamentary in nature. Smend feared political interests that might transgress upon the spiritual commitments of those in the community. Heller's account turned on his distrust of the propertied elite. The charge is, in each case, that the liberal nature of the constitution - with its formal positivity - froze in place certain interests that were dangerous and antithetical to creating a true community in Germany. The constitution, then, disintegrated society instead of providing a means of integrating diverse interests.

These criticisms all stemmed from the perception that the Weimar constitution was a "foreign" element introduced into (or, rather, grafted on to) an already formed social group. One possible response to such a stance is to say that we should take a step back from the particular form of constitutionalism represented by modern liberalism. This is not a rejection of constitutionalism, just of modern liberal constitutionalism as an export commodity. In this account, we should begin any discussion about constitutionalism at a different juncture than the one suggested by liberal political theory. Instead of presuming that a "one size fits all" constitution can be implemented in every situation, constitutional founders need to look at the cultural and social realities in the society being discussed. If we accept a more rudimentary version of constitutionalism (much along the lines represented by ancient constitutionalism - descriptive as opposed to prescriptive), we can account for the actual situatedness of the society being "constituted".

This sort of move would be easier if we release any precommitment to liberal political mechanisms. This position undoubtedly worries many. If everything is open for negotiation, how can we guarantee protections to widely held goods? My initial response to this turns on the feeling that perhaps all things should be open to negotiation. I see, however, the interest in starting from a position that at least recognizes the legitimacy of legality at a

threshold level. All this suggests, though, is that in discussions of constitutional formation all parties need to acknowledge the rule of law. This acknowledgement locates the discussion as a “legal” discussion, but does not necessarily precommit to any particular institutional arrangement. Nor does it deny that law is necessarily connected to economic, moral and political concerns. Interestingly, this sort of move was endorsed by two defenders of the Weimar regime: Otto Kirchheimer and Franz Neumann. These Frankfurt School theorists were not particular fans of the liberal nature of the Weimar constitution, but attempted to resurrect the notion of constitutionalism in the context of the Weimar regime to protect against the sort of cataclysm that they associated with the completely political conception of the state offered by Carl Schmitt. Kirchheimer and Neumann begin this resurrection by starting at just this juncture: constitutionalism starts with the rule of law and little else.

4. The Frankfurt School and Weimar Constitutionalism

Otto Kirchheimer and Franz Neumann recognized the precarious position that Weimar constitutionalism maintained in the face of the sort of criticisms that I discussed in the last section. In an attempt to counter the consequences of the positions taken by Schmitt and others, Kirchheimer and Neumann sought to acknowledge the weaknesses in the theoretical foundations of the Weimar constitution, yet salvage a core of practical workability for the besieged government. In order to do this, they started not from the full panoply of liberal structures inherent to modern constitutionalism, but with the more rudimentary concept of the rule of law. This was obviously a calculated effort to protect law from the onslaught of the political forces allied against it. The practical effect, however, was to protect and defend a constitutional arrangement that they did not support wholeheartedly.

Otto Kirchheimer studied law and social theory under both Hermann Heller and Carl Schmitt.⁶⁶ The heart of his criticism of liberalism and modern constitutionalism, then, began with a skepticism of the ability of positivist notions of law to account for the factors at play in a complex society. He shared this view with his teachers. He held vastly different political ideals than those advanced by Heller and Schmitt, however. Whereas these prominent Weimar critics fought for conservative reforms in the face of socialist advances in Germany, Kirchheimer embraced the critique of capitalism.⁶⁷ In fact, his political agenda was largely driven by his support for socialist and social democratic interests in Weimar Germany.⁶⁸

⁶⁶ Martin Jay, *Dialectical Imagination: A History of the Frankfurt School, and the Institute of Social Research, 1923 - 1950* (Berkeley: Univ. of California Press, 1973), 148.

⁶⁷ David Held, *Introduction to Critical Theory: Horkheimer to Habermas* (London: Hutchinson, 1980), 44.

⁶⁸ *Ibid.*, 47.

Kirchheimer was, then, a left-wing critic of the Weimar system, who nonetheless shared a distaste for the liberal nature of the Weimar constitution with critics from other places on the ideological spectrum. Unlike Schmitt and other critics of Weimar, though, Kirchheimer did not attempt to develop an alternative system to replace the constitutional structure of the regime.⁶⁹

Kirchheimer's problems with the modern nature of Weimar constitutionalism stems from his belief that the complexities - particularly the economic complexities - of the modern state make liberal conceptions of constitutionalism at best obsolete, at worst retrograde. Speaking of the Weimar founders Preuss and Kelsen, Kirchheimer said that they "[glanced] respectfully to the West and timidly to the East, [...] [copying] the inherited constitutional forms of the nineteenth century without considering that the nineteenth-century nation-state, to which these constitutions were tailored, cannot help solve the problems of the twentieth-century class state."⁷⁰

The liberal elements of the Weimar constitution, which Kirchheimer called the world's "most liberal,"⁷¹ were - in his view - ill suited to the realities of the class-based social and political clashes that characterized German society during the Weimar period.⁷² In other words, according to Kirchheimer the model of constitutionalism that the Weimar founders relied on did not help implement structure and legality into the state, it actually diminished the likelihood of these things happening (especially in Germany). A rather lengthy selection from his essay on the Weimar constitution - "Weimar: And What Then?" - illustrates:

Half a century earlier a liberal democratic constitution might still have been able to achieve greater efficacy as a national organizational principle in a country with a relatively significant number of politically interested - and not just patronage chasing - citizens, and a press relatively independent economically. At the end of the bourgeois era, when such venerable institutions as the Rechtsstaat, the bourgeois Bildung, the independence of the judiciary, and freedom of opinion had lost their inherent meaning by virtue of the specific survival rules of the capitalist economic system, democracy might have been revived only through an unambiguous commitment to a substantive principle of social organization, that of socialism.⁷³

⁶⁹ John H. Herz and Erich Hula, "Otto Kirchheimer: An Introduction to his Life and Work," in Frederic S. Burin and Kurt L. Shell, eds., *Politics, Law, and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer* (New York: Columbia Univ. Press, 1969), ix.

⁷⁰ Otto Kirchheimer, "Weimar: And What Then?" in Frederic S. Burin and Kurt L. Shell, eds., *Politics, Law, and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer* (New York: Columbia Univ. Press, 1969), 72.

⁷¹ Otto Kirchheimer, "Remarks on Carl Schmitt's Legality and Legitimacy," in William E. Scheuerman, ed., *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer* (Berkeley: Univ. of California Press, 1996), 67.

⁷² Kirchheimer, "Weimar: And What Then?", 71; See also, Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 171.

⁷³ Kirchheimer, "Weimar: And What Then?", 73.

He said in other places that modern democratic constitutions are best suited to relatively homogeneous societies, in that they maintain and perpetuate certain (largely economic) interests. Where there is conflict between different sectors of a heterogeneous society (especially an economically heterogeneous society), a modern constitution does not allow for the fair and just mediation of these conflicts for all sectors of the society. Unlike Schmitt and others, he did not see the Weimar constitution as a homogenizing influence in society.⁷⁴ He further departs from Schmitt and other Weimar detractors, who maintain that the Weimar constitution is contentless; it is explicitly a capitalist document that attempts to freeze a particular class structure in place. This attempt, according to Kirchheimer, made social conflict inevitable. As a result, Kirchheimer maintained that the Left would be well advised to “stop fetishizing the constitution.”⁷⁵

This view was driven by a firm commitment on the part of Kirchheimer to reveal the inscriptive nature of the modern constitutional scheme. As he said in his essay “Legality and Legitimacy,” constitutionalism “means nothing more than the acknowledgement of the legitimacy of a specific set of cultural values.”⁷⁶ The mechanisms of modern constitutionalism are designed, in his account, to protect and implement a bourgeois capitalist economic system.⁷⁷ Modern constitutionalism is, according to Kirchheimer, global capitalist constitutionalism.⁷⁸ Given this association, Kirchheimer suggested that proponents of the Weimar constitutional scheme (and in particular the positivists such as Kelsen and Preuss) should have recognized the need to open up the institutions of liberal constitutionalism to critique and modification.⁷⁹

It is fair to say that Kirchheimer shared the fears of his right-wing teachers that the Weimar constitution was inadequate to account for the political and economic interests on the ground in inter-war Germany.⁸⁰ This being said, Kirchheimer did not share the ultimate conclusion - of Schmitt in particular - that the constitution should have been abandoned. Instead, Kirchheimer advocated a step back from liberal or modern constitutionalism. He suggested that the liberal components (rights, especially private property rights, and democracy) should be viewed in pragmatic terms. Insofar as they were useful in helping build a more equitable (from his socialist perspective) society,

⁷⁴ Kirchheimer, “Remarks on Carl Schmitt’s *Legality and Legitimacy*,” 70.

⁷⁵ William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1994), 27.

⁷⁶ Otto Kirchheimer, “Legality and Legitimacy,” in William E. Scheuerman, ed., *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer* (Berkeley: Univ. of California Press, 1996), 53.

⁷⁷ Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 45.

⁷⁸ Kirchheimer, “Weimar: And What Then?”, 73-74; See also, Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 47.

⁷⁹ Kirchheimer, “Remarks on Carl Schmitt’s *Legality and Legitimacy*,” 76; Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 229.

⁸⁰ Scheuerman, op-cit., p. 35.

they should be endorsed. If they served to undermine that goal (as he thinks they inevitably would) they should be diminished or modified. One thing that could not be jettisoned, however, is the concept of the rule of law.

For Kirchheimer (and, as we will see, for Neumann) this move back to the rule of law is a key move. In some ways, it is a tacit endorsement of a more rudimentary - or perhaps, ancient - conception of constitutionalism. By focusing on the rule of law, Kirchheimer was confronting the explicit and exclusive focus on “the political” that Schmitt pushed. In its most basic form, the rule of law is the idea that state structures, and certain state institutions, are ruled by law and not by the arbitrary decisions of individuals with political or economic power. Schmitt’s decisionism was surely a danger, a danger that Kirchheimer countered with a concept of “the legal.”⁸¹ Schmitt’s theory of “the political” - and to a certain extent this concept, or something very like it, was adopted by Smend and others - trumped the ability of legal actors to hold political actors accountable for their behavior. According to Kirchheimer, the rule of law could be embraced to combat this decisionism, and one need not endorse the capitalist-driven liberal mechanisms of modern constitutionalism to do so.⁸²

Under this interpretation, the Weimar system and the Weimar constitution were distinct and separable. What was really important about Weimar, according to Kirchheimer, was the reliance on law as a mechanism of social mediation. Where the Weimar constitution was a departure from the German tradition of legality,⁸³ the recognition of the rule of law was a reaffirmation of that legality. The rule of law is a backstop against which the clashes between competing groups in society are played out. In a very real sense, this vision of the rule of law was an attempt to slow (and perhaps dissipate) the oncoming crises that Schmitt predicted without investing too much in the liberal conception of positivism and formal state structure that modern constitutionalism entails.

This reading allowed Kirchheimer to protect against the totalitarian proclivities on both sides: the rule of law forestalled the purely political authoritarianism of a powerful dictator, but also guarded against the hegemony of monopoly capitalism (especially if property ownership was redefined). The rule of law does not provide much in the way of guidance, however, when it comes to determining state structure and the role of individuals and groups in society. For those of us trained to look for clearly delineated and discretely defined constitutional arrangements (*i.e.*, those indoctrinated

⁸¹ Kirchheimer, “Legality and Legitimacy,” 46.

⁸² Scheuerman, *op.-cit.*, p. 90.

⁸³ See, e.g., Franz Neumann, “The Change of the Function of Law in Modern Society,” in William E. Scheuerman, ed., *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer* (Berkeley: Univ. of California Press, 1996), 133.

in the cult of modern constitutionalism), this stripped down version does not provide much guidance. In a sense, though, Kirchheimer needed to adopt this posture. For the Weimar constitution was a liberal document that entrenched bourgeois capitalism at the expense of workers and other segments of society. By starting from the position of the rule of law, Kirchheimer could build upon that foundation a competing vision of the good. He could read the Weimar regime as one that allowed for, and perhaps even supported, his socialist vision of the state.

It is important to note that Kirchheimer was not adopting an abstract formalism like the version advanced by Kelsen and Pruess. While he pushed back the notion of constitutionalism to a minimalist reading of the rule of law - one might even say that he conflated the idea of the rule of law and constitutionalism in places⁸⁴ - he by no means accepted the content neutral positivist reading of law and state structure. In fact, it was because he thought that German society at that historical moment was dedicated to a heterogeneous and socialist composition, that he believed the Weimar constitution was disconnected from those it was meant to serve.

Reading the Weimar constitution in this way was certainly a stretch, but Kirchheimer was joined in this interpretation by his colleague, and long-time collaborator, Franz Neumann. Neumann accepted the view of Kirchheimer that the Weimar constitution was beholden to capitalist interests,⁸⁵ and that the liberal mechanisms inherent in that document were antithetical to the realization of a socialist state.⁸⁶ He too endorsed the move to begin not with a liberal notion of modern constitutionalism, but with the rule of law.⁸⁷ In fact, much of his most probing and compelling work was on the nature of a more robust conception of the rule of law. Unlike Kirchheimer and the other critics of the constitution, however, Neumann was not as critical of liberalism as one might assume given his political leanings. This undoubtedly flowed from the fact that Neumann, unlike other members of the Frankfurt School, received a good deal of his academic training in Britain.⁸⁸

Nonetheless, Neumann explicitly recognized that the modern liberal nature of the Weimar constitution was caused by an overly formalistic and positivist notion of law.⁸⁹

⁸⁴ Interestingly, Jurgen Habermas would later make this same conflation. See, e.g., Jurgen Habermas, "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union or Contradictory Principles?" *Political Theory* 29, n. 6 (Dec. 2001), 766-781.

⁸⁵ In fact, he explicitly equated the Weimar constitution with monopoly capitalism. See, Franz Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Dover, N.H.: Berg, 1986), Ch. 15.

⁸⁶ Jay, 164.

⁸⁷ See, Neumann, *The Rule of Law*.

⁸⁸ Jay, 144-145.

⁸⁹ Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 122.

This formalism, which many members of the Frankfurt School attacked,⁹⁰ yoked German society to a notion of state ordering that precluded any progressive change in the economic and social life of ordinary Germans.⁹¹ Positivism was a great target of Neumann's.⁹² He maintained throughout his work that some notion of natural law - law infused with normative and ethical content - was necessary in advanced states.⁹³ In his view, formalism and positivism were signs of rudimentary law; law one step removed from the state of nature if you will. In advanced post-capitalist states, which Neumann believed Germany could well be,⁹⁴ the fetishization of such formalism would hold society back, and perhaps even pave the way for authoritarian rule.⁹⁵ His project, then, was similar to Kirchheimer's in that he was explicitly combating the impulse represented by Schmitt. His answer to the problem presented by Schmitt and the far right was more ominous than Kirchheimer's, however.⁹⁶ Neumann argued, for instance, that sticking too closely to the formal liberal constitution would not prevent the growth of totalitarianism but fuel it. Positivism and formal notions of law were, to Neumann, necessarily conservative in nature.⁹⁷ Since this rudimentary form of law could not account for the rapidly changing and extremely volatile social and economic conflicts in Weimar Germany, the state would spin into crisis.⁹⁸ This analysis proved tragically prophetic.

Very much like Kirchheimer, Neumann maintained that the proper move was to start from a stripped-down notion of constitutionalism, one that focuses on little more than the rule of law. By doing this, Neumann cleared the decks of the liberal ideology - and the mechanisms that perpetuate that ideology - which is tied to the modern capitalist state. He retained the foundation of the legal state, however. Neumann explicitly rejected the notion that "the political will" should dominate the structure and composition of state and society. Where things like individual rights, and notions like "the political," are anti-state,⁹⁹ the rule of law is an acknowledgement that individual and governmental action must conform to some basic minimum of legality.¹⁰⁰ He is not suggesting that we jettison all reliance on formal legal mechanisms, for the rule of law is surely one such mechanism,

⁹⁰ Jay, 55.

⁹¹ Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 104.

⁹² See, e.g., Franz Neumann, "Types of Natural Law," in Franz Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State* (Glencoe, Ill.: The Free Press, 1957). See also, Jay, 146.

⁹³ Neumann, "Types of Natural Law."

⁹⁴ Held, 53.

⁹⁵ Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 112.

⁹⁶ *Ibid.*, 14.

⁹⁷ *Ibid.*, 202.

⁹⁸ Held, 62.

⁹⁹ Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 56.

¹⁰⁰ Neumann, *Rule of Law*, Ch. 1; Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 69-70.

but that we not fetishize them and promote abstract form over function. Here again, this is a pragmatic stance.

Neumann believed that from this foundation, a more just and egalitarian state could be constructed. Such a state cannot be built on top of the capitalist dominated modern constitutionalist state, however. One might analogize this move to a builder tearing away all the upper levels of a building that have come to be weak, rotted and superfluous, finding below a firm and healthy foundation that can be used again to build a better and stronger structure. There is an element of this metaphor all throughout Neumann's works on the rule of law. In fact, this metaphor points to an important guiding principle behind Neumann's (and Kirchheimer's) work, his belief in Marxist theories of the state. For instance, Marxist superstructure analysis is evident in much of Neumann's attack on liberalism and modern constitutionalism.

We should not be deterred by Neumann's Marxist pedigree, however, as he brings us back to the roots of liberalism by demanding that we develop a notion of the rule of law that begins - not ends - with an acceptance of legality as a guiding social principle. Here he departs from Marx, who maintained that law (in any form) was necessarily an institution of class oppression. Neumann rejected this, clinging to a core of liberal ideology which he believed can aide in the development of post-capitalist societies. He was talking about a notion of the rule of law that is not beholden to special interests (as most characterizations of the rule of law, like modern constitutionalism, is), but one that seeks to equalize political and legal power and level economic disparities.¹⁰¹

While he starts with a basic conception of the rule of law (i.e., that societies should be structured and ruled by legal norms and not by arbitrary political actors with economic or political power), Neumann develops this into a more robust conception of the rule of law.¹⁰² This conception has been called the "social rule of law." Interestingly, Neumann sees this not as an outright rejection of liberalism, but as a new path for the heart of what drove liberalism in the first place: justice and equality.¹⁰³ As William Scheuerman puts it:

The heir to the classical liberal conception of the rule of law becomes a left-wing vision of a "social rule of law," and the real traitors to the liberal legacy are not Neumann and his socialist comrades but those who speak in the name of liberal legal values while ignoring that our world is radically different from that envisioned by Adam Smith.¹⁰⁴

¹⁰¹ Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 97.

¹⁰² *Ibid.*, 50.

¹⁰³ See the Introduction to Neumann, *The Rule of Law*.

¹⁰⁴ Scheuerman, *op.-cit.*, p. 50.

A rigid adherence to liberal mechanisms like rights and private property regimes, then, undermines the ability of society to move beyond its initial, rudimentary formulations.

This notion of the “social rule of law” (note that I have deliberately not said a “socialist rule of law”) is not a rejection and departure from the liberal notion of the rule of law, but an evolution of that rudimentary conception. This is a distinctly Hegelian notion.¹⁰⁵ As Neumann develops it, a social rule of law starts with an acceptance of legality as a fundamental social precept. What legality means in any particular society, however, is open to negotiation. This is not to say that observance of legal norms in one society may be seen as a transgression of legal norms in another (although that may, indeed, be the case; one is reminded of the way different legal systems address the death penalty, for instance). What Neumann is saying here is that the structure and function of legal norms are socially situated. These norms, which are universal in a social context, must be informed and responsive to the economic and social realities of the state in which they are being exercised. Every state, then, should respect and conform to the ideal of the rule of law, but each will have its own language, institutions and mechanisms to affect that ideal.

In the circumstances in which Neumann was working, he believed that the social rule of law demanded an economic conception of the constitution that moved beyond the outmoded version of retrograde modern constitutional structure adopted by Prussia and Kelsen.¹⁰⁶ The Weimar constitution, for both Neumann and Kirchheimer, was a shackle. It retarded progress instead of making it possible. If a more deformalized reading of the Weimar system was possible, however, the shackles could be broken and economic and social progress could continue unabated. This is, of course, a narrative that many might question, especially since it is by no means clear that Germany of the Weimar period was a shining example of economic or social progressivism. Nonetheless, Neumann is attempting to refocus the constitutional impulse on a more expansive formulation of society - one might even say a more heterogeneous conception of the interests of work in society (beyond the propertied elite) - and away from a narrow, formalist conception of constitutionalism that served to lock in a certain status quo.

Both Kirchheimer and Neumann were responding to fears that deliberately unconstrained political forces could (and, in fact, did) dominate the social life of the German people. Their joint response to this was to cling to a notion of the rule of law that was stripped clean of the liberal baggage of modern constitutionalism. This did not lead them to a sort of apolitical legal formalism, as it did with Kelsen and others, but reinforced their commitment to connecting the rule of law to the social and historical situatedness of the German people

¹⁰⁵ Neumann, *The Rule of Law*, Ch. 11.

¹⁰⁶ Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, 51.

in the early twentieth century. That the basis for this rule of law, the social rule of law, was derived from liberal political theory was not problematic for them, as the development of new economic and political exigencies converted the foundation of the rule of law into a new form of state structure (the post-capitalist constitutional state). This move, which was sadly never realized, could have provided a protection against the onslaught of fascism if given time to develop. Perhaps it is time to consider continuing such development.

5. Conclusion

In this article I have attempted to illustrate the dangers of clinging too dogmatically to a narrow and overly formalistic conception of constitutionalism, a conception that hails certain liberal mechanisms (and crypto-normatively shackles us to particular economic and political interests). The Weimar period was a time of great tumult in Western Europe. Such tumults have become common in other regions of the world during the last few decades. Totalitarianism has had a long run on the modern world stage. The fight is usually characterized as one between liberalism and totalitarianism. Kirchheimer and Neumann recognized, as I think we all should, that this dichotomy is not accurate. At some level, it would appear to be the case that authoritarianism can grow out of an uncritical liberalism. The experience of post-colonial nations in Africa, for instance, seems to suggest this. If constitutionalism is stripped of any explicitly normative (as opposed to embedded normative) content that is linked to the society engaging in the constitutional project, as many argued was the case in Germany during the Weimar period, it can become an instrument for those who wish to contort political and economic power, and a cage for those who wish to address such contortions.

Kirchheimer and Neumann give us some hints as to how we might escape this dilemma. First, we should be skeptical of transplanting ideas that are not rooted in the tradition of the people being constituted. Second, any constitutional project should throw virtually all economic, political and social investments open to negotiation. The only conception that they would have us cling to is a minimalist conception of the rule of law. Third, these Frankfurt School theorists maintain that we need to account for the pluralism of a heterogeneous society by allowing people in these societies to develop innovative and responsive mechanisms that are not constrained by liberal conceptions of the good. Finally, an assessment of the Weimar debacle can only leave one with the feeling that there is a great deal riding on these questions. If we do not consider the answers carefully, the consequences are inevitably frightful.

NOTAS SOBRE A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA¹

Marcello Godinho

Procurador da Fazenda Nacional;
Doutor em Direito e Doutor em Economia;
Visiting Scholar na Universidade de Londres

Fernanda Duarte

Juíza Federal da 3ª Vara de Execução Fiscal;
Doutora em Direito;
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho - RJ

RESUMO

O presente trabalho explora a Suprema Corte norte-americana sobre diferentes ângulos. Em um primeiro momento, discutem-se as características determinantes, a partir do processo histórico de formação da nação norte-americana, para o desenho da Suprema Corte. Em seguida, descrevem-se a forma de acesso, prerrogativas e impedimentos dos juízes que integram a corte sob exame. Apresenta-se, ainda, uma breve análise da corte, sob a presidência de seus dois últimos *chiefs justice* (Rehnquist e Roberts). Por fim, considera-se a composição atual da corte e suas repercussões para o exercício do *judicial review* no cenário político-jurídico norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição constitucional. Suprema Corte norte-americana. Constitucionalismo norte-americano. *Judicial review*

SUMÁRIO

1. A formação dos Estados Unidos da América em breve perspectiva histórica: características determinantes para o desenho da Suprema Corte 2. A Suprema Corte norte-americana: acesso, prerrogativas e impedimento de seus juízes 3. A Suprema Corte, de Rehnquist a Roberts 4. A corte dividida 5. Conclusão 6. Bibliografia

¹ O presente trabalho resulta de um aprofundamento das primeiras reflexões traçadas originariamente no texto *Primeiros passos rumo à Suprema Corte norte-americana* (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, v. 6, p. 159-178, 2006).

1. Introdução: A formação dos Estados Unidos da América em breve perspectiva histórica - características determinantes para o desenho da Suprema Corte

Um dos marcos da revolução norte-americana, que culminou com a independência das 13 colônias, foi a presença já marcante de uma sociedade civil organizada, que atuava desde a fase colonial, mesmo sob o domínio inglês.

Essa sociedade era composta por muitos indivíduos intelectualmente desenvolvidos e com idéias políticas claras sobre o que pretendiam realizar. Como afirmou o Ernest Gellner, estavam formados do ponto de vista moral².

Edmund Burke, o grande pensador conservador inglês do século XVIII, autor do clássico *Reflexões sobre a Revolução na França* - obra na qual critica esse movimento por ser fruto da razão abstrata que só causou desordem, violência e caos em nome da busca da liberdade e da igualdade -, olhava com atenção o movimento de independência dos Estados Unidos. Entretanto, ao discursar na Câmara dos Comuns como membro do Parlamento inglês, Burke alertava para o risco de se enfrentar com armas um povo que tinha paixão pela liberdade, expressa de forma concreta. Para ele, os norte-americanos formavam um povo que tinha um apreço todo especial pelos estudos jurídicos, alimentados por um cultivo da vida intelectual.

Daí provavelmente advém a forte idéia - que à época revolucionou o cenário político do mundo ocidental - de autogoverno, um governo constituído pelos próprios colonos, em seu benefício, de acordo com os modelos por eles pensados. E, principalmente, esse governo deveria ser administrado por homens escolhidos livremente pela comunidade, sendo apoiado mais fortemente pelo povo do que qualquer autoridade imposta.

Contudo, desde o início da formação dos EUA, um perigo era vislumbrado pelas elites norte-americanas. Tratava-se do pluralismo cultural das colônias, que, conjugado ao auto-governo, poderia desembocar em uma grande fragmentação política-social, com o surgimento de pequenos entes soberanos que poderiam ameaçar a unidade nacional da nova nação.

A saída foi elaborar um modelo que conjugasse democracia e autonomia político-administrativa (federalismo), com o poder popular convivendo com a busca de consensos mínimos, sob um ambiente cultural diversificado. Na cultura política norte-americana, conseguiram-se extrair valores fundamentais sobre questões essenciais para a vida em comum.

² Ver GELLNER, 1994.

Em especial, podemos apontar três linhas que revelavam o entendimento geral acerca da política e do papel do governo, assim como a forma legítima de exercício da política pelos diversos atores sociais. Em primeiro lugar, tinha-se uma concepção de cultura política baseada no indivíduo, em que o Estado deveria assumir um papel regulador da vida social, abstendo-se de intervir na esfera individual, dado o caráter inviolável da vida privada. Em segundo, uma ética bem singular, na qual se destacava o papel nobre da política como busca de uma vida melhor para toda a comunidade, e não uma simples luta pelo poder. O fim era sempre o bem público. E, finalmente, laços interpessoais de forte índole tradicionalista (familiares) - nos quais até certo ponto se reproduzia o estilo de vida da aristocracia rural inglesa - mostraram-se fundamentais para a criação das elites políticas no Novo Mundo.

Esta diversidade de modelos, valores e pensamentos extremou-se na tensão entre as duas forças que se confrontaram durante a organização política das colônias da América. Havia sido construídos institutos jurídicos de índole fortemente federais, como o Fundamental Orders of Connecticut, que em 1669 uniu três cidades. De outro lado, havia uma resistência ampla à idéia de federação, o que fica claro com a existência de 17 projetos diferentes de união entre as colônias, no período de 1688 a 1775.

Na Convenção Constitucional da Filadélfia, já existia um tratado internacional unindo as antigas colônias que venceram a luta da independência contra a Inglaterra. Tratava-se dos *Articles of Confederation* (AACC), que entraram em vigor em 1781 e vigoraram até a independência completa em 1783. Nesse tipo de federalismo, a federação era constituída por um órgão político central, que governava sobre os estados-membros, não sobre os cidadãos, que tinham a sua competência limitada a assuntos externos e de interesse comum. Cada Estado tinha direito a um voto, independentemente do tamanho de sua população, prevalecendo o princípio da igualdade das soberanias.

Os Pais Fundadores tinham consciência de que era preciso avançar. Madison dedicou longos estudos avaliando o tipo de federalismo mais apropriado à nascente nação³. A ele coube enfrentar o medo e os temores que assoberbavam os Convencionais, que temiam a centralização, que sufocaria os estados, inclusive em vocações econômicas.

A Constituição norte-americana foi um texto inovador e seminal, contendo inúmeras possibilidades que caberiam às gerações futuras explorar. Ela também consagra um novo tipo de federalismo inovador, cuja característica principal consiste na radicalização do conceito de soberania do povo⁴. Aliás, esse traço marcante aparece durante a convocação da convenção, como no processo de ratificação da Constituição, efetuado

³ Ver MADISON; HAMILTON; JAY. *The Federalist Papers*, n. 18-20, 1997.

⁴ Ver PALMER, 1969.

através de eleições na convenção dos estados-membros. E inclusive alguns intelectuais tendem a destacar esta marca do processo constituinte norte-americano, que revolucionou o processo de criação da Constituição e o próprio constitucionalismo moderno ao tornar o sistema sujeito ao crivo da aprovação por representantes eleitos pelo povo⁵.

Hamilton destaca as vantagens do sistema federal, entendido como a “sociedade das sociedades”, em que pulsa uma relação dialética entre a instabilidade interna de cada parte e a capacidade externa do todo. Esse federalismo presente na Constituição de Filadélfia não era baseado em um sistema intergovernamental, como era típico dos modelos de confederação, não se limitando a uma aliança para fins defensivos de um inimigo externo. Não era constituído a partir de fora, em resposta às necessidades de defesa às ameaças externas, nem forjado a partir da reunião de elites dos estados-membros. Ele era articulado tendo em vista as necessidades de manutenção de liberdades fundamentais e dos direitos republicanos, assim como adveio não do alto, mas a partir dos cidadãos, que constituíram a única fonte real de poder para político, da União e dos estados-membros⁶.

Dessa forma, formou-se um sistema político que atribuiu ao governo - no que tange à União - determinadas competências fundamentais, porém limitadas. Permitiu-se o estabelecimento de relações diretas entre os cidadãos e o governo federal, no que se refere a direitos e deveres, sem haver a necessidade de sanção dos estados.

Para os Pais Fundadores, arquitetos desse modelo, o cidadão é o centro do sistema político, com iguais direitos e prerrogativas, tanto perante o governo federal quanto os governos estaduais.

Essa arquitetura institucional propiciou uma visão dinâmica da Teoria da Separação dos Poderes, que nunca significou para os Pais Fundadores a criação de autarquias ou corpos isolados. Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deveriam estabelecer entre si permanentes relações de controle e vigilância mútuos, um verdadeiro e funcional sistema de *checks and balances*. Tinham, assim, consciência de que estavam inovando em matéria de separação de poderes, indo além - como afirmava Madison - dos parâmetros já fixados por Montesquieu e pelo modelo britânico, inclusive com a criação de um poder judiciário federal, um dos fatores responsáveis pelo dinamismo da Lei Fundamental de 1787.

⁵ Ver ELAZAR, Daniel, 1985.

⁶ Esses traços marcantes do federalismo dos Estados Unidos foram sublinhados por Hamilton: “But if we are unwilling to be placed in the perilous situation if we still will adhere to the design of a national government, or, which is the same thing, of a superintending power under the direction of a common council, we must resolve to incorporate into our plan those ingredients which may be considered as forming the characteristic difference between a league and a government; we must extend the authority of the Union to the persons of the citizens - the only proper objects of government” (MADISON; HAMILTON; JAY. *The Federalist Papers*, n. 15, 1997).

Por outro lado, os federalistas de 1787 reconheceram, a partir do pensamento de Locke, que a passagem do estado de natureza para o estado civil visava a aperfeiçoar os homens, corrigindo suas deficiências para o benefício deles próprios e para o bem-estar da comunidade política, principalmente através do desenvolvimento das associações ou proto-associações.

A proeminência do papel associações na sociedade norte-americana foi um dos pontos destacados por Tocqueville em sua viagem aos Estados Unidos⁷. O número de associações, sua diversidade de objetivos, sua união a fim de lutar por si mesmas, sem apelo ao poder público (estatal), influenciaram o autor de *A Democracia na América*. Para ele, havia uma relação intrínseca entre as associações e a democracia na sociedade norte-americana. Na democracia de cunho liberal, ao contrário do sistema aristocrático, os homens são formalmente iguais, independentes e fracos, quase nada podendo conseguir isoladamente. Torna-se, portanto, imperativa a reunião em grupos (associações), pois, caso contrário, será o governo que agirá de forma insuficiente e perigosa, o que poderá ameaçar a própria democracia.

Essa desconfiança para com os excessivos poderes do Estado fez com que fossem elaboradas instituições de governo que permitissem a vigilância e o controle mútuos entre as diversas esferas do poder político. O bom funcionamento do governo não ficaria dependente da escolha de “bons governantes”. É conhecido o ceticismo de Hamilton⁸ acerca dos homens, que seriam ambiciosos, vingativos e marcados por uma ganância sem limites. Já Madison⁹ afirmava que a essência da sociedade seriam as facções, que não poderiam ser extirpadas, mas sim domadas e modeladas. Para ele, o ar está para o fogo como a liberdade está para as facções: não é possível acabar o ar para exterminar os indivíduos, assim como não se pode eliminar a liberdade para deter as facções.

O federalismo republicano seria o remédio que, sem suprimir as facções, as tornaria inofensivas. Ao contrário de alguns pensadores, os Pais Fundadores não pretendiam criar um novo homem, livre de suas paixões e defeitos particulares, e sim tornar os indivíduos socialmente compatíveis um com os outros, podendo viver em sociedade, partilhando valores fundamentais - porém cada qual perseguindo seu projeto de vida pessoal com a máxima liberdade.

O projeto de federalismo que triunfou na Convenção de Filadélfia traçou um caminho radicalmente novo para os homens que se propuseram à grande tarefa de fundar, baseada na liberdade, uma grande nação.

⁷ O relato deu origem ao livro clássico de Tocqueville (1986), no qual o autor registra que nada mais lhe impressionou como a igualdade de condições.

⁸ Ver CHERNOW, 2005.

⁹ Ver ELLIS, 2002.

Ao escreverem no século XVIII a Constituição norte-americana para governar uma nação “amada por Deus”, os Pais Fundadores prescreveram que a Lei Fundamental deveria garantir os direitos naturais à vida, à propriedade e à liberdade. Eram cristãos e compartilhavam conceitos e valores, como o da forma de governo democrático, o império da lei e a liberdade sob a lei^{10/11}.

Nesse contexto foi elaborada a Constituição dos EUA, documento tido por muitos como o mais brilhante trabalho da mente do homem e que tem como um dos seus pilares centrais a Suprema Corte, instituição essencial para o funcionamento do país.

2. A Suprema Corte norte-americana: acesso, prerrogativas e impedimento de seus juízes

Apesar das grandes controvérsias políticas sobre a direção e o papel desempenhado pelos tribunais na sociedade, o povo norte-americano mantém um respeito quase reverencial pelo Poder Judiciário e continua a ver os juízes dos Estados Unidos como pessoas decentes, justas e fundamentalmente livres da corrupção. Certamente, um dos temas que mais preocupam um cidadão nos EUA é que tipo de pessoa ocupará um dos assentos na Suprema Corte. E para tanto deverá ser um cidadão decente e altamente qualificado em termos intelectuais, não havendo lugar para “muddleheads”.

A Suprema Corte norte-americana é talvez um dos grandes símbolos da solidez das instituições dos Estados Unidos. Discreta em sua forma de agir, seus juízes - chamados de *Justices* - têm ao longo da história desempenhado um importante papel na consolidação e construção de institutos jurídicos que vêm servindo de paradigma para outras ordens jurídicas. Como um exemplo bastante significativo¹², pode-se indicar a elaboração dos princípios do devido processo legal (*due process of law*) e da isonomia (*equal protection of the laws*), que têm sido objetos incorporados no discurso jurídico-doutrinário brasileiro¹³, além de previsões normativas¹⁴.

¹⁰ Alguns jusfilósofos, como Montesquieu, Locke e principalmente Sir William Blackstone em *Commentaries on the Laws of England* exerceram grande influência sobre os Pais Fundadores, tendo influenciado a elaboração de documentos importantes como a Declaração da Independência. Nesta, a referência a “Leis da natureza e a Deus” extrai-se diretamente de Blackstone. Esta frase diz respeito aos direitos naturais à vida, à propriedade e à liberdade, dados por Deus aos homens

¹¹ Sobre a influência de Sir Edward Coke, Locke, Hobbes, Montesquieu e Blackstone na vida constitucional norte-americana, ver STONER, 1994.

¹² Ainda poderiam ser citados, por exemplo, a criação do *judicial review* (controle difuso da constitucionalidade); sua contribuição para o reconhecimento e proteção dos direitos civis; o debate sobre a forma de interpretação da Constituição (originalistas X não-originalistas); a questão do ativismo judicial, entre outros.

¹³ A propósito, verifiquem-se, entre outros autores pátrios, as pioneiras obras de Carlos Roberto de Siqueira Castro (1983 e 1986) sobre esses dois princípios.

¹⁴ No particular, ver art. 5. da CFRB/88.

Também a corte desempenha um outro papel de extrema relevância: sua participação no jogo dos arranjos sociopolíticos¹⁵ da sociedade norte-americana tem sido considerada determinante por estabelecer o próprio significado do que seja a constituição dos EUA, isto é, o alcance, extensão, limites e conteúdos de suas normas¹⁶.

A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, promulgada em 1789¹⁷, não estabeleceu de forma exata e precisa os poderes e prerrogativas da Suprema Corte, nem mesmo organizou o Poder Judiciário norte-americano. A Carta se limitou a prever a existência de um órgão supremo, como estabelecido pelo art. 3º, seção I¹⁸:

O Poder Judicial dos Estados Unidos incumbirá a um supremo tribunal e a diversos tribunais inferiores a instituir oportunamente pelo Congresso. Os juízes, quer do Supremo quer dos tribunais inferiores, conservar-se-ão nos seus cargos de acordo com o seu mérito (*during good behaviour*) e perceberão regularmente um subsídio pelos seus serviços, o qual não poderá ser diminuído enquanto se mantiverem em exercício¹⁹.

Dessa forma, os Pais Fundadores deixaram para a Legislativa (o Congresso)²⁰ - como uma das manifestações do sistema de freios e contra-pesos característico do federalismo norte-americano - a tarefa de traçar os contornos do Judiciário, basicamente

¹⁵ “[...] através da maior parte da história norte-americana desde a adoção da Constituição, a Corte tem sido importante tópico de preocupação política. Este interesse não deve surpreender, à luz do papel fundamental que a Corte desempenha através de suas decisões. A Corte Suprema ajuda a resolver muitas das questões mais importantes e mais controversas nos Estados Unidos e, ao fazer isto, molda a política do Governo em áreas tão diversas como os direitos civis e a proteção do meio ambiente” (BAUM, 1987: 11).

¹⁶ Vale lembrar a participação decisiva da corte na abolição do sistema de segregação racial nas escolas, que se inicia com a célebre e emblemática decisão no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954. Nesse caso, ainda que passível de crítica a postura tímida e insuficiente adotada pela decisão, em 17/5/1954, a corte, revogando precedente de 1866, entendeu que: “A separação nas escolas para os negros era incompatível com a 14ª Emenda, que garante a igual proteção das leis, e, portanto, a discriminação racial nas escolas públicas era flagrantemente inconstitucional [...] Em virtude da gravidade social da decisão, somente após um ano, ou seja, em 31/5/1955, a corte determinou às autoridades escolares que concretizassem, com toda deliberada pressa (*with deliberate speed*), o fim da discriminação racial nas escolas, delegando aos juizes federais a fiscalização e efetividade de sua decisão. Note-se que a concretização de alteração social tão profunda, na prática, mostrou-se de dificuldade ímpar. Somente em 1964, a Corte Suprema determinou o fim do prazo para que as autoridades educacionais agissem com toda deliberada pressa (*with deliberate speed*) e declarou inconstitucional a transformação de escolas públicas em privadas, com a única finalidade de manutenção da segregação racial [*Griffin v. County Board of Price Edwards County* (377 U.S. 218 - 1964)]. Em 1969, a Suprema Corte ordenou que os distritos escolares, finalmente encerrassem imediatamente o sistema de discriminação racial em todas as escolas públicas, decretando o início do sistema educacional unitário [*Alexander v. Holmes County Board of Education* (396 U.S. 19 - 1969)]” (MORAES, 2000: 106-7) Para uma leitura mais abrangente do caso, seus votos e suas repercussões, ver SCHWARTZ (1993: 286-310). E, ainda sobre a questão do princípio da igualdade, ver também GOMES (2001) e SILVA (2001).

¹⁷ Em 1791, a Constituição recebeu suas dez primeiras emendas que inseriram no texto constitucional o catálogo dos direitos fundamentais.

¹⁸ Na seção II, cláusula 2, deste mesmo artigo, o constituinte listou também algumas poucas competências originárias da Suprema Corte.

¹⁹ A tradução utilizada é a de Jorge Miranda (1990).

²⁰ Em 11/5/1954, houve uma tentativa infrutífera de constitucionalização dessa matéria. Como registra SCHWARTZ (1966: 183), “o Senado aprovou, com a necessária maioria de dois terços, a emenda constitucional fixando em nove o número de membros da Suprema Corte, mas o 83º Congresso encerrou seu período legislativo, sem que a Câmara dos Representantes tomasse qualquer ação a respeito do projeto”. Ainda sob este aspecto, há uma diferença expressiva em relação ao nosso Supremo Tribunal Federal, já que a Constituição de 1988 estabeleceu de forma expressa a organização da corte (art. 101), não sendo possível ao legislador ordinário alterar tal desenho.

a sua composição numérica, organização e competência²¹. Aqui, a atividade pretoriana da própria corte também não pode ser desconsiderada, já que suas decisões têm contribuído, especialmente no que toca à fixação dos limites de sua atuação²², para delimitar o desenho do Judiciário norte-americano.

Considerada a importância da corte, também resta evidente a importância de seus membros, chamados *Justices*. No particular, duas são as questões que se apresentam: uma, a respeito das qualificações exigidas para o juiz; outra, sobre a forma de escolha do juiz e sua investidura.

Quanto às qualificações, não existem requisitos expressos na norma constitucional - conclui-se que a escolha poderá recair sobre qualquer cidadão americano. Todavia, ressalte-se que na prática a exigência de conhecimentos jurídicos tem sido a regra²³. Além disso, outros fatores são também levados em conta, tornando-se significativas as questões concernentes ao perfil das pessoas que se tornam juizes da corte. Entre elas, BAUM (1987) aponta: a idade na época da nomeação; o papel das características da “formação social”, como classe, raça e sexo; a significação do serviço judicial realizado anteriormente; a atividade político-partidária como requisito para a escolha; e mesmo o papel da sorte no recrutamento para a corte.

Dentre esses fatores, algumas observações interessantes podem ser traçadas no que diz respeito à idade dos magistrados. Jovens não têm sido nomeados para a corte. No século passado, a maioria dos juizes se encontrava na casa dos 50 anos no momento do ingresso e, dos restantes, a maioria tinha mais de 60, o que também acontece de forma similar no sistema judicial inglês²⁴. Esse padrão, em um primeiro momento, pode parecer desfavorável a uma possível influência indireta da Presidência da República sobre a tomada de futuras políticas da corte, já que, a princípio, juizes mais idosos tendem a permanecer menos tempo em seus cargos. No entanto, a preferência pode se justificar em razão da experiência de vida e profissional acumulada pelos candidatos menos jovens (BAUM, 1987).

No que toca à forma de escolha e investidura, o processo formal - prescrito no art. 2º, seção II, cláusula 2 da Constituição - parece, à primeira vista, simples: há uma

²¹ Thomas Cooley (1982: 129; 156) explica que o Legislativo exerce controle sobre o Judiciário por meio de várias leis de organização judiciária dos tribunais, pois “alguns deles não são criados por leis, e por isso podem ser modificados no que toca a sua organização, ou mesmo abolidos; todos eles têm como fonte de autoridade as próprias leis, e quando dela abusam, pode ser-lhes restringida ou retirada por completo.”

²² Por exemplo, em *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137 - 1.803), a corte consagrou a impossibilidade de que sua competência venha a ser ampliada pela legislação ordinária.

²³ “A maioria das pessoas envolvidas no processo de escolha tem admitido que uma pessoa precisa ter preparo jurídico para servir efetivamente na Corte, embora o juiz Black pensasse de outra maneira. Certamente, o grande número de advogados existente no Senado e a força da classe dos advogados ajudam a assegurar que esta norma nunca venha a ser violada” (BAUM, 1987:86).

²⁴ Ver STEVENS, 1994.

vacância de cargo, o presidente faz uma indicação que deverá merecer a aprovação por maioria simples dos membros do Senado e, em seguida, nomeia o candidato²⁵.

Entretanto, a dinâmica do sistema, determinada por uma sociedade civil organizada e atuante, apresenta-se muito mais complexa do que se poderia imaginar, já que envolve uma série de atores diversos que buscam participar de forma ativa e influenciar nas escolhas. Portanto, o “Presidente do País e o Senado tomam suas decisões num ambiente de indivíduos e grupos altamente interessados nestas decisões” (BAUM, 1987:53), o que torna o processo disputado, marcado por tensões, de grande interesse e repercussão nacionais²⁶.

Na verdade, além dos atores oficiais (presidente²⁷ e Senado), os mais importantes participantes desse debate que buscam influenciar na escolha são divididos por Baum (1987:53) em três categorias: (1) a ABA - *American Bar Association*²⁸ - e a comunidade jurídica; (2) os grupos de interesse não-jurídicos; (3) os próprios membros da Suprema Corte²⁹.

De forma sistematizada, levando-se em conta a complexidade do processo, pode-se dizer que os presidentes fazem as escolhas considerando uma série de variáveis. “Essas considerações podem ser colocadas em quatro categorias gerais: critérios ‘objetivos’ de competência e ética, preferências políticas, recompensa a associados políticos e pessoais e a busca de futuro apoio político” (BAUM, 1987: 64). Por sua vez, o Senado as avalia, confirmando ou rejeitando a nomeação³⁰. “Em geral, contudo, quando o Senado e a presidência são controlados pelo mesmo partido político, as rejeições se colocam como raras exceções, excluindo-se daí óbvia ausência de qualificação ou um passado pessoal ou político de máculas” (HALL, 1982: 597)³¹.

²⁵ Destaca-se que a cláusula 3 do referido dispositivo permite que o Presidente faça nomeações temporárias para as vagas ocorridas durante o recesso do Senado, que tem seu termo no fim da sessão seguinte.

²⁶ A fim de se evidenciar a dimensão da questão, registre-se o debate nacional em torno da indicação rejeitada do Juiz Robert Bork, em 1987, especialmente por conta de suas fortes convicções conservadoras. Para um relato da verdadeira batalha em torno da nomeação de Bork para a Suprema Corte, ver Bork, 1990.

²⁷ No caso do presidente, ele é assessorado pelo Ministério da Justiça (*Justice Department*), em especial pelo advogado-geral (*attorney general*) e ainda pela equipe da Casa Branca.

²⁸ Guardadas as devidas proporções, poderíamos dizer que a ABA se aproxima da nossa OAB.

²⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre o papel desempenhado por cada um desses participantes, ver BAUM (1987: 52-74).

³⁰ De 1789 a meados de 1992, o Senado dos EUA rejeitou 28 das 143 nomeações presidenciais. A respeito das razões dessas rejeições, ver HALL (1992: 596-7). É interessante observar que o sistema de recrutamento de ministros para o Supremo Tribunal Federal segue o mesmo modelo formal norte-americano. Entretanto, o desempenho do Senado brasileiro tem se mostrado insuficiente, quase como um mero órgão ratificador das indicações do presidente, já que não há registros históricos de recusa a alguém que tenha sido indicado. Por outro lado, a sociedade brasileira tem se revelado apática e alheia ao processo em si. Como tentativa de ruptura desse alijamento, a Associação dos Juizes Federais - AJUFE -, em 2000, por conta da ocorrência de uma vaga no Supremo, liderou uma consulta entre os juizes federais de todo o país para a elaboração de lista triplíce a ser encaminhada à Presidência da República. Entre os indicados, constava a juíza do TRF da 4ª Região - Ellen Gracie Northfleet -, que por fim acabou sendo nomeada pelo presidente da República como a primeira mulher a ocupar uma vaga no Supremo.

³¹ Recomenda-se a bibliografia indicada como uma fonte de maiores estudos sobre a complexidade do processo de escolha, em especial BAUM (1987), ABRAHAM (1991) e HALL (1992).



Percebe-se assim que o processo de escolha é um eminentemente político, marcado por disputas entre as grandes forças político-partidárias dominantes na democracia norte-americana, mas com a supremacia do Executivo. É mais um mecanismo que decorre do sistema de freios e contrapesos do federalismo norte-americano.

Ainda em relação ao plano orgânico da corte, não se pode deixar de mencionar outros aspectos que dizem respeito, mais propriamente, à permanência no cargo, às garantias e ao impedimento de seus membros - e que se relacionam diretamente com os atributos da independência e imparcialidade do Poder Judiciário.

Os *Justices* servem na corte de forma vitalícia. Portanto, não há mandato nem mesmo uma idade limite³² para o seu afastamento/aposentadoria compulsória. Entretanto, é necessário que ele mantenha *good behaviour* - isto é, que sirva bem à nação para que possa permanecer no cargo.

Há ainda a possibilidade de o juiz ser destituído do cargo pelo processo de *impeachment*³³ (crime de responsabilidade)³⁴, por traição, suborno e outros crimes sérios, conforme estabelecido no art. 2º, seção IV - aliás, essa possibilidade de afastamento aplica-se a todos os juízes americanos. Entretanto, na prática o expediente, como instrumento de pressão política, tem sido desacreditado³⁵.

Dessa forma, a vitaliciedade é entendida como uma garantia funcional ou prerrogativa da magistratura, que tem por fim preservar a independência do Poder Judiciário³⁶. O sistema norte-americano também adota uma outra prerrogativa: a irredutibilidade de remuneração. Enquanto exercerem seus cargos, os juízes não poderão ter sua remuneração reduzida.³⁷

Por fim, quanto às incompatibilidades, que funcionam como garantia da imparcialidade da magistratura, deve-se ressaltar que tem sido adotado um sistema bastante rígido, fundado no princípio da separação dos poderes, que implica a impossibilidade de acumulação do cargo de *Justice* com qualquer outro cargo na esfera do Executivo ou do Legislativo. Ou seja, se um detentor de um cargo executivo ou

³² No caso do nosso Supremo Tribunal Federal, embora os cargos também sejam vitalícios, a Constituição exige a aposentadoria compulsória aos 70 anos ou por invalidez (art. 93, IV).

³³ Para maiores informações, consultar BAUM (1987: 104 e ss).

³⁴ A Lei nº 1.079/50 prevê no art. 39 as hipóteses de crime de responsabilidade cometido por ministro do STF.

³⁵ Schwartz (1966: 37) registra que “embora tenha havido casos em que juízes americanos foram destituídos por *impeachment*, contudo, desde o fracasso, no começo do século [séc. XIX], da tentativa de se remover por *impeachment* um juiz da Suprema Corte porque suas opiniões se opunham às do partido dominante no Congresso, tem havido pouca probabilidade de *impeachment* de juízes americanos por motivos políticos”. Essa mesma ressalva é feita por BAUM (1987: 105).

³⁶ Sobre as garantias do Poder Judiciário no Brasil, consultar José Afonso da Silva (1995: 545 e ss).

³⁷ A nossa constituição, além de consagrar a vitaliciedade e a irredutibilidade de remuneração, também estabelece uma 3ª garantia: a inamovibilidade (ver art. 95, incisos I, II e III).

legislativo for nomeado para a magistratura, a hipótese será de renúncia ao cargo não-judicial (SCHWARTZ, 1966; BAUM, 1987) ³⁸.

3. A Suprema Corte, de Rehnquist a Roberts

Atualmente, a Suprema Corte é composta por nove *Justices*, mas nem sempre foi assim. Inicialmente, o primeiro diploma editado com a finalidade de estruturar a Corte - o Judiciary Act, de 1789 - previa uma corte com seis membros. E em 1790, sob a presidência do então *chief justice* John Jay, a Suprema Corte reuniu-se pela primeira vez na capital, Washington.

Posteriormente, outras leis alteraram a composição da corte, até que finalmente em 1869 foi realizada uma mudança definitiva para nove membros - o que desde então tem sido observado. Na verdade, essas “mudanças foram feitas, em parte, para acomodar os deveres dos juízes nos tribunais federais inferiores e, em parte, para servir a objetivos partidários e de políticas do Presidente do País e do Congresso” (BAUM, 1987: 29).

A corte possui um presidente chamado de *chief justice* e os demais juízes são os *associate justices*. O papel do *chief justice* é estratégico, sendo um cargo vitalício e de nomeação direta do Presidente da República³⁹. Além de exercer funções intimamente ligadas à corte, como presidir as sessões públicas e as conferências, ele também desempenha deveres junto ao sistema judiciário federal. “Alguns presidentes da Corte procuraram exercer lideranças no sistema jurídico em geral. Warren Burger foi particularmente atuante a este respeito, servindo como eloqüente defensor de causas como a reforma penitenciária e novas abordagens do preparo de advogados” (BAUM, 1987: 32). Tanto que a historiografia da Corte tem sido sistematizada em razão de seus chiefs justice, daí se fala na Corte de Marshall, na Corte de Warren⁴⁰, na Corte de Burger, etc.⁴¹.

³⁸ É o parágrafo único do art. 95 da CF que estabelece as incompatibilidades da magistratura brasileira. Diz o dispositivo que aos juízes é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e dedicar-se à atividade político-partidária.

³⁹ “[...] quando ocorre a vaga de chief justice, o presidente dos EUA indicará alguns dos juizes como Presidente; ou indica uma nova pessoa para o presidente da Suprema Corte. Nesse caso, o procedimento de nomeação deverá passar pelo Senado, que, por maioria simples, deverá aprovar o nome do candidato para ingresso na Corte Suprema” (Moraes, 2000: 89). Esta última hipótese foi a que ocorreu na nomeação recente do *Justice* Jonh Roberts após o falecimento de William Rehnquist. Destaca BAUM (1987: 52) que “[n]a maior parte das vezes, os presidentes têm seguido a última opção, principalmente para ter um campo mais amplo para escolher este importante líder.”

⁴⁰ No período da presidência do *chief justice* Earl Warren (1953-1969), a corte desempenhou um papel expressivo no desenvolvimento e proteção dos direitos fundamentais (Boechat, 1986). Como exemplo da relevância de sua atuação, “[...] a Corte de Warren reafirmou a consagração do *habeas corpus* como instrumento de proteção à liberdade pessoal e da própria sociedade [Smith v. Bennet (365 U.S. 708, 713 - 1961) entre outros]” (Moraes, 2000: 108).

⁴¹ Para maiores informações, consultar SCHWARTZ (1993).

Em 3 de setembro de 2005, faleceu o 16º *chief justice* dos Estados Unidos, William Rehnquist, após 33 anos servindo na Suprema Corte, sendo 19 como *chief justice*, indicado pelo então presidente Ronald Reagan.

Rehnquist levou a corte a adotar posições federalistas mais fortes e, sob um certo ângulo, mais conservadoras, restaurando a “soberania” dos estados em face do Poder Central. Ele também reforçou os direitos dos estados-membros e acelerou as execuções de pena de morte.

Os chamados “Federalist Five” - Rehnquist, O’Connor, Scalia, Kennedy e Thomas - bloquearam vários esforços do Congresso para sujeitar os governos estaduais, através de leis que protegeriam as mulheres contra a violência doméstica, que baniriam as armas das proximidades das escolas e que proibiriam a discriminação contra trabalhadores com deficiências. Para este grupo de juízes da Suprema Corte, essas questões seriam mais bem tratadas em nível local. Quem apoiava essas decisões destacava a coragem da corte de restaurar um balanço apropriado de poder político entre a União e os estados-membros. Já os críticos diziam que a Suprema Corte tentava derrubar a supremacia do governo federal, o qual tinha sido estabelecida desde a vitória na Guerra Civil.

Limitar o Poder Legislativo federal e fazer respeitar o Poder Legislativo dos estados era o objetivo. Rehnquist apoiava a autonomia estadual com tanto vigor que chegou a votar contra a derrubada de uma lei da Califórnia, que proibia a posse de maconha em casa para uso medicinal. Neste caso, foi abandonado em posição minoritária por seus companheiros de decisão, os juízes Anthony Kennedy e Antonin Scalia.

Os “Rehnquist Five”, que defenderam a limitação da interferência do Poder Central, às vezes também se dividiam. E emergia o antigo “Lone Ranger” - alcunha que Rehnquist recebeu em sua nomeação para a corte, na qual à época prevalecia um entendimento mais afinado com a agenda liberal -, com o *chief justice* isolado em suas opiniões divergentes.

Rehnquist era certamente um homem de fortes convicções, com idéias bem determinadas e tido como um conservador por grande parte dos cidadãos norte-americanos. Em breve retrospectiva dos seus últimos anos da atuação na corte, bem se vê a firmeza do juiz. Em 2003, a Suprema Corte preservou a ação afirmativa na admissão das universidades e derrubou leis que tratavam de criminalizar o sexo entre homossexuais. Em ambas as deliberações, Rehnquist foi voto vencido. Ele também discordou da maioria quando esta decidiu que o governo não podia deter indefinidamente os suspeitos de terrorismo e negar a eles o acesso ao Poder Judiciário. No entanto, a maioria “Rehnquist Five” prevaleceu, em 2002, para permitir o uso de um programa de taxas escolares em Cleveland para pagamento de ensino religioso. Já em 2000, numa decisão importantíssima

que reafirmava o caráter de precedente a ser seguido, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, manteve a decisão *Miranda* - que assegura, entre outras garantias, o direito de ficar calado -, com *Rehnquist* escrevendo a opinião da maioria e *Scalia* e *Thomas* divergindo.

Este é parte do legado que caberá ao sucessor da *Rehnquist Court*: consolidar a visão republicana de mundo - reforçando uma atuação conservadora - ou permitir à Corte assumir um outro papel.

Na ausência do *chief justice*, o presidente *George W. Bush* deveria então escolher um juiz, em cujas mãos repousaria a autoridade e a majestade da lei, uma vez que as decisões da Suprema Corte afetam a vida dos norte-americanos e às vezes a dos demais habitantes do planeta. *Bush* afirmou que a pessoa deveria ter credenciais exemplares e a maior integridade; uma pessoa que aplicaria fielmente a Constituição e manteria a promessa dos Pais Fundadores de promover a justiça sob a lei.

O escolhido foi *John G. Roberts Jr.*, juiz da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia, considerada a mais importante do país. Ele é casado, católico praticante, tem 50 anos e 2 filhos adotados. Nascido em *Buffalo*, foi criado no estado de *Indiana*. Cursou o *Harvard College* e a *Harvard Law School*, sendo considerado um dos mais talentosos advogados dos EUA, especializado em cortes superiores. Também é amplamente reconhecido no meio jurídico por seu intelecto, senso de justiça e decência pessoal. Quando nomeado em 2001 para a Corte de Colúmbia, foi apoiado por mais de 150 juristas de diversas posições políticas, que enviaram uma carta ao Comitê de Justiça do Senado revelando as credenciais e solicitando a confirmação da candidatura de *Roberts* pelo Senado.

Para o presidente *Bush*, *John Roberts* tem as qualidades que os americanos esperam de um juiz: independência, sabedoria, senso de equidade e civilidade, além de adotar uma postura de respeito à supremacia da lei e garantia da liberdade de todo cidadão. Para o chefe do Poder Executivo, o indicado não deverá legislar a partir da Suprema Corte, limitando-se a aplicar a Constituição e as leis. Essa expectativa se confirma em tese, pois em 2003, nas audiências perante o Senado, o juiz *Roberts* afirmou preferir “impartiality over predictability” (imparcialidade em vez de previsibilidade).

Além de suas fortes qualificações intelectuais, *John Roberts* apresenta uma biografia política muito interessante e bem próxima aos governos republicanos. Foi assessor de *William Rehnquist* (1980-81), assistente especial do Procurador-Geral dos EUA no Governo *Reagan* (1981-82) e depois conselheiro associado do próprio *Reagan* (1982-86). Entre 1986 e 1989, foi associado no escritório *Hogan & Hartson*. Entre 1989 e 1993, foi o principal assessor e segundo em comando do *solicitor general* (similar à figura brasileira do Advogado-Geral da União), *Kenneth Starr*, que anos mais tarde ficaria conhecido

como o promotor do processo de impeachment do presidente Clinton. Entre 1993 e 2003, John Roberts tornou-se sócio da Hogan & Hartson.

O presidente Bush, assim como seus antecessores, tem a clara noção de que a nomeação de um *chief justice* pode ser o seu legado para a sociedade norte-americana. Quase tudo o que um presidente realiza pode ser, de certa forma, desfeito pelo Legislativo ou por outro presidente, mas não a indicação e a aprovação de um *chief justice*.

Quando Bush foi reeleito, a coalizão conservadora esperava a nomeação de Antonin Scalia ou Clarence Thomas para *chief justice*, assim que Rehnquist se aposentasse. Esses eram os mais eminentes representantes do conservadorismo judicial na Suprema Corte. Entretanto, o próprio Clarence Thomas reconheceu que a nomeação de um dos dois seria uma difícil batalha política, que certamente acabaria com muito mais do que os 22 votos contrários dados a John Roberts.

Embora o 17º *chief justice* tenha se mostrado, até o momento, um “conservador confiável”, ele não tem conseguido minar os avanços liberais do constitucionalismo norte-americano, como o direito ao aborto e à ação afirmativa. Constatamos que ele comunga da ideologia dos *justices* Scalia, Thomas e Alito, referendando algumas de suas credenciais, quer como membro da Sociedade Federalista quer como integrante das equipes de Ronald Reagan, Bush (pai) e Kenneth Starr.

Por outro lado, a maioria dos cidadãos norte-americanos espera que o presidente da Suprema Corte mantenha a sua mente aberta nos casos judiciais que chegarão ao seu conhecimento, com receptividade aos diversos argumentos oferecidos, levando em consideração a visão dos seus colegas e respeitando o texto escrito, a história, os precedentes, o contexto e os fatos que importam para a decisão.

4. A Corte Dividida

Atualmente, pode-se dizer que a Suprema Corte encontra-se dividida. De um lado o grupo de juízes considerados liberais - David Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer -, liderados pelo decano do tribunal, John Paul Stevens. Do outro, o bloco conservador, liderado pelo *chief justice* John Roberts e composto pelos juízes Antonin Scalia, Clarence Thomas e Samuel Alito.

Com esta composição, a maioria obtida é freqüentemente apertada nos temas polêmicos. Daí o papel desempenhado pelo *justice* Anthony Kennedy ganha relevo nas decisões acerca desses temas. Este juiz é um conservador moderado, originário do estado da Califórnia, indicado para o tribunal pelo ex-presidente Ronald Reagan.

Kennedy atualmente é considerado o “swing vote” no tribunal, posição que dividia com Sandra Day O’Connor até a aposentadoria desta em janeiro de 2006.

Esta situação não é nova, pois antes de O’Connor e Kennedy, Lewis Powell já tinha desempenhado este papel central no desempate de questões controversas levadas ao conhecimento da Suprema Corte.

Com quatro juizes conservadores alinhados à direita e quatro liberais à esquerda, o voto de Kennedy, em casos tormentosos, assegura a prevalência do seu ponto de vista. Seu posicionamento é acompanhado com atenção pelos demais juizes e pelos estudiosos da Suprema Corte, principalmente porque não se atribui a ele uma filosofia jurídica clara, chegando alguns a afirmar que seu posicionamento é imprevisível, podendo mudar de um caso judicial para outro. Vejamos algumas decisões:

- Em um processo em que se discutia o mapa congressual do estado do Texas, com possíveis prejuízos às minorias étnicas, Kennedy votou com Scalia, Roberts e Alito, mantendo a legislação estadual.
- Da mesma forma, acompanhou o bloco conservador em um rumoroso caso acerca da aplicação da pena de morte a um indivíduo no Kansas.
- Ele acompanhou o bloco liberal, votando a favor dos direitos dos homossexuais, do direito ao aborto (contra as restrições) e contra a obrigatoriedade de provas nas escolas.
- Os liberais, com o suporte de Kennedy, julgaram inconstitucional uma burla policial feita na residência de suspeitos de terrorismo, porque a polícia não tinha obtido o consentimento dos dois ocupantes do domicílio. Esta decisão derrubou o entendimento dos tribunais militares encarregados de julgar os acusados da prática de atos de terrorismo nos EUA.
- Em várias decisões, Kennedy tem citado a legislação de outros países para justificar suas posições acerca da pena de morte para adolescentes e também quando do exame de leis estaduais que consideravam a prática de certos atos sexuais, como atos de sodomia, e, portanto, ilegais.

Por essas posições, alguns conservadores atualmente chegam a sugerir o impedimento do juiz Kennedy, considerando-o um traidor do amplo movimento que levou Ronald Reagan e George Bush (pai) à presidência dos Estados Unidos.

Em outra questão altamente polêmica nos dias atuais, Kennedy aliou-se ao grupo de juizes liberais e condenou, por 5 a 4, o governo Bush por sua inação em questões ambientais, chamando a atenção para o perigo que corre a humanidade com o aquecimento global.

Outro caso que chamou a atenção dos meios de comunicação em todo o mundo foi o dos prisioneiros da base naval de Guantánamo, em Cuba, que acusados de

casos de terrorismo, desafiaram a sua detenção por longo e indefinido prazo e requereram a audição de seus argumentos pela Suprema Corte (*habeas corpus review*). O juiz Stevens tinha sido o autor de duas decisões anteriores que outorgaram alguma proteção legal a esses prisioneiros.

Em 2006, foi aprovada uma lei que limitou a jurisdição da corte para conhecer de feitos formulados pelos indivíduos conhecidos como “enemy combatants”.

Esta lei foi uma resposta direta à decisão da Suprema Corte que derrubou os planos do Governo Bush de limitar o julgamento destes prisioneiros a tribunais militares, uma vez que os *justices* decidiram em 2004 que os combatentes inimigos presos em Guantánamo poderiam apelar para os tribunais federais.

A partir desse ponto, o presidente e o Congresso - na época, ainda com maioria republicana nas duas casas - resolveram limitar o acesso desses detentos às cortes federais.

Nos casos mais recentes - *Boumediene v. Bush* (06-1.195) e *Al Odah v. U.S.* (06-1.196) - a Suprema Corte, por 6 votos a 3, denegou a apelação dos dois grupos de prisioneiros.

Stevens e Kennedy juntaram-se ao bloco conservador. O que causou espanto foi o aparente voto contraditório do mais liberal dos *justices*, juntando-se a Scalia, Roberts, Thomas e Alito. Parece, porém, ter sido uma estratégia.

Sabe-se que bastariam quatro votos dos *justices* para obrigar a corte a ouvir os argumentos dos detentos de Guantánamo, mas somente com cinco votos poderia ser dado provimento ao recurso, julgando procedente o pedido.

Para o decano dos liberais, John Paul Stevens, o *justice* Anthony Kennedy “ainda não estava pronto”, e naquele momento não seria o 5º voto necessário.

Extremamente interessante é o fato de que Stevens e Kennedy formularam uma pequena declaração conjunta afirmando ser ainda prematuro à Suprema Corte conhecer das demandas naquele momento.

O tribunal sugeriu que os apelos dos detentos podem vir a ser ouvidos, uma vez que seus argumentos já tinham sido apresentados aos tribunais inferiores, nos termos da decisão escrita por Stevens e Kennedy:

Despite the obvious importance of the issues raised in these cases, we are persuaded that traditional rules governing our decision of constitutional questions [...] and our practice of requiring the exhaustion of available remedies as a precondition to accepting jurisdiction of *habeas corpus* [...] make it appropriate to deny these petitions at this time.

Como vemos, não há muitos motivos para o Departamento de Justiça comemorar a decisão da Suprema Corte como uma vitória da Administração Bush, pois ainda não se tem com clareza uma decisão de mérito que estabeleça, no caso, os direitos que prevalecerão.

5. Conclusão

É certo que a corte desempenha um papel de extrema relevância, pelo menos em dois níveis. Sua participação no jogo dos arranjos sociopolíticos da sociedade norte-americana tem sido considerada determinante por estabelecer o significado do que seja a Constituição dos EUA, especialmente nas questões de difícil solução, interferindo no próprio desenho da política norte-americana.

A Corte Suprema tem, ao longo da história, desempenhado um importante papel na consolidação e construção de institutos jurídicos que vêm servindo de referência para outras ordens jurídicas, como a idéia de devido processo legal (*due process of law*) e de igualdade vs. discriminação (*equal protection of the laws*).

E, através destas notas acerca da Suprema Corte, percebe-se sua envergadura e importância para o sistema constitucional norte-americano e a contribuição que ela traz para o constitucionalismo ocidental contemporâneo.

Por outro lado, também a corte desperta expectativas em relação a seu futuro e ao papel que desempenhará sobre os direitos humanos e sobre a própria democracia, em um mundo globalizado, multicultural, plural, fragmentado e assustado com o terrorismo.

6. Bibliografia

ABRAHAM, Henry J. *Justices & presidents: a political history of appointments to the Supreme Court*. 3. ed. 1991.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BOECHAT, Leda. *A Corte de Warren*. Brasília: Civilização Brasileira, 1986.

BORK, Robert H. *The Tempting of America*. New York: The Free Press, 1990.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais do direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CHERNOW, R. *Alexander Hamilton*. New York: Penguin, 2005.

COLE, Charles D. *Lectures*. Niterói: [s.n.], 2000. Mimeografado.

ELAZAR, Daniel. The U.S. Constitution and the American Tradition of Constitution Making. In: SCHECHTER, Stephen L. (Ed.) *The Reluctant Pillar: New York and the Adoption of the Federal Constitution*. New York: Russel Sage College, 1985.

ELLIS, Joseph J. *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*. New York: Vintage, 2002.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GARRATY, John A. (Ed.) *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper Torchbooks, 1988.

GELLNER, Ernest. *Conditions of Liberty (Civil Society and its Rivals)*. London: Hamish Hamilton Ltd., 1994.

GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HALL, Kermit (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin Books, 1997.

MEADOR, Daniel John. *Os tribunais nos Estados Unidos*. Brasília: Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América - USIS, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: Garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

PALMER, R. R. *The Age of the Democratic Revolution: A political History of Europe and America 1760-1800 - The Challenge*. Princeton: Princeton University Press, 1969.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *O princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

_____. Primeiros passos rumo à Suprema Corte norte-americana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Porto Alegre, v. 6, p. 159-178, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

STEVENS, R. *The Independence of the Judiciary: The View from the Lord Chancellor's Office*. New York: Oxford University Press, 1994.

STONER JR., James R. *Common Law & Liberal Theory: Coke, Hobbes and the Origins of American Constitutionalism*. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. Paris: Gallimard, 1986.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

BRASILEIROS: NACIONAIS OU CIDADÃOS? UM ESTUDO ACERCA DOS DIREITOS DE CIDADANIA NO BRASIL EM PERSPECTIVA COMPARADA¹

Regina Lúcia Teixeira Mendes

Analista Judiciário/Executante de Mandados;

Especialista em Políticas Educacionais

pelo Instituto de Estudos Avançados em Educação da FGV - RJ;

Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho - RJ

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de explicitar a forma peculiar pela qual a doutrina jurídica brasileira atualiza as categorias de cidadania e nacionalidade, a partir da forma também peculiar pela qual a sociedade brasileira atualiza o princípio da igualdade jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Cidadania. Nacionalidade. Princípio da Igualdade Jurídica

SUMÁRIO

1. Introdução 2. A cidadania como mínimo jurídico comum e o princípio da igualdade jurídica 3. Nacionalidade e cidadania: a relação entre as duas situações jurídicas e o conceito jurídico de cidadania segundo a doutrina brasileira 4. Sociedades igualitárias e sociedades hierarquizadas: a pirâmide e o paralelepípedo 5. O caso brasileiro: pirâmide ou paralelepípedo? 6. Igualdade jurídica que pressupõe a desigualdade jurídica ou igualdade à brasileira 7. Bibliografia

1. Introdução

A pesquisa que desenvolvi durante o curso de mestrado em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, que resultou na dissertação *Princípio da Isonomia à Brasileira: Igualdade é tratar desigualmente os desiguais*, levou-me a concluir que a sociedade brasileira atualiza o princípio da igualdade jurídica de forma peculiar, fato que influi na forma também peculiar pela qual a nossa sociedade representa e atualiza o instituto jurídico da cidadania, já que o princípio da igualdade jurídica é pressuposto lógico necessário da idéia de cidadania contemporânea.

¹ Este texto foi publicado nos Cadernos de Direitos Humanos I - Direitos Negados - Questões para uma política dos Direitos Humanos, pelo Centro de Documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro, em 2004.

Tais considerações levaram-me a investigar a forma pela qual o campo jurídico brasileiro conceitua cidadania e a contrastar o conceito de cidadania reproduzido pela doutrina jurídica brasileira e o modelo formulado por T. H. Marshall em meados do século XX, formulado com base no estudo do caso inglês².

Do ponto de vista metodológico, portanto, empreguei o método comparativo por contraste, tal como vem sendo feito pela Antropologia contemporânea, de modo a procurar identificar e explicitar as peculiaridades e, portanto, as diferenças entre as realidades sociais e jurídicas estudadas³.

Este trabalho é, pois, desdobramento da minha dissertação de mestrado, e o resultado de um levantamento que teve como base a doutrina jurídica brasileira, especialmente a de Direito Constitucional e a de Teoria Geral do Estado, relativa à conceituação de cidadania, que é um instituto jurídico por excelência, na medida em que regula as relações jurídicas universais entre Estado e cidadãos.⁴

Tendo como base de dados o levantamento⁵ da conceituação de cidadania na doutrina jurídica brasileira, um levantamento que não pretendeu ser quantitativo, mas qualitativo, parti para a comparação deste conceito com o modelo traçado por T. H. Marshall no clássico estudo *Cidadania, Status e Classe Social*⁶, com o objetivo de investigar em que medida o conceito usado pela doutrina jurídica brasileira se afasta daquele que podemos extrair do tipo ideal traçado por Marshall e a adequação deste mesmo conceito ao princípio da igualdade jurídica tal como o atualizamos.

Do ponto de vista metodológico, ao empregar o método comparativo tal como se faz no campo da Antropologia Social contemporânea, parti da idéia de que apesar do instituto estudado ter o mesmo nome aqui e em outros países, é possível - e, neste caso, diria provável - que “cidadania” tenha, no Brasil, significado e conteúdo jurídico diversos do que em outros sistemas jurídicos, já que partimos de pressupostos diversos: o princípio da igualdade jurídica para nós não representa a mesma idéia, e, conseqüentemente, não tem os mesmos efeitos jurídicos que nas sociedades igualitárias⁷.

² MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

³ AMORIM, Maria Stella de; KANT de Lima, Roberto; TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil*. Introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴ MARSHALL, op. cit.

⁵ O levantamento bibliográfico foi orientado por mim e feito pelos meus alunos da disciplina Direito Constitucional II do curso de graduação em Direito da UNIVERSIDADE GAMA FILHO como trabalho de final de curso, e por isso compartilho este trabalho com eles, agradecendo especialmente a aplicação e o empenho de Adriana Pacheco Nunes, Ana Caroline Ramos, Carlos Felipe Lopes Marinho Aires, Dominique A. B. Gomes, Francisca Severo de Souza, Janine Kiyoshi Sugai, Krishna Cardoso, Lucicleide Ribeiro Melo Soares, Luzinete Maria Gomes, Nathane Silva, Tássia Ferreira Lopes, Thaís Lyzandra Genúncio Salles Moreira, Thaís Zacharias Izidoro.

⁶ MARSHALL, op. cit.

⁷ TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. *Revista de Ciências Criminais*, n. 13, PUC/RS, Porto Alegre, 2004.

Durante o levantamento, já mais familiarizada com o conceito de cidadania que Marshall delineia no seu modelo, também chamou-me a atenção a inconsistência existente na doutrina jurídica brasileira entre os conceitos de nacionalidade e cidadania, que ora são usados como sinônimos ora não são. Ambos os institutos estão positivados na Constituição de 1988, assim como em todas as constituições brasileiras anteriores, desde a Constituição brasileira imperial de 1824.

No entanto, apesar de aparecerem nos livros de Direito Constitucional em tópicos próximos, a doutrina jurídica jamais explica a relação entre os dois institutos.

O último objetivo deste trabalho é, pois, conceituar juridicamente nacionalidade e cidadania - levando-se em conta a sua significação nas sociedades ocidentais posteriores à Revolução Francesa - e explicitar a relação existente entre as duas situações jurídicas.

A importância do tema reside no fato de que é a partir destes conceitos que o campo jurídico brasileiro, especialmente os nossos operadores do direito - juízes, promotores de justiça, defensores públicos e advogados - e nossa classe política, povoada de bacharéis em Direito, entende e atualiza a idéia de cidadania.

2. A cidadania como mínimo jurídico comum e o princípio da igualdade jurídica

O princípio da igualdade jurídica universal, segundo o qual todos aqueles que estão vinculados a determinado Estado são iguais perante a lei, é assim concebido pela cultura jurídica ocidental a partir das revoluções liberais do século XVIII - em especial a Revolução Francesa, a Revolução Liberal Inglesa e o movimento de independência das colônias norte-americanas - e é pressuposto do instituto jurídico da cidadania nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos.

Vale esclarecer que no regime jurídico do dito Antigo Regime, anterior às mencionadas revoluções, o princípio da igualdade jurídica não era universalizado e operava intracastas, uma vez que a sociedade era composta por grupos ou estamentos que eram, por definição, juridicamente desiguais, ou desiguais perante a lei, de tal forma que iguais perante a lei eram somente aqueles que pertenciam a um dado segmento social. Assim, podemos afirmar que o princípio da igualdade jurídica no Antigo Regime operava para os membros de cada estamento e, assim, não era universalizado.

O Estado contemporâneo, pós-revolucionário, a partir da idéia de igualdade jurídica universal, compromete-se a atribuir a todos aqueles que se vinculam a ele um mínimo jurídico comum, composto de um conjunto de direitos e deveres atribuídos a todos em razão do vínculo político de cada sujeito com este mesmo Estado. Assim, a cidadania, à qual é inerente a idéia de universalidade e, portanto, de igualdade jurídica

é um fenômeno próprio das sociedades capitalistas contemporâneas, pois é um meio de o Estado garantir a todos aqueles que a ele se vinculam - e, por isso, titulares de deveres que, em última análise, financiam o próprio Estado - um patamar mínimo de igualdade, já que a sociedade de mercado, pela sua própria lógica, gera desigualdade⁸.

Assim, a cidadania pode ser conceituada como o mínimo jurídico, composto de direitos e deveres, comum a todos os que estão vinculados politicamente a determinado Estado. Em outras palavras, cidadania é um conjunto de direitos e deveres atribuído a todos os que estão ligados a um determinado Estado por um critério de vinculação política, em razão deste mesmo vínculo, que é a nacionalidade. O mínimo jurídico comum atribuído a todos os nacionais pela cidadania é composto, segundo Marshall, por três grupos de direito: os direitos civis são derivados do direito de liberdade e devem ser garantidos pelos tribunais; os direitos políticos, garantidos pelo acesso universal às urnas; e os direitos sociais, garantidos pelas políticas públicas.

Historicamente, o instituto da cidadania na sociedade ocidental contemporânea encontra traços comuns que permitem traçar um modelo identificador com suas linhas gerais, guardadas as especificidades de cada caso.

Dessa forma, é plausível a afirmação de que o instituto jurídico da cidadania aparece na concepção do Estado de Direito contemporâneo como um conjunto de direitos e deveres atribuídos a todos, de tal maneira que a universalidade da atribuição de direitos e deveres aos nacionais é inerente à idéia de cidadania e acompanha o instituto desde o seu aparecimento na história contemporânea, a partir do século XVIII.

Assim, qualquer associação do instituto da cidadania com o *status civitatis* da Grécia Antiga é imprópria, uma vez que lá a idéia de universalidade não é inerente ao conceito: como se sabe só alguns gregos tinham *status civitatis*, isto é, a cidadania grega não era para todos. Portanto, qualquer aproximação entre as duas concepções de cidadania, a grega antiga e a ocidental contemporânea, deve ser sobremaneira cuidadosa, pois a cidadania tal como é concebida a partir da Revolução Francesa, em razão do princípio da igualdade jurídica, estende-se a todos os que se vinculam ao Estado e, neste sentido, é universal⁹.

Curiosamente, é muito comum na doutrina jurídica brasileira que a cidadania grega ou a romana - que não eram atributo de todos os gregos ou romanos e, portanto, não tinham como pressuposto o princípio da igualdade universal - sirva de matriz conceitual para o conceito de cidadania atual. Nesse sentido, encontramos a obra de

⁸ MARSHALL, op. cit.

⁹ Universal quer dizer que alcança a todos dentro do limite de um universo, ao contrário do que o senso comum entende, já que associa a idéia de universo com a de infinito. A universalidade reporta sempre ao limite de um campo.

José Cretella Júnior¹⁰, em que para conceituar cidadania no sistema jurídico brasileiro atual o autor recorre ao Direito romano, ressaltando que em Roma o status da *civitas* classificava o indivíduo como romano ou não romano.

Diz o autor, *verbis*:

Em Roma, o homem livre ou era cidadão, tinha cidadania, ou era não cidadão, sendo estrangeiro ou peregrino. Toda a pessoa física que se encontra no território brasileiro, ou é nacional ou é estrangeiro. Se a nacionalidade é a sujeição por nascimento ou por adoção do indivíduo ao Estado, para o gozo e o exercício dos direitos políticos, cidadania é a habilitação do nacional para o exercício destes mesmos direitos, cumpridos os requisitos legais.

O autor segue explicando que o atributo da cidadania é tão importante que as constituições contemporâneas dos diferentes países costumam dar as condições que classificam os indivíduos em cidadãos e não cidadãos. Em seguida, volta para a antiga Roma, dizendo que o cidadão romano era aquele que tinha direitos e obrigações por estar ligado a determinada cidade. Segue explicando o sistema romano e, infelizmente não volta ao Brasil!!!!

Desde o século XVIII, quando a idéia de universalidade passou a ser inerente ao conceito jurídico de cidadania - devido à invenção do princípio da igualdade jurídica universal pelas revoluções liberais, especialmente a Revolução Francesa -, o conteúdo da cidadania sofreu uma espécie de dilatação no que concerne aos direitos que compõem o mínimo jurídico comum. Segundo Marshall¹¹, é possível afirmar que, no início, o conteúdo jurídico da cidadania era composto apenas pelo conjunto de direitos consecutórios do direito de liberdade - a liberdade de ir e vir, de contratar, de ser proprietário, de pensamento, de expressão, entre outros - a que se convencionou chamar de direitos civis. Em um segundo momento, passaram a fazer parte do conteúdo do instituto da cidadania os direitos políticos, que materializam a possibilidade de participação de todos os que estão vinculados ao Estado no processo político decisório de governo, diretamente ou por meio de representantes. Por fim, foram incorporados ao conteúdo da cidadania - e, conseqüentemente, atribuídos de forma universal a todos vinculados ao Estado - os direitos sociais que materializam a possibilidade de participação na riqueza social, por meio do direito à saúde, à educação e à previdência, entre outros.

¹⁰ CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. I e II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 138-139.

¹¹ MARSHALL, op. cit.

A cidadania plena, por sua vez, segundo Marshall foi sofrendo acréscimos e o mínimo jurídico comum, ao longo dos três séculos subseqüentes à Revolução Francesa, abrangendo várias categorias de direitos.

Recorro ao trabalho clássico de Marshall para aproveitar o tipo ideal, no sentido weberiano¹², de cidadania que hoje se compõe de três dimensões de direitos: os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, para contrastar este tipo ideal com o conceito de cidadania adotado pela doutrina jurídica brasileira.

3. Nacionalidade e cidadania: a relação entre as duas situações jurídicas e o conceito jurídico de cidadania segundo a doutrina brasileira

Atualmente, devido ao princípio da igualdade jurídica universal, adotado pelas democracias contemporâneas ocidentais a partir da Revolução Francesa, a qualidade de cidadão é atribuída a todos aqueles que estão ligados a determinado Estado pelo vínculo da nacionalidade, seja ela originária ou derivada, fato que torna o sujeito titular de direitos e deveres diante do Estado.

É forçosa, portanto, a conclusão de que o princípio da igualdade jurídica universal é pressuposto do instituto jurídico da cidadania, posto que a esta é inerente a idéia da universalidade da atribuição de direitos e deveres a todos aqueles que têm o vínculo político com determinado Estado, materializado pela nacionalidade, em razão deste vínculo.

A cidadania que é fundamento da República Federativa do Brasil¹³ é, portanto, um conjunto de direitos e deveres subjetivos públicos que, pelo princípio da igualdade jurídica universal - traduzido pela fórmula “todos são iguais perante a lei”¹⁴ -, será atribuído a todos os nacionais, em razão da própria nacionalidade. Por isso, a cidadania pode ser definida como um mínimo jurídico comum atribuído a todos os nacionais, ou seja, todos os brasileiros são cidadãos. Este mínimo jurídico comum a todos é, atualmente, composto de três espécies de direitos: os civis, os políticos e os sociais, como preceituam os arts. 5º, 6º e 12º da Constituição da República de 1988.

No entanto, a doutrina jurídica brasileira conceitua cidadania de forma peculiar, resumindo seu conteúdo jurídico aos direitos políticos, que, pela obrigatoriedade transformam-se em dever do cidadão. José Afonso da Silva, festejado constitucionalista da escola paulista, explica que nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania

¹² WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

¹³ Constituição da República, art 1º, inciso 2.

¹⁴ Idem, art 5º, *caput*.

e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão, mas nem todo nacional é cidadão¹⁵. Fica clara a amputação sofrida pela cidadania com esta conceituação, uma vez que os direitos civis e sociais, apesar de positivados e garantidos pela Constituição da República de 88, ficam excluídos do conceito doutrinários de cidadania.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos¹⁶ introduz o assunto, explicando que:

No Estado de direito o indivíduo tem assegurada pela ordem jurídica uma certa gama de interesses relativos à propriedade, à liberdade, à igualdade e etc. São direitos oponíveis ao Estado e que visam a inibir sua atuação: têm, pois, um conteúdo negativo. Entretanto, ao lado destes, coexistem no Estado Democrático, direitos assecuratórios da participação do indivíduo na vida política e na estrutura do próprio Estado. Enquanto os primeiros visam a proteger o indivíduo enquanto mero súdito do Estado, os segundos almejam assegurar ao cidadão acesso à condução da coisa pública ou, se preferir à participação na vida política. Daí serem chamados “direitos políticos” por abrangerem o poder que qualquer cidadão tem na condução dos destinos de sua coletividade, de uma forma direta ou indireta, vale dizer, sendo eleito ou elegendo representantes próprios junto aos Poderes Públicos.

Há de se notar que os brasileiros são qualificados pelo autor, no que tange à titularidade dos direitos civis, como súditos do Estado e, no que tange aos direitos políticos - que são deveres -, como cidadãos. Na passagem citada, o autor também usa a curiosa expressão “súdita”, o que nos faz lembrar a submissão ao poder do rei, e não a submissão de todos os cidadãos à vontade geral.

O autor¹⁷ continua explicando que:

O nacional não deve ser confundido com o cidadão. A condição de nacional é um pressuposto para a de cidadão. Em outras palavras, todo o cidadão é um nacional, mas o inverso não é verdadeiro: nem todo o nacional é um cidadão. O que confere esta última qualificação é o gozo dos direitos políticos. Cidadão, pois, é todo o nacional na fruição dos seus direitos cívicos. Se por qualquer motivo não os tenha ainda adquirido (por exemplo, em razão da idade) ou se já os tendo um dia possuído, veio a perdê-los, o nacional não é cidadão na acepção técnico jurídica do termo.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 108.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo. 1990. p. 236.

¹⁷ *Ibid.* p. 237.

Como se vê, o conceito apresentado por Celso Ribeiro Bastos retira do conteúdo jurídico do instituto da cidadania tanto os direitos civis quanto os direitos sociais, reduzindo-o aos direitos políticos, apesar da expressa previsão constitucional da matéria, já apontada anteriormente.

O mesmo autor¹⁸ reitera a posição afirmando que:

Diante do Estado, todos são basicamente nacionais ou estrangeiros. Cumpre aqui adensar um tanto o conceito de nacional, introduzindo uma distinção usualmente feita entre aqueles que desfrutam dos direitos políticos e aqueles outros a quem não são conferidas tais prerrogativas. Aos primeiros dá-se o nome de cidadãos. A cidadania implica a nacionalidade na medida que todo o cidadão é também nacional. Nem todo o nacional todavia é cidadão. Basta que não esteja no gozo dos direitos políticos quer ativos, consistente na prerrogativa de eleger seus representantes para integrarem os órgãos do Estado, quer passivos substanciados na possibilidade de ser eleito. É certo que a distinção é ignorada na linguagem comum e até mesmo por alguns ordenamentos jurídicos que denominam cidadãos todos os que integram o Estado, sem considerar o problema dos direitos políticos. A melhor doutrina agasalha esta diferenciação, assim como o nosso direito constitucional que registra uma nítida separação entre direitos a todos os nacionais e direitos restritos ao cidadão.

O autor, neste momento, traz à baila um ponto crucial da cidadania brasileira. Apresenta como se fosse sofisticada e técnica a noção de cidadania como a atribuição de direitos políticos, enquanto esta noção nada mais faz do que amputar o conteúdo jurídico que a cidadania brasileira já deveria ter resolvido, uma vez que está positivado constitucionalmente, ou seja, a garantia dos direitos civis pelos tribunais a todos os brasileiros, assim como o acesso aos direitos sociais por meio de políticas públicas eficazes. Fica assim divorciada da idéia de cidadania tanto a insuficiência da justiça brasileira para garantir as liberdades públicas como a ineficiência das nossas políticas públicas para garantir o acesso universal dos cidadãos à saúde e à educação. Isso posto, considerar cidadão somente o eleitor desvincula a prestação jurisdicional e a eficiência das políticas públicas sociais dos deveres do Estado decorrentes da cidadania brasileira.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides¹⁹ ensina que “o *status civitatis*, estado de cidadania define basicamente a capacidade pública do indivíduo, a soma dos direitos políticos e deveres que ele tem perante o Estado”. Mais uma vez, a cidadania brasileira

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75.

é subtraída do seu conteúdo civil e social de tal maneira que os deveres do Estado para como o cidadão não passam da possibilidade do acesso destes às urnas. Cumpre frisar que a França e outros países que hoje constituem Estados Democráticos de Direito resolveram o conteúdo civil das respectivas cidadanias no século XVIII.

José Afonso da Silva, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*²⁰, sem dúvida o mais utilizado manual de Direito Constitucional, ao comentar os fundamentos do Estado Brasileiro mencionados pelo art 1º da Constituição da República de 1988, no qual figura a cidadania, faz a tentativa de ampliar o conceito: diz que o cidadão, aí mencionado indiretamente, “tem um sentido mais amplo do que o titular de direitos políticos.” Segundo o autor, que nesta altura remete ao professor Jorge Miranda, eminentemente constitucionalista português, “qualifica os participantes da vida do Estado como pessoa integrada na sociedade estatal”. Significa também que o funcionamento do Estado está submetido à vontade popular. Mais adiante, na mesma obra, no entanto, ao tratar do art 14 da Constituição da República de 1988 que disciplina os direitos políticos, o autor²¹ retoma o conceito de cidadania que reduz o instituto à titularidade dos direitos políticos, explicando que ela qualifica os participantes da vida de um Estado e é atributo das pessoas integradas à sociedade estatal, mas conclui²² dizendo que a cidadania é um atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Para o autor, cidadão, no Direito brasileiro, é o indivíduo titular dos direitos políticos de votar e ser votado, e suas conseqüências. E, mais uma vez, o conteúdo civil e social da cidadania não aparece na doutrina jurídica brasileira.

Ao tratar de aquisição da cidadania brasileira segundo a Constituição da República de 1988, o professor José Afonso da Silva sustenta que “os direitos de cidadania adquirem-se mediante alistamento eleitoral, na forma da lei”. Diz o autor²³: “Pode-se dizer, então que a cidadania se adquire com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do título de eleitor válido. O eleitor é cidadão, é titular da cidadania, embora nem sempre possa exercer todos os seus direitos políticos”.

Como já foi apontado neste trabalho, o campo jurídico conceitua cidadania, desprovido o instituto de seu conteúdo de direitos civis, relativos às liberdades públicas, assim como de seu conteúdo de direitos sociais. Curiosamente, a única categoria de direitos de cidadania que conseguiu entre nós ser efetivamente universalizada foram os direitos políticos, ainda que tenham sido transformados em deveres.

²⁰ SILVA, op. cit., p. 108.

²¹ Ibid., p. 348.

²² Ibid., p. 349.

²³ SILVA, op. cit., p. 350.

O professor Dalmo Dallari ensina que “cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.”²⁴

Em *Elementos de Teoria Geral do Estado*²⁵, Dallari explica que na Grécia antiga o termo cidadão indicava apenas um membro ativo da sociedade política, isto é, aquele que podia participar das decisões políticas. Vai além, esclarecendo que “juntamente com os cidadãos compunham a polis ou cidade-estado os homens livres não dotados de direitos políticos e os escravos”. O autor esclarece que não há coincidência entre este e o conceito moderno de povo. Dallari explica que em Roma usa-se, de início, a expressão “povo” para indicar o conjunto dos cidadãos, exatamente como na Grécia, dando-lhe mais tarde, um sentido mais amplo, para significar o próprio Estado romano. O autor pondera que “embora nestes casos não se encontre o sentido moderno de povo, existe já uma conotação jurídica, pois a qualidade de cidadão implica a titularidade de direitos públicos”. Dallari²⁶ continua:

Durante a Idade Média foi menos precisa a noção de povo, pois a extensão dos direitos a novas camadas da população, bem como a maior mobilidade desta, até que se começassem a delinear os traços do Estado Moderno, tudo isto perturbou os padrões tradicionais. Enquanto o povo de mesmo Estado permaneceu dividido em diferentes ordenações, sem um centro unificador eficaz, não pode ser concebido como uma unidade. Durante esta fase, porém, foi completamente superada a noção aristocrática de povo, e quando se chegou à afirmação do Estado Moderno já estava quase definida a concepção moderna de povo, que seria a base das novas afirmações democráticas.

Paulo Bonavides, por sua vez, em *Ciência Política*²⁷, ensina que:

Povo é, então, um quadro humano sufragante que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória) ou seja, o corpo eleitoral. O conceito de povo traduz por conseguinte uma formação histórica recente, sendo estranho ao direito público das realezas absolutas, que conheciam súditos e dinastias mas não conheciam povos e nações. Este conceito político de povo prende-se a uma concepção ideológica:

²⁴ DALLARI, Dalmo. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo. Moderna, 1998. p. 14.

²⁵ Idem. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 85.

²⁶ DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo. Saraiva, 2001. p. 86.

²⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 75.

a das burguesias ocidentais que implantaram o sistema representativo e impuseram a participação dos governados desencadeando o processo que converteria estes de objeto em sujeito da ordem política.

Continua o autor²⁸: “Em primeiro lugar o que é povo? [...] Povo, no sentido jurídico, não é o mesmo que população, no sentido demográfico. Povo é aquela parte da população capaz de participar através de eleições do processo democrático dentro de um sistema variável de limitações que depende de cada país e de cada época.” Bonavides afirma que urge por conseguinte dar ênfase ao laço de cidadania ao vínculo particular ou específico que une o indivíduo a um certo sistema de leis, a um determinado ordenamento estatal.

A cidadania, segundo Bonavides²⁹, “é a prova de identidade que mostra relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante esta relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo. O *status* de cidadania, segundo Chiarelli, implica uma situação jurídica subjetiva consistente em um complexo de direitos e deveres de caráter público. Bonavides³⁰ afirma que:

Da cidadania, que é uma esfera de capacidade, derivam direitos, quais o direito de votar e ser votado (*status active civitatis*) ou deveres como os de fidelidade à pátria, prestação de serviço militar e observância das leis do Estado. Sendo a cidadania um círculo de capacidade conferido pelo Estado aos cidadãos, este poderá traçar-lhe limites, caso em que o *status civitatis* apresentará no seu exercício certa variação ou mudança de grau. De qualquer maneira é um status que define o vínculo nacional da pessoa, os seus direitos e deveres em presença do Estado e que normalmente acompanha cada indivíduo por toda a vida.

José Cretella Júnior define “cidadão” para estudar a legitimidade ativa para ação popular. Diz que é aquele que tem capacidade política, aptidão para exercer direitos ativos (eleger) e passivos (ser eleito ou pelo menos ser candidato).³¹

Curiosamente, Michel Temer³², por sua vez, não menciona o instituto da cidadania em *Elementos de Direito Constitucional*, nem mesmo em seu aspecto político.

²⁸ Ibid., p. 75.

²⁹ Ibid., p. 77.

³⁰ Ibid., p. 77.

³¹ CRETELLA JUNIOR, op. cit., p. 777.

³² TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

4. Sociedades igualitárias e sociedades hierarquizadas: a pirâmide e o paralelepípedo

A idéia de igualdade tomada de modo universal na sociedade ocidental torna-se especialmente importante a partir do século XVIII porque inaugura uma concepção social inédita até então no ocidente, que se concebe como um modelo composto por conjunto de sujeitos iguais em direitos e obrigações perante o Estado e que possibilita a mobilidade social de acordo com os méritos de cada um. Esta concepção contrasta com a sociedade medieval que se concebia como sendo formada por grupos juridicamente desiguais. Esta concepção distingue a sociedade contemporânea da concepção de sociedade do Antigo Regime, na qual os sujeitos estavam distribuídos em estamentos imutáveis que definiam o regime jurídico aplicado ao grupo. Assim, a idéia de igualdade não é estranha ao Antigo Regime, uma vez que ela é eficaz intracastas, isto é, o regime jurídico era comum a todos os integrantes de um determinado segmento social. A novidade é a universalidade que se atribui à idéia de igualdade jurídica a partir das revoluções liberais do século XVIII.³³

Nesse contexto, a idéia de indivíduo é particularmente importante para a compreensão do Estado contemporâneo, tal como ele se apresenta depois dos movimentos liberais ocorridos no século XVIII, pois é a partir dela que se torna possível a concepção de igualdade jurídica. O conceito de indivíduo é fundamental, pois é a partir dele que se desenvolve a idéia de um mínimo comum irreduzível a quem será atribuído o gozo da condição de cidadão. O princípio da igualdade jurídica é, portanto, a pedra fundamental, o pressuposto para a construção da idéia de cidadania contemporânea; assim como para a construção dos modelos igualitários de sociedade.

Louis Dumont é agudo no tratamento da matéria. Em *Homo Aequalis*³⁴, aborda diretamente o tema, dizendo que há uma diferença fundamental entre as sociedades ditas tradicionais - nas quais a hierarquia aparece como valor supremo - e as sociedades igualitárias, nas quais o igualitarismo reina como um dos valores cardeais. O contraste hierarquia/igualdade é só uma parte da questão. Existe um outro ponto, subjacente ao primeiro e de aplicação mais geral: as sociedades tradicionais valorizam, em primeiro lugar, a ordem, isto é, a conformidade de cada elemento com o seu papel no conjunto. Outras sociedades, como a francesa, por exemplo, segundo o autor, valorizam, em primeiro lugar, o ser humano individual, pois cada homem é tomado como encarnação de toda a humanidade e como tal é livre e igual a qualquer outro. É nessa medida que os direitos civis, segundo Marshall, são os primeiros a serem incorporados à idéia de cidadania.

³³ MARSHALL, op. cit.

³⁴ DUMONT, Louis. *Homo aequalis*. Rio de Janeiro: EDUSC, 2000.

A sedimentação do individualismo liberal cria a possibilidade de crescimento da idéia de igualdade jurídica como mecanismo capaz de promover a mobilidade social necessária a um modelo de sociedade de classes, submetida à ética igualitária. A isonomia liberal é uma idéia burguesa, que visava a incluir no sistema decisório aqueles que, apesar de abastados, não faziam parte das castas poderosas, assim como tinha o objetivo de salvaguardá-los do arbítrio. Acrescente-se, ainda, que a sociedade igualitária não promete isonomia material, uma vez que submete a critério de mérito individual a posição de cada um na escala social. Estabelece, isto sim, um mínimo jurídico comum, cujo acesso deve ser garantido pelo Estado a todos aos que a ele se vinculam.

A sociedade igualitária e o Estado de Direito, portanto, através da igualdade formal, garantem a todos os cidadãos o mesmo tratamento diante da lei e dos tribunais e tornam possível o direito à diferença, de tal maneira que os diferentes têm isonomia do direito de defender seus direitos e vê-los garantidos pelos tribunais. A diferenciação faz surgir segmentos sociais que são incluídos no tecido social pela própria diferenciação³⁵; e o conflito é visto como inerente à própria convivência de interesses diferentes, devendo ser explicitado, administrado e, se possível, solucionado.

É nessa medida que o acesso universal à justiça é uma obrigação irreduzível e inarredável do Estado decorrente da cidadania, assim como o acesso universal às urnas, no plano dos direitos políticos; bem como o acesso universal à saúde, à educação e a previdência no plano dos direitos sociais. Assim, atribuir tratamento jurídico desigual aos cidadãos na esfera dos tribunais, sob o argumento de que fazer justiça é tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, não garante a justiça social, como costumam afirmar ilustres figuras do nosso Poder Judiciário. O tratamento jurídico desigual dispensado àqueles juridicamente iguais, por força de determinação constitucional, tem antes o efeito de privar a cidadania brasileira do seu conteúdo de liberdades públicas e a transformar-nos todos, como já nos disse o professor Celso Ribeiro Bastos, em “súditos do Estado”.

Kant de Lima esclarece o assunto com uma representação gráfica do modelo, explicando que ele pode ser representado pelo desenho de um paralelepípedo, de tal maneira que a possibilidade de chegar ao topo é oferecida a todos os que estão na base³⁶.

A igualdade jurídica universal nas sociedades igualitárias é a idéia que torna possível a convivência isonômica das diferenças e a formação de subgrupos em torno de características fáticas semelhantes. Por paradoxal que pareça, é a idéia de isonomia

³⁵ KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura G.; BARBOSA, Livia; DRUMMOND, José Augusto (Org.). *Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro: FGV, p. 105 -123.

³⁶ *Ibid.*, p. 105-123.

jurídica que possibilita o aparecimento do direito à diferença. Sendo assim, o modelo individualista não apresenta uma tendência homogeneizadora, uma vez que possibilita a inclusão dos “diferentes” no sistema social, já que estes podem e devem defender os seus direitos, valendo-se da igualdade jurídica atribuída a todos, do tratamento paritário que o sistema oferece. E, dentro da lógica que presume que todos aqueles que estejam vinculados a determinado Estado devem ter a possibilidade igualitária de defender seus interesses perante os tribunais, baseados na lei, é que surge o Estado liberal burguês como espaço de administração de conflitos entre os indivíduos que, apesar de diferentes em suas particularidades, são detentores do direito de serem tratados de forma isonômica pelo ordenamento jurídico e pelos tribunais na solução dos conflitos dos quais fazem parte³⁷, assim como no acesso e gozo dos direitos inerentes à cidadania.

O modelo hierárquico de sociedade baseia-se, por sua vez, em outra lógica: pressupõe a desigualdade irredutível entre os grupos componentes da sociedade e naturaliza a desigualdade. O modelo arruma os diferentes grupos em uma relação de hierarquia que poderia ser representada graficamente por uma pirâmide, de tal maneira que nem todos os que estão na base terão, por definição, a possibilidade de chegar ao topo. Este modelo trabalha com a idéia de inclusão dos iguais e exclusão dos desiguais, de tal forma que o sistema tende a homogeneizar as diferenças para absorvê-las. A pirâmide é composta por partes desiguais e complementares entre si, e a posição do sujeito no tecido social depende mais de seu nascimento e de suas relações sociais do que de seus méritos. O conflito é representado como fenômeno ameaçador da desagregação social e, nesta perspectiva, o Estado surge como pacificador de conflitos e fator de compensação às desigualdades jurídicas irredutíveis existentes entre os segmentos da sociedade.³⁸

5. O caso brasileiro: pirâmide ou paralelepípedo?

No Brasil, temos uma economia de mercado e uma sociedade de classes com as diferenças inerentes ao modelo. Haveria, pois, as condições para que a sociedade brasileira se aproximasse do modelo individualista. No entanto, o que temos constatado é que a ética de nossa sociedade comporta uma mescla paradoxal entre as duas éticas acima expostas³⁹. A mescla dos dois modelos, segundo Dumont, ocorre em várias sociedades. Entretanto o que é original na sociedade brasileira é que essa mescla se reproduz no nosso campo jurídico e é explícita no nosso ordenamento.

³⁷ KANT DE LIMA, Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: _____, p. 105 -123.

³⁸ Ibid., p. 105 -123.

³⁹ DA MATTA, Roberto. Você Sabe Com Quem Está Falando? In: _____. *Carnavais, Malandros e Heróis*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

Para nós, a igualdade jurídica pressupõe a desigualdade jurídica. Confunde-se a desigualdade jurídica entre sujeitos em função da sua posição no tecido social com as diferenças de fato. O tratamento desigual é próprio das sociedades de castas e não se coaduna com a idéia contemporânea de cidadania à qual é inerente a universalidade dos direitos. Ora, se a cidadania contemporânea determina que o tratamento jurídico tem de ser igual para todos os cidadãos, o tratamento desigual não pode ser aceito. O tratamento isonômico, próprio da ética igualitária, atribui igualdade jurídica a todos e permite a explicitação das diferenças.

A peculiaridade do caso brasileiro é que a mescla das duas éticas se reproduz no nosso sistema jurídico, o que não ocorre nas outras sociedades que, juridicamente, pelo menos, filiam-se a uma ou a outra. Temos uma ordem constitucional que proclama o princípio da igualdade jurídica, mas a nossa ordem infraconstitucional reproduz em alguns institutos a desigualdade jurídica, assim como ocorre na sociedade de castas, o que faz com que haja no nosso ordenamento, apesar do princípio constitucional da igualdade, um sem-número de exemplos de tratamento jurídico desigual a situações jurídicas objetivamente semelhantes em função da posição do sujeito para sujeitos supostamente iguais perante a lei, perante os tribunais e perante o Estado. Não pode haver melhor exemplo do que o da prisão especial, privilégio digno do Antigo Regime.

A representação gráfica do modelo de nossa sociedade, sugerida por Kant de Lima, esclarece que esta não segue nem somente à ética da pirâmide nem somente a do paralelepípedo, mas sim a sobreposição das duas figuras e a conseqüente sobreposição das duas éticas paradoxais⁴⁰, que no Brasil aparecem de forma positiva no ordenamento jurídico.

Entre nós, as duas éticas, por paradoxais que sejam, convivem e se alternam, informando nossas teorias e nossas práticas. Resulta desta convivência uma ética tão peculiar, que muitas vezes torna-se incompreensível, incongruente e aparentemente absurda. No campo jurídico brasileiro, esta convivência se traduz da seguinte maneira: o discurso explícito é liberal - a Constituição da República, desde 1891 consagra o princípio da isonomia e há aparente consenso social a respeito desta regra (ninguém hoje, em sã consciência, ousaria defender o contrário!). No entanto, a teoria que informa a prática jurídica e o ordenamento infraconstitucionais obedece, muitas vezes, à ética das sociedades hierarquizadas, de tal forma que não estranhamos o fato de nosso conceito de igualdade jurídica pressupor a desigualdade jurídica, isto é, tratamento jurídico diverso em situações semelhantes, para sujeitos provenientes dos diferentes segmentos sociais.

⁴⁰ KANT DE LIMA, op. cit., p. 105-123.

Mais uma vez, vou me valer da prisão especial: não há bacharel, ou operador do direito, e até mesmo jurista que não a defenda, candidamente, sem qualquer estranheza, sob o argumento de que igualdade é tratar desigualmente os desiguais. No entanto, o tratamento jurídico desigual atribuído àqueles que têm os mesmos deveres para com o Estado - os tributários, especialmente - não é entendido pelo campo jurídico nem pela sociedade brasileira como uma agressão inaceitável à nossa cidadania. Tal fato é visto como natural, como um instrumento de promoção da justiça social, por um Estado inspirado nos modelos das sociedades tradicionais.

O tipo de sociedade igualitária é concebido como composto de indivíduos, diferentes entre si, mas tratados de forma igual perante a lei e perante os tribunais, onde vão defender seus diversos interesses e dar solução aos eventuais conflitos que podem surgir em razão destas diferenças. Assim, a ética igualitária não garante aos elementos do grupo social uma igualdade material, substancial. Os indivíduos terão suas trajetórias próprias, e a diferenciação social será expressão do mérito de cada um. Portanto, se nem todos chegam ao topo da estratificação social, isso se justifica por razões de fato e não jurídicas: é o mérito de cada um que determina sua posição na escala social. A administração pública tem o papel de promover e garantir igualdade de oportunidades a todos os seus membros. Essa igualdade se traduz na igualdade de acesso aos recursos e, na esfera jurídica, no acesso à justiça; no acesso às urnas; no acesso à educação e à saúde; assim como na igualdade de acesso à informação, que significa, no campo jurídico, o conhecimento da norma e do direito por todos os cidadãos.

6. Igualdade jurídica que pressupõe a desigualdade jurídica ou igualdade à brasileira

A sociedade brasileira, como já foi dito, apresenta uma peculiar fusão dos modelos igualitário e hierárquico de sociedade. Temos, pois, no nosso sistema, uma espécie de esquizofrenia legal: a isonomia constitucional de um lado e os privilégios infraconstitucionais de outro. É preciso, portanto, que esta ambigüidade seja explicitada para que possamos nos afastar do senso comum, inclusive o do campo jurídico, que insiste em tratar o sistema jurídico brasileiro como se este obedecesse unicamente à ética igualitária.

A alternância das duas éticas, por um lado, faz com que o campo jurídico tenha de acomodar este paradoxo, atualizando de forma peculiar o princípio da igualdade jurídica. Por outro lado, faz com que o Poder Judiciário - que, em tese, teria o objetivo de promover a igualdade jurídica por meio de um processo judicial devido ao cidadão, fundado em princípios e categorias universalizantes - se organize, na prática,

de forma hierárquica e inquisitorial como um sistema em que a produção e a circulação do saber estão fundadas em princípios particularizantes. O acesso ao saber jurídico, ao seu “bom” uso, é sigiloso e depende de relações sociais.⁴¹ Daí decorre a imensa disputa pela interpretação da lei, existente no Brasil. Como a aplicação da norma jurídica é particularizada e sua formulação obedece a uma lógica universalizante, surgem os diversos “entendimentos” a respeito de determinada matéria e a disputa sobre a aceitação do campo jurídico dessas interpretações. A literalidade, ao invés de representar possibilidade de acesso universal à significação da norma, como ocorre nas sociedades igualitárias, é vista pelo campo jurídico brasileiro como insuficiente e simplória. Logo, quanto às liberdades públicas estamos mesmo mais para súditos do que para cidadãos.

É a lógica hierárquica que faz com que a precariedade do acesso à justiça seja encarada com “naturalidade” por nossos profissionais do Direito, mesmo que o acesso devesse estar à disposição de todos os interessados, segundo a ordem positiva constitucional, e obedecer, assim, a uma lógica universalizante. É com placidez que a ineficácia do aparelho do Judiciário e sua insuficiência dada a demanda existente sejam justificadas pelo próprio Poder Judiciário e pelo campo jurídico, pelo fato de não haver estrutura suficiente. No entanto, *ad argumentandum tantum* a mesma justificativa nos pareceria absurda se se referisse à impossibilidade de aferição de votos numa eleição... Curioso é notar que ambas as funções estão atribuídas ao mesmo Poder Judiciário, assim como ambas as situações encontram abrigo em dimensões diversas do mesmo instituto jurídico da cidadania. Portanto, no que se refere ao acesso à justiça, vige entre nós a ética das sociedades hierárquicas; enquanto que o que concerne aos direitos políticos, que entre nós são deveres, vigora a ética universalizante das sociedades igualitárias.

É a naturalização da desigualdade jurídica e a necessidade de fazer conviver as duas éticas paradoxais no nosso ordenamento que confere a atualidade da regra da igualdade da qual Rui Barbosa é porta voz em nossa cultura jurídica. Esta leitura peculiar da regra da igualdade faz com que qualquer afronta a este mesmo princípio seja aceitável, fazendo uma espécie de jusnaturalismo às avessas, uma vez que esta escola justifica a igualdade entre os homens pela sua natureza, isto é, todos são iguais porque a natureza os fez homens. Rui Barbosa, na *Oração aos Moços*, faz o raciocínio inverso, fundamentando nas variações da natureza a desigualdade jurídica por conta da desigualdade social existente entre os homens. O autor vincula a idéia de desigualdade jurídica à idéia de diferença e preconiza que a desigualdade jurídica é o resultado da “natureza” das coisas. *Verbis*:

⁴¹ Ibid.

Em tão breve trajeto cada um há de acabar a sua tarefa. Com que elementos? Com os que herdou, e os que cria. **Aqueles são a parte da natureza.** Estes, a do trabalho.

.....
A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros, no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.⁴² (grifos nossos).

Aí está a regra jurídica da igualdade, tal como a concebemos até hoje. Ela pressupõe tratamento jurídico desigual para pessoas socialmente desiguais, que nos Estados Democráticos de Direito são consideradas juridicamente iguais. Esta forma de apropriação do princípio da igualdade dificulta a identificação da cidadania brasileira, uma vez que afasta a idéia do mínimo jurídico comum, assim como a idéia de direitos universais, isto é, que sejam atribuídos a todos os brasileiros. Rui Barbosa é atualíssimo, não pelas idéias de seu discurso que acabamos de analisar, mas pela forma como acomoda as duas éticas que, apesar de paradoxais, informam, ainda hoje, explicitamente o campo e o ordenamento jurídico brasileiros, sem nos causar qualquer estranheza.

⁴² Anexo IX - Oração aos Moços. Página 8.

7. Bibliografia

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Ensaio sobre a igualdade jurídica: Acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMORIM, Maria Stella; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo. A Administração da Violência Cotidiana no Brasil. In: *Juizados Especiais Criminais: sistema judicial e sociedade no Brasil*. Ensaio Interdisciplinares. Niterói: Intertexto, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Cidadania no Brasil: Um longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

_____. *A construção da ordem - Teatro de sombra*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. I e II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DA MATTA, Roberto. Você Sabe Com Quem Está Falando? In: _____. *Carnavais, Malandros e Heróis*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

DUMONT, Louis. *Homo aequalis*. Rio de Janeiro: EDUSC, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição Brasileira de 1988*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1998.

KANT DE LIMA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: *O Brasil não é para principiantes*. Gomes; Barbosa; Drummond (Org.). Carnavais, Malandros e Heróis 20 anos depois. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

_____. *Direitos Cívicos e Direitos Humanos, no Brasil: uma reflexão antropológica*. SEAD, no prelo.

_____. Por uma antropologia do Direito, no Brasil. In FALCÃO, Joaquim. (Org.) *Pesquisa Científica e Direito*. Recife: Ed. Massangana, 1983.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Zahar. Rio de Janeiro. 1967.

MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA. Cláudio Brandão de. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: DP & Cia, 2002.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Glaucete Passos de. A Ação Penal de Iniciativa Privada e os Crimes Contra os Costumes. In: *Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil*. 2004.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. *Revista de Ciências Criminais*, n. 13, PUC/RS, Porto Alegre, 2004.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

A SÚMULA VINCULANTE E A LEI Nº 11.417/06

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Criminal;

Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho - RJ;

Coordenador Adjunto e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO

O presente estudo aborda a recente Lei nº 11.417/06, que veio a regular o procedimento para criação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Nele também é abordado, ainda que de forma perfunctória, as distinções entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, bem como a tendência legislativa de se valorizar os precedentes judiciais de forma geral, atribuindo-lhes eficácia vinculante.

PALAVRAS-CHAVE

Súmula vinculante. Súmula impeditiva de recursos. Procedimento para criação, revisão e cancelamento

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Distinção entre súmula vinculante e súmula impeditiva de recursos 3. Procedimento para criação, modificação e revisão da súmula vinculante 4. Conclusão 5. Bibliografia

1. Introdução

Com o advento da EC nº 45/04, que criou o art. 103-A da CRFB-88, o ordenamento jurídico pátrio passou a prever mais uma hipótese de súmulas de jurisprudência vinculante,¹ agora oriunda do STF, posteriormente regulamentada pela Lei nº 11.417/06, que disciplinou o procedimento para a edição, revisão e o próprio cancelamento dessas súmulas.

Para o início desta abordagem, torna-se necessário tecer algumas considerações, ainda que breves, do sistema jurídico adotado no Brasil, calcado nas premissas estabelecidas pela *Civil Law*, de origem romano-germânica, que considera como fonte normativa

¹ Esta possibilidade já era permitida no art. 896, alínea “a”, da CLT, que determina que é possível interpor recurso de revista quando a decisão proferida pelo TRT der interpretação a lei federal diversa daquela constante em súmula do TST. Além disso, também o art. 43 da LC nº 73/93 trata da edição de súmula de caráter vinculante no âmbito da Advocacia Geral da União, cujo descumprimento é proibido pelo art. 28, inciso II desta mesma Lei.

do Direito apenas as leis, a analogia, os costumes e os princípios gerais, conforme se extrai da leitura do art. 5º, inciso II, da CRFB-88.²

O positivismo jurídico, que é a principal fonte normativa da *Civil Law*, buscou a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências naturais. Sob esta perspectiva, a função do intérprete do Direito foi relegada a uma atividade meramente declaratória em relação à legislação, pois, até então, o sentimento comum era o de que realmente seria possível decidir todas as questões jurídicas por meio de uma simples operação lógica de subsunção da hipótese concreta à norma abstrata.³ Era correta, portanto, a assertiva formulada por Couture, para quem “o juiz é um homem que se move dentro do Direito, como o prisioneiro dentro de seu cárcere”.⁴

No entanto, logo se verificou que o legalismo acrítico e as próprias imperfeições normativas⁵ serviam de disfarce para autoritarismos de matizes variados, que, mais tarde, culminariam pela própria decadência do positivismo.⁶ Foi nesse contexto, portanto, que se passou a exigir do magistrado, principal depositário das leis, uma postura mais ativa no esclarecimento e na integração dessas eventuais lacunas no Direito codificado. Assim, foi no exercício deste especial desiderato que os precedentes judiciais passaram a ser mais valorizados⁷, principalmente se for relevado que a utilização de entendimento já externado por Cortes Superiores acaba garantindo ao jurisdicionado não só a observância de um tratamento isonômico, mas, também, a própria previsibilidade da prestação jurisdicional.⁸

A súmula - cuja origem deriva do latim *summula* e que significa a síntese de uma orientação - surge com a finalidade de auxiliar o magistrado nesse processo hermenêutico da busca pelo correto fundamento normativo aplicável ao caso concreto⁹.

² MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria do Estado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 180.

³ CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Precedente judicial como fonte de direito*. 1. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 198.

⁴ COUTURE, Eduardo apud SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença Cível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 447.

⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 72-73: “a ordem jurídica sem lacunas ou antinomias é invenção doutrinária [...] a ordem jurídica, por traduzir contradições da sociedade que tutela, também é contraditória e relativamente assistemática, embora busque a máxima sistematização”.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 15, 2001, p. 29.

⁷ CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 1. ed, 2004, p. 17-18, esclarece que não há uma regra clara sobre como o magistrado deve se pautar na escolha do precedente que pretende utilizar. Para este doutrinador, trata-se de uma questão insolúvel, já que: “pode ele também atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às antigas, bem como favorecer as decisões tomadas por juizes famosos, e não por juizes medíocres”.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 1. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 297.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro. Eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 145, esclarece que uma decisão judicial precisa estar de acordo com o texto normativo para ser válida. No entanto, observa que, no Brasil, basta que esta decisão esteja pautada em súmula para legitimá-la. Assim, segundo este doutrinador: “as súmulas são, desse modo, uma metacondição de programação e reprogramação de sentido do sistema jurídico. Contudo, são, também, condição de fechamento do sistema. Trata-se de um paradoxo, na perspectiva luhmaniana, que é resolvido pela unidade que lhe dá a posição ímpar dos tribunais superiores ao editar Súmulas para poder auto-reproduzir o sistema.”

Ela tem, a princípio, caráter meramente persuasivo, por atuar na qualidade da opinião formada por certo tribunal.¹⁰ Contudo, como não havia obrigatoriedade em sua aplicação, era muito comum a observância de decisões judiciais contrárias aos seus termos, que não só deixavam de velar pelo tratamento igualitário em situações semelhantes, como, também, geravam uma cadeia quase infundável de recursos que postergavam ainda mais a entrega da prestação jurisdicional.¹¹

Com a criação da já mencionada EC nº 45/2004, bem como com a sua posterior regulamentação pela Lei nº 11.417/06, ocorreu um substancial reforço em tentar minorar estes males ao se reconhecer que, no Direito pátrio, uma determinada súmula também pode ter caráter vinculante (*binding authority*), semelhante a uma lei. Em conseqüência, ao menos neste aspecto, houve uma aproximação a institutos próprios do sistema da *Common Law*, de origem anglo-saxônica, em que os precedentes, quando impositivos, possuem caráter fortemente coercitivo (*stare decisis et quia tu movere*), por estabelecerem uma vinculação não apenas da interpretação do texto normativo, mas, também, dos próprios fundamentos que utilizou (*ratio decidendi*).¹²

No entanto, este pretense hibridismo consubstanciado na fusão de institutos da *Common Law* e da *Civil Law* pode fomentar diversas críticas, entre elas a constatação de não ser da formação do jurista nacional os cuidados para isolar e identificar os fatos que geraram os precedentes, ou seja, o encontro das regras de reconhecimento tão utilizadas no modelo norte-americano. Além disso, parece ser de inteira pertinência a advertência formulada por Lênio Luiz Streck, para quem:

¹⁰ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Efeito vinculante decorrente de recurso extraordinário: estudo do RE nº 418.918-6/RJ e da medida cautelar nº 272-9. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 17, ago. 2006, p. 27.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em 22 mar. 2007, às 15h43: “a afirmação da prerrogativa de o juiz decidir de ‘forma diferente’ do entendimento fixado pelos tribunais superiores, longe de ser algo que tenha a ver com a consciência do magistrado, constitui um ato de falta de compromisso com o Poder Judiciário, que deve estar preocupado, dentro do seu sistema de produção de decisões, com a efetividade e a tempestividade da distribuição da justiça. E não só um ato de falta de compromisso com o Judiciário, mas também um ato que atenta contra a cidadania, pois desconsidera o direito constitucional à razoável duração do processo”.

¹² BERCH, Michael A.; BERCH, Rebecca White; SPRITZER, Ralph S. *Introduction to legal method and process*. St Paul: West Publishing Co., 2. ed., 1992, p. 35-36: “The common law system is derived from judicial decisions. In our system, a judge faced with a controversy first determines the facts of the case [...] once the facts have been determined, the trial judge must decide what the law is or, if no law exist, what it should be. To determine the law, a judge will look to see whether the courts in the jurisdiction have resolved a similar controversy. If so, the judge may be bound by the doctrine of stare decisis, to follow the precedent. If the facts and the case differ, the court must determine whether it should follow the rule announced in the earlier case. If so, it will extend the precedent”.

No sistema da *common law*, o juiz necessita fundamentar ou justificar a decisão. Já no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a Lei (ou com a súmula) [...] Nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação [...] Ocorre, assim, um processo de “dispositivação da *common law*”.¹³

De todo modo, não deixa de ser curiosa a tendência legislativa de não só valorizar os precedentes judiciais, mas, ao mesmo tempo, de lhes emprestar eficácia vinculante. É o que se constata, por exemplo, na recente Lei nº 11.418/06, que alterou sensivelmente o processamento do recurso extraordinário. De acordo com a novel legislação (art. 543-B e parágrafos, do CPC), quando forem interpostos diversos recursos extraordinários abordando idêntica controvérsia, caberá ao tribunal inferior a seleção de apenas um destes recursos para posterior remessa ao STF, mantendo-se sobrestados os andamentos dos demais até ulterior decisão definitiva do Pretório Excelso. Só que este dispositivo também menciona que, após a decisão daquele tribunal superior, caberá aos tribunais inferiores (ou mesmo às turmas recursais) exercerem juízo de retratação ou mesmo considerarem prejudicados, conforme o caso, os recursos que se encontravam sobrestados, para que todas as decisões sejam amoldadas aos termos da decisão proferida pelo STF.¹⁴

Esta situação, em verdade, não permite uma ampliação subjetiva dos limites da coisa julgada, mas sim que os mesmos fundamentos empregados na decisão que julgou um dos recursos extraordinários possam ser depois utilizados em todos aqueles que se encontram sobrestados nos juízos inferiores. Contudo, como aparentemente o tribunal ou a turma recursal se encontram impedidos de decidir de forma contrária ao precedente em questão,¹⁵ fatalmente se constata que estará sendo atribuída eficácia vinculante a estas decisões, independentemente da observância ao art. 103-A da CRFB-88 e à Lei nº 11.417/06, ainda que em menor grau, em razão dos seus efeitos estarem restritos apenas aos recursos que se encontram sobrestados.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da Justiça Brasileira*. Disponível em <www.unimar.br>. Acesso em 11 de abril de 2007, às 8h42. Além disso, este mesmo doutrinador sustenta, de forma absolutamente acertada, que: “no Direito norte-americano, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, são emanadas para solver as disputas entre os litigantes de um determinado processo”.

¹⁴ Idêntica situação, por sinal, também se encontra no art. 14, parágrafos 6º e 9º da Lei nº 10.259/01, relativa aos processos que tramitam no Juizado Especial Federal.

¹⁵ Seria uma total incoerência o tribunal inferior ou mesmo a turma recursal inicialmente vislumbrar identidade de matérias a todos os recursos (o que motivaria a aplicação do art. 543-B do CPC e do art. 14 da Lei nº 10.259/01) e, logo após o julgamento proferido pelo tribunal superior, negá-la ou se recusar a aplicar os mesmos fundamentos empregados pelo STF ou pelo STJ, a quem competem o julgamento final da interpretação da Constituição ou da Lei Federal. Essas hipóteses retratam, sem dúvidas, uma tentativa de conferir eficácia vinculante, só que apenas a um único precedente judicial.

2. Distinção entre súmula vinculante e súmula impeditiva de recursos

É de extrema clareza a distinção e a função processual de uma súmula vinculante e da súmula impeditiva de recursos. Com efeito, a primeira delas, que é objeto do presente estudo, foi a merecedora de todo o raciocínio até agora desenvolvido, sendo de caráter mais abrangente, já que engloba não só o sentido interpretativo e imperativo da súmula, mas também (pelo menos é o que se espera, de acordo com o sistema americano) os fundamentos invocados para se chegar a ela¹⁶. Todavia, ainda que o magistrado venha a decidir em igual sentido ao que consta na súmula vinculante - o que não pode deixar de fazer, sob pena de o interessado ajuizar reclamação -, mesmo assim deverá fundamentar esta decisão, não só para atender ao art. 93, inciso IX, da CRFB-88, mas, principalmente, para demonstrar que o caso examinado coincide exatamente com os fundamentos das decisões que autorizaram a criação do verbete sumular.

Já a súmula impeditiva de recursos pode eventualmente (já que o seu uso não é obrigatório) ser empregada pelo magistrado para fundamentar a negativa de seguimento de qualquer recurso já interposto que a contrarie, sem gerar qualquer restrição ao direito de recorrer. Não se trata, com toda evidência, de instituto tendente a limitar o direito de recorrer, mas sim de uma técnica de sumarização do processamento do recurso, quando este tiver fundamento contrário ao de um verbete sumular. Além disso, deve ser destacado que esta súmula - que dispensa qualquer procedimento especial para a sua criação - ficou em evidência após a alteração promovida pela Lei nº 11.276/06 ao art. 518 do CPC, que possibilitou a sua aplicação diretamente pelo próprio juiz monocrático, muito embora limitada apenas as súmulas do STF e do STJ.¹⁷

A súmula impeditiva de recursos, no entanto, vem se demonstrando de pouca utilidade prática, uma vez que a decisão judicial que a aplica - para que não seja recebido o recurso já interposto - pode ser impugnada por meio de um novo recurso, conforme se extrai do art. 522 e do art. 557, parágrafo 1º, ambos do CPC, apenas para citar os exemplos mais usuais, que atestam ser esta súmula ineficiente para combater os males da prestação jurisdicional morosa.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 19 mar. 2007, às 17h42.

¹⁷ Deve constar que resquícios da súmula impeditiva de recursos já eram encontrados em diversos diplomas legais como, por exemplo, o art. 38 da Lei nº 8.038/90 e também o art. 557 do CPC. Este último, por sinal, é extremamente mais genérico que os demais, já que sequer estabelece de qual tribunal deve ser a procedência destes enunciados.

3. Procedimento para criação, modificação e revogação da súmula vinculante

A Lei nº 11.417/06, sancionada em dezembro de 2006 e já em vigor, disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF, além de dar outras providências. Embora se trate de questão muito nova a demandar uma reflexão mais aprofundada, aparentemente este procedimento para criação, modificação ou revogação da súmula vinculante não decorre do exercício de função jurisdicional por parte do STF.¹⁸ Se assim não fosse, haveria clara ofensa ao art. 5º, inciso LIV da CRFB-88, que assegura a garantia da observância do devido processo legal, já que esta situação implicaria a circunstância de esta decisão atingir e, conseqüentemente, vincular terceiros que não participaram de determinado processo. Além disso, a coisa julgada também surgiria como consectário natural do desempenho dessa suposta atividade jurisdicional, sendo a ação rescisória o instrumento adequado para afastá-la, e não o mecanismo previsto no art. 5º da Lei nº 11.417/2006. São essas considerações, enfim, que sinalizam no sentido de que não se trata de processo judicial e sim mero procedimento instaurado no âmbito daquele tribunal superior.

Para facilitar a compreensão sobre as disposições constantes nessa lei, cada comentário será realizado após uma transcrição do novo dispositivo legal.

“Art. 1º. Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.”

O art. 1º apenas esclarece o objetivo da nova legislação, informando que esta lei somente pode ser aplicada em relação aos verbetes sumulares do STF. No entanto, também parece razoável estender este raciocínio às súmulas do STJ, que, assim como o Pretório Excelso, exerce relevante função na definição da interpretação mais adequada para a lei federal, o que otimizaria e melhoraria a qualidade dos trabalhos desenvolvidos pelo Poder Judiciário.¹⁹ Contudo, seria necessária a criação de emenda constitucional e de um posterior regramento infraconstitucional para permitir tal possibilidade.

¹⁸ Para respeitável doutrina, a atividade de criação desta súmula vinculante deixou de ser decorrente apenas do exercício da função jurisdicional para se assemelhar, em grande parte, a uma atividade legislativa, o que gerou a origem de um *tertium genus*, intermediário entre o abstrato dos atos legislativos e o concreto dos atos jurisdicionais, conforme se observa na leitura de MUSCARI, Marco Antônio. *Súmula vinculante*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 73. Em sentido contrário, há aqueles que entendem que a atividade do STF mais se assemelha a uma função legislativa, como STRECK, Lênio Luiz. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da Justiça Brasileira*. Disponível em <www.unimar.br>. Acesso em 11 abr. 2007, às 8h42: “Ninguém ignora que até no sistema em vigor - ao editarem uma súmula, o STF ou STJ passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das súmulas e até mesmo das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, passará a legislar, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República”.

¹⁹ PRUDENTE, Antônio de Souza. A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 31, p. 53, out.-dez. 2005. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em 22 mar. 2007, às 15h43.

“Art. 2º. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.”

O *caput* do art. 2º define a competência exclusiva do STF para a aprovação de súmula vinculante, que pode abranger tanto as novas súmulas editadas como também as anteriores, desde que observado o procedimento estabelecido nesta lei.

Este dispositivo também esclarece que somente poderão ter eficácia vinculante as súmulas que abordarem matéria constitucional. Este dado é de extrema relevância, pois nem todos os verbetes criados por esta corte abordam temas relativos à interpretação da Carta Magna. É a hipótese, por exemplo, da Súmula nº 733: “não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”. Por ser de natureza eminentemente processual, e mesmo administrativa²⁰, esta súmula continuará a ter, no máximo, eficácia persuasiva.

Por fim, o *caput* também estabelece que a súmula terá caráter vinculante apenas em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (inclusive o próprio STF, que somente poderá deixar de aplicá-la após revê-la ou cancelá-la) e à administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Pela leitura deste dispositivo e, também, pelo que consta no art. 5º desta mesma lei, pode-se concluir que, a princípio, apenas o Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante, não ficaria vinculado aos termos dessas súmulas, o que lhe permitiria criar emenda constitucional ou mesmo lei contrária aos seus termos. No entanto, nada impede que estas posteriores espécies normativas sejam declaradas inconstitucionais pelo STF, o que, nesta hipótese, também acabaria por adstringir o Poder Legislativo, ainda que indiretamente, aos termos da súmula vinculante.

Os particulares, por seu turno, não serão atingidos por esta eficácia vinculante, o que lhes garante, ao menos em tese,²¹ a possibilidade de superação do precedente à semelhança do que ocorre no *overruled*, próprio do sistema americano,

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 311.487-SP, Relator: Ministro Moreira Alves. Publicado em 18/9/2001 no DJ: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios já que esta tem natureza administrativa e não jurisdicional, inexistindo, assim, causa decidida em última ou única instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional.”.

²¹ Embora os particulares não estejam impedidos de propor demandas ou de recorrer, sustentando teses contrárias ao verbebe sumular, é certo que, a princípio, os magistrados não poderão decidir contra estes mesmos precedentes.

que permite a revogação da *ratio* do precedente, situação em que este perde o seu valor e, conseqüentemente, acaba sendo excluído das fontes normativas.²²

“§ 1º. O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º. O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º. A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º. No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.”

O primeiro parágrafo do art. 2º exige, para a criação da súmula vinculante, que haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica além de relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. A exigência da “repercussão geral” também se encontra em textos normativos recentes como, por exemplo, o art. 543-A do CPC - criado pela Lei nº 11.418/06 -, sendo de intenso caráter subjetivo, assim como a definição da “atualidade” ou não da questão.

Os demais parágrafos deste artigo não oferecem dificuldades. Com efeito, o segundo parágrafo estabelece que o Ministério Público da União - neste ato, representado pelo Procurador-Geral da República - deverá se manifestar, na condição de *custos legis*, no procedimento tendente a edição, revisão ou mesmo cancelamento da súmula, exceto quando o próprio órgão tiver apresentado a proposta neste sentido. Já o terceiro parágrafo, por sua vez, exige quórum qualificado de dois terços, ou seja, manifestação de oito ministros do STF no mesmo sentido para edição, revisão ou cancelamento do enunciado sumular, a ser tomada em decisão plenária. E, por fim, o quarto e último parágrafo apenas esclarece como será a publicação dessas súmulas no Diário Oficial.

²² CRUZ E TUCCI, José Roberto. Precedente judicial como fonte de direito. 1. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 16.

“Art. 3º. São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.”

O art. 3º enumera os entes que podem deflagrar este procedimento tendente a criação, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, o que coincide, em parte, com os mesmos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, conforme se extrai do art. 2º da Lei nº 9.868/99, com a exceção dos incisos VI e XI.²³

Certamente será exigido de alguns legitimados o requisito da pertinência temática, de forma semelhante ao que ocorre nos processos objetivos em que se realiza o controle concentrado de constitucionalidade, pois, do contrário, se estaria discutindo interpretação de dispositivos que tratam de matérias que não teriam, em absoluto, nenhuma relevância para os fins institucionais desses mesmos entes. É o que ocorreria, por exemplo, naqueles procedimentos instaurados pelas confederações sindicais, conforme entendimento já pacificado na jurisprudência do STF.²⁴ No entanto, em termos práticos esta exigência não se justifica, uma vez que o próprio STF poderia instaurar de ofício este procedimento após ter sido noticiado da controvérsia a respeito da interpretação de matéria constitucional por qualquer um desses entes.

²³ O inciso XI, deste art. 3º, até mesmo reforça a conclusão de que este procedimento não decorre da prática de atos jurisdicionais, pois, do contrário, estaríamos diante da inusitada situação do Poder Judiciário provocar a si próprio para dirimir esta matéria.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.482-MG, Relator Ministro Moreira Alves. Publicado em 2/10/2002 no DJ: “Por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos impugnados e os objetivos institucionais específicos da Confederação autora, o Tribunal não conheceu de ação direta ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL contra o Provimento nº 55/2001 - que, revogando o despacho normativo que afastara a exigência de aposentadoria compulsória dos notários e registradores ao implemento de 70 anos de idade, determina que os juízes diretos do foro das comarcas do Estado de Minas Gerais exerçam rigorosa fiscalização do implemento de 70 anos pelos oficiais de registro e tabeliães, bem como expeçam ato de declaração de vacância do serviço notarial ou de registro, designando o substituto mais antigo para responder pelo expediente do respectivo serviço. Precedente citado: ADI 1.792-DF”.

De resto, a necessidade de representante com capacidade postulatória também é recomendável, ainda que não se trate de um processo judicial em seu sentido técnico, diante do que se encontra no art. 133 da CRFB-88 (“o advogado é indispensável à administração da justiça...”) e no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.906/94 (“são atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário...”).²⁵

“§ 1º. O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

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

O parágrafo 1º permite que esta questão seja suscitada incidentalmente em qualquer processo que o município figurar como parte, sem acarretar a sua suspensão. Esta regra guarda semelhança com a prevista no art. 6º desta lei, aplicado aos demais processos que abordam a mesma discussão, independentemente das partes em litígio. Foi afastada por esta lei especial, portanto, a aplicação da regra prevista no art. 265, inciso IV, do CPC, que estabelece a suspensão do processo quando, para a análise da pretensão, for necessário aguardar a decisão a respeito de questão prejudicial suscitada em outros autos.

Já o parágrafo 2º, por seu turno, é inteiramente salutar por contribuir para a democratização da Jurisdição Constitucional, ao permitir a manifestação de terceiros (*amicus curiae*)²⁶ com vistas a possibilitar um maior debate e aprofundamento nos assuntos tratados.²⁷ Com efeito, é justamente para se evitar que a Corte Constitucional se torne uma instância autoritária de poder que se torna necessário fomentar a idéia de cidadania constitucional, de modo a possibilitar a formação de uma sociedade aberta de

²⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 227, relembra que, nos processos objetivos em que se realiza o controle concentrado de constitucionalidade, esta capacidade postulatória é dispensada para os seguintes legitimados ativos: presidente da República, das Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa; governadores de estado e do Distrito Federal; procurador-geral da República; e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

²⁶ É bastante divergente a natureza jurídica da atuação do *amicus curiae* no processo. BARROSO, Luís Roberto. Conceitos e fundamentos sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 256, e BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155, enxergam, na atuação do *amicus curiae*, uma espécie de assistência qualificada. Em sentido contrário, MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae: um instituto democrático*. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil* n. 70, p. 63: “esse instituto *amicus curiae*, por sua informalidade e peculiaridades, não guarda semelhança com a nossa intervenção de terceiros, que se desdobra em diversos institutos processuais (CPC, arts. 56/80)”.

²⁷ Essa possibilidade já era permitida nos processos objetivos em que se realiza o controle concentrado de constitucionalidade, conforme se observa no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.868/99.

intérpretes da Constituição, em que todos teriam o direito de participar ativamente no processo de revelação e definição da interpretação constitucional prevalente.²⁸ É, afinal, justamente o que este dispositivo tenciona.

Possivelmente, o STF irá aplicar a sua jurisprudência relativa a atuação do *amicus curiae* nos processos objetivos que realizam o controle concentrado de constitucionalidade a este novo procedimento, uma vez que, em ambos, a finalidade desta intervenção é exatamente a mesma. E, de resto, as questões ainda não decididas também poderão ser solucionadas de acordo com as considerações trazidas pela doutrina, de modo que, certamente, não haverá dificuldades no enfrentamento de matérias como, por exemplo, a necessidade ou não da pertinência temática²⁹, entre outras.

“Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

Este dispositivo legal trata da modulação dos efeitos oriundos da súmula vinculante, guardando relação com o art. 27 da Lei nº 9.868/99. No controle concentrado de constitucionalidade, é da tradição brasileira o dogma da nulidade da lei inconstitucional, fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “the unconstitutional statute is not law at all”. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato normativo forçosamente deveria ter apenas eficácia *ex tunc*, pois, do contrário, se estaria reconhecendo que determinada lei inconstitucional poderia acarretar a suspensão provisória ou parcial da CRFB-88. No entanto, o dispositivo acima mencionado passou a admitir a possibilidade de ser conferido efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, dependendo, para tanto, de severo juízo de ponderação de valores³⁰ que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante.³¹

²⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 14-15.

²⁹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae: A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade*. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, n. 70, p. 137, entende, por exemplo, que esse requisito deve estar presente.

³⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: Uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 270, ressalva a importância da teoria da argumentação na fixação destes valores, ao mencionar em sua obra, de forma absolutamente correta, que este “ajuste de valores [...] depende de uma instância argumentativa que tem sido negligenciada”.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento nº 582.280-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação no DJ em 23/2/2007.

Enfim, como a súmula vinculante aborda interpretação de matéria constitucional, nada mais natural do que lhe emprestar o mesmo tratamento reservado no controle concentrado de constitucionalidade, em especial diante das conseqüências práticas que dela podem advir.

“Art. 5º. Revogada ou modificada a Lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.”

O dispositivo legal reafirma a idéia de que apenas o Poder Legislativo, no exercício da função legiferante, não ficará adstrito aos termos da súmula vinculante, tanto que poderá criar nova lei revogando ou modificando o texto legal objeto do verbete sumular. O assunto já foi abordado com maior profundidade durante a análise do art. 2º desta Lei.

“Art. 6º. A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.”

Este dispositivo também já foi abordado na análise do art. 3º, parágrafo 1º, desta Lei, não sendo merecedor de maiores esclarecimentos.

“Art. 7º. Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.”

Este dispositivo legal prevê a possibilidade do emprego da “reclamação” para combater a decisão judicial ou ato administrativo que deixar de aplicar o constante na súmula vinculante.

A reclamação, de acordo com a mais recente jurisprudência do STF, tem natureza jurídica de ação de índole constitucional, tanto que, para a sua utilização, é necessária a capacidade postulatória do interessado.³² O seu procedimento encontra-se

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.987-PE. Publicado no DJ em 13/3/2007. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Neste julgado, constou ainda que: “a tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assumia cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira”. Também partilham do mesmo entendimento DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil* 3. Salvador: Podium, 3. ed., 2007, p. 375, acrescentando que, na via processual, até mesmo é possível a concessão de tutelas de urgência e a formação de coisa julgada material nas decisões proferidas em cognição exauriente.

previsto na Lei nº 8.038/90 e, também, no próprio Regimento Interno do STF (artigos 156 a 162), apenas com a ressalva de que a reclamação não é somente utilizada quando há descumprimento de súmula vinculante, já que o próprio texto constitucional prevê o seu cabimento em outras hipóteses (v.g. art. 102, inciso I, “I”).

Da leitura do presente dispositivo e, também, do que consta no art. 103 da CRFB-88, o que se extrai é que o manejo da reclamação não inibe o emprego de outros recursos ou meios de impugnação, uma conclusão que, por sinal, é ainda mais fortalecida com o que consta no verbete nº 734 da súmula do STF, segundo o qual não é possível reclamação contra decisão judicial transitada em julgado. Assim, para ser ajuizada a reclamação, parece ser intuitiva a necessidade de interpor, concomitantemente, o recurso pertinente para a impugnação daquela determinada decisão, de modo a evitar a formação da coisa julgada. Em consequência, caso ocorra esta situação (ajuizamento de reclamação e interposição de recurso ou ação autônoma de impugnação simultaneamente), certamente estes recursos serão sobrestados, aguardando a decisão da Corte Superior relativa à primeira, de modo a se evitar riscos de decisões conflitantes.

Mas há, ainda, um outro detalhe de extrema importância no estudo da reclamação: o acórdão que decidir a pretensão nela deduzida certamente terá de fazer uma interpretação não só do que consta no ato decisório ou administrativo impugnado, mas, também, do teor da própria súmula vinculante que, em tese, não teria sido respeitada. Aí reside o risco de o STF, ao decidir uma reclamação, acabar conferindo uma nova interpretação ou mesmo restringir o alcance deste verbete sumular, o que, por óbvio, não pode gerar eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, por ofensa ao procedimento estabelecido na Lei nº 11.417/06. A situação não é exatamente nova e se assemelha, por exemplo, ao que ocorreu no julgamento da ADC nº 4, cuja decisão (que também tinha caráter vinculante) concluiu pela constitucionalidade da Lei nº 9.494/97, que restringia a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. Foram tantas as decisões judiciais que descumpriram este julgado em processos de matéria previdenciária que o STF, em data posterior, acabou editando a Súmula nº 729 (de caráter meramente persuasivo), dispondo que os efeitos decorrentes do julgamento proferido na ADC nº 4 não seriam aplicáveis aos processos que envolviam esse mesmo tipo de matéria.

Desta forma, pode-se concluir que, caso seja necessário complementar ou mesmo restringir o que consta em um verbete de súmula vinculante, o procedimento adequado para tanto é a criação de uma nova súmula ou mesmo a revisão do enunciado problemático nos moldes preconizados pela Lei nº 11.417/06, uma vez que, como visto, a decisão proferida em sede de reclamação não ostenta eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

“§ 1º. Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º. Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”

O parágrafo 1º exige que haja o prévio esgotamento das vias administrativas como condição da utilização da reclamação para impugnar o ato administrativo. Este dispositivo, que em muito se assemelha a diversos outros (v.g. art. 5º, inciso I, Lei nº 1.533/51 e art. 625-D, CLT), certamente terá a sua constitucionalidade questionada, sob o argumento de violar o princípio da inafastabilidade (art. 5º, inciso XXXV, CRFB-88), por condicionar o exercício do direito de ação ao prévio esgotamento das instâncias revisoras administrativas. No entanto, a razão de ser do dispositivo é evitar a sobrecarga excessiva do STF no julgamento das reclamações ainda passíveis de recursos administrativos, que bem poderiam anular ou cassar tais atos independentemente da atuação do Pretório Excelso. Parece, portanto, que, em termos práticos, é absolutamente salutar a restrição contida neste dispositivo legal, até porque ela não está impedindo o regular acesso ao Judiciário, mas, quando muito, apenas postergando este momento para o futuro.

“Art. 8º. O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

‘Art. 56.

§ 3º. Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.’”

“Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

‘Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.’

‘Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões

administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Estes dispositivos legais apenas disciplinam providências que devem ser adotadas no curso de procedimento administrativo instaurado no âmbito da Administração Pública Federal (daí as suas abordagens em conjunto), tanto pela autoridade que inicialmente proferiu a decisão como, também, pelo próprio órgão revisor desse recurso, não sugerindo muitas indagações de natureza processual.³³

“Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

Já este dispositivo somente determina a aplicação subsidiária do Regimento Interno do STF para eventuais questões surgidas no decorrer do procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante.

“Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.”

Por fim, o último artigo apenas fixa em três meses o prazo de *vacatio legis* para que entre em vigor a Lei nº 11.417/06.

4. Conclusão

Após todas estas considerações, o que se constata é que a intenção do legislador foi a de criar um mecanismo que pudesse melhorar a prestação jurisdicional, tanto sob o prisma da eficiência quanto da segurança jurídica (ao buscar assegurar o tratamento isonômico em situações semelhantes). No entanto, esta tentativa, embora louvável, certamente não alcançará os resultados pretendidos, pois um Estado extremamente heterogêneo como o brasileiro - que vem atravessando grandes transformações econômicas, sociais e culturais - não pode, simplesmente, absorver tão rapidamente um

³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil* 3. 3. ed. Salvador: Podium. 2007. p. 387, ao comentarem estes dispositivos, chegam a mencionar que: “as regras são bem interessantes. É razoável entender, inclusive, que essas exigências dispensam as informações no procedimento da reclamação, providência prevista no art. 14 da Lei Federal nº 8.038/1990, e que, no caso da reclamação contra ato administrativo que desrespeitou enunciado da súmula vinculante, parece ter sido imposta como conduta extrajudicial obrigatória à administração pública”.

sistema estrangeiro inteiramente diverso sem deixar seqüelas e sem a devida preparação dos aplicadores do Direito. Pelo contrário, é latente, até por força do que consta no art. 1º da CRFB-88 (de onde se extrai o princípio do *Rule of Law*), que o sistema da *Civil Law* continuará a ser o adotado por estas plagas, apenas com a substituição do fetichismo da lei escrita pelo fetichismo da súmula.

Em conseqüência, se esses foram os objetivos efetivamente pretendidos pelo legislador, a adoção da súmula vinculante se constituirá, quando muito, em mero paliativo enquanto se aguardam reformas mais profundas, que deverão focar os pontos mais nevrálgicos da ciência processual, em especial a vigília na ética dos participantes, a restrição ao direito de recorrer em algumas hipóteses³⁴ e melhorias ainda mais amplas na efetivação das decisões judiciais, sob pena de agravamento deste quadro nocivo que desprestigia não só a imagem das instituições públicas, mas, também, desrespeita o próprio jurisdicionado.

³⁴ O art. 3º, parágrafo 2º, desta lei segue essa tendência, ao impedir a interposição de recurso para impugnar a decisão que autorizou o ingresso do *amicus curiae* no procedimento para adoção, revisão ou cancelamento da súmula vinculante.

5. Bibliografia

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos e fundamentos sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 15, 2001.

BERCH, Michael A.; BERCH, Rebecca White; SPRITZER, Ralph S. *Introduction to legal method and process*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1992.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus Curiae: A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, n. 70.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 1. ed., 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil 3*. Salvador: Editora Podium. 3. ed. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Súmulas vinculantes*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus Curiae: Um instituto democrático. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, n. 70.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br>>.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional, teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. *Direito constitucional: Teoria do Estado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MUSCARI, Marco Antônio. *Súmula vinculante*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PRUDENTE, Antônio de Souza. A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 31, p. 53, out.-dez. 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença Cível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da Justiça Brasileira*. Disponível em: <www.unimar.br>.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Efeito vinculante decorrente de recurso extraordinário: estudo do RE nº 418.918-6/RJ e da medida cautelar nº 272-9. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 17, ago. 2006.

CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O BÊ-A-BÁ DA EMERGÊNCIA, SOB A ÉGIDE DO ART. 24, IV, DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

Samantha Tanner Perez da Silva
Técnico Judiciário da 17ª Vara Federal

RESUMO

Este trabalho colimou abordar as diversas nuances inerentes à contratação direta emergencial celebrada pela Administração Pública. Ao se considerar que o modo mais eficiente de se refrearem os ajustes em voga, quando irrestritos, viciados ou desca-bidos, respalda-se na cognição minuciosa sobre o tema, buscou-se, então, perquirir os aspectos precípuos da situação de emergência e expô-los gradativamente, em uma espécie de mosaico. O método utilizado foi o bibliográfico, através de pesquisa fundamentada na legislação, na doutrina e em decisórios dos Tribunais de Contas.

PALAVRAS-CHAVE

Lei nº 8.666/93, art. 24, IV. Contratação Emergencial. Situação de Emergência. Contratação Direta. Licitação Dispensável

Sempre que impende ao Poder Público realizar obras, adquirir produtos, alienar bens e contratar serviços com terceiros, a deflagração de um certame licitatório público exsurge como imperativo constitucional. Portanto, a princípio e por princípio, a licitação é precedente de contratação na Administração Pública. Eis a regra à qual nos submetemos por imposição do art. 37, inciso XXI, da CFRB/88.

Entretanto, essa ficará à margem e uma exceção será o foco. Ou melhor, tão-somente uma entre as 27 hipóteses citadas sob o pálio da dispensa licitatória¹, em que a despeito de ser a competição viável ou de haver proponentes interessados é facultada ao administrador a discricionariedade entre licitar ou não. Perquirir-se-á, pois, exclusi-vamente acerca da contratação emergencial, nos termos do art. 24, IV, da Lei Nacional de Licitações, em que a obrigatoriedade em licitar torna-se prescindível ante a primazia de uma situação de emergência real.

É de clareza meridiana que as exceções de nenhum modo comportam inter-pretações elásticas e devem ser analisadas restritivamente. Visando à escorreita aplicação

¹ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 24.

dessa excepcionalidade ao dia-a-dia da Administração, mister bem compreendê-la, delimitando-se seu sentido e alcance, seus arredores e cercanias, enfim: as relevâncias que intrínseca ou extrinsecamente sejam a ela concernentes. E é justamente nesse tentame que o presente trabalho foi elaborado, afinal quanto mais bem municiado o administrador público estiver (bem como aqueles que se interessam pela questão guerreada), mais bem precatado estará o interesse público.

Ab initio, é imprescindível a transcrição do inciso basilar do tema em comento, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Tal dispositivo legal deveria ser aplicado exclusivamente aos casos em que o prazo necessário à conclusão de procedimento licitatório ordinário obstasse a adoção de medidas indispensáveis para evitar prejuízos irreparáveis. Assim, a dispensa de licitação, como gênero, e a contratação emergencial, como espécie, representam uma modalidade de atividade preventiva e acautelatória do interesse público.²

Segundo o texto do Estatuto das Licitações - corroborado em uníssono pela doutrina -, seu conceito pressupõe uma situação concreta e efetiva, repentina e imprevisível (capaz de gerar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação), demonstrável faticamente, caso a caso, e que clame por providências eficazes e céleres do Poder Público. A dicção esposada por Jacoby Fernandes³ é a seguinte:

Do sentido vulgar do termo, tem-se que emergência é uma “situação crítica; acontecimento perigoso ou fortuito; incidente”. Compõe a situação de emergência, na finalidade desse dispositivo, certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas, que requerem urgência de atendimento.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 152.

³ FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. p. 169.

Outrossim, coadunam os administrativistas brasileiros quando o assunto suscitado é a dificuldade em escoimar da situação emergencial a valoração pessoal de quem vier a ser responsável por sua análise e seu julgamento. Pois, mesmo sendo notório que o agente não procederá a seu talante e que há critérios objetivos norteadores da avaliação, o *quantum* de subjetividade empregada na avaliação do fato sempre consubstanciará zona de atrito, seja a refutação leve ou acirrada.

Ressalvando-se as situações extremas, bem como as que comovem a opinião pública, não há de se falar em unanimidade quando o fito colimado pela autoridade ou pelo técnico envolvido é precisar se determinada situação apontada como emergencial tem ou não o condão legal de lhe permitir escapar à regra da obrigação licitatória.⁴ Desse modo, o julgamento jamais será irrefragável, haja vista o subjetivismo inerente à condição humana.

Da expressão “emergência ou calamidade”, conforme expressamente preconizada no inciso regulador, depreende-se que os termos não são utilizados como sinônimos, e, sim, como alternativos ou excludentes.

O estado de calamidade pública está particularmente definido pelo Decreto Federal nº 5.376/05 que o conceitua como o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastre, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes.⁵ O mesmo é entendido como desgraças relevantes que atingem, de repente, um grande número de cidadãos, como: secas, enchentes, guerras, epidemias, quedas de barreiras, *tsunamis*, Furacão Catarina, greves prolongadas em serviços essenciais. No entanto, se das mencionadas anormalidades somente sobrevier dano superável - não advindo qualquer prejuízo em potencial - descabida será a intitulação de estado de calamidade pública. A calamidade não é, pois, criação do homem. Saliente-se que as contratações provenientes de calamidade pública deverão necessariamente ser precedidas por decreto e vulgarmente a expressão “decretação de calamidade pública” é utilizada para arrimar esse tipo de avença direta realizada pelo Poder Público.

Em junho deste ano - 2007 -, a Secretaria Nacional da Defesa Civil⁶ declarou oficialmente que os desastres por somação de efeitos parciais, como os acidentes da

⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Contratação emergencial de obras: demonstração da necessidade - natureza da matéria de comprovação. *BLC - Boletim de licitações e contratos*. Rio de Janeiro, n. 10, p. 482-492, NDJ, out. 1996.

⁵ Decreto Federal nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC - e o Conselho Nacional de Defesa Civil, *in casu*, art. 3º, inc. IV.

⁶ Critérios para a Decretação Situação de Emergência ou Estado de Calamidade Pública. Ministério da Integração Nacional. Disponível em: <<http://www.defesacivil.gov.br/situacao>>. Acesso em: 15 jun. 2007.

construção civil e os acidentes de trânsito, apesar de trazerem grandes danos e prejuízos sociais não caracterizam situação de emergência ou estado de calamidade pública e aduziu ainda que no Brasil a maioria dos desastres de grande porte caracteriza-se como situação de emergência e que menos de 2% dos desastres declarados, homologados e reconhecidos justificariam o estado de calamidade pública, fato em face do qual veementemente se insurgiu.

Perfunctoriamente perquiridas as situações calamitosas, é relevante salientar a diferença entre os dois tipos antagônicos de emergência existentes: a real e a ficta ou fabricada. Diz-se que é real quando as situações caracterizadoras exigidas pela lei regente estão presentes e a premência surge impreterivelmente de uma situação inesperada, ensejadora de soluções rápidas, incompatíveis, pois, com a gama de procedimentos inerentes à licitação.

Por via inversa, há a ficta ou fabricada que, necessariamente, provém de fato previsível. Nesta, impera a negligência provocada pela morosidade, inércia ou desídia administrativa. A falta ou a inadequação de planejamento das ações que deveriam ser executadas não permite que o administrador, em etapa posterior, invoque a dispensa de licitação sob a alegação de situação de emergência.

O ilustríssimo desembargador Jessé Torres Pereira Junior esclarece que, mesmo sendo ficta, se contrata em caráter excepcional emergencial, e pela negligência responderá a autoridade omissiva.⁷ O também ilustre professor Marçal Justen Filho corrobora com este entendimento ao assegurar que o interesse público jamais pode ser sacrificado em conseqüência da desídia do administrador. Infere-se, pois, que mesmo sendo fabricada a emergência, o termo será firmado, punindo-se oportunamente o agente que não adotou as cautelas necessárias ou que se quedou inerte em face da necessidade de licitação previsível. Exemplo: atinge-se o termo final de um contrato sem que o certame licitatório referente à nova contratação fosse, ao menos, deflagrado. Tal fato impele à Administração optar entre licitar o objeto expirado - sob o risco de solução de continuidade na prestação do serviço público - ou realizar a contratação direta sob a invocação de emergência.⁸

Ratificando-se a imprevisibilidade conata à urgência, é assente que imprevidência não justifica emergência. Entretanto, se isso é cediço, é notório também que, ao revés, situações que clamam por solução imediata ocorrem e não caracterizam incurácia administrativa ante a ocorrência repentina e inimaginável de fatos anormais garantidores da verdadeira emergência.

⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 241.

É inescusável discorrer sobre o assunto em tela sem alusão à dicção do ministro Carlos Átila, do Tribunal de Contas da União⁹, que definiu os pressupostos de aplicabilidade da situação emergencial. Tal posicionamento já se tornou uma máxima da matéria e reiteradamente é compartilhada pelos doutrinadores, *in verbis*:

[...] além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizados no art. 24, inciso IV, da mesma lei:

1. que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;
2. que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida das pessoas;
3. que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
4. que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado [...]

Conforme se depreende do item 1, não prevenir situações previsíveis é atentar contra a eficiência administrativa, daí a estreita ligação desse pressuposto de aplicabilidade à necessidade de imprevisibilidade do fato gerador. Cabe salientar que a contratação emergencial não se justificará, por exemplo, se for ocasionada pela morosidade da Administração para publicar o novo edital de licitação em tempo hábil. Saliente-se o elo entre este requisito e a emergência ficta anteriormente abordada.

No item 2, é imprescindível a comprovação inequívoca da urgência de atendimento. Deve o administrador público, portanto, carrear ao processo administrativo todas as informações e documentos disponíveis, que demonstrem a ocorrência dessa circunstância de urgência concreta e efetiva.¹⁰

No item 3, a imperiosidade do risco há de ser notória. No caso de um contrato de prestação de serviços, o risco em potencial seria o da solução de continuidade

⁹ TC-347.94. RDA, v. 197, jul.-set. 1994, p. 266. Decisão nº 347/94 - TCU - Plenário, publicada no DOU de 21/6/94.

¹⁰ TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Contratando sem licitação*: comentários teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 47.

de serviços essenciais de interesse público. Há a necessidade da presença de uma real potencialidade de dano, não uma urgência simplesmente teórica.

No item 4, perfaz-se necessário que a contratação direta seja a única e a melhor forma de o problema que urge por solução imediata ser resolvido. Em suma: outro meio não há senão o da contratação emergencial.

Por derradeiro, acresçam-se aos pressupostos enumerados os requisitos insculpidos no dispositivo-base, sumariamente alineados, a saber: a) estado de emergência ou de calamidade pública; b) demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano; c) demonstração de que a contratação emergencial é a via adequada e efetiva para eliminar o risco; d) prazo máximo de 180 dias.

Recopilando-se os requisitos, constata-se que o Egrégio Tribunal de Contas da União aceita a invocação de emergência para a contratação direta, desde que a situação propiciadora não se tenha originado por imprecaução ou falta de planejamento da autoridade; que exista urgência efetiva na contratação; que o risco seja de dano efetivamente grave à comunidade envolvida, e, por fim, que a contratação direta seja o meio mais eficaz de afastar o risco iminente detectado.¹¹

Exemplificando: seis meses antes de expirar contrato de prestação de serviços de limpeza avençado por um tribunal, a autoridade administrativa responsável deflagrou tempestivamente o processo licitatório pertinente - que em situações ordinárias configuraria tempo hábil para adjudicação do objeto à empresa vencedora. Entretanto, um mês depois de deflagrada a licitação, a mesma foi paralisaada por liminar concedida em sede de mandado de segurança, a qual suspendeu *sine die* todo o certame. Adveio, então, uma situação de emergência típica.

Por oportuno, como proceder o administrador público diante da improrogabilidade do termo, considerando-se já ter atingido o limite máximo dos 60 meses contínuos e ininterruptos previstos por lei, sem que tenha havido tempo hábil para a conclusão de licitação deflagrada tempestivamente e que ordinariamente tramitava? Diante da supremacia do interesse e da finalidade pública, bem como da continuidade na prestação dos serviços essenciais, a contratação com terceiro, em caráter emergencial, configura-se o meio adequado ao pronto atendimento das necessidades verificadas pela Administração.

Na seqüência, verifica-se que nas duas hipóteses há situações emergenciais reais, posto que estão configurados todos os elementos necessários para a celebração de

¹¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Contratação emergencial de obras: demonstração da necessidade - natureza da matéria de comprovação. BLC - Boletim de licitações e contratos, Rio de Janeiro, n. 10, p. 489, NDJ, out. 1996.

uma contratação emergencial: necessidade de solução imediata; imprevisibilidade de fato gerador; existência de risco potencial; iminente paralisação de serviços imprescindíveis ao desenvolvimento de atividades; inviabilidade de espera até a resolução final de procedimento licitatório; e imediata efetivação de ajuste de emergência como o meio mais adequado, célere, efetivo e eficiente de afastar qualquer lesão ao interesse público. Logo, nesses casos, não há de se falar em falta de planejamento ou desídia do administrador público.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, em consulta realizada pela Casa Legislativa de Brasília sobre a possibilidade de ajuste emergencial com vistas a evitar solução de continuidade dos serviços enquanto se ultimava a correspondente licitação, exarou a seguinte Decisão nº 3.500/1999¹², *in verbis*:

[...] informar ao ilustre consulente que, sem prejuízo do cumprimento das formalidades previstas no art. 26 da Lei nº 8.666/93, é possível a contratação direta de obras, serviços (continuados ou não) e bens, com fulcro no art. 24, IV, da referida norma legal, se estiverem presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos, devidamente demonstrados em processo administrativo próprio: a) a licitação tenha se iniciado em tempo hábil, considerando, com folga, os prazos previstos no Estatuto Fundamental das Contratações para abertura do procedimento licitatório e interposição de recursos administrativos, bem assim aqueles necessários à elaboração do instrumento convocatório, análise dos documentos de habilitação (se for o caso) e das propostas, adjudicação do objeto e homologação do certame; b) o atraso porventura ocorrido na conclusão do procedimento licitatório não tenha sido resultante de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que tal fato não possa, em hipótese alguma, ser atribuído à culpa ou dolo do(s) agente(s) público(s) envolvido(s); [...] e) o objeto da contratação se limite, em termos qualitativos e quantitativos, ao que for estritamente indispensável para o equacionamento da situação emergencial; f) a duração do contrato, em se tratando de obras e serviços, não ultrapasse o prazo de 180 dias, contados a partir da data de ocorrência do fato tido como emergencial; g) a compra, no caso de aquisição de bens, seja para entrega imediata.

¹² Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/Tcdfdocs/Ord/Decisao/1999/3500.htm>>. Acesso em 22 out. 2005. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão ordinária nº 3.500/1999. Processo TCDF nº 1.805/1999. Relatora: Conselheira Marli Vinhadeli. Publicado no DODF de 1º/7/1999, p. 20-30. EMENTA: Consulta formulada pelo Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal sobre a possibilidade de celebrar contrato emergencial com empresa prestadora de serviços continuados enquanto se ultima o correspondente procedimento licitatório.

Com efeito, a contratação sempre deverá ser celebrada com o objeto maximamente limitado, logrando o afastamento do risco de dano irreparável e, concomitantemente, o processo licitatório indispensável deverá ser deflagrado e/ou concluído no prazo de até 180 dias. Este período servirá unicamente para resguardar o período necessário à finalização da licitação, independentemente de já em trâmite ou de não ter sido, ao menos, iniciada. Nesse ínterim, a manutenção dos serviços prestados pelo Poder Público estará garantida pela avença emergencial. Durante esse lapso temporal, incumbirá à Administração tomar todas as providências cabíveis a fim de o certame licitatório regular ser concluído antes do termo *ad quem* do contrato emergencial. A emergência não deve, pois, subsistir a seu prazo fatal. Esse é o fito colimado pela lei.

No que tange a questões polêmicas inerentes ao prazo - como proceder o administrador público diligente diante do término de vigência da contratação emergencial e da permanência da situação de emergência originária, a renovação contratual como solução aplicável a tais demandas, bem como a controvérsia acerca do caráter absoluto da improrrogabilidade dos contratos emergenciais - estas serão oportunamente apresentadas, posto que é objeto específico de outro trabalho.

Cabe destacar a prática usual dos órgãos da Administração em incluir cláusula de rescisão amigável¹³ nos contratos emergenciais. A aludida inserção dá-se por acordo entre as partes contratantes, com anuência expressa e prévia da empresa contratada, reduzida a termo, desde, obviamente, que conveniente para a Administração. Advém da necessidade de se rescindir o ajuste administrativo assim que o objeto emergencialmente contratado seja, enfim, adjudicado por meio de certame público. Sabendo-se que a contratação poderá vigor até 180 dias, na hipótese de a situação emergencial findar antes do prazo máximo permitido por lei, a avença emergencial será amigavelmente rescindida, sem ônus para o Serviço Público. Administração.

Detectada a emergência, a Administração Pública deve agir de imediato sob pena de a morosidade descaracterizar o risco iminente. Este conseqüência é facilmente compreendido, pois se tal contratação não for celebrada imediatamente, a tempo de obstar o dano, e ao invés, protrair-se no tempo, descabida será a alusão à emergência, como inclusive posicionaram-se os Tribunais de Contas da União¹⁴ e do Estado de São Paulo¹⁵, a seguir:

¹³ Lei Nacional de Licitações, art. 79, inciso II.

¹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, TC nº 325.456/96-8 - TCU, DOU de 12/5/1998, p. 153.

¹⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DE SÃO PAULO, Protocolo nº 1.968/026/92, DOE de 24/3/1995.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considerou irregular contratação realizada por entidade pública, pois o hiato temporal (cinco meses), transcorrido entre a primeira vistoria e a efetiva contratação, permitiria a instauração de procedimento licitatório visando à escolha da melhor proposta para solucionar o problema existente.

Nesse diapasão, a falta de qualquer um de seus componentes ou o vilipêndio de seus pressupostos de aplicabilidade descaracterizam imediatamente a situação emergencial, ante o irremediável aspecto cumulativo desses elementos. Daí serem intitulados como excludentes de emergência. Ademais, em que pese estarem presentes todos os requisitos e atributos, mas se já transcorrido tempo hábil à licitação sem que a Administração tenha procedido à contratação direta emergencial, ilegal também será o ajuste.

Por fim, conclui-se que o uso indiscriminado do dispositivo garantidor da regular contratação emergencial é perigoso e, se não coibido, tende a ascender dia após dia. Frise-se, por oportuno, que deve sempre ser analisado de forma restritiva, escurteira e acurada, nos limites exatos dos princípios constitucionais e administrativos, no fito salutar de o conceito de emergência não ser ilegal, imoral e impropriamente alargado para abranger casos em que a emergência fabricada tenta travestir-se em emergência real, a fim de trafegar livre e impunemente no âmbito da discricionariedade administrativa.

Estejamos alertas para não *nos esquecermos* de que o imperativo constitucional é o dever de licitar. *Estejamos* conscientes de que há urgência em se refrearem as contratações emergenciais quando irrestritas, viciosas e descabidas. Não *transformemos*, pois, a regra em exceção. Os Tribunais de Contas e os servidores públicos diligentes agradecem.

Bibliografia

ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados, *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4., n. 43, jul. 2000.

BARROS, Márcio dos Santos (Org.). *Comentários sobre o estatuto das licitações e dos contratos administrativos*. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1993.

_____. *Supremo Tribunal Federal. MS nº 23.550/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 4 de abril de 2001. Diário da Justiça, Brasília, 31 out. 2001, p. 6.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. (Org.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1995.

GRANZIERA, Maria Luíza Machado. Serviços médicos e hospitalares: contrato extinto - impossibilidade de prorrogação - indenização pelos serviços prestados - nova licitação, *BLC*, n. 9, set. 1998, p. 427.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Contratação emergencial de obras - demonstração da necessidade - natureza da matéria de comprovação. *BLC - Boletim de licitações e contratos*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 482-492: NDJ, out. 1996.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



Sentenças
e decisões

DETERMINAÇÃO À UNIÃO PARA A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO COM O OBJETIVO DE CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE

Dario Ribeiro Machado Junior
Juiz Federal Substituto da 10ª Vara

Trata-se de decisão proferida em sede de tutela antecipada em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União, com o objetivo de obrigá-la a realizar concurso público para a contratação emergencial de profissionais de saúde para atuação no Hospital Geral de Bonsucesso.

Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela em virtude de ter restado devidamente comprovado o estado de calamidade daquele hospital, sendo que, juridicamente, a decisão se baseou nos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, do Direito à Saúde e da Separação de Poderes.

Tal decisão foi confirmada em sede de agravo de instrumento (Processo nº 2003.02.01.007304-5, AG nº 115.085), já tendo o concurso sido realizado.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO Nº 2003.51.01.009642-4

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉ: UNIÃO

DECISÃO

Em primeiro lugar, no que tange à alegada dificuldade em se proceder à defesa da União no prazo de 72 horas, deve ser ressaltado que, em regra, a antecipação de tutela sequer depende da oitiva da parte contrária, bastando a verificação pelo juiz da configuração dos requisitos do art. 273 do CPC.

No caso dos autos, ao revés, verifica-se a exceção legalmente prevista (art. 2º da Lei 8.437) no sentido de que a União seja intimada a se manifestar antes da prolação da decisão sobre a tutela antecipada, disposição que, no entender deste julgador, é mais do que suficiente para que se considerem observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Seja como for, a irrisignação da União diz respeito à impossibilidade de proceder à verificação da veracidade dos fatos narrados pelo MPF em sua inicial. Ocorre que os autos

encontram-se ricamente instruídos com ofícios lavrados pela Diretoria do Hospital Geral de Bonsucesso, bem como com decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, além de uma série de manifestações do próprio Ministério da Saúde, tanto quanto basta para que, nesta fase processual, se decida com base na situação fática narrada na inicial, perfeitamente corroborada pelos documentos acostados.

Superado esse ponto, passo ao exame da pretensão autoral.

Vejamos, a saúde, além de representar uma premissa lógica do direito à vida, constitui uma faceta da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CR/88). Ademais, à saúde foi conferido o *status* constitucional de “um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), disposição cuja clareza solar não permite outra conclusão a não ser a de que o Estado não pode se omitir em prestar à população medidas básicas de saúde.

Veja-se, a propósito, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em processo onde se pleiteava a concessão gratuita de medicamentos a pacientes portadores do vírus HIV:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Omissis (Min. Celso de Mello, RE 271.286)

De conseguinte, parece-me evidente que o Poder Público - no caso a União - é obrigado a, constatada a deficiência de equipamento e pessoal na área de saúde, proceder ao imediato investimento, a fim de garantir condições mínimas de atendimento à população.

Pois bem, no caso vertente, revela-se indene de dúvidas que o Hospital Geral de Bonsucesso está passando por uma situação gravíssima, deixando a população residente naquela área - notadamente carente - à sua própria sorte no que se refere a serviços de saúde. A farta documentação acostada é uníssona nesse sentido, como se depreende, inclusive, da solicitação dirigida pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde ao próprio Ministro da Saúde, formulada nos seguintes termos (fl. 95):

O Hospital Geral do Bonsucesso vem sofrendo, ao longo dos últimos anos, os efeitos da falta de uma política efetiva de reposição de recursos humanos pelo SUS e serviço público em geral.

O impacto disso na composição da força de trabalho fica bem visível, tanto nos aspectos quantitativos quanto qualitativos, como fica bem demonstrado no presente processo.

Essa longa lacuna na reposição de RH vem contribuindo para uma crescente redução da capacidade de absorção de tecnologia e atendimento realizado em níveis críticos de segurança em cada vez mais segmentos da assistência.

A curto prazo, a situação que se apresenta no processo compromete gravemente a qualidade da assistência prestada e o êxito ou até mesmo a permanência dos projetos institucionais dessa unidade. A Emergência, a Maternidade e o Centro Cirúrgico são os 3 serviços que necessitam de solução mais urgente, sob pena de terem suas atividades inteiramente paralisadas, com enormes prejuízos para a população, como pode ser visto no presente processo às folhas 5 e 6.

Diante do exposto nesse processo, solicitamos providências urgentes para viabilizar a contratação emergencial dos quantitativos solicitados [...]

Além disso, a questão em tela já foi objeto, até mesmo, de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (fl. 55), em 24.04.2002, no sentido de:

8.1 determinar ao Ministério da Saúde, tendo em vista as obrigações previstas na Lei 8.080/90, em seus artigos 16,17 e 18, e os danos que vêm sendo causados à população:

8.1.1. em relação à carência de pessoal especializado e ante o caráter emergencial de que a questão se reveste, adote os procedimentos necessários para prover as unidades federais de saúde localizadas no Estado do Rio de Janeiro, dos recursos humanos adequados, com a necessária articulação na assistência à saúde da população demandante, contemplando: concurso público; treinamento, inclusive com as dotações orçamentárias necessárias; distribuição de atribuições e responsabilidades por cargos e funções hierarquicamente organizados, com a existência de postos de chefia em quantidade suficiente para coordenar e organizar o serviço interno e lotação mínima para a execução dos serviços que lhe são atribuídos na rede.

Como se vê, apesar de existir uma gritante necessidade de aumento do número de funcionários no Hospital Geral de Bonsucesso, o Poder Executivo vem permanecendo inerte, omitindo-se quanto ao cumprimento de seu dever constitucional de tornar efetiva a saúde pública. Parece o administrador esquecer que não basta, simplesmente, o reconhecimento formal e abstrato do direito. É vital, sob pena de a Constituição não passar de palavras ao vento, sua plena materialização no mundo dos fatos, alcançada por meio de implementação de prestações positivas de saúde.

Contudo, essa constatação não é suficiente ao deferimento da tutela antecipada, sendo de rigor a análise dos impedimentos de ordem constitucional e legal aduzidos pela Ré.

Vejamos, partindo-se de uma concepção normativa da Constituição, deve-se a conferir às suas normas o máximo de efetividade, inclusive em relação aos princípios nela consagrados. Nesse contexto, a previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CR/88) merece ser compreendida não apenas como um princípio dotado de eficácia meramente interpretativa.

Com efeito, a análise sistemática da Constituição da República enseja a conclusão de que a dignidade da pessoa humana possui um grau de fundamentalidade tal que seu núcleo elementar - o mínimo existencial - constitui verdadeira regra, provida de eficácia jurídica positiva. Em outras palavras, há direito subjetivo de se exigir judicialmente do Estado a efetivação do conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis

à subsistência humana, sendo certo que, como já destacado, a saúde deve ser incluída nesse rol de prestações.

Em conseqüência, entendo que a pretensão deduzida neste feito, diferentemente do sustentado pela União, não representa ofensa ao art. 2º da Constituição da República, na medida em que o Princípio da Separação de Poderes não constitui um fim em si mesmo, mas busca, em última análise, a proteção dos direitos fundamentais. Nessa linha, a assertiva de que o Poder Judiciário estaria impedido de atuar na seara administrativa não pode ser tomada como um dogma absoluto e intransponível, merecendo ser afastada diante de violações a valores consagrados na Carta Magna.

Não fosse assim, o Poder Executivo teria ampla liberdade em se furtar a dar concretude aos princípios constitucionais, principalmente por meio de condutas omissivas, tudo sem o necessário controle do Judiciário. Ressalte-se, entretanto, que tal entendimento não autoriza este Poder a se substituir ao administrador, gestor constitucionalmente previsto para a coisa pública, pelo que deve o magistrado se limitar a garantir a aplicação prática da Constituição da República, imiscuindo-se o mínimo possível na esfera administrativa.

Preciso, nesse mesmo sentido, é o entendimento da constitucionalista Ana Paula de Barcellos:

De todo o exposto, pode-se concluir o seguinte: nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade.

Em suma: esses dois subsistemas constitucionais - a separação de poderes e o princípio majoritário - não justificam a divulgada impossibilidade de atribuir-se qualquer eficácia positiva ou simétrica às normas pertinentes à dignidade em seu aspecto material, de modo que é possível reconhecer ao Judiciário a legitimidade de sindicarem algum efeito mediante provocação dos interessados.

Vale observar que essa conclusão ganha mais consistência tendo-se em conta elementos de legitimidade que decorrem da própria existência do Judiciário e do exercício de sua atividade típica. Ou seja: não apenas a separação dos poderes e o princípio majoritário não impedem essa espécie de atuação do Judiciário, como o próprio Judiciário é capaz de apresentar um conjunto

importante de razões que fundamentam sua legitimidade na matéria” (A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, Renovar, p.230/231).

Ainda:

Também aqui [na saúde], assim como no caso da educação fundamental acima referido, a que se remete por brevidade, o Ministério Público poderá, com grande proveito para os interesses difusos e produzindo um impacto coletivo mais relevante (CF, art. 129, III), pleitear judicialmente que tais serviços estejam à disposição da população na quantidade e qualidade necessárias, em cada localidade e de forma permanente, ainda que para isso seja necessária a inclusão obrigatória da despesa no orçamento seguinte (ob. cit., p. 283/284) (sem destaques no original).

Não é outro a orientação adotada pelo Min. Celso de Mello, conforme se verifica do seguinte trecho do voto proferido no acórdão supratranscrito:

Cumpra assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Nesse diapasão, nem mesmo o disposto nos incisos II e VI do art. 84 da CR/88 serve de óbice à pretensão autoral, pois a competência privativa do Chefe do Executivo não pode impedir que o Judiciário promova a materialização de direitos garantidos constitucionalmente, mormente se considerado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da CR/88.

Tampouco o aspecto orçamentário levaria ao não acolhimento do pedido formulado. Com efeito, as normas referentes ao orçamento público, a toda evidência, possuem nítido caráter instrumental, visando a impedir desmandos do administrador em detrimento da sociedade. Destarte, seu objetivo é possibilitar, por meio da regulamentação das despesas e das receitas públicas, a consecução dos objetivos fundamentais consagrados no art. 3º da CR/88, tendo sempre em mente os fundamentos da República garantidos em seu art. 1º.

De conseguinte, é inegável que, a princípio, cabe ao Executivo a decisão acerca da aplicação dos recursos públicos. No entanto, diante da evidente impossibilidade de atendimento de todas as necessidades sociais, os recursos deverão ser alocados nos fins considerados essenciais pela Constituição, sob pena de, não o sendo, surgir a legitimidade do Poder Judiciário em determinar sua aplicação, tudo em estrita observância ao constitucionalmente previsto.

De fato, “a importância do controle judicial, convém que se diga, é mais destacada se levarmos em conta os direitos e garantias fundamentais, estatuídos na Constituição. O Judiciário, por ser um Poder equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, assegura sempre um julgamento em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se desprendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo poderoso Estado” (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, p. 667).

Não se trata, portanto, de uma sobreposição do Judiciário em relação ao Executivo, mas apenas de tornar verdadeiramente eficazes os fundamentos e princípios da Constituição da República.

Assim, constatadas a necessidade de admissão imediata de profissionais e a possibilidade de sua determinação pelo Judiciário, deve-se averiguar a melhor maneira de seleção daqueles agentes. O art. 37, IX, da CR/88, prevê que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporal de excepcional interesse público”.

A Lei 8.745/93, por sua vez, ao regulamentar o citado inciso IX, prevê em seu art. 2º:

Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I - Assistência a situações de calamidade pública.

II - Combate a surtos endêmicos.

III - Realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatísticas efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

IV - Admissão de professor substituto e professor visitante.

V - Admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro.

VI - Atividades

Omissis

1º A contratação de professor substituto a que se refere o inciso IV far-se-á exclusivamente para suprir a falta de docente da carreira, decorrente de exoneração ou demissão, falecimento,



aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória.

2º As contratações para substituir professores afastados para capacitação ficam limitadas a dez por cento do total de cargos de docentes da carreira constante do quadro de lotação da instituição.

Entendeu, então, o Ministério Público Federal que a hipótese sob exame enquadrar-se-ia no inciso II, conclusão que não vislumbro como a mais correta, já que a situação descrita nos autos não é fruto da ocorrência de nenhum surto endêmico, mas sim da reiterada omissão estatal em efetuar a recomposição de seu quadro de servidores.

A leitura atenta do supracitado artigo permite concluir que deve ser aplicado a esta demanda, por analogia, o disposto em seu inciso IV e parágrafo 1º. De fato, parece-me injustificável a previsão de contratação excepcional de professores em virtude de exoneração, demissão, falecimento, etc., mas silenciar a lei sobre a contratação de profissionais da área médica em decorrência desses mesmos fatos.

Ora, tendo em vista que a saúde é um pré-requisito lógico para a educação - somente o indivíduo saudável tem condições de aprendizado -, considero que a autorização prevista para a contratação temporária de professores merece ser estendida, com maior razão, aos profissionais da área médica.

Assim, deve a União ser compelida a realizar a contratação temporária de tantos profissionais quantos forem necessários ao perfeito funcionamento do Hospital Geral de Bonsucesso, tudo de acordo com as tabelas constantes de fls. 12/13, fruto de pesquisa realizada pelo Ministério Público Federal baseada em dados fornecidos pela direção do HGB e pelo próprio Ministério da Saúde.

Cumprindo, ainda, afastar as seguintes alegações da União: não se aplica ao caso a vedação estatuída pelo art 1º da Lei 9.494/97, pois não se trata de concessão de reajustes ou vantagens, nem, tampouco, de simples pagamento de vencimentos. Bem assim, a atribuição pela Lei 8.080/90 à União de funções primordiais de planejamento não afasta sua responsabilidade pelo Hospital Geral de Bonsucesso, por ser o mesmo vinculado ao âmbito federal da Administração.

Por fim, diante de todas essas considerações, faço remissão, mais uma vez, a trecho do voto supracitado, da lavra do Ministro Celso de Mello, que bem sintetiza a diretriz máxima da presente decisão: "... entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana".

Do exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, para determinar à União que, no prazo de 10 (dez) dias a partir da intimação dessa decisão, dê início ao procedimento de contratação emergencial de profissionais para fins de atuação junto ao Hospital Geral de Bonsucesso, de acordo com as tabelas constantes de fls. 12/13 da inicial, tudo em estrita observância ao disposto na Lei 8.745/93, aplicável, por analogia, ao caso. Fixo o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias para a conclusão da referida contratação e conseqüente início das atividades dos profissionais contratados.

Determino, ainda, a inclusão da despesa correspondente ao custeio do ora determinado no orçamento da União do próximo ano.

Intimem-se o MPF para ciência e a União para imediato cumprimento.

Cite-se.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2003.

DARIO RIBEIRO MACHADO JUNIOR

Juiz Federal Substituto

no exercício da titularidade da 10ª Vara

RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE POR PARTE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS NA FORMA DO ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98

Eugênio Rosa de Araújo

Juiz Federal da 17ª Vara

Trata-se de ação movida por operadora de plano de saúde privado em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da União, insurgindo-se contra o ressarcimento dos gastos tidos pelo Sistema Único de Saúde com o atendimento a seus usuários. Ausência de litisconsórcio passivo entre a ANS e a União, eis que a relação jurídica na espécie estabelece-se exclusivamente entre a operadora do plano de saúde privado e a agência reguladora. O objetivo do art. 32 da Lei nº 9.656/98 é que a operadora de plano de saúde privado recomponha o patrimônio público, uma vez que mantinha relação obrigacional com o seu usuário que precisou ser atendido em instituição integrante do SUS, deixando, assim, de dar contrapartida ao valor que aquele lhe paga com idêntica finalidade. Veda-se, dessarte, o enriquecimento sem causa da operadora de plano de saúde privado. Por outro lado, o ressarcimento ao SUS de despesas não cobertas pelo plano encontra amparo também na Lei nº 9.656/98 e no art. 195 da CF, que proclama, em tema de financiamento da seguridade social, o princípio da solidariedade. Não se trata pura e simplesmente de uma relação consumerista, mas de prestação de serviço público não privativo.

AÇÃO ORDINÁRIA

PROCESSO Nº 2001.5101025173-1

AUTOR: SAÚDE ASSISTÊNCIA MÉDICA DO ABC S/C LTDA

RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E OUTRO

SENTENÇA

SAÚDE ASSISTÊNCIA MÉDICA DO ABC S/C LTDA ajuizou a presente AÇÃO ORDINÁRIA, com pedido de tutela antecipada, contra a AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR-ANS objetivando ver declarada a inconstitucionalidade do art. 32 da Lei 9656/98 e a inexistência de vínculo jurídico com a ré no tocante ao ressarcimento do SUS previsto na referida norma. Pretende, ainda, ver declarado nulo pretensão débito relativo ao ressarcimento ao SUS no valor de R\$ 35.875,69 e nulos os atos administrativos

consubstanciados nas Resoluções RDC 17 e 18, da Diretoria Colegiada da ANS e Resoluções RE 1, 2, 3, 4, 5 e 6, da Diretoria de Desenvolvimento Setorial da ANS.

Alegou, em síntese, que o ressarcimento ao SUS previsto no art. 32 da Lei 9656/98 fere os artigos 196 e 199 da CF/88, porque transfere à iniciativa privada dever de Estado. Sustenta a violação ao princípio da legalidade, porque a Resolução RDC nº 17 aprova tabela sem observância do previsto na Lei 9656/98 e, conjuntamente às Resoluções nºs 1,2,3,4,5 violam aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Juntou documentos (fls. 25/746) e recolheu as custas (fls. 36).

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela às fls. 758. Interposto Agravo de Instrumento pela autora (fls. 762/783)

Em sua contestação (fls. 792/835, documentos fls. 836/867), a ANS argüi, preliminarmente, a litispendência parcial com o processo 20005101023013-9, que tramita perante a 9ª Vara Federal e o litisconsórcio necessário do gestor responsável pelo processamento das informações relativas ao SUS. No mérito, sustenta, em suma, a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 873/884.

As partes prescindiram das provas (fls. 885 e 906).

Promovida a citação da União Federal como litisconsorte necessária às fls. 908/909 e 912.

Regularmente citada, a União contestou às fls. 919/925, argüindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, a impossibilidade jurídica do pedido e a prescrição e pugnando, no mérito, pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 929/941.

A União prescindiou das provas (fls. 961).

É o breve relatório.

Decido.

1. PRELIMINARES

Deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da União.

O gestor do SUS não deve figurar como litisconsorte passivo necessário, na esteira da jurisprudência a seguir ementada:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE INCLUSÃO DE LITISCONSORTE NECESSÁRIO NO PÓLO PASSIVO. ÓRGÃO GESTOR (ESTADO DE MINAS GERAIS). DESNECESSIDADE.

I - O vínculo jurídico e o ato administrativo objeto da ação são diretamente afetos à esfera jurídica da Agência Nacional de Saúde,

sendo irrelevante que terceiros tenham interesse indireto e, sobretudo, interesse econômico-financeiro na solução da lide.

II - Como a pretensão autoral cinge-se à desconstituição de atos administrativos expedidos pela Agência Nacional de Saúde, que tem personalidade jurídica, não há razões para que o órgão gestor do SUS seja incluído no pólo passivo da ação, na condição de litisconsórcio necessário.

III - Agravo de instrumento improvido.

(AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 97509, DJU DATA: 29/07/2004 PÁGINA: 154, JUIZ ANTÔNIO CRUZ NETTO)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. RESSARCIMENTO AO SUS PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO.

A par do Estado de São Paulo possuir interesse econômico na solução da lide, enquanto gestor do SUS, não é parte necessária na relação jurídica processual.

Ausência de motivos que ensejem nova decisão.

Improvemento ao agravo interno.

(TRF-2ª Região, AGTAG - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 101436, DJU DATA: 17/02/2003 PÁGINA: 141, Rel. JUIZ PAULO ESPIRITO SANTO)

Sendo assim, a União Federal deve ser excluída do feito, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

As demais preliminares devem ser rejeitadas.

Descabe a litispendência argüida, eis que as ações referem-se a cobranças distintas, consubstanciadas em boletos diferentes.

Trata-se, em verdade, de afinidade de questões decorrentes de um ponto comum de fato, que não conduz sequer à conexão, mas apenas à possibilidade de litisconsórcio facultativo (art. 46, IV, do CPC).

Nesse sentido, confira-se:

COMPETENCIA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. NÃO SÃO CONEXAS AÇÕES PROPOSTAS POR COOPERATIVA HABITACIONAL CONTRA DIVERSOS INVAISORES DE IMOVEIS EM CONSTRUÇÃO, POR NÃO SER COMUM O OBJETO OU A CAUSA DE PEDIR, HAVENDO, APENAS, AFINIDADE DE QUESTÕES POR UM PONTO COMUM DE FATO OU DE DIREITO, O QUE JUSTIFICARIA O LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO (CPC, ART. 46, IV).

CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE, PARA DECLARAR-SE A COMPETENCIA DO JUIZO SUSCITADO. (TRF-1ª Região, CC - CONFLITO DE COMPETENCIA - 9301027585DJ DATA: 3/3/1994 PAGINA: 7344 JUIZ DANIEL PAES RIBEIRO)

O pedido de declaração de inconstitucionalidade é perfeitamente possível, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Por outro lado, a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo, descabendo falar-se em prescrição, como consignado às fls. 920.

2. MÉRITO

Não merece prosperar a pretensão autoral.

No que se refere à inconstitucionalidade do ressarcimento ao SUS, o STF e o TRF-2ª Região já se manifestaram sobre o assunto. verbis:

Em suma, o Tribunal, por aparente ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5, XXXVI), deferiu em parte o pedido de medida cautelar para declarar a inconstitucionalidade da expressão “atuais e” constante do § 2º do art. 10 da Lei 9.656/98, com a redação dada pela Medida Provisória 1.908-18/99, delimitando, no entanto, a incidência da declaração aos contratos aperfeiçoados até o dia 3/6/98, e aos afeiteados entre 4/6/98 e 1º/9/98 e entre 8/12/98 e 2/12/99 (“art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei ... § 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.”). ADI 1.931-MC-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 21.8.2003. (ADI-1931) Informativo 317

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal afastou a alegada inconstitucionalidade material por ofensa aos princípios do devido processo legal substantivo e aos artigos 196 e 199 da CF, bem como pela alegada caracterização de desproporcional e desarrazoada intervenção estatal em área reservada à livre iniciativa, de determinados dispositivos das normas impugnadas - que, estabelecem, em síntese, a instituição do plano ou seguro de referência à saúde; a impossibilidade de exclusão de cobertura de lesões preexistentes, salvo nos primeiros 24 meses do contrato; a cobertura de número ilimitado de consultas médicas;

a vedação à variação das contraprestações pecuniárias para os consumidores com mais de 60 anos de idade, participantes há mais de 10 anos; a obrigação de ofertar todos os benefícios previstos na Lei, e o ressarcimento ao Poder Público dos gastos feitos pelos participantes na rede pública de saúde - por considerar que os artigos impugnados, ao estabelecerem os limites de atuação das operadoras de planos privados de saúde, estão em harmonia com a competência do Estado prevista no art. 197 da CF. ADI 1.931-MC-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 21.8.2003. (ADI-1931)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32, DA LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. ADIN Nº 1931-8/DF. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. INSCRIÇÃO NO CADIN.

I - a hipótese consiste em Agravo de Instrumento interposto pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal/RJ, deferindo a antecipação de tutela, a fim de suspender a exigibilidade do ressarcimento previsto no art. 32, da Lei nº 9.656/98.

II - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931-8 - DF, Rel. Min. Maurício Corrêa (D.J. 28/05/2004), manifestou-se no sentido da conveniência da manutenção da vigência do referido dispositivo legal.

III - Apesar de autorizar a atuação de pessoas de âmbito privado nas atividades inerentes à saúde, a Constituição, em seus arts. 194 e 196, não afasta a atuação obrigatória do Estado. Assim, a norma prevista no art. 32, da Lei nº 9.656/98, configura-se em medida de conciliação, estando plenamente de acordo com os ditames constitucionais.

IV - No que tange à inscrição do nome da agravada em órgãos de proteção ao crédito, a orientação jurisprudencial, na espécie, é no sentido de não ser possível tal inscrição no caso de dívida que se encontra em discussão judicial.

V - Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido, para reformar a decisão agravada, indeferindo, em parte a antecipação da tutela, a fim de possibilitar à agravante a exigibilidade do ressarcimento ao SUS, mantendo-se, contudo, a proibição de inscrição do nome da agravada no CADIN, referente ao débito discutido na ação originária, enquanto perdurar a lide.

(AG 123034, DJ 13/04/2005, p. 185, Rel. Guilherme Calmon Nogueira da Gama)

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI N. 9.656/98. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL.

1 - Inconfundível a prestação em foco com uma taxa, uma vez que jamais a prestação do serviço de saúde poderia dar lugar a tal exação,

dado que a Seguridade Social, que engloba o direito à saúde (CF, art. 194), é financiada por contribuição, entre outras fontes (art. 195). 2 - Verifica-se, igualmente, que a Lei n. 9.656/98 objetiva recompor o patrimônio público (bens e serviços incluídos) com recursos de terceiro, que não utiliza o serviço público divisível, mas está vinculado ao sujeito que o utiliza por relação

obrigacional. Não há, portanto, remuneração de serviço, mas recomposição de patrimônio, e esta não se dá pelo usuário, mas por operadora de plano de saúde ou seguro, obrigada originalmente apenas com aquele que precisou ser atendido em instituições integrantes do SUS.

3 - Por outro lado, como não há dano no fato de um particular utilizar a rede pública ou integrante do SUS, sendo assistido por plano de saúde, não causa arrepio o fato de o Poder Público recobrar investimento do setor privado, pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa, em combinação com o princípio da solidariedade, pois todos são chamados à sua parcela de contribuição para a manutenção da saúde das pessoas.

4 - O princípio da solidariedade fundamenta a regra contida no art. 32 da Lei n. 9.656/98 e, em última análise, se insere no contexto da concretização do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a saber, a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária (CF/88, art. 3º, inciso I).

5 - Conclui-se pela constitucionalidade, legalidade e legitimidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei n. 9.656/98. Precedentes deste Tribunal.

6 - Apelação a que se nega provimento.

(AC 332316, DJ 17/05/2005, p. 214/215, Rel. Guilherme Calmon Nogueira da Gama)

Por outro lado, o fato de a ANS pretender o ressarcimento de despesas não cobertas pelo plano dos indigitados contratantes encontra amplo amparo na legislação tida como inconstitucional, bem como no próprio texto constitucional.

No seu art. 1º, IV, a CF/88 enumera a livre iniciativa como um valor social, ligado ao valor justiça de viés profundamente ligado à distributividade da riqueza, tanto que, mais adiante, no artigo 170, que inaugura o regramento da ordem econômica através dos seus princípios norteadores, coloca como seu fundamento, justamente a finalidade da livre iniciativa no sentido de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Acrescente-se que o § 1º do art. 198 da CF/88 afirma que o Sistema Único de Saúde será financiado, além das prestações tributárias, por outras de natureza

diversa, com cláusula aberta para a criação de outras fontes, justamente pelo seu caráter eminentemente solidário e de financiamento plural.

Não se descarta saber que os serviços de saúde, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, isto é, podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. São, portanto, sem sobra de dúvida, serviço público.

A relação contratual de que se cuida aqui não é travada entre o prestador do serviço e mero consumidor, porém entre aquele e o usuário do serviço, qual seja, o cidadão. Não há, pura e simplesmente, uma relação de consumo.

Relações de consumo são acessíveis unicamente a quem possa ir ao mercado portando moeda suficiente para adquirir bens e serviços, situação diversa daquela em que se situa o cidadão usuário de serviço público não privativo.

O dispositivo que determina o ressarcimento ao SUS, portanto, densifica os princípios de livre iniciativa em análise conflitante com a justiça social e a pluralidade de fontes financeiras do sistema único de saúde - art. 1º, IV, 3º, I, 170 *caput* e VII e 198 § 1º da CF/88), razão pela qual a inexistência de efetivo pagamento ou cobertura territorial do plano é desinfluyente e não exige o empreendedor do compartilhamento solidário dos custos com a saúde do cidadão.

Nesse passo, vale referir preciosa lição da prof. Silvia Faber Torres:

O princípio da subsidiariedade é, ainda, aperfeiçoado e complementado pelo princípio da solidariedade, pelo qual o indivíduo e os grupos intermédios cooperam entre si e com o Estado, visando, sobretudo, a realização do interesse público.

Subsidiariedade e solidariedade parecem, contudo, à primeira vista, princípios contraditórios. O primeiro, vinculado à idéia de liberdade individual, encontra suporte básico no direito de propriedade e no sistema de mercado como forma de obtenção de recursos e satisfação das necessidades humanas. O segundo, por sua vez, ligado à idéia de igualdade dos homens, encontra no Estado social, como titular de bens e atividades econômicas e como prestador de serviços a todos, o seu modo operativo. Ocorre, porém, que é na adequada articulação de ambos os princípios que se consolida um dos elementos primordiais do Estado contemporâneo, que é a mútua cooperação e mútua responsabilidade entre os integrantes da sociedade. Os dois princípios, portanto, não colidem, mas, antes, se completam.

O princípio da solidariedade, embora vazio, por não trazer conteúdos materiais específicos, tem sentido eminentemente ético. Vincula-se ao condicionamento recíproco da natureza individual e social do

homem, o que confere a este consciência moral de zelar pelos seus bens particulares e pelo bem comum. É, na precisa definição de Messner, “princípio de ser e dever ser: o princípio da recíproca vinculação moral ao bem comum na realização de seu bem particular. (in “O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo”, Ed. Renovar, 2001, pág. 88/89).

O Supremo Tribunal Federal também enfatizou o princípio da solidariedade, por ocasião do julgamento da ADI-MC 1003/DF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL - LEI Nº 6.194/74 (ART. 7º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (ART. 1º) - AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO - APARENTE INOCORRÊNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DO PERICULUM IN MORA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. - Federação sindical, ainda que de âmbito nacional, não dispõe de legitimidade ativa para promover a instauração do controle normativo abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais, eis que, no âmbito da organização sindical brasileira, e para os fins a que se refere o art. 103, IX, da Carta Política, somente as Confederações sindicais possuem qualidade para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade. - Responsabilidade civil objetiva das entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: O art. 7º da Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica. **A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92. (grifos nossos)**

Sequer pelo aspecto de razoabilidade se pode questionar a medida, posto que o ressarcimento é instrumento adequado ao fim colimado de melhoria da saúde da população em geral, gerando benefícios diretos aos planos, na vertente da diminuição da sinistralidade, com a conseqüente melhoria da rentabilidade do negócio.

Poderia ser até mesmo desnecessário frisar, por óbvio, que para que sejam realizados os fundamentos dos arts. 1º e os fins do art. 3º da CF, é necessário que o Estado atue no domínio econômico, sendo tal intervenção não só adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista.

Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina que as ações de saúde sejam mantidas por variadas fontes de custeio, sendo que, na composição destes princípios e regras, há de ser preservado e prepondera o interesse da coletividade.

ISTO POSTO, **JULGO EXTINTO O PROCESSO**, sem resolução de mérito, em relação à União Federal, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, devendo a mesma ser excluída do pólo passivo e **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**, condenando a parte autora nas custas e em honorários advocatícios que 10% sobre o valor da causa, corrigido monetariamente.

Oficie-se ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Relator do agravo de instrumento interposto, encaminhando-lhe cópia desta sentença.

Transitado em julgado, dê-se baixa e archive-se

P. R. I.

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 2006.

EUGÊNIO ROSA DE ARAÚJO

Juiz Federal Titular da 17ª Vara

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PERDA DE CARGO DE POLICIAL

Guilherme Couto de Castro

Juiz Federal da 19ª Vara

Trata-se de sentença que julga procedente, em parte, ação de improbidade e determina a perda de cargo de policial federal. A sentença aborda a independência entre tal sanção e a pena criminal, aplicando-a mesmo sem que exista condenação penal.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO Nº 2005.51.01.016871-7

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: HUDSON AMARAL BIZZO E OUTROS

SENTENÇA

I

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propõe a presente ação civil pública em face de HUDSON AMARAL BIZZO, FERNANDO LUIZ CARNEIRO CERQUEIRA LIMA e JUBAL HENRIQUE DE OLIVEIRA COIMBRA, objetivando ver os réus condenados pela prática de atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º, inciso X, e 11, caput e incisos I e II, com a incidência das sanções cominadas no art. 12, incisos I, II e III, todos da Lei nº 8.429/92.

Como causa de pedir, assinala que os réus, agentes da Polícia Federal, em 05/12/2003, em cumprimento à ordem de missão nº 1317/2003, se dirigiram à empresa TOTAL BODY PHOTOGRAPHY LTDA, a fim de checar denúncia anônima de comercialização irregular de produtos importados; que, lá chegando, se identificaram para o sócio-gerente Rudney Pinheiro Júnior, constatando a comercialização do produto espanhol AMELAM, de uso dermatológico; que o réu Hudson, que chefiava a equipe, inquiriu o sócio quanto às notas fiscais do mencionado produto e este respondeu que não as possuía, por ser apenas representante comercial de tal produto, sendo a sua importação de responsabilidade de outra empresa sediada em Brasília; que, então, os réus exigiram a quantia de R\$ 30.000,00, sob pena de prenderem o sócio Rudney em flagrante de contrabando; que tal exigência foi aceita, tendo os réus prometido que dariam como regular

a fiscalização na empresa, fato que se confirma com o relatório da missão policial subscrito por Hudson, o qual afirma que não foi encontrado produto de origem estrangeira; que, após a fiscalização, no dia 08/12/2003, o sócio Rudney encaminhou fax à Sra. Melissa, representante legal das empresas TK IMPORTADORA e SAMEL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE COSMÉTICOS LTDA, ambas estabelecidas em Brasília e responsáveis pela importação do produto AMELAM, relatando o ocorrido; que, no dia 12/12/2003, data escolhida para o pagamento da quantia exigida, o sócio Rudney entregou R\$ 15.000,00 ao réu Fernando, que lhe deu prazo até o dia 17 para obter o restante; que, neste ínterim, a Sra. Melissa contactou o advogado de sua empresa, Dr. Sérgio Leverdi Campos e Silva, que se dirigiu à Coordenação de Assuntos Internos da Corregedoria Geral de Polícia, ocasião em que prestou depoimento sobre os fatos descritos; que, orientado pelos policiais, o Dr. Sérgio entrou em contato com Rudney, dizendo-lhe que havia conseguido o restante do dinheiro, mas necessitava presenciar o repasse aos réus; que, no dia 17/12/2003, Rudney e o Dr. Sérgio se encontraram em frente ao Centro Comercial RB1 no Rio de Janeiro, quando foi entregue o saco plástico contendo o dinheiro para satisfazer a exigência, situação monitorada visualmente por policiais federais encaminhados de Brasília com essa finalidade; que, no local e hora combinados (2º andar do Mc Donald's da Rua do Acre, por volta de 15:30), Rudney se encontrou com o réu Hudson, entregando-lhe a sacola, fato presenciado pelo advogado Sérgio e pelo policial federal Pedro Carvalho Casemiro, que lá se encontravam; que, em seguida, na altura da Avenida Rio Branco, o réu Hudson foi interceptado pelos Delegados Dornelas e Rômulo, que, ao verificarem o conteúdo da sacola que lhe havia sido entregue por Rudney, encontraram duas viseiras pretas e um envelope pardo contendo várias cédulas de reais, que totalizavam R\$ 5.000,00; que, em sede policial, Rudney afirmou que a quantia apreendida com o réu Hudson foi retirada de sua própria conta bancária; que Rudney afirmou, ainda, que a importância de R\$ 9.900,00 (com ele apreendida) foi entregue por Sérgio para o pagamento da segunda parcela, tendo, no entanto, se apropriado de tal quantia por ter arcado inteiramente com o prejuízo financeiro decorrente do pagamento da primeira parcela da exigência; que, em relação às viseiras apreendidas, Rudney asseverou que, por ocasião da fiscalização de sua empresa, o réu Hudson manifestou interesse nelas; que, quanto ao cupom fiscal do Mc Donald's, Rudney afirmou que este foi entregue a ele pelo réu Hudson, no qual constava o local para onde deveria enviar a lista dos clientes que compraram AMELAM; que o laudo pericial realizado na arma de fogo apreendida com o réu Hudson atestou que, por estar raspada, não era possível identificar o número de série e que não correspondia a nenhum dos registros do SINARM encaminhados; que, por tais fatos, os réus estão sendo processados criminalmente na 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro; que a conduta dos réus se enquadra

nas disposições do art. 9º, *caput*, inciso X, e do art. 11, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92; que os réus incorreram na prática de ato de improbidade administrativa, ao auferirem vantagem indevida em razão do exercício de suas funções, deixando, ainda, de proceder à correta fiscalização do estabelecimento comercial. Daí o pedido deduzido na inicial, que veio acompanhada de documentos (fls. 18/943).

Determinada a notificação dos réus para a defesa prévia (artigo 17, § 7º, da Lei 8.429/92), somente o réu Fernando Luís Carneiro Cerqueira se manifestou (fls. 955/961 e 966).

O M.P.F. pronunciou-se às fls. 970/971, requerendo o prosseguimento do feito.

A ação foi recebida pela decisão de fls. 972/976, que determinou o afastamento do exercício das atividades operacionais quanto ao réu Jubal Henrique de Oliveira Coimbra e o afastamento das funções exercidas no âmbito do Departamento de Polícia Federal em relação aos réus Hudson Amaral Bizzo e Fernando Luiz Cerqueira Lima.

Pelo Ofício do Departamento de Polícia Federal de fls. 989, foi informado que os réus Hudson Amaral Bizzo e Fernando Luiz Cerqueira Lima foram afastados do exercício do cargo por força da Portaria nº 080/2006, de 09/02/2006, do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, por figurarem como acusados no processo administrativo disciplinar nº 40/2005, com imputação de transgressão, dentre outras, ao inciso IX do art. 43 da Lei nº 4.878/65. Foi informado, ainda, que o réu Jubal Henrique de Oliveira Coimbra está aposentado do cargo de agente da Polícia Federal.

O réu Hudson Amaral Bizzo apresentou contestação (fls. 991/1029), na qual argüi, como questão prejudicial, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92 e preliminares de não abertura de prazo para a apresentação de resposta preliminar e de inépcia da inicial. Requer a suspensão do processo até decisão final na ação penal em curso na 3ª Vara Federal Criminal, sob a alegação de prejuízo à defesa dos acusados na ação criminal. No mérito, defende a improcedência do pedido. Salienta que a presente ação fere o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, pelo que se depreende da inicial, o Ministério Público Federal tem absoluta certeza do cometimento do crime pelos três acusados. Assinala, ainda, que os depoimentos prestados na ação criminal por Rudney são contraditórios; que, na verdade, o empresário Rudney armou um golpe ardiloso, utilizando-se dos acusados para saldar uma dívida antiga que possuía com as empresas TK Importadora e SAMEL Comércio e Distribuição de Cosméticos Ltda; que tem a convicção de que a denúncia anônima que levou os acusados à empresa TOTAL BODY foi feita pelo próprio Rudney; que, após a visita dos policiais, Rudney passou a pressionar a empresária Melissa Torkarski, representante legal das empresas TK e SAMEL, enviando-lhe no dia 08/12/2003 fax aterrorizador, com o objetivo de lhe tirar dinheiro;

que Rudney negou a autoria do fax em seu depoimento judicial prestado na 3ª Vara Federal Criminal; que Rudney afirmou ter pago a importância de R\$ 15.000,00, embora cobrasse da empresária o pagamento de R\$ 20.000,00; que Rudney não explicou como foi feito o primeiro pagamento e quem teria recebido esse valor; que os depoimentos do advogado da empresa TK Importadora levantam suspeitas graves contra Rudney; que Rudney, no meio de uma operação policial para a prisão do réu Hudson, trocou um envelope de R\$ 10.000,00 por outro de R\$ 5.000,00, conforme confessa em depoimento; que não há nada até o momento que prove a venda de AMELAN ou de qualquer outro produto no interior da TOTAL BODY; que o próprio Rudney já prestou diversos depoimentos diferentes, ora afirmando que havia AMELAN, ora dizendo que não comercializava qualquer produto de origem estrangeira na TOTAL BODY; que, na verdade, a TOTAL BODY oferece serviços de fotografia digital para médicos das áreas de dermatologia, medicina estética e cirurgia plástica, não fazendo venda de produtos; que não estava nos planos de Rudney que o advogado Sérgio Leverdi denunciasse a pretensa extorsão à Corregedoria; que Rudney ligou para a sala dos acusados na SR/DPF/RJ, sendo atendido pelo réu Fernando, que informou que Hudson tinha saído para lanchar e provavelmente estaria no Mc Donald's; que imediatamente Rudney avisou ao advogado Sérgio e aos policiais de Brasília que encontraria com um dos acusados na referida lanchonete, momento em que todos se dirigiram para o local; que chegaram ao local cerca de duas horas antes de sua chegada; que Rudney o abordou na lanchonete, dizendo que trazia viseiras de mulher, as quais, conforme combinado, pretendia dar em agradecimento ao tratamento humano dispensado por sua equipe na empresa TOTAL BODY, já que havia pedido pressa na fiscalização por estar com um filho doente, internado em um hospital na Zona Sul; que, sem saber o que estava acontecendo, sentou-se à mesa de Rudney e, em um rápido e amistoso diálogo, deixou o telefone de sua seção, a pedido do empresário; que Rudney passou um saco plástico branco aparentemente contendo as tais viseiras; que pegou a sacola, agradeceu e deixou a lanchonete praticamente ao lado de Rudney, rumando em direção ao Banco Bradesco, situado na Candelária; que no Bradesco deixou com seu gerente uma conta para ser paga, voltando em direção a Praça Mauá pelo mesmo caminho que havia utilizado; que, no caminho, pediu a um ambulante que o acompanhasse até a SR/DPF/RJ para trocar um brinquedo quebrado; que chegou a esquecer na “banca” dos camelôs a sacola branca dada por Rudney, tendo a recuperado em razão de outro ambulante ter corrido ao seu encontro para devolvê-la; que, ao receber a sacola, cerca de 40 minutos após o encontro com Rudney, foi violentamente dominado pelos policiais federais da equipe do DPF Dornellas, que lhe retiraram a bolsa plástica; que, em seguida, voltaram ao Mc Donald's, onde os policiais tentaram encontrar testemunhas para o flagrante; que, então, chegou à lanchonete o APF Casemiro trazendo

um envelope que foi entregue ao DPF Dornellas; que tal envelope não estava na sacola branca; que, cerca de uma hora após a prisão e ainda dentro da lanchonete, o referido envelope foi rapidamente aberto, para se constatar que havia em seu interior notas de R\$ 50,00; que na SR/DPF/RJ foi constatado que havia apenas R\$ 5.000,00 no envelope, para espanto e constrangimento dos policiais e do advogado Sérgio Leverdi, que havia entregado nas mãos de Rudney um envelope fechado contendo R\$ 10.000,00; que, na madrugada do dia seguinte ao da prisão, em rápida diligência, foram encontrados R\$ 10.000,00 na mala do carro de Rudney; que a arma de fogo encontrada com numeração raspada é sua; que, por problema de ferrugem, levou a referida arma para ser niquelada, tendo o profissional responsável pelo trabalho se equivocado e raspado a numeração da arma, realizando em seguida a niquelagem; que existe, inclusive, registro da arma no SINARM; que todas as provas acostadas a estes autos foram transpostas do processo criminal; que alguns documentos podem ser caracterizados como irrepetíveis, e outros podem e devem ser reproduzidos, dada a natureza especial e peculiar desta nova ação; que, assim, todos os sujeitos envolvidos e já ouvidos na ação criminal devem ser reinquiridos; que, em momento algum, atentou contra qualquer princípio norteador da Administração Pública; que a decisão que afastou o réu de suas funções não foi devidamente fundamentada. Clama, em suma, pela improcedência do pleito.

O réu Jubal Henrique de Oliveira Coimbra contestou (fls. 1034/1045, com documentos de fls. 1.047/1.067), argüindo preliminares de inépcia da inicial e de cerceamento de defesa. No mérito, defende a improcedência do pedido, sustentando que, durante a fiscalização na empresa TOTAL BODY, examinou detidamente diversos documentos e nada verificou de irregular; que não havia venda de produtos no estabelecimento, muito embora o sócio Rudney tenha informado representar o produto AMELAN, de origem estrangeira, para uma empresa de Brasília; que a equipe deixou o local, sugerindo, posteriormente, em relatório, a checagem na empresa importadora sediada em Brasília; que, conforme reconhecido pela decisão que recebeu esta ação, não há uma única prova de sua participação na suposta extorsão feita na empresa TOTAL BODY; que não há em nenhum dos processos em tramitação qualquer prova de ter aderido ou mesmo se omitido diante de qualquer irregularidade supostamente praticada por seus colegas de equipe; que em momento algum foi reconhecido pelo empresário Rudney; que, durante a diligência, passou o tempo todo conferindo documentos e atendendo ao telefone, pois resolvia um problema grave de ordem particular; que a quebra de seu sigilo telefônico comprova que, enquanto esteve na empresa TOTAL BODY, ficou praticamente o tempo todo ao telefone em ligações para Brasília e Alagoas, resolvendo graves problemas familiares; que não há uma única prova razoável de que havia pelo menos uma amostra do produto AMELAN

na mencionada empresa; que não há qualquer contradição entre o que viu na empresa e o Relatório de Missão elaborado pela equipe Bravo; que o Relatório “favorável” à empresa foi feito antes do suposto pagamento de Rudney aos policiais, fato que deveria ser explicado pelo órgão ministerial, já que não haveria razão para que Rudney demonstrasse tanto interesse em fazer o pagamento da propina; que não se vislumbra, nestes autos, sequer indícios de sua participação em qualquer atividade ilícita; que somente provas concretas podem servir para uma punição grave como uma demissão do serviço público; que deve ser reconhecida sua inocência.

O réu Fernando Luiz Carneiro Cerqueira Lima ofertou defesa (fls. 1072/1093), afirmando que os supostos atos de improbidade administrativa já estão sendo exaustivamente apurados em duas searas, administrativa e judicial, já que tramita ação penal e há processo disciplinar em andamento. Sustenta que o Ministério Público Federal tem legitimidade para propor ação civil pública por atos de improbidade administrativa, mas não quando há processos em andamento, como no caso presente, pois estaria extrapolando, caracterizando excesso de acusação; que o afastamento liminar do acusado de suas funções é ilegal e injusto, uma vez que já responde a dois outros processos, nos quais as autoridades não entenderam ser necessária a drástica medida; que o Ministério Público Federal requereu a medida cautelar de afastamento para “obstar a perpetuidade dos fatos ímprobos descritos”, prejudgando os acusados; que está caracterizado inaceitável excesso de acusação, bem como *bis in idem*, porque os atos mencionados pelo Ministério Público se confundem com as transgressões disciplinares imputadas no processo disciplinar; que a decisão que recebeu a ação civil pública resume a sua participação no fato de ter falado ao telefone com Rudney, conforme este alegou, o que não é verdade, não tendo ocorrido tal conversa; que não há nos autos qualquer indício desta conversa; que a medida de afastamento não é necessária à instrução processual, não cabendo, assim, a aplicação do parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92; que tal decisão não foi motivada, pois não foi assinalado de que modo o comportamento do réu contribuiria para o andamento da instrução processual; que o processo disciplinar é a via adequada para se apurar a responsabilidade de funcionários como o réu, nos termos da Lei nº 8.112/90, e não a ação civil pública; que na ação penal e no processo disciplinar as autoridades não entenderam ser necessário o seu afastamento; que não foi preso em flagrante, nem foi apreendida qualquer quantia em dinheiro que estivesse em sua posse; que foram ignoradas garantias constitucionais, como a da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da presunção de inocência; que inexistente comprovação de que tenha retardado algum ato de ofício. Por fim, requereu a reconsideração da decisão que determinou seu afastamento e a improcedência do pedido.

Em réplica, o Ministério Público Federal se manifestou, requerendo o prosseguimento do feito e informando não se opor ao julgamento antecipado da lide (fls. 1.095/1.097).

Instadas a especificarem provas (fls. 1.099), os réus se manifestaram às fls. 1.101/1.105, 1.107 e 1.110/1.112 (com documentos de fls. 1.113/1.172); e o Ministério Público Federal informou não ter provas a produzir (fls. 1.173-verso).

Pela decisão de fls. 1.174, foi concedido prazo aos réus para a juntada de documentos e indeferida a prova testemunhal.

O réu Fernando Luiz Carneiro Cerqueira Lima anexou cópia do relatório final da Comissão de Processo Disciplinar da Corregedoria Regional de Polícia, informando, ainda, que desiste da juntada de todo o processo disciplinar (fls. 1.176/1.193).

O réu Jubal Henrique de Oliveira Coimbra reiterou o pedido de oitiva das testemunhas Rudney e Sérgio Leverdi (fls. 1.195/1.196).

Por fim, o réu Hudson Amaral Bizzo se manifestou às fls. 1.198/1.200, reiterando o pedido de produção de prova testemunhal e requerendo posterior juntada de documentos relativos ao processo disciplinar, tendo em vista estar concluso no Gabinete do Superintendente da Polícia Federal.

O réu Hudson Amaral Bizzo interpôs agravo retido contra a decisão de fls. 1.174 (fls. 1.202/1.208).

Após, os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. DECIDO.

II

Encontra-se o feito apto a receber sentença, existindo nos autos elementos suficientes para formar o convencimento do julgador, não sendo necessária a produção das provas requeridas pelos réus Jubal e Hudson, as quais indefiro, nos termos do art. 130 do CPC.

Como será exposto adiante, o pedido será procedente (em parte) apenas contra o réu Hudson, de modo que só ele, em tese, teria interesse em novas provas. Seu intuito protelatório é inequívoco. Já estão decorridos mais de três anos desde os fatos, e novos dados não surgirão com prova testemunhal já realizada, sob o crivo do contraditório. E não é essa prova que condenará o réu, e sim os demais elementos dos autos, especialmente a sua inverossímil tese. A rigor, nem sequer há óbice para acolher o valor da prova emprestada.

Citem-se acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PROVA EMPRESTADA. PROCESSO CRIMINAL. POSSIBILIDADE.

1 - O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada em prova pré-constituída.

2 - Conforme precedentes, é legal a utilização de prova emprestada de processo criminal na instrução do processo administrativo disciplinar.

3 - “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assim como a do Supremo Tribunal Federal, tem firme entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio *pas de nullité sans grief*.” (MS nº 8.259/DF, Relator o Ministro Hamilton Carvalho, DJU de 17/02/2003).

4 - Ordem denegada.

(STJ; Mandado de Segurança - 10874/DF; Órgão Julgador: Terceira Seção; Relator: Ministro Paulo Gallotti; Fonte: Diário da Justiça, seção 1, de 02/10/2006, pág. 220.)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - PROVA EMPRESTADA DE AUTOS DE AÇÃO PENAL - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO OBEDECIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.

I - A jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que não resta configurado cerceamento de defesa, o empréstimo de prova obtida nos autos de ação penal em que a parte agravante figura como Ré, eis que obedecido o princípio do contraditório naquela (conforme TRF-4aR-ACR 9062/RS, Relator Juiz ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, DJ 19/06/2002).

II - Agravo a que se nega provimento.

(TRF - 2ª Região; Agravo de Instrumento - 45021/RJ; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Juiz Benedito Gonçalves; Fonte: Diário da Justiça, Seção 2, de 27/08/2003, pág. 108.)

Repita-se: ainda assim, a decisão será extremamente cautelosa, e apenas acolherá a pretensão contra um dos acusados, embora, talvez, tivesse o Ministério Público diligenciado melhor, nesses autos, e o quadro poderia ser outro.

Antes dos fatos, outra questão jurídica: o réu Hudson argüiu a inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92. Alega que o art. 24 da Constituição Federal não autoriza a União a legislar, em termos gerais, sobre improbidade administrativa. Afirma, também, a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade, por não ter sido observado o princípio bicameral previsto no art. 65 da Constituição Federal.

A linha não tem suporte. A uma, o réu defende a tese de que é competência privativa de cada ente político legislar sobre improbidade administrativa, e, ainda que assim o fosse, a Lei atacada seria considerada lei federal; o réu é agente da Polícia Federal e, portanto, servidor federal vinculado à União. Ou seja, a Lei nº 8.429/92 é lei nacional, mas, se a tese do réu vingasse, não perderia o caráter de lei federal. A duas, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2182-6 da Lei nº 8.429/92, indeferiu a medida cautelar, não acatando a sua tese de vício formal pela não observância do sistema bicameral. Leia-se a ementa:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.429, DE 02.06.1992, QUE DISPÕE SOBRE AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO EXERCÍCIO DE MANDATO, CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA OU FUNDACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OCORRIDO NA FASE DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL (CF, ARTIGO 65).

1. Preliminar de não-conhecimento suscitada pela Advocacia Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei.

2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único).

A aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que “emenda substitutiva é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto” (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial.

3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo.

Medida cautelar indeferida.

No mais, a Lei nº 8.429/92 tem sido aplicada nos Tribunais há quase duas décadas, e não há Pretório que tenha fincado a pecha de inconstitucionalidade geral no seu sistema.

Foram argüidas, ainda, preliminares de cerceamento de defesa e de inépcia da inicial. A preliminar de cerceamento de defesa ou de não abertura de prazo para apresentação de resposta preliminar é rejeitada: os réus foram regularmente notificados para apresentação de defesa prévia (fls. 949/950 e 952/953), conforme dispõe o § 7º do art. 17 da Lei nº 8.429/92. Trata-se de notificação e não de citação. Ademais, o réu Fernando não foi notificado, conforme certidão de fls. 948, por não mais se encontrar no endereço fornecido, mas se manifestou, anexando sua defesa prévia (fls. 955/961). Já os demais réus, apesar de notificados, não se manifestaram. Nessa altura do processo, não há que se falar em apresentação de defesa prévia, já que foram apresentadas as contestações. Ou seja, os réus querem ressuscitar tema superado (como sempre, é fácil iludir a opinião pública com artimanhas processuais).

Rejeita-se, igualmente, a inépcia da inicial. A alegação de que seria necessário comprovar o prejuízo para o pedido de condenação à pecha de improbidade é incorreta. O art. 21, I, da Lei nº 8.429/92 dispõe expressamente que a aplicação das sanções previstas nessa lei **independe** da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Quanto ao pedido, em caso de condenação, cabe ao Juiz aplicar o dispositivo legal de acordo com a conduta descrita na inicial, que não é inepta, já que da narração dos fatos decorre logicamente o pedido. Cite-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.429/92. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CUMULAÇÃO DE SANÇÕES. CERCEAMENTO DEFESA. ART. 330 DO CPC. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Não se conhece do recurso especial quanto a tema que demande o reexame de fatos e prova (Súmula 7/STJ). Para se chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido quanto à tipificação do ato de improbidade (artigos 11 e 12 da Lei n.º 8.429/92) e à ausência de cerceamento de defesa (art. 330 do CPC), torna-se imperioso o reexame do arcabouço fático e probatório dos autos, o que é vedado nesta instância especial.

2. Não é inepta a petição inicial que deixa de apontar o dispositivo de lei, se da narração dos fatos decorrer logicamente o pedido. Da mesma forma, a aplicação de legislação diversa daquela utilizada pela parte para fundamentar seu pedido não implica julgamento extra petita. Aplicação dos brocardos *jura novit curia e mihi factum dabitibi ius*. Precedente. [...]

(STJ; RESP - 794155/SP; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Ministro Castro Meira; Fonte: Diário da Justiça, Seção 1, de 04/09/2006, pág. 252.) (Destacamos.)

A inicial narra os fatos e pede a condenação nas penas do artigo 12. Não é necessário (embora fosse recomendável) esclarecer a pertinência específica da sanção para com o caso. O defeito da inicial, nessas hipóteses, não conduz à inépcia, mas sim à impossibilidade de aplicação de penas não correlacionadas à descrição da inicial. Por exemplo, a peça vestibular poderia ter descrito o específico prejuízo patrimonial ao erário com a conduta, e, assim, possibilitaria condenação ao ressarcimento, como pena. Ao fazer pedido com a mera menção dos artigos 12 e seus incisos, o Parquet inviabiliza, através de má atuação, amplitude maior para alcance da condenação. Mas não torna imprestável, no todo, a demanda.

Outra questão processual: o réu Hudson requereu a suspensão do processo até decisão final na ação penal em curso na 3ª Vara Federal Criminal.

Entretanto, a improbidade é pena especial, de natureza cível, isto é, não criminal. As esferas cível e criminal são autônomas, di-lo o artigo 935 do Código Civil. Mais específico é o caput do art. 12 da Lei nº 8.429/92, que assim dispõe:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

Portanto, a suspensão seria uma faculdade do julgador, pois, sobrevinda a sentença condenatória penal, a vinculação recairia sobre os ombros dos réus. Em suma, não há que se falar em obrigatoriedade da suspensão; no caso, ela não se mostra conveniente. A acusação seria a beneficiária da suspensão, e não a pediu. O réu apenas o seria na medida em que a decisão é protraída, e seus propósitos restam claros. Basta, aliás, consultar os terminais de computador e ver o andamento da ação criminal, na qual uma bateria de diligências inúteis foi requerida pelo mesmo réu; parte maior já foi indeferida pela Juíza da causa, e foi deferida a espera da suposta gravação de circuito interno do local, algo pouco provável de existir (o breve futuro dirá).

Passo a apreciar o mérito.

Os fatos descrevem a prática de atos de improbidade administrativa que se iniciam em virtude de exigência da quantia de R\$ 30.000,00 feita ao empresário Rudney Pinheiro Júnior, quando agentes constataram a comercialização do produto espanhol AMELAN, em fiscalização efetuada na empresa TOTAL BODY PHOTOGRAPHY LTDA.

É certo que a fiscalização foi efetuada em 05/12/2003 e o relatório da missão policial atestou que “não foi encontrado nenhum produto de origem estrangeira para a venda ao consumidor” na empresa mencionada (fls. 630). Tal relatório foi assinado pelo chefe da equipe, o réu Hudson, e se contrapõe aos depoimentos do empresário Rudney (fls. 1054), da funcionária da empresa Patrícia Conceição da Silva (fls. 634/635) e da fotógrafa da empresa Renata Ruas Werneck de Carvalho (fls. 706). Estas funcionárias afirmam expressamente que a empresa TOTAL BODY comercializava o produto AMELAN e, no dia da missão, estava presente a funcionária Patrícia que presenciou a chegada dos policiais federais para a fiscalização da empresa e afirmou que mostrou o produto para os policiais (fls. 634).

Ademais, havia um contrato de representação comercial entre as empresas SAMEL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA e TOTAL BODY PHOTOGRAPHY LTDA (fls. 280/288), que reforça a tese de que o empresário Rudney efetuava a venda do produto AMELAN. Ressalte-se, porém, que a empresa TOTAL BODY PHOTOGRAPHY LTDA tem por objetivo social a “Prestação de Serviços de Fotografia Digital para Finalidades Médicas, Compra e Revenda de Software e Aplicativos Ligados a Área da Medicina Oncológica” (fls. 673).

Assim, de acordo com os depoimentos mencionados e o referido contrato de representação, parece evidente que, no dia 05/12/2006, havia o produto AMELAN na empresa TOTAL BODY PHOTOGRAPY LTDA. Isso está acima da dúvida razoável.

Mas, a par de todo o quadro acima, é a própria versão do réu Hudson Bizzo que caracteriza a correção dos fatos contra ele articulados, e exhibe conduta ímproba. No dia 17/12/2003, quando da prisão em flagrante do réu Hudson (fls. 748/756), este declarou que “nada encontrou de irregular” na empresa de Rudney e que procurou ser o mais breve possível na diligência em razão da informação de que o filho do empresário Rudney encontrava-se internado em um hospital (fls. 755). Afirmou que o referido empresário prometeu lhe dar uma viseira de mulher em agradecimento assim que pudesse e que no encontro no Mc Donald’s (em 17/12/2003) Rudney entregou as viseiras prometidas dentro de um saco plástico (fls. 755/756). Assinalou, ainda, que a pedido de Rudney, entregou um cupom fiscal da própria loja do Mc Donald’s anotado com o seu endereço profissional (fls. 756).

Agora, depois da leitura acima, basta ler a defesa, a própria contestação do réu, a sua versão dos fatos. Lá está, nas fls. 991/1029 dos autos, na qual se sustenta que Rudney armou um golpe utilizando-se dos acusados para saldar uma dívida antiga que possuía com as empresas TK Importadora e SAMEL Comércio e Distribuição de Cosméticos Ltda; para explicar a sua prisão com o dinheiro, vem a fantástica conspiração do destino:

- alega que Rudney ligou para a sala dos acusados na SR/DPF/RJ, sendo atendido pelo réu Fernando, que informou que Hudson tinha saído para lanchar e provavelmente estaria no Mc Donald's;
- que imediatamente Rudney avisou ao advogado Sérgio e aos policiais de Brasília que encontraria com um dos acusados na referida lanchonete, momento em que todos se dirigiram para o local; que chegaram ao local cerca de duas horas antes de sua chegada; que Rudney o abordou na lanchonete, dizendo que trazia viseiras de mulher, as quais, conforme combinado, pretendia dar em agradecimento ao tratamento humano dispensado por sua equipe na empresa TOTAL BODY, já que havia pedido pressa na fiscalização por estar com um filho doente, internado em um hospital na Zona Sul;
- que, sem saber o que estava acontecendo, sentou-se à mesa de Rudney e, em um rápido e amistoso diálogo, deixou o telefone de sua seção, a pedido do empresário; que Rudney passou um saco plástico branco aparentemente contendo as tais viseiras;
- que pegou a sacola, agradeceu e deixou a lanchonete praticamente ao lado de Rudney, rumando em direção ao Banco Bradesco, situado na Candelária; que no Bradesco deixou com seu gerente uma conta para ser paga, voltando em direção a Praça Mauá pelo mesmo caminho que havia utilizado; que, no caminho, pediu a um ambulante que o acompanhasse até a SR/DPF/RJ para trocar um brinquedo quebrado; que chegou a esquecer na “banca” dos camelôs a sacola branca dada por Rudney, tendo a recuperado em razão de outro ambulante ter corrido ao seu encontro para devolvê-la; que, ao receber a sacola, cerca de 40 minutos após o encontro com Rudney, foi violentamente dominado pelos policiais federais da equipe do DPF Dornellas, que lhe retiraram a bolsa plástica.

Já se vê que a própria defesa do réu é reveladora. Algum santo (que não conhece os rumos da improbidade do país) pode não saber o motivo de certos encontros serem marcados em locais públicos, com muita gente e muito murmurinho, impedindo a gravação de voz e filmes reveladores. Mas, ainda com toda a credulidade, não conseguirá articular a versão pueril narrada acima. No final, parece filme policial, com uma testemunha (parece ou não plantada?), um ambulante, que lhe garantirá a necessária “dúvida” no Judiciário.

Pouco importa que a prisão em flagrante tenha sido chamada de flagrante preparado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 771/776). Há de se observar os fatos ocorridos no dia da prisão. As declarações do réu Hudson são incongruentes. Qualquer agente público sabe que não deve aceitar qualquer “presente” do particular, ainda mais quando a empresa deste é objeto de fiscalização e o cargo é de agente da polícia federal. A declaração de que a viseira seria dada como “recompensa” pelo tratamento dispensado ao empresário Rudney é, no mínimo, outra confissão. Basta ler o art. 9º, I, da Lei de Improbidade.

A tese do depoimento (nunca se disse que houve constrangimento) é mais inconsistente: marcar encontro na loja do Mc Donald's somente para entregar uma viseira e fornecer o endereço profissional para o empresário Rudney beira o absurdo.

No fim, o fato é que o réu Hudson foi preso com uma sacola plástica contendo duas viseiras e a quantia de R\$ 5.000,00, além de uma pistola, marca Taurus, com numeração de série raspada (fls. 757/758). A explicação para isso também, por si, revela muito: o réu afirmou que, ao pedir para limpar e niquelar a arma de fogo para o Sr. Jorge, este entendeu que niquelar fosse apagar ou raspar o número da arma (fls. 433). Ora, um agente da polícia federal não pode portar uma arma com numeração raspada. Essa conduta está descrita na inicial (fls. 9 e 10) e é cominada no artigo 11, incisos I e II, da Lei. O laudo pericial atestou que a “arma examinada não corresponde a nenhum dos dois registros do SINARM encaminhados” (fls. 437). Condutas ímprobas em seqüência.

Veja-se, tudo se extrai sem necessidade da prova testemunhal (apenas para evitar o debate da prova emprestada). Mas, consultando-a, ressalte-se o depoimento de Sérgio Leverdi Campos e Silva, advogado da empresa TK Importadora, responsável pela importação do produto AMELAN, que “presenciou o momento do pagamento” feito ao réu Hudson em 17/12/2003 (fls. 1060).

Assim, caracterizada está a prática de ato de improbidade administrativa (prevista no art. 9º, X, e 11, caput e incisos I e II, da Lei nº 8.429/92) por HUDSON AMARAL BIZZO, quer em vista do recebimento de vantagem econômica para omitir ato de ofício, quer em vista do confessado manuseio/uso de armamento ilícito.

Quanto aos réus FERNANDO LUIZ CERQUEIRA LIMA e JUBAL HENRIQUE DE OLIVEIRA COIMBRA, a questão é muito mais delicada, e qualquer condenação, aqui, dependeria exclusivamente da prova emprestada. O Ministério Público quedou-se satisfeito com o já existente, mas o quadro é: não há prova concreta de que tenham participado da exigência feita ao empresário Rudney. O depoimento de Rudney menciona algumas vezes o nome do réu Fernando, mas uma sombra ainda paira; esse réu poderia apenas não ter interferido, e, se a conduta ímproba é essa, deveria estar descrita na inicial, pelo menos como articulado sucessivo. Não está.

Em suma, somado ao fato de se estar com a prova emprestada, há dúvida apta a barrar a aceitação, aqui, de seu envolvimento na exigência feita para não efetuar a prisão do referido empresário por contrabando. No relatório de ligações do celular do réu Fernando (....-.... - fls. 254/271) não consta, em 11 e 12 de dezembro de 2003, ligações feitas para o empresário Rudney (celular:-.... fls. 48 e-.... da empresa - fls. 1057). Também não há prova consistente de que houve o primeiro pagamento em 12/12/2003. E o réu Jubal sequer é mencionado pelo empresário em seus depoimentos (fls. 48/50 e 1054/1059).

Por tais motivos, a improcedência do pedido se impõe quanto aos réus FERNANDO LUIZ CERQUEIRA LIMA e JUBAL HENRIQUE DE OLIVEIRA COIMBRA, sem prejuízo da melhor apuração penal e administrativa.

III

Do exposto, **JULGO:**

- a) **PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO**, para condenar o réu HUDSON AMARAL BIZZO pela prática de atos de improbidade administrativa previsto no art. 9º, X, e 11, I e II, da Lei nº 8.429/92 e determinar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos, nos termos do art. 12, I, da citada lei;
- b) **IMPROCEDENTE O PEDIDO** em relação aos réus FERNANDO LUIZ CARNEIRO CERQUEIRA LIMA e JUBAL HENRIQUE DE OLIVEIRA COIMBRA.

Custas *ex lege*, sem verba honorária (artigo 18 da Lei 7.347/85). À SEADI. Retifique-se o pólo passivo da ação para que passe a constar como segundo réu FERNANDO LUIZ CARNEIRO CERQUEIRA LIMA.

P. R. I., dando-se pessoal ciência ao Ministério Público Federal.

Rio de Janeiro, 7 de fevereiro de 2007.

GUILHERME COUTO DE CASTRO

Juiz Federal

PROPRIEDADE INTELECTUAL - PIPELINE - PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS PATENTES

Márcia Maria Nunes de Barros
Juíza Federal da 37ª Vara

Na presente sentença é admitida a intervenção no feito de entidade classista de âmbito nacional como *amicus curiae*.

Examina-se o prazo de validade das patentes *pipeline* e rejeita-se a pretensão autoral de ver estendida a proteção patentária no Brasil com base em certificado de extensão obtido no exterior, sob pena de violação do princípio da independência das patentes, além de atentar contra o interesse público, especialmente a saúde pública.

AÇÃO ORDINÁRIA

PROCESSO Nº 2005.51.01.524387-0

AUTOR: SANOFI-SYNTHÉLABO

RÉU: INPI - INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

SENTENÇA

I

SANOFI-SYNTHÉLABO propõe ação de procedimento ordinário em face do INPI - INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, objetivando a correção do prazo de validade das patentes PI 1.100.113-5 e PI 1.100.111-9, para o seu produto “clopidogrel hidrogenossulfato”, para 15/02/2013.

Como causa de pedir, relata que depositou e obteve patentes para o seu produto “clopidogrel hidrogenossulfato”, comercializado sob o nome comercial PLAVIX, em diversos países do mundo; o primeiro pedido de patente para tal produto foi depositado na França, tendo-lhe sido concedida a patente naquele país sob o nº 8.702.025, gerando, ainda naquele país, o certificado de adição nº 8.716.516; posteriormente, reivindicando as mesmas prioridades dessas duas patentes francesas, em 26/04/1995 foi concedida outra patente - nº EP 0.281.459 B1, reforçando a proteção

do produto PLAVIX na França; no Brasil, o “clopidogrel hidrogenossulfato” foi patenteado através da PI 1100113-5, tendo o título “ENANCIÔMERO DEXTRÓGIRO DE 1A-(TETRAHIDRO-4,5,6,7 TIENO (3,2-C) PIRIDIL-5) (CLORO-2-FENIL) - ACETATO DE METILA, SEU PROCESSO DE PREPARAÇÃO E AS COMPOSIÇÕES FARMACÊUTICAS QUE CONTÊM O MESMO” e da PI 1100111-9, tendo o título “SAIS DO ALFA-[TETRAHIDRO-4,5,6,7 TIENO (3,2-C) PIRIDIL-5) (CLORO-2-FENIL) - ACETATO DE METILA DEXTRÓGIRO E AS COMPOSIÇÕES FARMACÊUTICAS QUE CONTÊM O MESMO”; tais pedidos de patentes foram depositados perante o INPI em 27/12/1996, oportunidade em que a empresa autora, em atenção à norma do art.230 da LPI, declarou a não comercialização até então do objeto dos pedidos e indicou o pedido de patente nº 8.702.025, de 17/02/1987, como primeiro depósito no exterior; as patentes PI 1100113-5 e PI 1100111-9 foram concedidas pelo INPI por meio do sistema *pipeline*, respectivamente em 25/05/1999 e 15/06/1999, ambas com prazo de vigência até 17/02/2007; as patentes brasileiras foram concedidas com a mesma data de vigência da proteção do PLAVIX na França, conforme determinado pelo art.230 da LPI, que estabelece que uma patente *pipeline* deve ter o mesmo prazo remanescente da proteção obtida no país onde foi depositado o primeiro pedido; ocorre que a autora, recentemente, obteve na França uma extensão de proteção para o “clopidogrel hidrogenossulfato”, comercializado sob o nome PLAVIX, até 15/02/2013; assim, entende que o prazo de vigência de suas patentes brasileiras devem ser corrigidas de acordo com o prazo de proteção obtido na França, estendendo-se até 15/02/2013, o que requer através da presente demanda.

Sobre o instituto *pipeline*, argumenta a parte autora que a lei exigiu a indicação do primeiro depósito no exterior, sendo tal dispositivo aplicado exatamente para se auferir o país onde este foi efetuado, e o prazo de vigência fixado naquele país, que servirá de base para fixação da patente *pipeline* brasileira; o prazo remanescente de proteção no país onde ocorreu o primeiro depósito da patente originária será a base para fixação da data de vigência da patente *pipeline* brasileira; a limitação do art. 40 da LPI deve ser aplicada a partir da data de depósito da patente *pipeline* no Brasil, como determinado no § 4º do art. 230 da LPI, de modo que esta não tenha, no Brasil, prazo de vigência superior às demais patentes nacionais, ou seja, não ultrapasse os 20 anos de proteção previstos na lei, contados de seu depósito no Brasil; a data de depósito da patente *pipeline* serve apenas como um marco inicial do limite de 20 anos que o prazo remanescente não pode exceder, conforme estabelecido no art.40 da LPI.

Ressalta que tal entendimento é predominante na jurisprudência pátria e na doutrina, citando julgados da 1ª, 3ª, 4ª, 5ª e 6ª Turmas do e. TRF da 2ª Região, sua Vice-Presidência, de Juízes da primeira instância e do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Conclui que a patente *pipeline* brasileira deverá ser concedida tal como sua patente originária estrangeira (§ 3º do art.230 da LPI), devendo indicar o país de seu primeiro depósito no exterior (§ 1º do art.230 da LPI), para que seja fixado o prazo de vigência da proteção no Brasil de acordo com o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, limitado ao prazo máximo de 20 anos (art.40 da LPI), contados de sua data de depósito no Brasil.

Inicial de fls.02/18 instruída com procuração e documentos de fls.21/348, pagas as custas (fl.19).

A parte autora requereu a concessão de liminar para que seja intimado o INPI a divulgar imediatamente em seu *site* oficial e na RPI a informação de que os prazos das patentes PI 1100113-5 e PI 1100111-9 encontram-se *sub judice* (fls.354/355), o que foi deferido pela decisão de fl.359.

Despacho de fl.485 determinou que as partes se manifestassem sobre o pedido de assistência formulado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS às fls.365/484.

A parte autora disse que se os prazos de vigência das patentes PI 1100113-5 e PI 1100111-9 não forem corrigidos antes da data de expiração das mesmas (17/02/2007), o produto patenteado cairá prematuramente em domínio público. Além disso, a jurisprudência é favorável à sua tese e o INPI não contestou o pedido, pelo que requer a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de evitar que terceiros aleguem desconhecimento da correção dos prazos das patentes da autora. Pugnou pela procedência do pedido, reque-rendo ainda que a decisão sobre o pedido de antecipação de tutela ou a sentença seja proferida antes de expirarem os prazos de vigência das patentes PI 1100113-5 e PI 1100111-9 em 17/02/2007 (petição de fls.488/490, com os documentos de fls.491/502).

O INPI falou às fls.547/559, sustentando a não ocorrência dos efeitos da revelia e alegando a improcedência do pedido autoral, aos seguintes argumentos: em 27/12/1996, obedecendo aos preceitos do art.230 da LPI, a autora efetuou junto ao INPI os depósitos dos pedidos de patentes que resultaram nas PI 1100113-5 e PI 1100111-9, de acordo com a patente francesa nº 8.702.025, país onde foi depositado o primeiro pedido de patente em 17/02/1987; em 25/05/1999 e 15/06/1999, respectivamente, foram concedidas as patentes PI 1100113-5 e PI 1100111-9, ambas com prazo de vigência até 17/02/2007, ou seja, 20 anos contados da data do primeiro depósito (17/02/1987); as patentes *pipeline* resultam da vontade do legislador de resgatar a possibilidade de proteção patentária para alguns dos inventos criados durante a vigência da lei anterior, a qual proibia o patenteamento de certas áreas tecnológicas, estando seus pedidos condicionados a critérios e regras de processamento próprios,

sendo uma proteção “extravagante” visando proteger matéria que, pelos requisitos usuais de proteção, como a novidade, não mais seria passível de patenteamento; para não ferir o requisito da novidade, a lei criou uma situação excepcional ao dizer expressamente, no *caput* do art.230, que ficava assegurada a data do primeiro depósito no exterior; em decorrência de tal retroação ao primeiro depósito é que tais patentes podem ser concedidas no Brasil, sendo imprescindível que se assegure essa primeira data; o conceito de primeiro depósito foi utilizado pela lei brasileira em consonância com todo o sistema de patentes aplicado no mundo inteiro, sendo universal no direito patentário, pois consta da Convenção da União de Paris; o prazo de tal extraordinária proteção está limitado ao prazo de vigência determinado no art. 40 da LPI, que prevê que a patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 anos contados da data do depósito; como as patentes *pipeline* são patentes de revalidação, i.e., não são examinadas quanto aos requisitos de patenteabilidade, aceitando-se o exame feito no país de origem, enquadram-se na faculdade estabelecida em TRIPs para que seu prazo de validade seja contado da data de depósito no sistema de concessão original, ou seja, o país de origem; no presente caso, o primeiro depósito é o de 17/02/1987, na França, tanto que a autora o indicou como tal, nos seus pedidos de patentes *pipeline*, perante o INPI; a data do primeiro depósito, imprescindível para permitir a proteção, é a data que deve ser considerada para tudo o que se referir às patentes *pipeline*, sob pena de incoerência na interpretação sistemática da norma legal, pois se estaria usando uma data para o efeito de permitir a proteção no Brasil e outra data para outros efeitos, dentre os quais a contagem do prazo de proteção; conseqüentemente, o prazo será o remanescente de 20 anos contados do primeiro depósito; no caso em tela, sendo o primeiro depósito datado de 17/02/1987, o prazo de proteção das patentes *pipeline* PI 1100113-5 e PI 1100111-9 terá seu termo final em 17/02/2007, prazo remanescente de 20 anos contados do depósito do primeiro pedido - a patente francesa PI 8.702.025, de 17/02/1987; a pretensão de incorporar uma prorrogação de 6 anos que foi concedida à patente francesa afronta o disposto no § 4º do art.230 da LPI, que é preciso ao afirmar que o prazo das patentes *pipeline* é limitado ao prazo de 20 anos previsto no art.40; com o depósito das patentes na França, em 1987, tem início a contagem do prazo, nos termos expressos na lei, logo, aquela prorrogação permitida na legislação francesa nunca poderia ser absorvida pela patente brasileira, o que afrontaria o texto legal; além disso, a regra geral no sistema de patentes é a independência das patentes, em decorrência do art.4º *bis* da Convenção da União de Paris, no entanto, no caso das patentes de revalidação, são admitidas exceções, que tem limites impostos pelo art.4 *bis* (2); no caso das patentes *pipeline* brasileiras, a dependência esgota-se e termina no ato de concessão, resultando claro do art.230 da LPI que apenas o procedimento concessório se alimenta da patente requerida e concedida no exterior;

uma vez concedida, a patente *pipeline* passa a ser independente da patente concedida no exterior (ressalvado o caso de se a patente estrangeira vir a ser declarada nula); nada do que vier a ocorrer à patente estrangeira após o ato concessório afetará a patente *pipeline* brasileira; assim, o fato de ter havido uma prorrogação do prazo da patente francesa é inteira e completamente irrelevante para os efeitos das patentes *pipeline* brasileiras PI 1100113-5 e PI 1100111-9; a autora sequer informa a razão de tal prorrogação, que possivelmente se deu pela demora na aprovação da comercialização do produto pelo governo francês; mesmo que tenha sido outra a razão, é completamente estranha ao sistema patentário e ao Brasil. Conclui afirmando que as patentes *pipeline* PI 1100113-5 e PI 1100111-9 tiveram seus prazos de vigência corretamente contados pelo INPI, adotando-se a data do primeiro depósito do pedido da patente francesa - 17/02/1987, não podendo haver absorção do prazo de 6 anos da prorrogação da patente francesa, seja porque ultrapassa o limite de 20 anos estabelecido na lei brasileira, seja porque, após a concessão, as patentes *pipeline* tornam-se independentes das patentes de origem.

Despacho de fl.560 decretou a revelia do INPI e determinou o desentranhamento de fls.365/484 e 504/516 para autuação como incidente de impugnação ao pedido de assistência de ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS, o qual formou o processo nº 2006.51.01.522635-9.

ABIFINA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE QUÍMICA FINA, BIOTECNOLOGIA E SUAS ESPECIALIDADES requereu seja admitida a manifestar-se em pronunciamento de *Amicus Curiae*, na forma da Constituição Federal, art.5º, XXXV; do Código de Processo Civil, art.482, § 2º e 3º; Lei nº 9.868/99, art.7º, § 2º; Código de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/96, art.2º (petição de fls.589/599), trazendo as suas razões às fls. 600/637 e documentos de fls. 638/658.

Relata a ABIFINA que é uma entidade classista de âmbito nacional, representante de grandes e médias indústrias que atuam na área da química fina, em especial farmoquímica, farmacêutica e agroquímica, dedicadas à fabricação de produtos e compostos para esse setor por síntese química ou via biotecnológica, tendo sido fundada em 1986 com o objetivo de apoiar o desenvolvimento tecnológico e industrial de empresas nacionais atuantes no setor; durante os anos 80 teve efetiva participação na elaboração de sugestões para a Constituição Brasileira de 1988, realizou congressos nacionais sobre química fina e apoiou e participou da implantação de diversos programas desenvolvidos pela Secretaria da Química Fina, criada pelo Ministério de Ciência e Tecnologia; a partir do início da década de 90, com a abertura econômica realizada no País, passou a abrigar empresas industriais brasileiras atuantes em todo o complexo industrial da química fina, sem discriminação da origem do capital,

desde que compromissadas com a fabricação local, a inovação tecnológica e a responsabilidade social corporativa, na forma do programa de política tecnológica, industrial e de comércio exterior defendido pela entidade; deu amplo respaldo, junto a diversos órgãos governamentais, às empresas associadas na condução de pleitos para seu desenvolvimento tecnológico e industrial; passou a ser uma ativa representante das empresas produtivas brasileiras no âmbito das negociações empresariais, participando de debates envolvendo política industrial, comércio exterior e tecnologia; participa das rodadas de negociações envolvendo acordos internacionais nos quais o Brasil seja partícipe, como MERCOSUL, OMC, ALCA, ALADI e Comunidade Européia; faz parte de um seletivo grupo formado por 34 entidades empresariais, criado no âmbito da CNI - Confederação Nacional da Indústria, destinado a colaborar na formulação de políticas industriais, onde são debatidos temas da agenda legislativa e outras iniciativas da CNI.

Aduz que a nova ordem constitucional reconheceu a grande importância das entidades privadas, facultando a participação das mesmas no controle direto das leis perante a Constituição, eis que tais entidades têm conhecimento das circunstâncias fáticas que envolvem a questão jurídica e que, por vezes, se mostram essenciais à perfeita compreensão do caso; desenvolveu-se na doutrina constitucionalista moderna a noção de que a Constituição não é instrumento exclusivo dos tecnocratas, mas de toda a sociedade; em tal esteira a Lei nº 9.868/99 trouxe para o controle de constitucionalidade a figura do *amicus curiae*, que é o amigo da Corte, que atua visando chamar a atenção do Juízo para fatos ou circunstâncias que poderiam não ser notados, agindo em prol da organização social, para equilibrar os valores do interesse privado e do interesse público; o e. STF já admitia a atuação do *amicus curiae* antes mesmo do advento daquela Lei; a admissibilidade da figura do *amicus curiae* não se faz somente nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, eis que sua relevância não permite tal restrição; ao revés, a primeira previsão legal dessa figura na legislação brasileira se deu através da Lei nº 6.385/76; outros diplomas legais acompanharam tal evolução, como a Lei nº 10.259/2001; corroborando a *mens legis* estampada pelo referido dispositivo legal, o CPC, em seu art.482, §§ 2º e 3º, permite que um terceiro se manifeste nos autos, desde que a matéria objeto da lide seja relevante; a jurisprudência pátria admite a intervenção do *amicus curiae* em processos onde se discuta o direito subjetivo das partes; outros institutos com previsão na Lei nº 9.868/99 têm sido igualmente aplicados nos processos de controle incidental, tal como a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade da norma; a admissão do instituto do *amicus curiae* no ordenamento constitucional brasileiro

trouxe uma maior democratização do debate constitucional, transformação esta que se deu dentro de um contexto de abertura da interpretação constitucional aos diversos segmentos da sociedade que possuam interesses particulares ou institucionais na questão constitucional posta em discussão perante o STF; além disso, permitiu que aqueles que detenham informações técnicas acerca da matéria posta em discussão possam transmiti-las ao Tribunal, pois muitas vezes, apesar de não jurídicas, tais informações podem se mostrar essenciais para o deslinde da causa; exemplo clássico da relevância dos elementos fáticos para solução da questão jurídica é o caso “Brandeis-Brief - memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no *case Muller vs. Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher”, o qual desmistificou a suposta desnecessidade de análise das circunstâncias de fato que envolvem a matéria discutida nos autos; a matéria relativa a concessão e prorrogação de patentes, seja pela aplicação do tratado TRIPs, seja pela aplicação do instituto do *pipeline*, envolve questões de interesse social e circunstâncias não só de aspecto econômico, mas até mesmo tecnológico que são determinantes na análise da temática; a atuação do *amicus curiae* em casos tais confere maior peso à decisão da Corte; assim, a sua manifestação de *amicus curiae* se dá nos termos do acórdão da ADI 748 AgR/RS, julgada pelo e. STF em 18/11/1994, não se tratando de intervenção de terceiro, tutelando a atuação de qualquer das partes, mas apenas de colaborador informal da Corte, com o exclusivo propósito de elucidar o interesse público e as questões de fato envolvidas e delimitadas na presente lide.

Em suas razões de *amicus curiae*, diz a ABIFINA que a proteção patentária tem por objetivo estimular a criação científica, na medida em que assegura aos criadores um retorno do investimento acrescido de algum lucro, obtido através da exploração exclusiva que lhe será concedida por um prazo razoável para tanto; tal estímulo não tem por objetivo apenas e tão somente premiar o inventor, mas um escopo maior, onde esse prêmio é mero instrumento para alcançar a finalidade de atender o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país; tais finalidades tem abrigo constitucional, a teor da parte final do inc. XXIX do art.5º da CF; o mesmo ocorre com a propriedade material, que só merece tutela do ordenamento jurídico quando cumpre sua função social; nossa Constituição é pluralista, de modo que no art.1º vemos como fundamentos da República, lado a lado, os valores sociais do trabalho e a iniciativa, e acima destes a dignidade da pessoa humana; já no art.170 da CF temos como princípios da ordem econômica, ao lado da propriedade privada, a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais; não sendo a tutela patentária um fim

em si mesmo, não é a proteção das corporações internacionais de grande poderio econômico, mas a defesa dessa atividade econômica, enquanto essa atividade cumprir sua função social de promover a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a defesa pela CF da livre iniciativa não significa conferir proteção ampla e irrestrita às patentes, eis que a interpretação a ser dada a tal dispositivo não deve contrariar o espírito da norma, mas deve ser confrontada e harmonizada com os demais princípios existentes na Constituição; admitir que a proteção patentária tenha por objetivo apenas e tão somente garantir às grandes corporações a exploração quase eterna do medicamento criado é ignorar um dos mais importantes vetores axiológicos da CF, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Defende que a solução para a questão posta em relação à proteção patentária é a ponderação de interesses, a fim de permitir a realização da justiça, não sendo admissível que se permitam concessões injustificadas, sucessivas prorrogações, e mecanismos outros de manutenção *ad eternum* da exploração exclusiva sob pena de, ao revés, estabelecermos um monopólio injustificado, concedido ao arrepio da CF, e que a conjugação dos interesses do inventor com os interesses da sociedade como um todo é imprescindível.

Registra que a Lei nº 9.279/96, que foi promulgada com o intuito de promover o desenvolvimento tecnológico brasileiro, concretizando a CF, teve os seguintes efeitos concretos: no período de 1989 a 1999 a indústria do segmento de química fina sofreu forte redução na sua atuação; o preço médio dos medicamentos aumentou em percentual relevante, somente tornando a reduzir quando alguns desses medicamentos retornaram ao domínio público; enquanto a indústria farmacêutica mundial fatura hoje US\$400 bilhões/ano como medicamento pronto e mais US\$ 52 bilhões/ano resultantes da comercialização de princípios ativos para tais drogas, no Brasil o faturamento dos produtos farmacêuticos é da ordem de US\$ 5,8 bilhões/ano (1,5% do mercado mundial) e de seus princípios ativos é de US\$ 950 milhões/ano (16% do mercado mundial), sendo que dentro desse valor de faturamento no Brasil estão incluídas as importações que representam US\$ 1,5 bilhões/ano para medicamentos prontos e US\$900 milhões/ano de seus princípios ativos; em 1992 as importações de medicamentos e seus princípios ativos representavam um déficit de US\$ 784 milhões/ano no balanço comercial, atingindo hoje tal déficit cerca de US\$ 2,5 bilhões/ano; em outubro de 2002, 3.249 novos produtos farmacêuticos encontravam-se em desenvolvimento, os quais logo serão novas patentes a criar reservas de mercado; por tudo, a interpretação hoje dada ao TRIPS e à LPI, em lugar de concretizar os objetivos constitucionais para a proteção patentária, contraria-os.

Relata que até 2007 prescrevem patentes de 47 produtos farmacêuticos com vendas mundiais superiores a US\$ 1 bilhão/ano; quando não há monopólio na exploração de medicamentos, o preço tem queda vertiginosa, ampliando a acessibilidade, através da aquisição direta pela população carente ou através do Poder Público, melhorando a prestação do serviço público de saúde; tal aspecto não tem caráter puramente econômico, mas sobretudo uma questão social, com a ampliação do tratamento de saúde da população.

Defende a inconstitucionalidade do *pipeline*, espécie de mecanismo compensatório que possibilitou a concessão de patentes solicitadas no exterior ou no Brasil, mas que aqui não podiam ser deferidas, aos seguintes argumentos: tal instituto teve sua aplicação proposta no acordo TRIPs, firmado em 1994 e que estabelece os padrões mínimos para a proteção de patentes de obediência obrigatória pelos membros da OMC, ocasião em que foi dura e absolutamente rechaçado pelos debatedores quando da elaboração de tal acordo, por se considerá-lo incompatível não só com o nível e tipo de proteção que se pretendeu dar aos direitos de propriedade intelectual, como também aos requisitos de novidade e atividade inventiva, inerentes ao próprio direito, e principalmente aos objetivos da existência do próprio direito da propriedade intelectual; o instituto do *pipeline* é também incompatível com a CUP - Convenção da União de Paris, por desconsiderar a novidade e o princípio da independência das patentes e com a CF, que alçou a novidade a requisito constitucional e vedou o estabelecimento de monopólios; a *pipeline* atenta contra o princípio constitucional do desenvolvimento econômico e social; o chamado SPC - *special protection certificate* (que constitui mecanismo de extensão do prazo para exploração de patente existente em alguns países para assegurar ao titular que, acaso fique impedido de explorar o seu invento pela burocracia dos órgãos de regulação do local, seja o seu prazo de exploração estendido pelo mesmo período em que aguardou a definição dos órgãos de vigilância sanitária do seu País) é instituto cujo fundamento é uma peculiaridade local, constituindo proteção suplementar de caráter indenizatório, sendo incabível o seu reconhecimento no Brasil, sob pena de fazer o público nacional indenizar desídia de administração estrangeira.

Quanto ao medicamento em apreço - clopidogrel, salienta que tem por objetivo tratar pessoas que sofrem de trombose arterial, a qual resulta da agregação plaquetária, e no desenvolvimento e agravamento da aterosclerose, bem como pela ocorrência de complicações cardiovasculares maiores como infarto do miocárdio, acidente vascular cerebral e morte cardiovascular; o contingente populacional que

depende dessa classe de medicamentos remonta a índices que alcançam milhões de pessoas em nosso País; a arteriosclerose, termo genérico para espessamento e endurecimento da parede arterial, é a principal causa de morte no mundo ocidental; a aterosclerose manifesta-se em 10% da população acima de 50 anos, sendo o seu desenvolvimento lento e progressivo; a superfície interna irregular da artéria com arteriosclerose predispõe à coagulação sanguínea neste local, com oclusão arterial aguda (trombose) levando subitamente à falta de sangue para todos os tecidos nutridos pela artéria, que podem entrar em isquemia ou necrose; com risco tão elevado, é importante diagnosticar precocemente a doença para detê-la e impedir suas manifestações, ou tratá-la devidamente; estudos epidemiológicos indicam alguns fatores de risco: idade, sexo, hiperlipidemia, tabagismo e hipertensão; a arteriosclerose é uma doença sistêmica e o quadro clínico apresentado pelo paciente vai depender de qual artéria está mais significativamente obstruída: se as coronárias, angina de peito ou enfarte, se as carótidas, perturbações visuais, paralisias transitórias ou derrame cerebral (acidente vascular encefálico), se as ilíacas e femorais, claudicação intermitente, queda de pelos, atrofia da pele, unhas e musculares, dificuldade de ereção peniana e gangrena.

Salienta que o clopidogrel inibe a agregação plaquetária e a retração do coágulo, sendo indicada para o tratamento da arteriosclerose, de modo a eliminar sintomas e melhorar o bem estar, bem como prevenir e retardar complicações clínicas. Ressalta que para ter acesso apenas ao medicamento em tela, que não é o único utilizado no tratamento, o brasileiro se vê obrigado a desembolsar a aviltante quantia de até R\$ 894,46 (preço da caixa do medicamento Plavix 75 mg com 98 comprimidos); o montante cobrado pela caixa de 14 comprimidos, que é a mais barata, pode atingir o valor de R\$ 133,76, e a caixa de 28 comprimidos é vendida por R\$ 255,56; considerando o salário mínimo nacional de R\$ 350,00, o tratamento com o produto objeto da ação pode representar gasto equivalente a dois salários mínimos ao mês, quantia superior ao que muitos brasileiros percebem como remuneração.

Despacho de fl.663 determinou o desentranhamento de fls.518/545, 561/587 e 662 para autuação como incidente de impugnação ao pedido de assistência da empresa NATURE'S PLUS FARMACÊUTICA LTDA., o qual formou o processo nº 2006.51.01.522635-9.

A parte autora trouxe documentos (fls.664/680).

Relatados, passo a decidir.

ASSISTÊNCIAS

Inicialmente, cumpre salientar que nesta data foi proferida decisão nos processos nº 2006.51.01.522635-9 e 2006.51.01.522635-9, sendo admitidas como assistentes do INPI, no presente feito, a **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS** e a empresa **NATURE'S PLUS FARMACÊUTICA LTDA.**

AMICUS CURIAE

Quanto ao pedido de admissão de pronunciamento de *Amicus Curiae* da **ABIFINA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE QUÍMICA FINA, BIOTECNOLOGIA E SUAS ESPECIALIDADES**, devo preliminarmente tecer algumas considerações acerca do instituto.

Sobre o tema, leciona o Desembargador Federal **CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA**¹, do e. TRF da 1ª Região:

Amicus curiae, isto é, o amigo da corte, é instituto de largo emprego no direito norte-americano, de onde, aliás, é originário. Assinale-se que o vocábulo latino *curiae* possuía diversos sentidos semânticos, entre os quais o de sala de sessões de qualquer assembleia, e daí ser razoável traduzi-lo (ou empregá-lo), contemporaneamente, como corte ou tribunal. Steven H. Gifis, em seu dicionário jurídico (Law Dictionary), registra verbete que, em tradução livre, pode-se dizer: “*Amicus curiae* – do latim, amigo da corte; alguém que dá informação à corte em alguma matrícula de direito, em relação à qual ela esteja em dúvida [...] A função de um *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para alguma matéria que possa, de outro modo (ou sob outros aspectos ou de outra maneira), escapar-lhe à atenção [...] Um *Amicus curiae* Brif ou *Amicus curiae* Brief (isto é, o Sumário ou o Resumo do *Amicus curiae*) é submetido, por quem não seja parte, ao lawsuit (ou seja, ao processo, feito ou ação judicial) para ajudar a corte em obter informação de que necessite para proferir decisão apropriada ou para impedir um resultado particular no interesse público ou um interesse privado de terceiros (de partes terceiras) que seria afetado pela decisão (solução ou resolução) da disputa” (v. Law Dictionary, 3ª edição, Barron's, New York, 1991).”

Tal instituto está previsto na legislação brasileira desde 1976, mais precisamente no art.31 da Lei nº 6.385, que trata da Comissão de Valores Mobiliários. Também a Lei nº 8.884/94 regulamenta a atuação do CADE como *amicus curiae*.

¹ Artigo publicado no Jornal Correio Brasiliense em 25/02/2002.

Mais recentemente, encontramos previsão legal para a admissão de *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade², ação declaratória de constitucionalidade³, bem como na ação para arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴.

Também no âmbito dos Juizados Especiais Federais⁵ podemos constatar a crescente importância do instituto.

Respondendo à sua própria pergunta sobre a possibilidade de se admitir a figura do *amicus curiae* fora dos casos em que a lei, de forma mais ou menos clara, a autoriza, e sobre a existência de espaço para disseminar a classificação da intervenção do *amicus curiae*, diz CASSIO SCARPINELA BUENO⁶:

Com os olhos voltados para a nossa lei ‘codificada’ processual civil (o Código de Processo Civil), não há como dar às perguntas resposta positiva. Mas a ‘lei escrita’, que se limita, unicamente, ao seu *texto*, é a que menos interessa para o operador do direito. A admissão do *amicus curiae*, cremos, decorre da lei ‘sistemizada’ processual civil, do ‘*Sistema*’ (e não do ‘Código’) de Processo Civil. [...]

Para ir direto ao ponto, parece-nos essencial que todo o processo civil seja lido de forma sistematizada a partir dos valores constitucionais e com missão muito clara e declarada de que o processo civil tem como finalidade realizar concretamente aqueles valores constitucionais, inclusive com a consciência de que o Judiciário é parcela do próprio Estado brasileiro. Já não há por que falar em *Código* de Processo Civil. Preferível, pelo menos em sede acadêmica, falar em ‘*Sistema* de processo civil’, um ‘sistema’ em que o todo tem coerência, tem sentido de ordem, por valores que conformam, que unificam, as partes isoladas. E esses valores são os princípios constitucionais do processo, fundamentalmente, o ‘modelo constitucional do processo’ [...].

Com tal preocupação, de ‘filtragem constitucional’ ou, como é mais comumente chamado, de ‘interpretação conforme’ do direito processual civil legislado, parece-nos absolutamente possível (e desejável) que extraiamos do próprio ‘Código’ as ‘fontes’ próximas da admissão do *amicus curiae*.

Com efeito. O nosso Código de Processo Civil nunca foi arredo a essa ‘abertura’ que hoje caracteriza a própria concepção da norma jurídica como um todo.

No capítulo do Código destinado às provas há, pelo menos, três dispositivos amplos o suficiente para dar embasamento, no contexto a que acabamos de nos referir, à admissão *generalizada* da figura do *amicus curiae*. Referimo-nos aos arts. 335, 339 e 341, I e II.

² Lei nº 9.868/99, art.7º, § 2º.

³ Lei nº 9.868/99, art.20, § 1º.

⁴ Lei nº 9.882/99, art.6º, § 1º.

⁵ Lei nº 10.259/2001, art.14, § 7º.

⁶ In “*Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro - Um Terceiro Enigmático”, Ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2006, pp. 633-635.

Isso, evidentemente, sem levar em conta a *necessária* compreensão de que o juiz brasileiro, mesmo no processo civil, tem amplíssima *iniciativa* probatória (CPC, art. 130) e, nessa exata medida, pode determinar, para fins de instrução, a oitiva de alguém na qualidade de *amicus curiae* para melhor compreender dados, elementos e *valores* que ele, juiz, reconhece adequada e suficientemente tutelados por determinadas pessoas físicas ou jurídicas, particulares ou estatais. Até, fazemos questão de frisar este ponto, para melhor *colher e compreender* as ‘máximas de experiência’ que se verificam *fora* do processo, em adequada interpretação do referido art. 335 do Código de Processo Civil.

MILTON LUIZ PEREIRA⁷, douto Ministro do e. STJ, afirma:

[...] a trato de instituto de maior abrangência e com homenagens à efetividade e à economia processual, a intervenção do *amicus curiae* ganha permissão, sobretudo quando se projetar a conveniência de o direito disputado ter alargadas as suas fronteiras, máxime do interesse público, facultando a composição judicial com o conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Sem esse objetivo, o distanciamento das questões advindas de situações sociais em confronto com a realidade jurídica resultará em indesejável consequência psicossocial. Sim, a sociedade (interesse público ou coletivo) tem pré-compreensão subjetiva dos aspectos e reflexos na definição dos direitos fundamentais. Quando não é ouvida, está constituída verdadeira revolta contra os fatos.

.....
A participação do *amicus curiae* é demonstração inequívoca de que os fatos reais forcejam o surgimento das leis e abrem espaço para construções temáticas, necessárias para o processamento de casos concretos. Sem dúvida, a pretensão deduzida não pode divorciar-se da realidade social. Daí porque, sob o domínio de interesses sociais, escapando dos sentidos dogmático e privatístico das relações processuais, o *amicus curiae* merece grangear progressivo acolhimento no sistema processual brasileiro. Afinal, conquanto obediente aos princípios básicos, o jurista não perde a liberdade de pensar. A sua vontade permite que, inclusive, novos princípios compatibilizados, ou não, com os construídos no curso de épocas distantes ou diferentes. A visão sociológica do Direito, na ânsia da Justiça, é pórtico permanentemente aberto para interpretar a lei ou contribuir para novos padrões legais ou construções jurisprudenciais, estadeados nas realidades que encerram o dúplice afivelamento ao Direito Público

⁷ Revista CEJ, Brasília, nº 18, pp. 83-86, jul./set. 2002.

e ao Direito Privado. O necessário, definidos os interesses na relação processual, é abrir ocasião para que, direta ou indiretamente, o terceiro possa contribuir para uma decisão justa, especialmente impedindo desafortunado resultado ao interesse público.

E assim conclui o Ministro:

Em vez de reduzir os limites do objeto da demanda, age em prol da organização social, como predito, servindo para equilibrar os valores do interesse privado e do interesse público.

[...] conclui-se que o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito.

Sobre a possibilidade de as partes recusarem o pedido de *amicus curiae*, assim se manifestou o Desembargador Federal CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA⁸:

Interessante, de plano, observar que o *amicus curiae* que se implanta no ordenamento brasileiro traz consigo algumas poucas peculiaridades, em cotejo com a figura de sua matriz norte-americana. Assim, enquanto nos Estados Unidos (se bem que no direito norte-americano nem sempre as regras são bem delineadas posto que variam de estado para estado ou de tribunal para tribunal, por exemplo), ao menos com relação à admissão do *amicus curiae* perante a Suprema Corte, é imprescindível o consentimento das partes.

Com efeito, pela Regra nº 37 (Rule 37) do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos, o *amicus curiae* tem o dever, para sua admissão, de apresentar à Corte o consentimento das partes envolvidas no litígio, consoante os casos especificados no próprio regimento. Caso não haja a anuência em destaque, deve o *amicus curiae* juntar ao seu pedido de admissão as razões da negativa das partes.

Observe-se que a obrigação de juntar o consentimento formal das partes estende-se também ao pedido do *amicus curiae* para tão-só fazer sustentação oral no caso em litígio. É bem verdade que a Suprema Corte pode admitir, à luz do exame pedido e das razões de recusa, o *amicus curiae*. Mas o importante é frisar que se impõe a audiência prévia das partes.

Na sistemática que se introduz no ordenamento positivo brasileiro, extrai-se, com clareza, que a admissão do *amicus curiae* (órgãos ou entidades) é matéria da exclusiva competência do relator, que

⁸ Revista CEJ, Brasília, nº 18, pp. 83-86, jul./set. 2002.

deverá na sua decisão (que, de passagem, registra-se, é irrecorrível) levar em consideração tão-só a relevância da matéria e a representatividade do postulante.

O *amicus curiae*, instituto novo, sob a óptica do direito brasileiro, é uma intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, como a oposição, a nomeação à autoria etc, além da assistência e, de certo modo, o litisconsórcio facultativo. A intervenção de que se cuida, vale dizer, a presença do *amicus curiae* no processo não diz tanto respeito à causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional.

Assim, dentro de uma perspectiva democrática, plural e aberta da interpretação constitucional, e sendo a ABIFINA uma entidade classista de âmbito nacional, representante de grandes e médias indústrias que atuam na área da química fina, em especial farmoquímica, farmacêutica e agroquímica, trazendo ao Juízo elementos fáticos de suma importância para o deslinde da causa, entendo plenamente possível a sua intervenção como *amicus curiae* no feito, pelo que ora a admito.

MÉRITO

Pretende a empresa autora, em síntese, a correção do prazo de validade das patentes PI 1.100.113-5 e PI 1.100.111-9, para o seu produto “clopidogrel hidrogênio-sulfato”, para 15/02/2013 - data de validade da patente originária na França, eis que em tal país a proteção patentária foi suplementada.

Na definição de DENIS BORGES BARBOSA⁹:

Uma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia. Como contrapartida pelo acesso do público ao conhecimento dos pontos essenciais do invento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, no pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária de direito.

⁹ Uma Introdução à Propriedade Intelectual, 2. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 335

A patente de invenção possui três requisitos: novidade, atividade inventiva e utilidade industrial. Além disso, não pode incidir em qualquer das restrições estabelecidas pela lei patentária nacional.

No caso dos autos, trata-se de patente de revalidação, conhecida como *pipeline*, introduzida em nosso ordenamento jurídico com a edição da nova LPI, que assim dispôs:

Art. 230. Poderá ser depositado pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no País, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.

§ 1º O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei, e deverá indicar a data do primeiro depósito no exterior.

§ 2º O pedido de patente depositado com base neste artigo será automaticamente publicado, sendo facultado a qualquer interessado manifestar-se, no prazo de 90 (noventa) dias, quanto ao atendimento do disposto no *caput* deste artigo.

§ 3º Respeitados os arts. 10 e 18 desta Lei, e uma vez atendidas as condições estabelecidas neste artigo e comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, será concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem.

§ 4º Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil e limitado ao prazo previsto no art. 40, não se aplicando o disposto no seu parágrafo único.

§ 5º O depositante que tiver pedido de patente em andamento, relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, poderá apresentar novo pedido, no prazo e condições estabelecidos neste artigo, juntando prova de desistência do pedido em andamento.

§ 6º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, ao pedido depositado e à patente concedida com base neste artigo.

De acordo com tal dispositivo, abriu-se uma exceção ao princípio da patenteabilidade, a fim de permitir o patenteamento de matérias não privilegiáveis segundo a legislação anterior. No regime do *pipeline*, não é feito, pela autoridade administrativa nacional (INPI), o exame dos requisitos de patenteabilidade, sendo o privilégio concedido tal qual foi concedido no país de origem.

Registre-se que a inserção de tal dispositivo na nova legislação relativa à propriedade industrial deveu-se ao fato de ser o Brasil signatário do acordo TRIPs, que definiu a matéria patenteável em seu artigo 27 e, a par de dispor que, em regra, “a vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito” (artigo 33), no entanto, previu que “aqueles Membros que não dispõem de um sistema de concessão original podem dispor que o termo de proteção será contado a partir da data de depósito no sistema de concessão original” (nota de rodapé ao artigo 33).

Assim, ao internalizar a proteção às matérias elencadas no *caput* do art. 230, antes não privilegiáveis, o legislador usou do direito previsto em TRIPs de determinar a contagem do prazo das *pipelines* a partir da data de depósito no sistema de concessão original.

Por esse raciocínio, temos que o prazo máximo de 20 anos será sempre contado da data de depósito original, e não da data de depósito no Brasil.

Do exame da documentação apresentada, verifico que, quando do depósito do pedido de patente no Brasil em 27/12/1996, a própria titular indicou como primeiro depósito no exterior a patente FR 870205, datada de 17/02/1987 (fls.127 e 131).

Por tal razão, o INPI, ao deferir as patentes, limitou os seus prazos de validade até 17/02/2007, vinte anos contados a partir da data do primeiro depósito.

Agora, tendo em vista que a autoridade patentária francesa concedeu um prazo suplementar de proteção para as patentes que protegem o produto PLAVIX, que valerão até 15/02/2013, pretende a parte autora que tal proteção seja estendida às patentes brasileiras.

Assim, o cerne da controvérsia reside em definir qual o prazo de validade de uma patente *pipeline* e quais os efeitos da alteração do prazo de uma patente originária sobre uma patente de revalidação.

De acordo com a LPI, a patente *pipeline* seria concedida no Brasil desde que comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, com prazo de proteção igual ao remanescente no país onde foi depositado esse primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil e limitado ao prazo total de 20 anos.

Assim, tendo sido o primeiro pedido de patente FR 870205, depositado em 17/02/1987, resta evidente que, pela aplicação do limitador de 20 anos, o prazo máximo

possível de proteção expira em 17/02/2007, como fez constar a autarquia quando da expedição das cartas-patente.

A prevalecer a tese da empresa autora, teríamos uma indevida extensão do prazo de vigência da patente, em flagrante contradição com a essência do instituto, que define as patentes como títulos de propriedade outorgados pelo Estado que conferem aos respectivos proprietários um direito limitado no tempo e no espaço para explorar a invenção reivindicada.

Outrossim, não se pode perder de vista que o legislador, ao assegurar o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil, não dispensou a limitação temporal de 20 anos. Esta, por óbvio, não se conta da data do depósito no Brasil, como visto, mas da data do primeiro depósito, como textualmente previsto no § 4º do art.230 da LPI, em consonância com os preceitos de TRIPs.

Registre-se que em TRIPs, em nota explicativa ao artigo 33, consta que “entende-se que aqueles Membros que não dispõem de um sistema de concessão original podem dispor que o termo de proteção será concedido a partir da data do depósito no sistema de concessão original”. Como o Brasil não tinha um sistema de concessão original quanto às patentes de substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação (art.9º, c, do anterior CPI), e passou a considerar tais matérias privilegiáveis através de sistema de revalidação, o INPI corretamente considerou a data do depósito no país de origem.

Sob outro aspecto, pretender a extensão do prazo da patente de revalidação com base em extensão concedida em território estrangeiro à patente originária malfero o princípio da independência das patentes, que é consagrado pelo art. 4 *bis* da Convenção da União de Paris, que teve sua Revisão de Estocolmo integralmente internalizada no Brasil através do Decreto nº 635, de 21/08/1992, *verbis*:

(1) As patentes requeridas nos diferentes países da União por nacionais de países da União serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países, membros ou não da União.

(2) Esta disposição deve entender-se de modo absoluto particularmente no sentido de que as patentes pedidas durante o prazo de prioridade são independentes, tanto do ponto de vista das causas de nulidade e de caducidade como do ponto de vista da duração normal.

(3) Aplica-se a todas as patentes existentes à data da sua entrada em vigor.

(4) O mesmo sucederá, no caso de acessão de novos países, às patentes existentes em ambas as partes, à data de acessão.

(5) As patentes obtidas com o benefício da prioridade gozarão, nos diferentes países da União, de duração igual àquela de que gozariam se fossem pedidas ou concedidas sem o benefício da prioridade.

Comentando tal dispositivo, DENIS BORGES BARBOSA¹⁰ assevera:

Desta feita - de modo absoluto - as patentes obtidas em um país são independentes das patentes obtidas em outros países. Por exemplo, (e só um exemplo, pois a regra tem a natureza absoluta), o fato de uma patente ter sido negada, cancelada, ou tornada extinta em seu país de origem não implica que, em outro país, receba o mesmo tratamento.

O princípio da independência das patentes constitui um dos componentes básicos da convenção de Paris. O princípio da independência determina que cada país membro desta convenção julgará a validade das patentes outorgadas por ela conforme as suas regras, de acordo com as regras que este país utiliza para examinar as patentes, sem alterar seu critério de exame em função de critérios de exames utilizados por outros países para examinar as patentes.

Além disso, tal pretensão atenta frontalmente contra o interesse público e a soberania nacional, na medida em que não pode o prazo de uma patente brasileira ficar ao sabor de decisões administrativas de outros países, cujos interesses nem sempre são consentâneos com os nacionais.

A patente está indissociavelmente ligada à inovação tecnológica e ao crescimento econômico, servindo como incentivo às criações e conferindo direito de propriedade temporário àquele que despendeu tempo e investimento na criação de determinada tecnologia. Mas não se olvide que o titular, ao depositar a patente, assegura para si o privilégio de monopólio durante certo período, sob a condição de tornar pública a invenção, de modo a que, decorrido o prazo, qualquer do povo possa vir a dela utilizar-se.

Imperioso consignar que, se por um lado a Constituição Federal conferiu proteção às criações industriais, por outro, cuidou de atrelá-la ao interesse social, nos termos do seu art.5º, XXIX. Por conseguinte, não se pode deixar de ter em mente que as necessidades sociais em matéria de saúde pública devem ser sempre levadas em consideração quando da interpretação da lei no que se refere a patentes de medicamentos, até porque os direitos de propriedade intelectual têm sua legitimidade mitigada pelo

¹⁰ Inconstitucionalidade das Patentes Pipeline, disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/pipeline.pdf>>.

interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico do País, conforme expressa determinação constitucional (art.5º, XXIII, CF/88).

Neste ponto, impende considerar os argumentos da empresa assistente, da assistente ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS, bem como das razões de *amicus curiae* da ABIFINA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE QUÍMICA FINA, BIOTECNOLOGIA E SUAS ESPECIALIDADES, todas demonstrando a importância do medicamento protegido pelas patentes objeto do presente litígio e a maior importância de seu amplo acesso pela população em geral.

Ora, a saúde é um direito social garantido a todos (arts.6º e 196, CF/88), cuja relevância pública encontra-se expressamente prevista no art. 197, sendo dever do Estado sua promoção. Daí porque a Lei nº 9.787/99 instituiu no País os genéricos, que surgem como alternativa terapêutica para a população, pois são cópias de medicamentos inovadores (ou de referência) cujas patentes já expiraram e são lançados com preços, no mínimo, 35% inferiores aos dos medicamentos de referência correspondentes, nos termos das normas que regem a matéria. A eficácia desses medicamentos é garantida através de estudos de equivalência farmacêutica e bioequivalência (estes com seres humanos), de modo que tenham a mesma ação do medicamento de referência, ou seja, são intercambiáveis.

Ora, é inegável que a partir do momento em que a patente caia em domínio público e passe a ser explorada pela indústria dos genéricos, a população será beneficiada com maior oferta de medicamentos, a preços muito mais acessíveis, traduzindo concretização maior e efetiva dos direitos constitucionais à saúde e da integridade da pessoa humana, princípios fundamentais de uma ordem social justa.

Também o País, entidade estatal que tem dever de garantir a saúde da população, será beneficiado com a maior oferta do produto, podendo vir a economizar nas compras públicas e oferecer mais medicamentos à sociedade.

Por fim, saliento que o mais festejado autor brasileiro em matéria de propriedade industrial, JOÃO DA GAMA CERQUEIRA¹¹, comentando o art.40 do CPI de 1945, o qual previa a possibilidade de prorrogação de patentes quando conveniente aos interesses nacionais, brasileiro sobre Propriedade Industrial, já advertia:

A prorrogação do prazo de duração do privilégio é medida que não encontra nenhuma justificativa e que só poderá dar lugar a abusos e injustiças. Dir-se-á que a prorrogação só terá lugar excepcionalmente e quando convier aos interesses nacionais. Mas a segunda condição destrói a primeira, pois, sempre que os interesses nacionais

¹¹ Tratado da Propriedade Industrial, vol. II, tomo I, parte II, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1952.

o exigirem, a prorrogação poderá ser concedida e a medida pouco a pouco perderá o seu caráter de exceção. Além disso, esta condição reveste-se da fórmula do *interesse nacional*, conceito vago, impreciso, flutuante, que comporta as mais variadas aplicações e as mais arbitrárias interpretações. Por outro lado, falar em prorrogação do prazo dos privilégios de invenção por interesse nacional é verdadeiro contra-senso. O interesse nacional, que constitui fundamento para a desapropriação da patente (Código, art. 64), não pode servir de fundamento para prorrogar o prazo do privilégio em benefício do seu concessionário, cujos interesses particulares se contrapõem aos nacionais. A coletividade, por sua vez, está interessada não na prorrogação do privilégio, mas na sua extinção e na vulgarização das invenções, para que o uso e a exploração destas se tornem livres (Constituição, art. 141, § 17). Portanto, se por *interesses nacionais* se entenderem os interesses da coletividade, o contra-senso da lei ainda é maior. Não receamos errar afirmando que os interesses nacionais e os interesses da coletividade não se conciliam nunca com a prorrogação do prazo dos privilégios, exigindo, ao contrário, a sua extinção no prazo normal. De fato, como pode a Nação ou a coletividade ter interesse na permanência de um privilégio que cerceia a liberdade de todos e cuja exploração exclusiva só ao seu concessionário traz benefício? Aliás, a incoerência da lei mais se patenteia quando faz depender a prorrogação do prazo de “pedido devidamente comprovado”, pois esse pedido somente poderá ser feito pelo único interessado no prolongamento do privilégio, isto é, pelo concessionário, o qual representa seus interesses pessoais e não os interesses nacionais ou os da coletividade.

Impõe-se, portanto, a improcedência do pleito autoral.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A par da improcedência do pedido autoral, entendo que deve ser analisado o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, especialmente no que se refere a pretense risco de que terceiros aleguem desconhecimento da correção dos prazos das patentes da autora e fabriquem e comercializem o produto objeto das patentes em litígio, com evidente risco de se submeterem a indenização futura, como colocado na petição de fls.488/490 e na inicial da ação cautelar em apenso.

Verifico que em 08/03/2006 a empresa autora requereu liminar para que o INPI divulgasse imediatamente em seu *site* oficial e RPI a informação de que os prazos de validade das patentes PI1100113-5 e PI1100111-9 encontram-se *sub judice* (fls. 354/355), o que foi deferido pelo Juízo em 20/03/2006 (fl. 359).

Decorrido o prazo para contestação sem manifestação do INPI, a parte autora requereu então a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de evitar que as patentes em litígio caíam prematuramente em domínio público e, primordialmente, que terceiros aleguem desconhecimento da correção dos prazos das patentes da autora. Requereu, ainda, que a decisão sobre o pedido de antecipação de tutela ou a sentença seja proferida antes de expirarem os prazos de vigência das patentes PI 1100113-5 e PI 1100111-9 em 17/02/2007 (petição de fls.488/490, com os documentos de fls.491/502).

Inicialmente, cumpre mencionar que, tendo sido a ação principal ajuizada em 14/11/2005 e prolatada sentença na presente data - 31/10/2006, antes portanto de decorrido um ano da propositura, restam preservadas a celeridade e a efetividade processuais, e atendido ao requerimento específico da parte autora.

Quanto às demais questões suscitadas pela parte autora, releva transcrever trecho de decisão proferida pela Exma Juíza Federal convocada Márcia Helena Ribeiro Pereira Nunes no julgamento do Agravo de Instrumento interposto pelo INPI em face de decisão proferida nos autos do processo nº 2006.51.01.522565-3, em matéria análoga à dos autos:

Observo da leitura da cópia da petição inicial da Medida Cautelar em referência, encartada às fls. 11/16, que a patente cujo prazo se encontra sob exame *“protege o medicamento - “BONVIVA” - que é um medicamento de 1ª linha, desenvolvido pela Autora para combater a osteoporose.*

A patente, conforme é sabido, é uma situação de exceção ao regime de livre concorrência consagrado em nossa Constituição Federal. Não vislumbro, no presente caso, perigo na demora, suficiente a justificar a concessão da medida. A expiração da patente não impede a autora de produzir o medicamento em referência nem inviabilizaria, como sustentou, a sua produção no país. Ao contrário do também alegado por ela, *“o investimento realizado pela Autora para produzir o BONVIVA no Brasil” não “cairá por terra”* pelo simples fato de não poder mais comercializar o produto com exclusividade. Eventual prejuízo que ela pudesse vir a ter com a expiração da patente sempre poderá ser recomposto na hipótese de eventual sentença procedente na ação ordinária, não havendo como se vislumbrar nenhuma possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar a liminar deferida.

Também o argumento trazido pela d. juíza da causa a mim não me convence, de que a concessão da liminar seria um benefício para as empresas do ramo, que não sofreriam com a retirada tardia dos seus produtos do mercado na hipótese de êxito da autora na ação de conhecimento, se já estivessem proibidas de inseri-los no mercado desde a liminar.

O fato é que não cabe ao juiz, e sim aos empresários (aliás, a assunção de riscos é da essência do conceito de empresa) avaliar os possíveis resultados da produção de um medicamento cuja exclusividade de comercialização se discute judicialmente.

Sendo assim, repito, não vislumbro perigo na demora a justificar a concessão da medida, sobretudo numa matéria sobre a qual o STJ se encontra com o entendimento ainda muito dividido (vide acórdão no REsp nº 445712/RJ, Rel. Ministro Castro Filho).

Outrossim, é de se ressaltar que o prazo suplementar de proteção para as patentes francesas que protegem o produto PLAVIX foi concedido em 2000 e a presente ação só foi proposta ao final do ano de 2005, razão pela qual eventual perigo na demora teria sido provocada pela própria titular, sendo, assim, descabida argumentação sobre a necessidade de programação da empresa, pelo que indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

III

Do exposto, julgo **IMPROCEDENTE** o pedido autoral formulado em face do INPI, nos termos do art. 269, I, do CPC, condenando a empresa autora nas custas e em honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa monetariamente corrigido.

À SEDRJ para cadastrar os assistentes e o *amicus curiae*.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2006.

MÁRCIA MARIA NUNES DE BARROS

Juíza Federal

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS*

Wilney Magno de Azevedo Silva

Juiz Federal da 16ª Vara

A sentença tem por objeto ação com pedido de busca e apreensão de menor, sob o regime da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças - promulgada, no Brasil, com o Decreto Presidencial nº 3.413/2000.

AÇÃO ORDINÁRIA DE BUSCA E APREENSÃO

PROCESSO Nº 2005.51.01.009792-9

AUTOR: UNIÃO

RÉU: I.L.B. (A MÃE)

SENTENÇA

RELATÓRIO

Trato de ação condenatória com processo pelo rito comum ordinário, proposta, originariamente, por UNIÃO em face de I.L.B. (A MÃE), ambas qualificadas na fl. 02, com que a autora pede a busca e apreensão do menor L.B.L. (A CRIANÇA), qualificado nas fls. 06/07, para ser posteriormente encaminhado ao Canadá.

Como causa de pedir, a UNIÃO sustenta que, em outubro de 2004, o referido menor foi ilicitamente subtraído à guarda paterna, e trazido ao Brasil, pela ré, uma situação que alega estar tipificada na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças - promulgada, no Brasil, com os Decretos nº 3.413/2000 e 3.951/2001 -, e que, enseja o retorno do menor ao País de residência habitual, *in casu*, o Canadá.

A petição inicial está instruída com os documentos de fls. 19/132.

Intimado por efeito do despacho de fl. 133, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifestou-se, nas fls. 136/139, favoravelmente à antecipação dos efeitos da tutela condenatória postulada.

* Por decisão do juízo, foram omitidos os nomes das partes na transcrição desta sentença.

O provimento antecipatório foi proferido, nos termos de fls. 141/143, mediante decisão em que, também, foi determinada a tramitação do processo sob sigilo de justiça, com fundamento no inciso II do artigo 155 do Código de Processo Civil.

Com a peça de fl. 157, instruída com os documentos de fls. 158/160, o genitor do menor, J.L., postulou ingresso no feito, o que foi deferido, com a decisão de fl. 161, a título de intervenção litisconsorcial voluntária, com fundamento no artigo 54 do Código de Processo Civil.

Na fl. 163, I.L.B. (A MÃE) postulou vista dos autos, para interpor o recurso de agravo contra a decisão antecipatória, cuja cópia está nas fls. 176/205.

O E. Tribunal Regional Federal da Segunda Região atribuiu efeito suspensivo ao mencionado agravo, com a r. decisão de fls. 207/210, da lavra do Exmo. Desembargador Federal Dr. ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO. O recurso foi, afinal, provido, nos termos da r. decisão cujas cópias estão nas fls. 340, 379 e 586/596.

Instruída com os documentos de fls. 241/266, a contestação de I.L.B. (A MÃE) está nas fls. 212/240. A ré excepciona pela ineficácia, no Brasil, da sentença cuja cópia está nas fls. 119/129 - com que a Justiça canadense declara a ilicitude da remoção do referido menor, pela ora ré, para o Brasil -, por ausência de homologação do ato jurisdicional estrangeiro pelo E. Superior Tribunal de Justiça. E, no mérito, bate-se pela improcedência do pedido, ante a suposta inobservância dos requisitos legais para o deferimento da pretensão formulada, a saber: 1. a ausência de violação, pela ré, do direito de guarda paterna, que não estaria mais sendo exercido, efetivamente, pelo Sr. J.L. (O PAI), à época da remoção da criança para o Brasil; 2. a existência de risco para a saúde física e psíquica do menor, se devolvido ao convívio paterno, pelo fato de o Sr. J.L. (O PAI) comportar-se de maneira desregrada e padecer do vício de alcoolismo; 3. a incompatibilidade entre a pretensão deduzida em juízo e os princípios fundamentais do Estado brasileiro, mais precisamente, o da dignidade da pessoa humana - pelo aspecto da proteção integral da criança, inclusive, no que toca ao direito à vida, à educação e a um ambiente familiar sadio -, e o da proporcionalidade dos atos estatais - já que, ao ver da ré, a devolução do menor não serviria, senão, ao atendimento do direito de um pai ausente, notoriamente incapaz de educar e cuidar do filho, e viciado em alcoolismo; e, 4. a necessidade de uma filtragem constitucional das normas da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, já que, na opinião da ré, as vedações dos artigos 16 e 17 do mencionado diploma acarretam ofensa aos princípios constitucionais da proteção integral da criança, da amplitude do acesso à justiça e do respeito à coisa julgada. Com tais argumentos, a ré defende, ainda, a inexistência, *in casu*, das condições legais para a antecipação dos efeitos da tutela.

Com a peça de fl. 268, I.L.B. (A MÃE) postulou a juntada do documento de fls. 269/332 - que denominou de “parecer”, posto seja da lavra de seu próprio advogado (fl. 547) -, e especificou provas.

A réplica da UNIÃO está na fl. 336 - lacônica reiteração dos termos da petição inicial.

Nas fls. 342/349, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL apresentou parecer, com que opina pela superação da questão preliminar formal suscitada pela ré, a abertura de vista ao litisconsorte ativo posterior, para apresentação de réplica, e a remessa do feito à seção de Distribuição, para registro do ingresso do pai do menor, no processo, como litisconsorte autor.

Nas fls. 354/358 e 360/365, J.L. (O PAI) e I.L.B. (A MÃE) requereram a juntada de novos documentos, e na peça de fl. 367, a ré postulou o deferimento de medida cautelar incidente, o que foi indeferido, com a decisão de fl. 368.

A ré apresentou a petição de fls. 390/396, com que sustentou ser incontroversa, nos autos, sua alegação quanto à condição clínica do pai do menor, e postulou a juntada de mais documentos, apresentados às fls. 397/416.

As partes e o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL foram intimados, às fls. 417v., 420, 423 e 426, da audiência de conciliação designada na fl. 386, e cujo termo está nas fls. 430/431.

Em audiência, foi colhida a réplica do litisconsorte autor, juntada nas fls. 433/435, e deferida a suspensão do processo, por sessenta dias (fl. 431), para viabilizar eventual conciliação entre as partes.

Registrado, pela SEADI, o ingresso do litisconsorte autor nos autos (fl. 440 v.), as partes requereram, na fl. 441, a dilação do prazo de suspensão do processo, o que foi deferido, com a decisão de fl. 443, por mais quarenta e cinco dias.

As partes esclareceram, porém, que não alcançaram acordo quanto ao objeto da lide (fls. 464/471 e 475).

Nas fls. 484/486, 488, 493, 495 e 498 v., as partes e o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL especificaram provas.

A decisão de saneamento do processo está nas fls. 499/500, no segundo volume.

Com a petição de fls. 520/522, a ré postulou o adiamento da audiência de instrução e julgamento designada na decisão de fls. 499/500, e a expedição de carta rogatória para a intimação do litisconsorte autor, o que foi indeferido, com a decisão de fl. 537, após a manifestação de fls. 537/539, com que a UNIÃO ofereceu, também, rol de testemunhas.

A audiência de instrução e julgamento ocorreu de acordo com o consignado nas assentadas de fls. 553/557 e 673/675, que estão instruídas com os termos de declarações de fls. 558/570 e 676/688, e os documentos de fls. 571/672.

Por efeito da decisão proferida em audiência, as partes apresentaram memoriais, nas fls. cujos números atuais são 675/682, 684/705 e 713/722 (a numeração está incorreta, após a fl. 689, porque a página seguinte recebeu o nº 670, em lugar de 690).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL apresentou parecer nas fls. 725/734 (atuais), no desempenho de intervenção processual que considera protetiva do interesse do incapaz: opina pelo reconhecimento da improcedência do pedido, com fundamento na norma do artigo 20 da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, combinada com o disposto nos artigos 1º, inciso III, da Constituição da República, e 3º da Lei nº 8.069/1990. Na visão ministerial, o menor já se encontra integrado ao Brasil e à família materna. Entende, assim, que, o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo aspecto da integral proteção do menor, recomenda, a título de cautela e prudência, que se vislumbre, *in casu*, possível prejuízo ao bem estar do menor, resultante de seu eventual retorno ao Canadá - algo que, ao ver do MINISTÉRIO PÚBLICO, deve ser considerado, quando do julgamento do pedido, a despeito da ilicitude da remoção do menor para o Brasil, já que a criança não pode ser punida pelo erro cometido por sua mãe, ora ré.

Estimados, na atual fl. 735, os honorários da intérprete nomeada para officiar, como auxiliar do juízo, na audiência de instrução e julgamento, os autos vieram à conclusão, para a prolação de sentença.

É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARMENTE

Como aludido no relatório, a ré excepciona, na peça de contestação, pela ineficácia, no Brasil, da sentença cuja cópia está nas fls. 119/129, por suposta inobservância da norma do artigo 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição da República.

A natureza jurídica da questão é a de objeção preliminar formal de incompetência absoluta da Justiça Federal, para o processo e julgamento do pedido formulado - por cogitar da competência originária do E. Superior Tribunal de Justiça, para a homologação de ato jurisdicional estrangeiro tendente a produzir efeito no território nacional.

E, essa alegação foi objeto da r. decisão de fls. 499/500, da lavra de S. Exa., o Juiz federal Dr. DARIO RIBEIRO MACHADO JUNIOR, que assim se manifestou, acerca do tópico em referência:

A ação autuada no presente processo tem por fundamento jurídico a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, promulgada com o Decreto Presidencial nº 3.413/2000, cuja incidência, no âmbito dos países signatários do referido tratado, independe de anterior decisão jurisdicional referente à situação do menor subtraído de seu domicílio originário. Assim, e tendo em vista que o pedido não guarda relação alguma com efetivação de sentença estrangeira, rejeito, *data venia*, a preliminar formal de incompetência absoluta da Justiça Federal, suscitada no item 4 de fls. 220/223.

Com efeito, o contexto da demanda em exame é o da cooperação judiciária internacional, que não se exprime, apenas, mediante o cumprimento de cartas rogatórias, ou de atos jurisdicionais estrangeiros, após o referendo do Superior Tribunal.

Esses são institutos de cooperação judiciária internacional indireta - que se caracteriza pela atribuição de eficácia a um ato jurisdicional estrangeiro no território nacional.

Ela não exclui, porém, a possibilidade de cooperação judiciária internacional direta. De previsão cada vez mais freqüente, em tratados ou convenções internacionais de natureza contratual, essa última modalidade de cooperação jurídica tem por característica a adoção, pelo país signatário, de iniciativas no âmbito de seu próprio território - como a propositura de ações judiciais -, tendentes a efetivar obrigações assumidas com outros países - e dispensada, por isso, a existência de ato jurisdicional estrangeiro prévio.

Essa é, justamente, a modalidade de cooperação judiciária em exame, resultante da disciplina da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, promulgada, no Brasil, com o Decreto Presidencial nº 3.413/2000.

É elucidativa a exposição da eminente Professora Nádia de Araujo, a respeito do tema:

O Direito Internacional Privado sempre foi considerado o *locus* adequado para tratar do tema da cooperação interjurisdicional, ou cooperação jurídica internacional. Significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes [...] de um Estado estrangeiro. Presentemente, observa-se maior cooperação jurídica entre entes administrativos, mediante uma nova modalidade de cooperação, a assistência direta ou auxílio direto. [...] novidade cada dia mais freqüente é a utilização de autoridades centrais, uma criação da Conferência de Haia para o Direito Internacional Privado, que se espalhou pelas convenções mais modernas e procura assegurar que

o intercâmbio se faça de maneira rápida. [...] No âmbito do direito de família, há dois exemplos marcantes dessa nova modalidade de cooperação: o primeiro resulta da Convenção de Nova York sobre execução e reconhecimento de obrigações alimentares. Nesse caso, a autoridade central é o Ministério Público Federal, e os pedidos vindos do exterior são a ele endereçados. Em seguida, o pedido de alimentos, promovido pelo MPF, é feito diretamente a um juiz federal. O segundo exemplo, é a convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. O pedido do exterior é enviado à autoridade central, que poderá dar início a um procedimento requerendo a volta do menor, também diretamente ao juiz federal do local onde este se encontra. Em ambos os pedidos, o requerimento é feito de forma direta, ao juiz local, pela autoridade central encarregada da Convenção no Brasil. (Araujo, Nadia. Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 265-271).

Considero oportuno, também, apresentar os esclarecimentos acerca do assunto, prestados pela Dra. Maria Rosa Guimarães Loula, ex-Coordenadora de Tratados e Foros, no Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, e pela Dra. Susan Kleebank, Chefe da Divisão Jurídica do Itamaraty:

A 'assistência direta' é um novo mecanismo de cooperação jurídica internacional que não se confunde com a carta rogatória e nem com a homologação de sentença estrangeira. Trata-se de um procedimento inteiramente nacional, que começa com uma solicitação de ente estrangeiro para que um juiz nacional conheça de seu pedido como se o procedimento fosse interno. Ou seja, a autoridade ou parte estrangeira fornece os elementos de prova para a autoridade central que encaminha o caso para o MPF (penal) ou AGU (civil) propor a demanda desde o início. Por isso a assistência direta difere da carta rogatória. [...] A assistência direta começou nos países de Common Law [...]. Este procedimento está bem descrito no acordo bilateral BR-EUA e no Protocolo de São Luís, Mercosul. (Loula, Maria R. G. *apud* Araujo, Nadia. Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 270).

À primeira vista, o conceito da cooperação judiciária parece simples: são procedimentos para que a Justiça de um país solicite auxílio da Justiça de outro para medidas necessárias ao encaminhamento de processo sob sua jurisdição. Na cooperação judiciária não há, por definição, conflito de jurisdição. Há contatos entre as Justiças de dois Estados soberanos, que são regulados por normas de Direito Internacional Público (acordos, convenções, leis domésticas) e que são referentes ao processo, e não ao mérito ou substância dos casos tratados.

Mas esses conceito pode encobrir matizes: (1) no caso instituto da extradição, por exemplo, Gilda Russomano observa que há autores que colocam o tema na esfera do Direito Internacional Privado; (2) outro matiz: geralmente, a cooperação judiciária ocorre por meio do contato entre Justiças, intermediado pelo Executivo, mas é possível que seus pólos sejam Autoridades Centrais do Poder Executivo previstas em instrumento internacional [...]. (Kleebank, Susan. Cooperação judiciária por via diplomática, in Seminário cooperação judiciária internacional. São Paulo: AJUFE e ANPR, 2001, p. 64).

A iniciativa da UNIÃO, deduzida no presente processo, trata, pois, de **cooperação jurídica internacional direta**, situação diversa da hipótese de incidência da norma da alínea *i* do inciso I do artigo 105 da Constituição da República.

Não há notícia, nos autos, de interposição de recurso contra a mencionada decisão interlocutória, proferida nas fls. 499/500.

Assim, preclusa a objeção formal analisada, passo, diretamente, ao exame do mérito da causa.

MÉRITO

A SUBTRAÇÃO DO MENOR L.B.L. (A CRIANÇA)

Como referido no relatório, a UNIÃO sustenta que, em outubro de 2004, o menor L.B.L. (A CRIANÇA) teria sido ilicitamente subtraído à guarda paterna, e trazido ao Brasil, por sua mãe, ora ré, em infração à norma estabelecida com o artigo 3º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças.

Pelo que dispõe a aludida norma, a caracterização da ilicitude da transferência do menor para outro País implica a demonstração da existência de um direito de guarda efetivamente exercido pelo genitor que tiver permanecido no país da residência habitual da criança.

Para facilitar a compreensão das razões do presente julgado, transcrevo, com a devida vênia, a norma em exame:

Artigo 3º - A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea *a* pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Ora, pela análise das evidências produzidas no feito, verifico que estão presentes, no episódio sob julgamento, todos os elementos legais apontados, para a tipificação da conduta da ora ré aos termos dessa norma.

Em primeiro lugar, é incontroverso, nos autos, que o país de residência habitual do menor, no período imediatamente anterior à sua transferência para o Brasil, era o Canadá. As declarações colhidas na audiência de instrução e julgamento (fls. 558/570 e 673/688) e as peças técnicas apresentadas no feito (fls. 02/17, 212/240, 336, 433/435 e as atuais fls. 675/682, 684/705 e 713/722) são uníssonas em admiti-lo.

Reconheço, igualmente, que J.L. (O PAI) é co-titular do direito de guarda de seu filho, L.B.L. (A CRIANÇA), compreendido na acepção estabelecida com a alínea *a*) do artigo 5º da Convenção.

Renovadas as vênias pela transcrição, eis seu teor:

Artigo 5º - Nos termos da presente Convenção:

a) o 'direito de guarda' compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir o lugar da sua residência; [...].

Por ser fruto de uma disciplina jurídica de Direito Internacional Privado - resultante, pois, de um consenso mínimo extraído da enorme diversidade cultural verificada entre os vários Estados soberanos signatários da Convenção -, não seria razoável exigir que a norma em epígrafe atribísse ao direito de guarda o significado que lhe é conferido, usualmente, pelo Direito positivo brasileiro.

Deveras, para os efeitos da Convenção, a situação jurídica que permite a seu titular decidir, entre outros aspectos, quanto à residência da criança é havida como direito de guarda.

E, a evidência de que o Sr. J.L. (O PAI) é co-titular desse direito está produzida, *in casu*, não apenas, pelos claros termos do ato jurisdicional canadense,

cuja tradução está nas fls. 119/129 - decisão que, enfatizo, é mero elemento de prova documental, para a formação do convencimento que ora manifesto. Essa afirmação resulta, também, do teor das declarações colhidas em audiência, especialmente, aquelas prestadas pela própria ré.

A Sra. I.L.B. (A MÃE) admite, expressamente, ter recebido autorização do ora litisconsorte posterior para levar L.B.L. (A CRIANÇA) em viagem para os Estados Unidos da América do Norte:

[...] a depoente pediu duas autorizações a J.L. (O PAI) para viajar com L.B.L. (A CRIANÇA) aos Estados Unidos; a primeira foi em setembro de 2004, mês em que os pais da depoente foram ao Canadá; nessa primeira ocasião, a depoente, seus pais e L.B.L. (A CRIANÇA) foram a Boston e retornaram ao Canadá; a segunda autorização foi pedida em outubro daquele mesmo ano, depois de os pais da declarante terem voltado para o Brasil; essa segunda autorização foi também por prazo determinado (fl. 565); [...] a depoente não requereu a autorização de J.L. (O PAI) para que L.B.L. (A CRIANÇA) viesse para o Brasil, em companhia da declarante, porque receava que J.L. (O PAI) não o permitisse (fl. 569).

Ora, essa declaração é absolutamente incompatível com a tese da defesa, fundada na alínea a) do artigo 13 da Convenção, de que não teria havido violação, pela ré, do direito de guarda paterna, que não estaria mais sendo exercido, efetivamente, pelo ora litisconsorte autor, à época da subtração da criança.

Se o direito paterno de guarda não existisse, ou se não mais fosse exercitado pelo Sr. J.L. (O PAI), as solicitações de autorização paterna para as viagens do menor não fariam sentido algum.

Como lembra o eminente Professor Jacob Dolinger, “o direito de veto (de saída do país), que é garantido mediante pedido de retorno da criança ao país de sua residência habitual [...] é considerado como um aspecto do exercício de posse e guarda sobre a criança, o que, efetivamente, tem sido consagrado pela jurisprudência [...].” (Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 247-248).

Convenho, assim, com que o Sr. J.L. (O PAI) é co-titular e efetivamente exercia o direito de guarda de seu filho, L.B.L. (A CRIANÇA), quando este foi removido, por iniciativa da ré, para o Brasil.

A ALEGAÇÃO DE QUE A DEVOLUÇÃO DO MENOR AO CANADÁ TRAZ RISCO PARA A SAÚDE FÍSICA E PSÍQUICA DO MENOR

Na peça de contestação, a ré sustenta que a eventual devolução de L.B.L. (A CRIANÇA) ao convívio paterno implica a existência de risco para a saúde física e psíquica do menor, pelo fato de o Sr. J.L. (O PAI) comportar-se de maneira desregrada e padecer do vício de alcoolismo.

Com esse argumento, a ré busca utilizar-se da segunda objeção material prevista no artigo 13 da Convenção, no esforço de justificar a subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) à guarda paterna.

Sempre com o propósito de facilitar a compreensão das razões do presente julgado, transcrevo, *rogata venia*, o dispositivo legal mencionado:

Artigo 13 - Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

.....
b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. [...].

A norma em exame trata de uma das exceções à regra da imediata devolução do menor subtraído - contida nos artigos 1º, 11 e 12 da Convenção -, pelo que, deve ser interpretada em sentido estrito. Isso é intuitivo, mesmo, já que, a solução contrária implicaria transformar a exceção em regra, com plena subversão do sistema, e integral frustração da finalidade jurídica por ele tutelada.

Assim, e atento, também, à necessidade de discernir a norma no contexto jurídico em que se apresenta - um imperativo de interpretação sistemática -, cumpre-me perquirir o verdadeiro sentido da eximente sob análise, no âmbito de um diploma que disciplina a remoção internacional de menores.

Em outras palavras: O que significa, verdadeiramente, a situação de grave risco para a saúde física e psíquica do menor, que levou os Estados soberanos signatários da Convenção a admitir, excepcionalmente, a legitimidade da transferência internacional de uma criança?

A resposta é uma só: há de ser uma situação de enorme gravidade, ao ponto de a respectiva solução não poder ser alcançada com uso dos meios ordinários - jurisdicionais - de solução de conflitos!

O contrário implicaria admitir que países como Brasil, Canadá, Estados Unidos, França, Israel, Inglaterra, Japão - todos os signatários da Convenção - legitimassem o êxodo internacional de suas crianças, em situações como a de consumo de drogas, prática de crime, ou mesmo, de prolongado desemprego, que envolvessem um ou ambos os genitores!

Afinal, não é grave que o pai de uma criança cometa um crime, tenha conduta desregrada, ou que padeça de alcoolismo?

Mas, isso autoriza que, em vez de fazer uso dos meios jurisdicionais adequados para a solução do conflito, a mãe transfira essa criança para outro País - que suma e reapareça com o menor no outro hemisfério do planeta?!?

Não. Absolutamente não!

A exceção não pode ser banalizada.

A hipótese de incidência da norma em exame é outra.

Como dito, ela legitima a transferência de uma criança para outro país, apenas, nas situações em que os meios jurídicos ordinários locais não possam ser empregados para resolver o impasse - tais como, conflagrações armadas, epidemias, desastres naturais, ou ainda, nos casos de práticas tradicionais atentatórias contra a dignidade da pessoa humana, como ocorre, por exemplo, em locais que admitem a circuncisão feminina, um procedimento degradante, que, ademais, põe em risco a saúde da paciente.

Felizmente, a situação de L.B.L. (A CRIANÇA) nem sequer se aproxima daquela disciplinada pela alínea b) do artigo 13 da Convenção!

São vários os motivos por que o afirmo:

Em primeiro lugar, não está provado, nos autos, que o litisconsorte autor padeça do vício que lhe é imputado pela ré.

Alcoolismo é uma patologia clínica, marcada por uma dependência química, pelo que, sua demonstração, no processo, não se alcança mediante a produção de prova oral ou documental, como proposto pela ré.

As declarações gravadas no DVD apresentado com a petição de fls. 390/396 - exibido na audiência cujo termo está nas fls. 553/557 -, bem como, aquelas documentadas nas cópias de mensagens eletrônicas de fls. 397/415, foram prestadas por pessoas sem formação técnica para o diagnóstico da aludida enfermidade. Esse é o caso, por exemplo, da Sra. A.S.M.L. e da Sra. E.L. - respectivamente, mãe e irmã do litisconsorte autor -, que, autoras de algumas daquelas declarações, delas se retrataram, nos depoimentos prestados em audiência (fls. 676/684).

E, há documento, nos autos, da lavra de profissional capacitado em Medicina, que atesta a inexistência de objeção médica ao exercício da capacidade parental,

pelo pai de L.B.L. (A CRIANÇA), o Sr. J.L. (O PAI), cujo consumo de álcool foi considerado normal, em exame médico preliminar (fls. 571/572 e 575/576).

Em segundo lugar, não há prova, no feito, tampouco, de que o litisconsorte autor tenha conduta social desregrada.

Muito ao revés, há evidências documentais, no processo, de que o Sr. J.L. (O PAI) tem boa conduta e bons antecedentes sociais (fls. 578/582), e trabalha como Diretor da Carteira de Títulos de Investissement Québec, desde 6 de abril de 1999, função que exerce com assiduidade e dentro das expectativas da Direção da empresa (fl. 577).

O exercício de atividade laboral, pelo Sr. J.L. (O PAI), foi admitido, aliás, pela própria ré - muito embora, ela tenha demonstrado certa reserva quanto ao horário de trabalho do pai de L.B.L. (A CRIANÇA), que ela considera “muito flexível”... (fl. 566).

E, a eventual veracidade, por sua vez, da alegação da mãe de L.B.L. (A CRIANÇA), quanto à existência de um relacionamento extraconjugal do Sr. J.L. com uma senhora de nome E. (fls. 563/564), acarretaria o reconhecimento de um fato - de resto, não evidenciado - que, apesar de reprovável, não é tratado, juridicamente, como sintoma de comportamento social desregrado, para os fins previstos na alínea b) do artigo 13 da Convenção.

Posso, porém, dar um passo adiante, e imaginar - já que não é esse o caso - que os autos contivessem prova da veracidade das alegações da ré - isto é, que o Sr. J.L. (O PAI) fosse, mesmo, uma pessoa dada ao alcoolismo, ausente do núcleo familiar e de conduta social desregrada.

Seria isso motivo para a imediata e abrupta subtração de L.B.L. (A CRIANÇA), do Canadá para o Brasil, por iniciativa da ré? Não seria a hipótese de a ré propor, em juízo, ainda no Canadá, a medida jurisdicional cabível - até, talvez, o deferimento da custódia exclusiva de L.B.L. (A CRIANÇA)! -, para, somente após, conforme o caso, transferir-se com a criança, legitimamente, para o Brasil?

E, há mais.

A própria ré declarou, em audiência, que, quando viajou com L.B.L. (A CRIANÇA) para o Brasil, não tinha o propósito de deixar de residir no Canadá.

Vale conferir:

Em setembro de 2004, já ocorrida a separação, a depoente começou a trabalhar na primeira maior empresa de Québec e terceira do Canadá, no ramo de arquitetura, o que foi motivo de muito orgulho para a depoente; naquele mesmo mês, os pais da depoente foram ao Canadá para dar apoio e lá permaneceram por trinta dias” (fl. 564); a depoente pediu duas autorizações a J.L. (O PAI) para viajar com

L.B.L. (A CRIANÇA) aos Estados Unidos; a primeira foi em setembro de 2004, mês em que os pais da depoente foram ao Canadá; [...] a segunda autorização foi pedida em outubro daquele mesmo ano, depois de os pais da declarante terem voltado para o Brasil; essa segunda autorização foi também por prazo determinado; quando pediu essa segunda autorização, a depoente ainda não havia decidido voltar para o Brasil; essa decisão ocorreu apenas na véspera da viagem, uma sexta-feira; a depoente viajou para os Estados Unidos num sábado e, no mesmo dia, a declarante viajou com L.B.L. (A CRIANÇA) para o Brasil; [...] nesse momento, o que a depoente queria era estar com os pais dela; na ocasião, a depoente ainda tinha esperança de que pudesse reatar a relação com J.L. (O PAI) e voltar para o Canadá; ocorre que a reação de J.L. (O PAI) foi inteiramente diversa do esperado; a declarante pensou que J.L. (O PAI) fosse querer dialogar e procurar novamente a família; J.L. (O PAI), porém, telefonou para a depoente acusando-a de seqüestrar L.B.L. (A CRIANÇA); J.L. (O PAI) fez a polícia ir à residência da irmã mais nova da declarante [...], acusou toda a família da declarante de ser cúmplice de seqüestro e afirmou que levaria essa acusação até o fim; no telefonema, J.L. (O PAI) disse à declarante que havia contratado dois advogados e que havia ativado a polícia para tomar conta do caso e tudo isso fez a depoente concluir que não havia mais condição de voltar para o Canadá” (fls. 565/566); “a depoente reitera que, quando veio para o Brasil, ainda tinha esperança de que sua família com J.L. (O PAI) e L.B.L. (A CRIANÇA) se restabelecesse no Canadá” (fl. 568); a depoente não propôs ação judicial no Canadá, quando ainda se encontrava naquele país, porque ainda esperava que a relação com J.L. (O PAI) se restabelecesse (fl. 569) (grifei).

A mesma informação foi prestada, em audiência, pelo cunhado da Sra. I.L.B. (A MÃE), o Sr. S.L., que conduziu a ré e L.B.L. (A CRIANÇA) ao aeroporto, quando da subtração do menor para o Brasil:

Foi o declarante que conduziu I.L.B. (A MÃE) ao aeroporto; nesse momento, I.L.B. (A MÃE) informou ao depoente que desejava voltar ao Brasil apenas por um prazo determinado, mas que queria retornar ao Canadá; I.L.B. (A MÃE) estava muito deprimida com a situação da separação e foi isso que motivou a viagem ao Brasil; o depoente e sua esposa vieram para o Brasil em 2005, com o propósito de aqui permanecer; foi apenas muito tempo depois de I.L.B. (A MÃE) ter voltado para o Brasil, que o depoente soube que a Ré tinha intenção de aqui permanecer (fl. 685) (grifei).

Ora, as explícitas declarações prestadas, em audiência, pela Sra. I.L.B. (A MÃE) e pelo Sr. S.L. (O CUNHADO), de que a ré não tinha o propósito de deixar a residência familiar no Canadá, por ocasião da viagem - já que, muito ao contrário, a ré desejava restabelecer os laços conjugais e familiares com o pai de L.B.L. (A CRIANÇA) -, são absolutamente incompatíveis com a alegação da defesa, quanto à existência de uma “situação intolerável”, fator de “grave risco” para a saúde física ou psíquica de L.B.L. (A CRIANÇA), que teria motivado a intempestiva remoção da criança para o Brasil!

Na verdade, a suposta “situação intolerável” surgiu, apenas, após a viagem, depois que a ré e o litisconsorte autor conversaram ao telefone - quando a Sra. I.L.B. (A MÃE) se deparou com a reação do Sr. J.L. (O PAI), inteiramente diversa do que ela esperava.

Pelo que extraio das declarações colhidas em audiência - especialmente, aquelas prestadas pelos pais de L.B.L. (A CRIANÇA) (fls. 558/570) -, verifico que a viagem da criança para o Brasil não foi um remédio desesperado, para retirar o menor de uma situação de grave risco. Foi um desastrado instrumento de pressão, equivocadamente utilizado pela ré, para forçar o pai de L.B.L. (A CRIANÇA) a modificar um comportamento conjugal que incomodava a ré, e que, talvez, levasse à separação do casal. E, o erro é tanto mais desastroso, porque, implicou jogar com a vida de uma criança, como cartas ou dados em um tabuleiro.

Em vista das evidências colhidas no feito, considero *muito provável* que a Sra. I.L.B. (A MÃE) ainda ame o Sr. J.L. (O PAI) - mas que se ressinta, também, de uma possível ausência de um compromisso efetivo do pai de L.B.L. (A CRIANÇA), com a manutenção e o desenvolvimento daquele pequeno e precioso núcleo familiar composto pelo casal e seu rebento.

E, é *possível* , também, que, depois de anos de luta para reaver o filho, enfrentando o obstáculo da distância e o sofrimento - inclusive de seus pais - para restabelecer a relação com L.B.L. (A CRIANÇA), abruptamente interrompida pela desastrada conduta da ré, noticiada na peça de demanda, o Sr. J.L. (O PAI) tenha passado a reconhecer o valor dos laços familiares, que sobrepujam, largamente, as efêmeras vantagens da alardeada liberdade de solteiro - e, assim, esteja pronto para assumir o necessário compromisso com aquele mesmo e precioso núcleo familiar.

O que sobressai, porém, das evidências produzidas dos autos - muito além do simplesmente *provável* , ou do meramente *possível* -, é a absoluta inexistência, in casu, de qualquer das situações tipificadas, no artigo 13 da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, como eximentes da efetiva ilicitude da remoção de L.B.L. (A CRIANÇA), do Canadá para o Brasil.

A ALEGAÇÃO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO BRASILEIRO - A SUPOSTA NECESSIDADE DE FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DAS NORMAS DA CONVENÇÃO

Como exposto, no relatório, a ré se bate, na contestação, pelo reconhecimento do contraste entre a pretensão formulada na peça da demanda e alguns princípios constitucionais que fundamentam o Estado brasileiro - mais precisamente, o da dignidade da pessoa humana, pelo aspecto da proteção integral da criança; o da proporcionalidade dos atos estatais; o do amplo acesso à justiça; e, por fim, o do respeito à coisa julgada. Com base nesses dois últimos princípios, a ré excepciona, inclusive, pela inconstitucionalidade das vedações constantes dos artigos 16 e 17 da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

Essa tese de defesa busca a incidência da norma do artigo 20 do referido diploma legal, e encontra eco no parecer do eminente Procurador da República Dr. ALEXANDRE RIBEIRO CHAVES (atuais fls. 725/734), para quem o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo aspecto da integral proteção do menor, recomenda, *in casu*, o indeferimento do pedido inicial, a título de cautela e prudência, ante o possível prejuízo ao bem estar do menor, resultante do pretendido retorno ao Canadá - o que entende deva ser considerado, apesar da ilicitude da subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) para o Brasil, cometida pela ré.

Ocorre que, a prevalecer o entendimento da defesa, endossado pelo douto órgão ministerial, não haveria espaço, no Brasil, para a aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

As alegações em exame são desenvolvidas de maneira tão genérica, que não me causa surpresa que a parte ré tenha questionado a constitucionalidade de algumas normas do mencionado diploma legal!

Ocorre que, as idéias essenciais que fundamentam o Estado brasileiro são comandos destinados a presidir a realidade jurídica cotidiana no País. Não podem ser tratadas como meras abstrações. O raciocínio quanto aos princípios constitucionais do Estado brasileiro deve pautar-se pelo imperativo de garantir a máxima densidade concreta do princípio em cada situação examinada.

Na situação sob julgamento, isso significa indagar o seguinte: Incontroverso que era no Canadá a residência habitual da criança, quando de sua ilícita remoção para o Brasil, e inexistente qualquer situação intolerável, ou de grave risco para a saúde física ou psíquica do menor, naquele país, qual o atentado ao princípio da dignidade humana resultante do eventual deferimento do pedido?

Atentaria contra a proteção de L.B.L. (A CRIANÇA) permitir que ele retorne ao país de residência habitual, onde se encontram seus familiares paternos, tão-somente para que sua situação jurídica seja decidida pelo juiz natural, competente na forma da lei, em um processo regular?!?

E, que não se afirme que o risco resultaria da ausência dos familiares maternos! - a uma, porque, no Brasil, L.B.L. (A CRIANÇA) se ressen-te da ausência dos familiares paternos, que não são menos importantes do que aqueles; a duas, porque a decisão de estabelecer o núcleo familiar de L.B.L. (A CRIANÇA) no Canadá, a certa distância física dos familiares maternos, foi tomada pela própria ré, em conjunto com o pai de L.B.L. (A CRIANÇA); e, a três, porque, o retorno ao Canadá não implica uma situação definitiva, já que, como dito, viabiliza, apenas, o julgamento da situação jurídica de L.B.L. (A CRIANÇA) por seu juiz natural.

Ser-me-ia possível obter-se que, admitir o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) para o Canadá, apenas para que, julgada a questão pelo juízo local - pelo juiz natural! -, conforme o caso, a criança volte com sua mãe para o Brasil, seria submeter L.B.L. (A CRIANÇA) a um indevido vai-e-vem.

Ocorre que, por vontade de seus próprios pais, L.B.L. (A CRIANÇA) é uma criança de duas culturas diferentes, separadas por distância transcontinental. Os elementos sociais e de nacionalidade, tanto brasileiros, quanto canadenses, integram a situação jurídica mínima de L.B.L. (A CRIANÇA) - compõem seu estatuto pessoal. São elementos inalienáveis da personalidade dessa criança, cuja preservação implica o ônus de transitar, periodicamente, entre dois países - pelo menos, até que L.B.L. (A CRIANÇA) opte, se for o caso, por uma de suas nacionalidades. E, a viabilidade dessa eventual escolha depende do efetivo conhecimento das alternativas propostas.

Impedir o contato de L.B.L. (A CRIANÇA) com ambas as vertentes de suas raízes culturais e nacionais é minar, portanto, um direito fundamental dessa criança - sua própria identidade! -, cujo exercício é assegurado, inclusive, na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança - adotada, no Brasil, com o Decreto Presidencial nº 99.710, de 21 de novembro de 1990:

Artigo 8º

1. Os Estados-Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.
2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados-Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

E, lembro, também, que, o objeto do julgamento, nos presentes autos, não é, diretamente, o exame da situação jurídica material de L.B.L. (A CRIANÇA), e sim, o pedido formulado com a peça da demanda, de tornar possível o exame da situação jurídica da criança, por seu juiz natural, o de sua residência habitual - in casu, o juiz canadense.

A ré e o eminente órgão ministerial sustentam, ademais, que o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) ao Canadá pode ocasionar um prejuízo para a criança, que já pode estar ambientada no Brasil.

Cabe hesitar, porém, na escolha entre um prejuízo *atual* - resultante da ilícita subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) à família paterna e à residência habitual - e um prejuízo, apenas, *possível* - ainda mais, quando o dano receado pode ser inteiramente prevenido com o simples expediente de garantir a presença da mãe, se quiser acompanhar o retorno da criança?!?

A ré não se ressentida de maior dificuldade em retornar ao Canadá, por breve período de tempo. Ela mesma o declara, na proposta de “acordo”, apresentada nas fls. 466/471 (itens 3.2 e 3.3).

Essa solução privilegia o imperativo de proteção da criança - que é devolvida, com segurança, à sua residência habitual, para posterior decisão acerca de sua situação jurídica, a ser tomada pelo juízo competente: Proporciona a L.B.L. (A CRIANÇA) algo bem melhor do que ele já recebeu, quando foi abruptamente subtraído de seu meio e do contato com seus familiares paternos.

E, o que é melhor, não padece da incoerência, *data venia*, de admitir a inobservância de um princípio por efeito da incidência de outro.

Explico. Os princípios gerais de Direito são as idéias fundamentais que sustentam e solidarizam as normas jurídicas entre si. Permitem, assim, a existência e o funcionamento do sistema jurídico. Por definição, um sistema não é a mera soma de unidades dispersas. É uma só unidade complexa, orgânica, resultante da interação de seus componentes.

Como admitir, então, que um dos princípios de um mesmo sistema seja incompatível com a incidência de outro?!? Isso equivaleria a admitir a antinomia interna do próprio sistema - fator determinante da inexorável destruição do todo, que não subsistiria organicamente.

Há, na doutrina e na jurisprudência, respeitáveis opiniões que admitem esse conflito. E, propõem soluções - que implicam, geralmente, o emprego de uma ponderação de interesses - que viabilizem a permanência e a funcionalidade do sistema.

Ocorre que, renovadas as vênias, tais opiniões trazem um equívoco de premissa. Se o todo é uma unidade sistêmica, orgânica, a solução eleita há de resultar desse mesmo todo - e, por isso, também de seus princípios, todos eles.

Princípios como os de ponderação de interesses, especialidade e subsidiariedade tratam, na verdade, de técnicas de conciliação de idéias fundamentais - propõem maneiras de interação dos elementos do sistema. Tais princípios interativos são, eles também, fundamentos do todo - vigas entre os pilares de um prédio -, e permitem a conclusão de que, o conflito entre princípios é, sempre, aparente, jamais efetivo.

Esse é o axioma inelutável proposto pela idéia de sistema, que abomina a incoerência.

Como admitir, então, que o princípio da integral proteção da criança pudesse contrariar o postulado, igualmente jurídico, da proibição de auferir vantagem da própria torpeza (fl. 734)?!?

Como concordar com a necessidade de que L.B.L. (A CRIANÇA) tenha acesso a um ambiente familiar, escolar e social saudável - em companhia dos tios, e dos primos e colegas de mesma faixa etária do menor (fls. 566/567, 663/672 e 688), na “confortável casa dos avós, [...] com [...] babá, brinquedos e tudo o mais que uma criança de classe média brasileira precisa” (fl. 671) -, e, em nome do atendimento desse propósito, convir com uma situação em que L.B.L. (A CRIANÇA) seja retirado, abruptamente, de sua residência habitual, e sonogado ao convívio com seu pai e os respectivos parentes, sem que, antes, haja julgamento da questão pelo juiz natural?!?

Saliento, a propósito, que L.B.L. (A CRIANÇA) já manifesta, claramente, a falta que sente do convívio com seu pai:

Nas duas ocasiões em que o depoente esteve no Brasil, ele teve oportunidade de avistar-se com L.B.L. (A CRIANÇA) pessoalmente; L.B.L. (A CRIANÇA) pareceu uma criança feliz, brincando, alegre, mas ficou nítido para o depoente que L.B.L. (A CRIANÇA) sente falta do pai, o que o declarante notou por vários gestos da criança sempre procurando imitar tudo o que o depoente fazia, como por exemplo, colocando uma faixa na cabeça, para jogar tênis, ou mergulhando, exatamente da maneira e nos momentos em que o pai fazia isso (fl. 561) (grifei).

Devo ter essa declaração em conta de mentira, apenas porque prestada pelo litisconsorte autor?!? Má-fé não se presume, pelo que, as afirmações do Sr. J.L. (O PAI) merecem o mesmo crédito que dedico ao depoimento prestado pela Sra. I.L.B. (A MÃE), ora ré - até porque, no ponto em destaque, a assertiva do litisconsorte autor está em sintonia com o contexto probatório produzido nos autos, bem como, com as regras da experiência comum, resultantes do que ordinariamente acontece, nas situações em que uma criança é abruptamente afastada de seu pai (artigo 335 do Código de Processo Civil).

E, afinal, qual é o interesse superior da criança? A resposta não admite tergiversação: é o de manter contato com **ambos** os pais. E, a maneira pela qual isso deve ser efetivado há de ser decidida pelo juiz natural - *in casu*, o juiz canadense.

Acentuo que não há incompatibilidade alguma entre a medida cogitada - de garantir o acompanhamento de L.B.L. (A CRIANÇA) por sua mãe, ora ré, quando do retorno da criança ao Canadá - e a natureza da pretensão deduzida em juízo. É o que observa o eminente Professor Jacob Dolinger:

[...] se o seqüestrador foi o pai ou a mãe que tinha a guarda da criança anteriormente, concebe-se enviar a criança de volta ao país donde foi retirada, sob os cuidados deste genitor. Isto, naturalmente, para garantir o acesso do outro genitor à criança.” (Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255).

E, que não se argumente com a inviabilidade jurídica de compelir a mãe de L.B.L. (A CRIANÇA) a acompanhar o retorno do filho ao Canadá, porque, em nenhum momento afirmei a existência, *in casu*, do dever jurídico materno de fazê-lo. Assevero, tão-somente, que, grande parte daquilo que a defesa da ré alega, no processo, para impedir a medida judicial postulada, é a possibilidade de um dano cuja prevenção é viável, sem prejuízo do deferimento do pedido - já que não depende de providência do juízo, e sim, de um mero gesto da mãe da criança.

Em outras palavras: sustentar que o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) ao Canadá pode acarretar um dano psicológico à criança é querer atribuir a outrem - à UNIÃO, ao pai de L.B.L. (A CRIANÇA) ou à Justiça - uma responsabilidade, de todo inexistente, pela eventual ocorrência de um prejuízo cuja prevenção está ao alcance exclusivo e potestativo da própria ré.

Isso, sim, é condenado pelo Direito - que proíbe a obtenção de vantagem resultante da própria torpeza -, e atenta contra a efetividade da Justiça, cuja plenitude de acesso é expressamente garantida no texto constitucional (artigo 5º, inciso XXXV).

Saliento, ademais, que a norma do artigo 12 da Convenção inibe, claramente, a eficácia do argumento acerca da ambientação da criança ao novo meio, na situação em que tenha decorrido lapso menor que um ano entre a data da ocorrência ilícita - a subtração ou a retenção indevidas do menor - e a formulação do pleito de providência administrativa ou judicial para o imediato retorno do infante.

Renovo a solicitação de vênias para efetuar a transcrição da mencionada norma, que considero oportuna:

Artigo 12 - Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança (grifei).

Essa é, precisamente, a situação deduzida nos autos: A subtração de L.B.L. (A CRIANÇA) ocorreu em outubro de 2004 (fl. 565), e, no **mês seguinte** (fls. 32/65), a Autoridade Central **brasileira** já havia recebido a solicitação do ora litisconsorte autor, para a adoção das providências legais cabíveis, tendentes à devolução de seu filho ao Canadá. Proposta em 25 de maio de 2005 (fl. 02), a ação autuada no presente feito foi intentada, também, dentro do referido prazo legal.

Assim, por vários que sejam os motivos de o presente julgamento ocorrer, apenas, dois anos e cinco meses após a indevida remoção de L.B.L. (A CRIANÇA) - inclusive, pelo insucesso da tentativa de conciliação das partes, promovida na longa audiência ocorrida, em 30 de março de 2006 (fls. 430/431), após a suspensão dos efeitos do provimento antecipatório proferido em 13 de junho de 2005 (fls. 141/143) -, a delonga verificada não pode ser atribuída à responsabilidade do Sr. J.L. (O PAI), ora litisconsorte autor.

Isso me parece ainda mais absurdo, quando lembro que as possíveis conseqüências da aludida responsabilidade seriam suportadas, diretamente, pela própria criança - como visto, ilicitamente subtraída ao convívio paterno, já que a situação de L.B.L. (A CRIANÇA) não foi submetida ao exame de seu juiz natural.

Daí a solução apresentada pela segunda parte da norma legal acima transcrita, que permite o deferimento do pedido de devolução da criança, ainda que tenha decorrido prazo superior a um ano entre a subtração e a provocação das medidas para o retorno do menor à sua residência habitual.

Esse, porém, não é o caso dos autos, cuja disciplina, como dito, é a da primeira parte do mencionado artigo 12.

Em sistema com as regras dos artigos 16 e 17 da Convenção, a norma estabelece uma hipótese de **autolimitação** da soberania do Estado signatário requerido - aquele para onde o menor é ilicitamente removido -, que, em atenção a princípios de Direito, tais como, os do interesse superior da criança, da proximidade, da reciprocidade e da cooperação internacional, reconhece, espontaneamente, a incompetência de sua Jurisdição para o processo e julgamento da situação jurídica material da criança indevidamente subtraída - exatamente, para que essa mui relevante “questão de fundo” seja examinada e decidida pelo juiz da residência habitual do menor, seu juiz natural!

Nada há de inconstitucional nisso - nenhuma ofensa ao princípio da plenitude do acesso à justiça. É antiga, no Direito brasileiro, a previsão de hipóteses de incompetência da Jurisdição nacional para o processo e julgamento de “questões de fundo”, em atenção aos mais variados princípios jurídicos. Exemplo disso é a incompetência da Justiça brasileira para o inventário de bens imóveis situados no estrangeiro - conclusão cujo fundamento é a norma do artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil, associada ao princípio da efetividade dos atos de soberania.

Recorro, mais uma vez, ao fundado ensinamento do Professor Jacob Dolinger:

A convenção deixa bem claro que o estado para onde a criança foi levada, ou onde tiver sido mantida ilegalmente, não tem competência para decidir o mérito do direito de guarda, a não ser quando suas autoridades tiverem decidido não devolver a criança ao país de sua residência habitual, ou se não tiver sido apresentado, em tempo hábil, por qualquer interessado, um pedido de devolução. (Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 264-265).

Tal é a razão por que, é desprovida de fundamento, outrossim, a alegação da ré, quanto à invalidade constitucional das normas em exame, por suposto contraste com o princípio do respeito à coisa julgada.

Observe, inicialmente, que os elementos objetivos (causa de pedir e pedido) da questão sob julgamento, neste processo, são inteiramente diversos daqueles do processo nº 2004.XXX, em trâmite perante a Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja cópia está nas fls. 66/114. Daí a não-incidência, *in casu*, da norma resultante da combinação dos artigos 267, inciso V, e 301, parágrafo 3º, parte final, ambos do Código de Processo Civil.

E, adito, em segundo lugar, que o pedido formulado nos presentes autos tem por objeto, na verdade, uma *questão prejudicial externa facultativa* ao pedido de guarda da criança, deduzido perante a Justiça estadual.

Como todos sabem, há situações em que o julgamento de um pedido depende da solução de outra questão. Essa é a *relação de prejudicialidade* - nexos lógicos em que, a questão influente denomina-se *prejudicial*, e a influenciada é conhecida como *prejudicada*.

Nos casos de *prejudicialidade externa* - em que aquelas questões se situam em processos distintos -, em geral, o vínculo é de *prejudicialidade facultativa*. Isso porque, ressalvadas as hipóteses excepcionais da chamada prejudicialidade *necessária* ou *obrigatória* - em que há *proibição* do julgamento da questão prejudicada, antes do exame da questão prejudicial -, a lei, apenas, *recomenda* - mas, não impõe! - que a decisão quanto ao pedido (a questão prejudicada) aguarde a fixação de sua premissa lógica: a solução da questão prejudicial.

Isso é, justamente, o que ocorre com o *pedido de guarda* de um menor submetido ao regime da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças: o exame desse pedido (a questão prejudicada) tem por premissa lógica o julgamento da improcedência da pretensão de retorno da criança ao país de residência habitual (a questão prejudicial) - como estabelece o artigo 16 daquele diploma legal - mas, não há proibição jurídica de que a guarda seja decidida, antes do julgamento da busca e apreensão do menor.

Nas situações de prejudicialidade externa facultativa, previnem-se os julgamentos contraditórios, mediante suspensão do processo da questão prejudicada, até que se solucione a questão prejudicial, com fundamento na norma do artigo 265, inciso IV, alínea *a*, do Código de Processo Civil.

Se aquela recomendação lógica não for, porém, observada - como admitido, *e.g.*, pelo parágrafo 5º do mencionado artigo 265 -, a eventual incompatibilidade entre os julgamentos das referidas questões tem solução: desconstitui-se o ato judicial que resolve a questão prejudicada. Isso se alcança, com uso dos meios processuais adequados - tais como, a ação rescisória, se houver coisa julgada material; ou, mediante nova decisão harmonizadora, se houver, apenas, decisão interlocutória, ou sentença sujeita a recurso.

Assim, a decisão da questão prejudicada, em contraste com a solução de sua premissa lógica, perde a respectiva eficácia - e, desse modo, o sistema jurídico preserva sua coerência, sem produzir inconstitucionalidade.

Isso é tanto mais evidente, na disciplina da guarda de uma criança, que tem por objeto uma relação jurídica material de trato sucessivo - essencialmente mutável, porque seu desenvolvimento é dinâmico e protraí-se ao longo do tempo -, e, por isso, pode ser alterada, em vista de fatos novos, como o deferimento de um pedido de busca e apreensão do menor sob guarda.

Registro, por oportuno, que, no caso de L.B.L. (A CRIANÇA) - suspensão a decisão declinatoria da competência, em prol da Justiça federal (fls. 355/358), nos termos de fl. 362 -, foi provido o agravo nº 2005.XXX, interposto pela ora ré. Está, pois, sobrestado o processo da ação de guarda, em trâmite perante a Justiça estadual, por decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conduzida pelo voto de S. Exa., a eminente Relatora do agravo, a Desembargadora estadual Dra. NANJI MAHFUZ.

A decisão concessiva da guarda permanece, assim, provisória (fl. 75, 111, 114 e 257/258), e pode ser revista, uma vez julgado o presente processo, sem maior dificuldade, ou ofensa a princípio constitucional algum.

É desprovida de fundamento, ademais, a alegação da ré quanto à inobservância do princípio da proporcionalidade dos atos estatais, em caso de reconhecimento da procedência do pedido formulado com a demanda.

Além de não se ter demonstrado a tese do alcoolismo, antes examinada, não há prova nos autos de que o Sr. J.L. (O PAI) fosse um pai ausente, notoriamente incapaz de educar e cuidar de L.B.L. (A CRIANÇA). Muito ao revés, toda a atitude demonstrada pelo litisconsorte autor, neste feito, é a de um pai cioso, que há mais de dois anos se esforça para que seu filho retorne à residência habitual.

Observo, a propósito - pois não é demais repetir -, que, as alegações deduzidas, neste processo, pela ré, para sustentar a desproporcionalidade da tutela jurisdicional favorável ao pedido, devem ser analisadas, em verdade, quando do julgamento da “questão de fundo”, pelo juiz natural - o que tem por premissa, exatamente, o retorno de L.B.L. (A CRIANÇA) ao Canadá.

Assim diversamente do que sustentado pela ré, a tutela jurisdicional favorável ao pedido, de que ora cogito, não só observa a imprescindível proporcionalidade dos atos estatais - porque precisamente adequada para permitir o julgamento da situação da criança por seu juiz natural -, como também, está em perfeita sintonia com os princípios do interesse superior da criança, da proximidade, e da cooperação internacional, um aspecto da reciprocidade.

A GRANDE DEFESA IMPLÍCITA: O PEDIDO ACARRETA TIRAR UMA CRIANÇA DE SUA MÃE

Posto não tenha sido empregado, de forma explícita, há um grande argumento de defesa, que permeia e avulta, em todas as peças produzidas pela ré no processo: a alegação de que, o deferimento do pedido formulado com a demanda implicaria tirar uma criança de sua mãe.

Certo ou errado, o fato é que a cultura jurídica e social brasileira demonstra enorme aversão a essa possibilidade - circunstância que, associada à convicção nacionalista, quase incontida, de que atende ao melhor interesse da criança ser criada no Brasil, e não no estrangeiro, torna “antipática” a pretensão deduzida nestes autos.

Observo, porém - mais uma vez! -, que o pleito em exame não acarreta, em absoluto, tirar L.B.L. (A CRIANÇA) de sua mãe. Trata, apenas, do retorno da criança ao país de residência habitual - o que pode ser efetuado sob a supervisão materna, como esclarecido no tópico anterior -, para que a situação jurídica material do menor possa ser apreciada por seu juiz natural.

Não é o caso de L.B.L. (A CRIANÇA) perder sua mãe. O que ele precisa é ter o pai de volta. Esse é o superior interesse da criança - e, para isso, é imprescindível viabilizar o exame da situação de L.B.L. (A CRIANÇA) por seu juiz natural.

Essa não é uma possibilidade que possa ser deixada ao alvedrio da mãe do menor - a uma, porque isso seria uma inconcebível omissão estatal, que acarretaria, ela sim, gravíssima lesão à integral proteção da criança; e, a duas, porque, na situação concreta em exame, a despeito do que alardeia no processo, a ré não tem demonstrado maior intenção de incentivar o convívio de L.B.L. (A CRIANÇA) com o pai.

A simples leitura da peça do “acordo” proposto pela ré ao litisconsorte autor, juntada nas fls. 466/471, torna evidente que a Sra. I.L.B. (A MÃE) não possui a intenção de permitir o contato direto de L.B.L. (A CRIANÇA) com o pai, antes de a criança alcançar 14 anos de idade (!) - e, ainda assim, mediante preenchimento de interessante condição potestativa: desde que o “*problema com alcoolismo esteja resolvido*” (!) (item 3.3, fl. 468).

De acordo com os termos da “transação” oferecida, o pai poderia estar com seu filho, *somente* no período diurno, sob supervisão da babá do menor, e, mesmo assim, unicamente, no Brasil, até que L.B.L. (A CRIANÇA) completasse 7 anos (!) (item 3.1, fl. 467). Apenas, a partir dessa idade, L.B.L. (A CRIANÇA) poderia passar a noite com seu pai - mas, em um quarto próprio, no hotel onde o Sr. J.L. estivesse hospedado, no Brasil -, e, sempre acompanhado da babá, até completar 10 anos (!). Nesse período, a ré propôs levar a criança ao Canadá, uma só vez por ano, durante quinze dias, para que o pai pudesse passear com o filho - agora, sob a condição de estar presente a Sra. A.S.M.L., avó de L.B.L. (A CRIANÇA). Ele estaria, ainda assim, proibido de pernoitar com a família paterna (!) (item 3.2, fls. 467/468). E, entre 10 e 14 anos de idade, L.B.L. (A CRIANÇA) poderia pernoitar, livremente, em companhia do pai, sob a condição final de que este último tivesse “*solucionado seu problema de alcoolismo*” (item 3.3, fl. 468)...

Ora, diversamente do que afirma a ré - para quem, “a conciliação tentada no presente processo não logrou êxito pelo que a depoente considera falta de interesse de J.L. (O PAI)” (fl. 569) -, a aceitação de um “acordo” formulado nesses termos seria a simples **renúncia de um pai**, não à autoridade, mas **ao inescusável dever parental - inclusive, mediante submissão da condição paterna à indevida ingerência de pessoa estranha aos laços familiares (a babá), até que a criança completasse 10 anos!** -, **com evidente prejuízo**, não para o litisconsorte autor, mas **para o próprio L.B.L. (A CRIANÇA)**.

Não me surpreende, assim, a grande resistência da ré em aceitar a limitada conciliação parcial, afinal alcançada na audiência de 8 de fevereiro último (fl. 674), por efeito da qual, L.B.L. (A CRIANÇA) pôde passar algumas horas em companhia do pai e da avó paterna - e, sob a supervisão da *indefectível babá!*

Vale-me repetir: Não é o caso de L.B.L. (A CRIANÇA) perder sua mãe. O que L.B.L. (A CRIANÇA) precisa é ter o pai de volta.

E, quem deve decidir como isso há de ser feito é o juiz natural - o juiz canadense.

É evidente que isso não significa que a ré vá perder a guarda da criança.

Sou muito cioso do elevado valor da nacionalidade e do patrimônio cultural da Nação brasileira. E, é-me gratificante saber que L.B.L. (A CRIANÇA) compartilha esse valor.

Isso não me leva, porém, à infundada suspeita de que o juiz canadense vá julgar a situação jurídica material de L.B.L. (A CRIANÇA), em detrimento do superior interesse da criança.

É perfeitamente possível, portanto, que, após o exame dos elementos da “questão de fundo” sob julgamento, o juiz canadense decida por atribuir a guarda de L.B.L. (A CRIANÇA) à Sra. I.L.B. (A MÃE).

É preciso viabilizar a cognição do juiz natural. Esse imperativo está em consonância com o devido processo da lei - justamente, o meio mais eficaz de dar pleno atendimento, *in casu*, ao superior interesse de L.B.L. (A CRIANÇA).

Tal é o objetivo da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças. Ela busca garantir, não a punição do genitor que promove a remoção, e sim, “que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos os pais, mesmo se estes estiverem vivendo em países diferentes. Daí a procura de uma solução para o seqüestro estritamente no plano civil” (Van Bueren, Geraldine, *apud* Dolinger, J. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 235 - grifei).

A MEDIDA CAUTELAR INCIDENTE

O presente processo se desenvolve sob rito comum ordinário, pelo que, está sujeito às normas processuais comuns que disciplinam o exercício e os efeitos da função jurisdicional.

Ser-me-ia possível inferir do sistema dos artigos 1º, letra a, 2º, 11, 12, todos da Convenção - cujo nível de validade é o mesmo das normas do Código de Processo Civil -, que o recurso contra a sentença de primeiro grau, que reconhece a procedência do pedido formulado com base naquele Diploma, seria extraordinariamente desprovido de efeito suspensivo. Esse exame é permitido ao juízo *a quo*, pelo que dispõe o artigo 518, *caput*, do aludido *codex* processual.

Em homenagem, porém, à autoridade da r. decisão do E. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, cuja cópia está nas fls. 586/596, venho com que o recurso cabível, *in casu*, está submetido à norma geral do artigo 520, *caput*, do Código de Processo Civil.

Assim, a efetivação da tutela jurisdicional ora prestada somente será possível, quando não mais couber recurso com efeito suspensivo contra o presente julgado.

Imposto, no entanto, pelo princípio do acesso à justiça, é dever de qualquer juízo garantir a efetividade de suas decisões - e, assim, conforme o caso, adotar a medida assecuratória adequada, como dispõem as normas dos artigos 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil.

Na situação em exame, a par da certeza - não apenas *fumus!* - da real existência do direito sustentado pela parte autora - convicção que manifesto, no exercício de cognição plena, como exposto nas seções anteriores da presente fundamentação -, venho, também, com a presença, *in casu*, do elemento de *periculum*, haja vista a possibilidade de a ré dificultar o cumprimento do julgado, mediante simples ocultação do menor.

Cumprido-me, pois, assegurar a futura efetivação da tutela jurisdicional ora prestada - para o que, considero bastante a proibição de que L.B.L. (A CRIANÇA) deixe a seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro, sem expressa permissão deste juízo.

DISPOSITIVO

Por essas razões, **julgo procedente o pedido inicial. Defiro a busca e apreensão do menor L.B.L. (A CRIANÇA), qualificado nas fls. 06/07, para ser posteriormente encaminhado à Autoridade Central canadense, de acordo com o que estabelece a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.**

Uma vez preclusa a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo contra o presente *decisum*, expeça-se o pertinente mandado.

A medida deve ser efetivada, por dois Oficiais de Justiça - um dos quais, preferencialmente, do sexo feminino -, com as cautelas dos artigos 842 e 843, ambos do Código de Processo Civil.

Garanto à Sra. I.L.B. (A MÃE), ora ré, o direito de acompanhar seu filho L.B.L. (A CRIANÇA), durante o retorno da criança ao Canadá, se assim desejar. Concito a ré, com veemência, a que exerça esse direito - motivo por que, em princípio, não considero necessário o concurso de força policial para a efetivação do provimento.

As despesas necessárias ao custeio do retorno do menor ao Canadá devem ser adiantadas pela UNIÃO, ou pelo litisconsorte autor - inclusive, em relação à ora ré, caso decida acompanhar L.B.L. (A CRIANÇA).

Em atenção ao que dispõe o artigo 20, *caput* e parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 26, parte final, da Convenção, condeno a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e das despesas para a localização e retorno da criança ao Canadá. A ré deverá arcar, também, com o pagamento dos honorários dos Advogados da UNIÃO e do litisconsorte autor, que estimo em 20% (vinte por cento) *pro rata* do valor atualizado da causa.

Proíbo à Sra. I.L.B. (A MÃE), ora ré, que retire, ou faça retirar, seu filho L.B.L. (A CRIANÇA) da seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro, sem expressa permissão deste juízo.

Neste sentido, comunique-se a aludida proibição à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro - que exerce a função de Polícia Rodoviária estadual -, e à INFRAERO - neste último caso, para que as companhias de aviação sejam cientificadas da medida cautelar presentemente adotada.

Expeçam-se os ofícios de imediato - inclusive, por fax -, e certifique-se, nos autos, o recebimento das comunicações pelas autoridades destinatárias.

Dê-se ciência do inteiro teor da presente sentença, ao douto juízo da Segunda Vara de Família Regional da Barra da Tijuca - para os fins do processo lá autuado sob o nº 2004.XXX -, bem como, à Colenda Décima Segunda Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em relação ao recurso de agravo lá tombado sob o nº 2005.XXX.

Oficie-se, também, com o mesmo propósito, à Autoridade Central Administrativa Federal no Brasil (fl. 29), e ao Consulado-Geral do Canadá (fl. 517).

As partes devem ser intimadas do presente julgado, mediante ato do Sr. Oficial de Justiça, no prazo máximo de 48 horas. Nas 24 horas seguintes, os mandados

devem ser apresentados à Secretaria da Vara, devidamente cumpridos e certificados, para imediata juntada ao feito.

As partes dispõem do prazo recursal previsto em lei, contado em Cartório. Por conseguinte, nesse período, os autos não poderão ser retirados da Secretaria, senão, momentaneamente, para a extração de cópias pelas partes, observadas as normas do segredo de justiça (fl. 143).

Uma vez decorrido o prazo recursal deferido às partes - e adotadas as providências legais em vista dos recursos eventualmente interpostos -, remeta-se o feito ao profícuo exame do eminente órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Numerem-se, corretamente, as páginas do feito, a partir da fl. 689 (a página seguinte recebeu o número 670), sem, contudo, impedir a leitura da numeração substituída.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 19 de março de 2007.

WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA

Juiz Federal

Titular da Décima Sexta Vara Federal do Rio de Janeiro

Resenhas

RECENSÃO DE “TEORIA DOS PRINCÍPIOS”, DE HUMBERTO ÁVILA

Eugênio Rosa de Araújo

Juiz Federal da 17ª Vara

RESUMO

Princípios e regras: distinções preliminares. Descrição, construção, reconstrução. Análise crítica. Critérios: modo final de aplicação, conflito normativo. Proposta de dissociação entre princípios e regras. Fundamentos. Dissociação justificante, abstrata, heurística e em alternativas inclusivas. Proposta conceitual de regras e princípios. Diretrizes para análise de princípios. Postulados normativos: análise e espécies. Postulados específicos e inespecíficos: ponderação, concordância prática, proibição de excesso, igualdade, razoabilidade. Generalidades. Tipologia. Razoabilidade como equidade, congruência e equivalência. Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade. Proporcionalidade: considerações gerais, aplicabilidade, relação meio/fim, exames inerentes, intensidade de controle das decisões administrativas, proporcionalidade em sentido estrito.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria dos Princípios. Distinção entre princípios e regras. Postulados normativos específicos e inespecíficos

SUMÁRIO

1. Distinções preliminares 2. Descrição, construção e reconstrução 3. Panorama da evolução da distinção entre princípios e regras 4. Critérios usuais de distinção entre princípios e regras 5. Análise crítica 6. Critério do modo final de aplicação 7. Critério do conflito normativo 8. Proposta de dissociação entre princípios e regras 9. Critérios da dissociação 10. Proposta conceitual das regras e dos princípios 11. Diretrizes para análise de princípios 12. Postulados normativos 13. Diretrizes para análise do postulados normativos aplicativos 14. Espécies de Postulados 15. Postulados inespecíficos 16. Postulados específicos

1. Distinções preliminares

Texto e norma

Normas não são textos, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Os dispositivos se constituem no objeto da interpretação, e as normas, no seu resultado.

Não existe correspondência necessária entre dispositivo e norma, *i.e.*, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.

2. Descrição - Construção - Reconstrução

A função da ciência do Direito é mera descrição do significado (comunicação de uma informação, conhecimento de um texto, intenção do autor).

O significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, algo que depende de seu uso e interpretação.

A interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.

O intérprete não atribui o significado correto aos termos legais. Ele constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado - sentidos -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, com o uso.

O intérprete não descreve o significado previamente existente dos dispositivos, mas constitui esses significados. Daí porque não se pode considerar a idéia de que a aplicação do direito envolve uma atitude de conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.

Existem, entretanto, significados mínimos constatáveis antes do processo de interpretação. O significado depende do uso, mas ele não surge apenas com o uso específico e individual. Termos como vida, morte, mãe, antes e depois apresentam significados que não precisam ser fundamentados a toda nova situação. Eles atuam como condições dadas da comunicação.

O intérprete não só constrói, mas reconstrói o sentido. Interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir.

O Judiciário e a ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o Direito Constitucional concretizado, v.g. - provisória, 30 dias, “todos os recursos”, ampla defesa. Não se podem menosprezar os sentidos mínimos.

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; a função do intérprete não é meramente descrever significados, mas reconstruir sentidos, concretizando o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

O ordenamento estabelece a realização de fins à preservação desses valores e à realização ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores.

A interpretação é a atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significados, de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

A qualificação de determinadas normas como princípio ou regras depende da colaboração constitutiva do intérprete.

3. Panorama da Evolução da Distinção entre Princípios e Regras

ESSER: Princípios são normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado.

LARENZ: Princípios estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. São pensamentos diretivos, e não regras suscetíveis de aplicação, pois lhes faltam caráter de proposição jurídica, *i.e.*, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica.

CANARIS: Princípios possuem conteúdo axiológico explícito e carecem, por isso, de regras para a sua concretização. Os princípios (ao contrário das regras) recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.

DWORKIN: Regras são aplicadas ao modo do tudo ou nada. Se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida - e a consequência normativa deve ser aceita - ou não é considerada válida. No caso de colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida.

Os princípios, ao contrário, não determinam a decisão, mas contém fundamentos os quais devem ser congregados com fundamentos de outros princípios. Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o de maior peso se sobrepõe ao outro sem que perca a sua validade. Aqui, a distinção não é de grau, mas uma diferenciação

quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos. A distinção se baseia no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas.

ALEXY: Princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Na colisão de princípios, um não prevalece sobre o outro: estabelece-se uma ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

Os princípios possuem peso, mas não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras.

A ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo do tudo ou nada. Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: no conflito entre regras, é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (problema do dentro ou fora); e no conflito entre princípios, se já situa no interior dessa mesma ordem (Teoria da Colisão).

Alexy define os princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas.

No caso de tensão ocorrente no caso de colisão entre princípios, a solução não é de prevalência de um sobre o outro, mas de ponderação entre princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

Aplica-se, neste caso, a cláusula de reserva: “se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso”.

Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: no conflito de regras, é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica; no conflito de princípios, é necessário verificar se ele está no interior dessa ordem.

Para Alexy, a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no modo tudo ou nada (DWORKIN), mas deve resumir-se a dois fatores:

- Diferença quanto à colisão: os princípios têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia.

- Diferença quanto à obrigação que instituem: as regras instituem obrigações absolutas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

4. Critérios usuais de distinção entre princípios e regras

- Critério do caráter hipotético-condicional: regras possuem uma hipótese e consequência que predeterminam a decisão - sendo aplicadas ao modo -, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.
- Critério do modo final de aplicação: regras são aplicadas de modo absoluto - tudo ou nada - e os princípios, aplicados de modo gradual - mais ou menos.
- Critério do relacionamento normativo: fundamenta-se na idéia de que a antinomia entre as regras consubstancia conflito solucionável pela exceção ou declaração de invalidade, ao passo que os princípios imbricam-se, solucionando o conflito mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.
- Critério do fundamento axiológico: considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.
- Critério de distinção entre princípios e regras: critério do “caráter hipotético-condicional”. Conteúdo.

Regras possuem uma hipótese e uma consequência; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador.

5. Análise crítica

Regra: elemento frontalmente descritivo.

Princípio: diretriz.

O conteúdo normativo de qualquer norma (regra/princípio) depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação.

Algumas normas qualificáveis, por esse critério, como princípios, podem ser reformuladas de modo hipotético.

A existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas.

Ocorre uma confusão entre dispositivo e norma e uma transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete.

Mesmo que o dispositivo tenha sido formulado pelo legislativo de modo hipotético, isso não quer dizer que não possa ser visto pelo intérprete como princípio.

O intérprete mede a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhes são sobrejacentes, podendo fazer a interpretação de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou princípio. Tudo dependerá das conexões valorativas - que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar - e da finalidade que entende a ser alcançada (Princípio da Legalidade Tributária).

Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética.

O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamento e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamento e de conseqüências, o que é diverso.

6. Critério do Modo Final de Aplicação

Conteúdo

Regras são aplicadas de modo absoluto - tudo ou nada -, ao passo que os princípios, de modo gradual - mais ou menos.

O modo de aplicação não está determinado no texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas construídas pelo intérprete. Muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso.

A característica específica das regras (implantação de conseqüências pre-determinadas) só pode surgir após a sua interpretação.

Os princípios são normas que geram para a argumentação razões substanciais ou razões finalísticas. As regras geram para a argumentação razões de correção ou razões autoritativas.

É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.

7. Critério do Conflito Normativo

Conteúdo

A antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste em uma imbricação a ser decidida mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

Análise Crítica

Não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso.

A ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios.

A atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito.

Em alguns casos, as regras entram em conflitos sem que percam a sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas.

Somente mediante a ponderação de razões pode-se decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca dos seus fundamentos, nos casos em que existe uma discrepância entre eles.

A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório - decorrente do caso concreto - que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador. O tipo de ponderação é que é diverso.

Também não é coerente afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. A aplicação das regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída pelo aplicador. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas é elemento integrante de qualquer norma jurídica, *v.g.*, as interpretações extensiva e restritiva, em que há relacionamento, ampliação ou restrição do sentido das regras em função de valores e fins que elas visam a resguardar.

A dimensão de peso (atribuídas aos princípios) não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída dimensão de importância.

A dimensão de importância é a qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador.

A dimensão de peso não é atributo empírico dos princípios, mas resultado de juízo valorativo do aplicador.

Não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais elementos deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto.

A dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela sua estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador, diante do caso concreto.

O Poder Judiciário pode desprezar os limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo. A consideração ou não de circunstâncias específicas não está predeterminada pela estrutura da norma, mas depende do uso que dela se faz.

Em razão de sua dimensão de peso, os princípios são definidos como deveres de otimização porque seu conteúdo deve ser aplicado na máxima medida.

Nem sempre é assim: é necessário verificar quais as espécies de colisão existentes entre os princípios, posto que eles não se relacionam de uma só maneira.

Os princípios determinam fins sem estipular os meios e, no caso de entrecruzamento entre dois princípios, várias hipóteses podem ocorrer:

1ª hipótese: A realização do fim instituído por um princípio leve à realização do fim estipulado pelo outro (princípios interdependentes).

V.g.: Princípio do Estado de Direito e Princípio da Segurança Jurídica - não há limitação recíproca entre princípios, mas reforço entre eles. Não há o dever de realização na máxima medida, mas na medida necessária.

2ª hipótese: Princípios que apontam para finalidades alternativamente excludentes - Princípio da Liberdade de Informação vs. Princípio da Proteção da Esfera Privada. A colisão só pode ser solucionada com a rejeição de um deles.

3ª hipótese: A realização do fim de um princípio leva apenas à realização de parte do fim estipulado pelo outro (princípios parcialmente imbricados). Nesse caso, ocorrem limitação e complementação recíprocas de sentido na parte objeto de imbricação.

4ª hipótese: A realização do fim instituído por um princípio não interfere na realização do fim estipulado por outro. Hipóteses de princípios que determinam a promoção de fins indiferentes entre si.

A diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devem ser aplicadas no todo, e os princípios só na medida máxima. Ambas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser.

A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso, *prima facie*), apenas estabelecem fins normativos relevantes; nas regras, o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.

Os princípios não são, eles próprios, mandados de otimização. O mandato consiste em uma proporção normativa sobre os princípios e, como tal, atua como uma regra (norma hipotético-condicional). Um mandato de otimização não pode ser aplicado mais ou menos. Ou se otimiza ou não se otimiza.

Um mandato de otimização diz respeito, portanto, ao uso de um princípio: o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação. Há diferenças entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados (Alexy).

8. Proposta de Dissociação entre Princípios e Regras

Fundamentos

Dissociação Justificante

Os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados.

Embora os valores dependam de avaliação subjetiva, tal não impossibilita o encontro de comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores nem a incapacidade de se distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional desses valores.

Modos opostos de investigação dos Princípios Jurídicos:

- Análise de modo a exaltar os valores por eles protegidos;
- Investigação que privilegie o exame da sua estrutura;

Dissociação Abstrata

Finalidades fundamentais para distinção das categorias normativas (princípios e regras):

- Antecipar características das espécies normativas, de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do direito.
- Aliviar o ônus de argumentação do aplicador do direito, na medida em que uma qualificação das espécies normativas permite minorar a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado.

Dissociação Heurística (método de perguntas e respostas para a solução de problemas)

As normas são constituídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do significado usual destes. A distinção entre princípios e regras funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.

Dissociação em alternativas inclusivas

Admite-se a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais princípios podem funcionar para a construção de regras, princípios e postulados.

A classificação que acolhe alternativas inclusivas permite que os dispositivos possam gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa: regra (comportamental), princípio (finalística) e postulado (metódica), v.g., legalidade tributária - art. 150, I da CF/88.

9. Critérios da Dissociação

Critério da Natureza do Comportamento Prescrito

Regras são normas imediatamente descritivas que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada - há a previsão de comportamento.

Princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos - determinam a realização de um fim relevante.

Princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido. Estado de coisas é uma situação qualificada por determinadas qualidades. Transforma-se em fim quando alguém aspira a conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação.

Possuem caráter deôntico-teleológico: deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; teleológico, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. São normas do que deve ser.

Regras são normas mediamente finalísticas e estabelecem indiretamente

fins e maior exatidão para o comportamento devido. Daí depende menos da sua relação com outras normas.

Possuem caráter deontico-deontológico - deontico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; deontológico, porque indicam o que deve ser feito. São normas do que fazer.

A distinção entre princípio e regra é centrada na proximidade de sua relação, imediata ou mediata, com fins que devem ser atingidos e com condutas que devem ser adotadas.

Saberá o aplicador, de antemão, que princípios e regras fazem referência a fins e condutas: regras a fins devidos, princípios a condutas necessárias.

Critério da Natureza da Justificação Exigida

A interpretação e a aplicação das regras exigem avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte; as dos princípios demandam avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

Se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões, o ônus argumentativo é muito maior. Casos difíceis: a proibição de animais em vans não pode atingir o cão de guia para cegos.

Quando há uma divergência entre o conteúdo semântico de uma regra (entrada de cães nas vans) e a justificação que a suporta (segurança do trânsito), o intérprete, em casos excepcionais e justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra.

É necessário ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para o seu não-cumprimento diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios.

O traço distintivo das regras não é o modo absoluto de cumprimento, mas o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente - o que é diferente.

Há de se ver que as regras têm caráter retrospectivo (descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador), ao passo que os princípios possuem caráter prospectivo, já que determinam um estado de coisas a ser constituído.

Quadro Esquemático

	Princípios	Regras
Dever Imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita
Dever Mediato	A adoção da conduta descrita	Manter fidelidade à finalidade e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de Decidibilidade	Ocorrência e parcialidade	Exclusividade e abrangência

10. Proposta Conceitual das Regras e dos Princípios

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência - sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes - entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Princípios situam-se no plano deontológico, ao estabelecer a adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, e os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico - apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

11. Diretrizes para a Análise dos Princípios

Como saber quais condições compõem o estado ideal de coisas a ser buscado, quais são os comportamentos necessários a essa realização?

Para a investigação dos princípios, deve ser considerado que estes são *normas finalísticas* que exigem a *delimitação de um estado ideal de coisas* a ser buscado por meio de *comportamentos necessários* a essa realização.

- Especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será a sua realização.

É preciso trocar o fim vago pelo fim específico: (1) ler a CF com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise; (2) relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais; (3) tentar diminuir a vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, direta ou indiretamente, restringir o ângulo de aplicação do princípio.

- Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização.

É preciso substituir o fim vago por condutas necessárias à sua realização: (1) investigar a jurisprudência na base de casos paradigmáticos exemplares; (2) investigar a íntegra dos acórdãos escolhidos; (3) verificar em cada caso, quais foram os comportamentos havidos como necessários à realização do princípio objeto de análise.

- Exame, nos casos, das similaridades capazes de possibilitar a legitimação dos bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e dos comportamentos considerados necessários à sua realização.

Troca-se a busca de um ideal pela realização de um fim concretizável: (1) analisar a existência de critérios que permitam definir, também para outros casos, quais são os comportamentos necessários para a realização de um princípio; (2) expor os critérios que podem ser utilizados e os fundamentos que levam à sua adoção.

- Realização de percurso inverso: descobertos o estado de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.

Para superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela CF: (1) refazer a pesquisa jurisprudencial mediante a busca de outras palavras-chave; (2) analisar criticamente as decisões encontradas, reconstruindo-as de acordo com o princípio examinado, de modo a evidenciar a sua falta de uso.

12. Postulados Normativos

O modo como o dever de promover a realização de um estado de coisas deve ser aplicado.

Está-se no âmbito das metanormas, e não das normas. Estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só por elipse (omissão de uma ou mais palavras que se subentendem) é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência. A rigor, violadas são as normas-princípio e regras - que deixaram de ser devidamente aplicadas.

Os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo com sua estruturação. São metanormas (normas de 2º grau).

Os postulados normativos não funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras, como ocorre com os sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para a aplicação de outras normas.

Ter-se os postulados como deveres estruturantes da aplicação de outras normas implica a questão de saber se eles podem ser considerados princípios ou regras.

O funcionamento dos postulados difere muito dos princípios e regras.

Os princípios são normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos não havidos como necessários àquela promoção, ao passo que os postulados não impõem a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim e, ainda, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação relativos a normas que imediatamente prescrevem comportamentos.

As regras são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder, ao passo que os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o provocam.

Os postulados de razoabilidade e proporcionalidade, *v.g.*, não exigem do aplicador uma mera atitude subsuntiva. Eles demandam a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida; regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência de fato.

13. Diretrizes para a Análise dos Postulados Normativos Aplicativos

Considerando-se a definição de postulados como normas estruturantes da aplicação de princípios e regras, são os seguintes passos para sua investigação:

- Necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo;
- Análise de fundamentação das decisões para a verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si.

Por exemplo: a razoabilidade é usada na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo da medida discriminatória. Elementos analisados: critério e medida.

- Investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação.

Como os postulados são deveres que estruturam a aplicação de normas jurídicas, devem ser analisados quais as normas que foram objeto de aplicação e qual foi a fundamentação da decisão, v.g.: o postulado da proporcionalidade exige que as medidas adotadas pelo Poder Público sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Devem ser verificados os elementos ou grandezas que foram manipulados e ser encontrados os motivos que levaram os julgadores a entender existentes ou inexistentes determinadas relações entre eles.

- Realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, há a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele.

14. Espécies de Postulados

Postulados normativos são deveres estruturais, *i.e.*, deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles.

Postulados Inespecíficos

Alguns postulados são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento. São meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação.

Postulados Específicos

Dependem da existência de determinados elementos e são pautados por determinados critérios.

15. Postulados Inespecíficos

Ponderação

A ponderação de bens consiste em um método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios.

A ponderação, como mero método ou idéia geral despida de critérios formais e materiais, é muito mais ampla que os postulados de proporcionalidade e de razoabilidade.

Importa separar os elementos objeto de ponderação, os quais, ainda que sejam relacionados entre si, podem ser dissociados.

- *Bens Jurídicos* - situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos, v.g., o princípio da livre iniciativa pressupõe liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos protegidos pelo princípio da livre iniciativa.
- *Interesses* - os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter.
- *Valores* - o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado e preservado, v.g., a liberdade é um valor, por isso deve ser buscada e preservada.
- *Princípios* - o aspecto deontológico dos valores, pois demonstram que algo vale a pena se buscado e que esse estado de coisa deve ser promovido.

Na ponderação, todos os elementos acima referidos são dignos de ser objeto de sopesamento. O importante é conhecer a sutil diferença entre eles.

Sejam quais forem os elementos objetos de ponderação, pode-se evoluir para uma ponderação intensamente estruturada com a aplicação dos postulados específicos e, para tanto, algumas etapas são fundamentais.

Preparação da Ponderação

Devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível, para que fique claro o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento.

Realização da Ponderação

Aqui se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. No caso de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro.

Reconstrução da Ponderação

Mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso.

Concordância Prática

A finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Há o dever de buscar uma síntese dialética entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito.

Proibição do Excesso

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite fornecido pelo postulado da proibição de excesso, que proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. Deve ser investigado separadamente do postulado da proporcionalidade, posto que sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado de proibição de

excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido, retirando-lhe um mínimo de eficácia.

Nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem. Daí se fala em proibição de excesso separadamente do postulado da proporcionalidade.

Para compreender a distinção da proporcionalidade da proibição de excesso, é preciso verificar que o primeiro gira em um âmbito a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado.

A promoção de uma finalidade pública de grau 1 não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4. A medida, nessa hipótese, seria desproporcional em sentido estrito. A proibição de excesso apenas indicaria, por suposição, que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 5, pois representaria o anel central não passível de invasão, independentemente da sua finalidade justificativa e do grau de intensidade da sua realização.

16. Postulados Específicos

Igualdade

Pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminativo; como princípio, instituindo um estado igualitário com o fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. As pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um critério, dependendo da finalidade a que ele serve (idade, sexo, capacidade, economia, etc.).

A aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado.

Fins diversos levam à utilização de critérios distintos porque alguns critérios são adequados à realização de determinados fins, outros não.

Fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle.

Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental.

Razoabilidade

Generalidades

Estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras (notadamente regras).

Reconstruindo os critérios implicitamente utilizados pelo STF, o autor chegou às seguintes conclusões:

- A razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, mostrando qual a perspectiva da norma que deve ser aplicada ou indicando em quais hipóteses o caso individual deixa de se enquadrar na norma geral.
- É empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, reclamando suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico ou demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir.
- É utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Tipologia

Razoabilidade como Equidade

Harmonização da norma geral com o caso individual. Impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece.

A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. Atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. Exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes. Uma interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como, v.g., o devido processo legal.

A razoabilidade exige a consideração ao aspecto individual do caso, nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Em determinados casos, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal. Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável

somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se - e somente se - suas condições forem satisfeitas e sua aplicação não for excluída pela razão motivadora da própria regra ou pelo princípio que institua uma razão contrária.

A natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral.

A razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça.

Razoabilidade como Congruência

O postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. A razoabilidade exige, para qualquer medida, a recor-rência a um suporte empírico existente.

O legislador não pode eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade. A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí fala-se em dever de congruência e/ou de fundamentação na natureza das coisas. Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se a realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.

A razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Exige-se, ainda, que haja uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não é a relação entre meio e fim, mas entre o critério e a medida. Os critérios distintivos devem ser adequados, pois diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.

Razoabilidade como Equivalência

Da razoabilidade também se exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. V.g.: as taxas devem ser equivalentes ao serviço prestado; a punição deve ser equivalente ao ato delituoso.

Distinção entre Razoabilidade e Proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade exige que o legislativo e o executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais.

Adequado - se promove o fim.

Necessário - se, dentre os igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo aos direitos fundamentais.

Proporcional em sentido estrito - se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

A razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade.

A razoabilidade como dever de harmonização do geral como individual (dever de equidade) recolhe as circunstâncias de fato a serem consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade ou expressa que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.

A razoabilidade como dever de harmonização do direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

A proporcionalidade exige relação de causalidade entre meio (efeito de uma ação) e fim (promoção de um estado de coisas). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim.

A razoabilidade - exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada - impõe uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela.

É plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Proporcionalidade

Considerações Gerais

Não se confunde com a idéia de proporção. Ela se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente

discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

Aplicabilidade

Relação entre Meio e Fim

Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência.

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade.

Nesse caso, devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos entre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Fim consiste em um ambicionado resultado concreto (extrajurídico), um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa ou impedir a realização de ações.

Fim significa um estado desejado de coisas. Os princípios estabelecem, justamente, o dever de promover fins. Uma medida pode ser adequada, ou não, em função da determinabilidade do fim.

Fins Internos e Fins Externos

Fins internos estabelecem um resultado a ser alcançado, que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação (medida - capacidade econômica; fim almejado - cobrança de tributos).

Fins externos estabelecem resultados que não são propriedades de características do sujeitos atingidos, mas se constituem em finalidades atribuídas ao Estado e possuem uma dimensão extrajurídica. Podem ser empiricamente dimensionados: os fins sociais e econômicos podem ser qualificados de fins externos, como o são na praticabilidade administrativa, o planejamento econômico específico, a proteção ambiental.

Quando houver um fim específico a ser atingido, pode-se considerar o meio como causa da realização do fim. Nessa hipótese, o exame admite o controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

É preciso separar a proporcionalidade dos outros postulados ou princípios hermenêuticos:

- *Justa proporção* - exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam em dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo. A proporcionalidade exige adequação, necessidade de proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável.
- *Ponderação de bens* - exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sempre que contiver qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação. A proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação.
- *Concordância Prática* - exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de aplicação dessa otimização. A proporcionalidade relaciona o meio relativo ao fim, em função de uma estrutura racional de aplicação.
- *Proibição do Excesso* - veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido. A proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativo a um fim.
- *Razoabilidade* - exige, v.g., a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins.

Exames Inerentes à Proporcionalidade

Adequação - exige uma relação empírica entre meio e fim. O meio deve levar à realização do fim.

O administrador deve utilizar um meio cuja eficácia (e não o próprio meio) possa contribuir para a promoção gradual do fim.

Meio adequado à realização de um fim - é preciso analisar as espécies de relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover.

Aspectos dessa relação:

- Em termos quantitativos - um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio.
- Em termos qualitativos - um meio pode promover pior, igual ou melhor o fim do que outro meio.
- Em termos probabilísticos - um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio.

A administração não tem o dever de escolher o mais intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir o fim, mas escolher um meio que simplesmente promova o fim.

A adequação pode ser analisada de três dimensões:

- Abstração/concretude - a medida será adequada se o fim for possivelmente realizado com sua adoção, e se o fim for efetivamente realizado no caso concreto;
- Generalidade/particularidade - a medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com a sua adoção;
- Antecedência/posteridade - a medida será adequada se o administrador avaliou e projetou bem a promoção do fim, no momento da adoção da medida.

A adequação do meio escolhido pelo poder público deve ser julgada mediante a consideração das circunstâncias existentes no momento da escolha, e de acordo com o modo como contribuiu para a promoção do fim.

Intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração

- Modelo forte - qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa.
- Modelo fraco - apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa da escolha de um meio para atingir um fim.

O modelo fraco é o mais adequado, pois não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela administração para promover o fim. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador.

A anulação das medidas adotadas pelos Legislativo e Executivo só são possíveis se sua inadequação for evidente (controle da evidência) e, não foi, de qualquer modo plausível, justificável (controle da justificabilidade).

Necessidade: verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Envolve duas etapas de investigação:

- Exame da igualdade de adequação dos meios: verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim. Comparação entre os efeitos alternativos e os do meio adotado pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo.
- Exame do meio menos restritivo - examinar se meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. Deve ser usado o meio mais suave.

O exame da necessidade não é singelo. A comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção de finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade.

A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. O processo de ponderação deve o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação.

Proporcionalidade em sentido estrito - exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. O julgamento do que será considerado como vantagem e do que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva.

A pergunta é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau da restrição causada aos direitos fundamentais? As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Normalmente, um meio é adotado para atingir uma finalidade pública relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.



Indices

- I - Autores
- II - Assuntos

I - Autores

1 - Juízes

Dario Ribeiro Machado Junior	113
Eugênio Rosa de Araújo	123, 203
Fernanda Duarte	41
Guilherme Couto de Castro	133
Márcia Maria Nunes de Barros.....	149
Rodolfo Kronenberg Hartmann	81
Wilney Magno de Azevedo Silva.....	173

2 - Servidores

Regina Lúcia Teixeira Mendes	61
Samantha Tanner Perez da Silva.....	99

3 - Colaboradores

David T. Ritchie.....	15
Marcello Godinho	41

A

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

AÇÃO PENAL

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Apuração de irregularidade 133

ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (TRIPS)

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público..... 149

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Contratação - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo 99

AFASTAMENTO DO CARGO

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde... 123

AGENTE DE POLÍCIA

Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

ALEMANHA

Direito Constitucional - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem econômica - Ordem social - Política nacional 15

ANS

Vide: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Interesse público 149

APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público

Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal 133

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado
- Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL)
- Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte
- Guarda de menor 173

ASSISTÊNCIA MÉDICA

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde
- Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade
- Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público
- Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Tratamento médico - Despesa médica
- Serviço de saúde 123

C

CARÁTER URGENTE

Dispensa de licitação - Emergência - Contratação - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo 99

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório
- Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais..... 113

CIDADANIA

Nacionalidade - Direito Constitucional - Direito Civil - Doutrina - Direito romano - Princípio da isonomia - Igualdade - Ordem jurídica - Sociedade..... 61

COMMON LAW

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia..... 81

CONCURSO PÚBLICO

Tutela antecipada - Saúde - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

CONFLITO

Princípios gerais do Direito - Teoria do Direito - Norma jurídica - Hermenêutica - Princípio da Razoabilidade - Princípio da Proporcionalidade - Ordenamento Jurídico.....203

CONFLITO INTERNACIONAL

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem econômica - Ordem social - Política nacional 15

CONSTITUIÇÃO DA ALEMANHA, 1919

Direito Constitucional - Alemanha - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem econômica - Ordem social - Política nacional 15

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federalismo - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitalicidade..... 41

CONTRATAÇÃO

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo 99

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

CONTRATO DE ADESÃO

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Teoria do Estado - Ordem econômica - Ordem social - Política nacional 15

CONTROLE JUDICIAL

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais113

CONVENÇÃO DE HAIA

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor173

CONVENÇÃO DE PARIS

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público149

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

D

DEFESA

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

DESPESA MÉDICA

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Serviço de saúde 123

DIREITO À SAÚDE

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

DIREITO CIVIL

Cidadania - Nacionalidade - Direito Constitucional - Doutrina - Direito romano - Princípio da isonomia - Igualdade - Ordem jurídica - Sociedade 61

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público 149

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - <i>Common law</i> - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Filosofia do Direito - Isonomia	81
--	----

DIREITO CONSTITUCIONAL

Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem econômica - Ordem social - Política nacional	15
---	----

Cidadania - Nacionalidade - Direito Civil - Doutrina - Direito romano - Princípio da isonomia - Igualdade - Ordem jurídica - Sociedade	61
--	----

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais	113
---	-----

DIREITO DE FAMÍLIA

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor	173
--	-----

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor	173
---	-----

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Subtração de incapaz - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL)	
--	--

- Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

DIREITO ROMANO

Cidadania - Nacionalidade - Direito Constitucional - Direito Civil - Doutrina - Princípio da isonomia - Igualdade - Ordem jurídica - Sociedade 61

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso 113

DISPENSA DE LICITAÇÃO

Caráter urgente - Emergência - Contratação - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo 99

DOCTRINA

Cidadania - Nacionalidade - Direito Constitucional - Direito Civil - Direito romano - Princípio da isonomia - Igualdade - Ordem jurídica - Sociedade 61

E

EFEITO VINCULANTE

Súmula - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia 81

EMERGÊNCIA

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Contratação - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo 99

ESTADO DEMOCRÁTICO

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade 41

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Suprema Corte - História - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade 41

F

FEDERALISMO

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade 41

FILOSOFIA DO DIREITO

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Isonomia 81

FONTE DE CUSTEIO

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional

de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde 123

G

GUARDA DE MENOR

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte 173

H

HERMENÊUTICA

Princípios gerais do Direito - Teoria do Direito - Norma jurídica - Princípio da Razoabilidade - Princípio da Proporcionalidade - Ordenamento Jurídico - Conflito 203

HISTÓRIA

Suprema Corte - Estados Unidos da América - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade 41

HOSPITAL PÚBLICO

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113



IGUALDADE

Cidadania - Nacionalidade - Direito Constitucional - Direito Civil - Doutrina - Direito romano - Princípio da isonomia - Ordem jurídica - Sociedade..... 61

IMPEACHMENT

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - Vitaliciedade 41

IMPEDIMENTO

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia 81

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Agente de polícia - Polícia Federal - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

IMPUGNAÇÃO

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público..... 149

INCONSTITUCIONALIDADE

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Antecipação de tutela - Interesse público 149

INPI

Vide: Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI)

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público..... 149

INTERESSE DIFUSO

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Direitos e garantias fundamentais 113

INTERESSE PÚBLICO

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Contratação - Administração pública - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo 99

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela 149

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde 123

INTERESSE SOCIAL

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia.... 81

INTERVENÇÃO

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Litisconsorte - Guarda de menor 173

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público149

ISONOMIA

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito 81

J

JUIZ

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - *Impeachment* - Vitaliciedade..... 41

L

LEI FEDERAL Nº 8.666/1993, ART. 24

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Contratação - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Tribunal de Contas - Prazo 99

LEI FEDERAL Nº 9.656/1998, ART. 32

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde
- Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de cus-
teio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde
Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica
- Serviço de saúde 123

LEI FEDERAL Nº 11.417/2006

Súmula - Efeito vinculante - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo
- Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria
constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do
Direito - Isonomia.....81

LIBERALISMO

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Totalitarismo
- Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem
econômica - Ordem social - Política nacional 15

LITISCONSORTE

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado
- Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do
Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato
sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção
- Guarda de menor 173

LIVRE INICIATIVA

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde
- Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade
- Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional
de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa
médica - Serviço de saúde 123

M

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia 81

MEDICAMENTO

Patente - Propriedade intelectual - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público 149

MERCADO DO CONE SUL (MERCOSUL)

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

MERCOSUL

Vide: Mercado do Cone Sul (MERCOSUL)

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

MPF

Vide: Ministério Público Federal (MPF)

N

NACIONALIDADE

Cidadania - Direito Constitucional - Direito Civil - Doutrina - Direito romano - Princípio da isonomia - Igualdade - Ordem jurídica - Sociedade 61

NORMA JURÍDICA

Princípios gerais do Direito - Teoria do Direito - Hermenêutica - Princípio da Razoabilidade - Princípio da Proporcionalidade - Ordenamento Jurídico - Conflito 203

O

OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Relação jurídica - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

OMISSÃO

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

ORDEM ECONÔMICA

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem social - Política nacional 15

ORDEM JURÍDICA

Cidadania - Nacionalidade - Direito Constitucional - Direito Civil - Doutrina - Direito romano - Princípio da isonomia - Igualdade - Sociedade 61

ORDEM SOCIAL

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem econômica - Política nacional 15

ORDENAMENTO JURÍDICO

Princípios gerais do Direito - Teoria do Direito - Norma jurídica - Hermenêutica - Princípio da Razoabilidade - Princípio da Proporcionalidade - Conflito 203

P

PATENTE

Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris

- Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público 149

PLANO DE SAÚDE

Sistema Único de Saúde (SUS) - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde... 123

PODER JUDICIÁRIO

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade..... 41

PODER LEGISLATIVO

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade..... 41

PODER PÚBLICO

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais..... 113

POLÍCIA FEDERAL

Agente de polícia - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

POLÍTICA NACIONAL

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem econômica - Ordem social 15

POSITIVISMO

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia..... 81

PRAZO

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Contratação - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas..... 99

PREJUDICIALIDADE

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia 81

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais..... 113

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Cidadania - Nacionalidade - Direito Constitucional - Direito Civil - Doutrina - Direito romano - Igualdade - Ordem jurídica - Sociedade..... 61

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Princípios gerais do Direito - Teoria do Direito - Norma jurídica - Hermenêutica - Princípio da Razoabilidade - Ordenamento Jurídico - Conflito 203

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Princípios gerais do Direito - Teoria do Direito - Norma jurídica - Hermenêutica - Princípio da Proporcionalidade - Ordenamento Jurídico - Conflito 203

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Interesse público - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde 123

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Teoria do Direito - Norma jurídica - Hermenêutica - Princípio da Razoabilidade - Princípio da Proporcionalidade - Ordenamento Jurídico - Conflito 203

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade ... 133

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Patente - Propriedade intelectual - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público..... 149

PROPRIEDADE INTELECTUAL

Patente - Medicamento - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Intervenção de terceiros - Impugnação - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs) - Convenção de Paris - Propriedade industrial - Direito Civil - Inconstitucionalidade - Antecipação de tutela - Interesse público 149

PROVA

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova emprestada - Ação penal - Apuração de irregularidade..... 133

PROVA EMPRESTADA

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo administrativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Vantagem indevida - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Ação penal - Apuração de irregularidade 133

R

RECLAMAÇÃO

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal

Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia 81

RECURSO JUDICIAL

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Supremo Tribunal Federal (STF) - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia 81

RELAÇÃO JURÍDICA

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Prejudicialidade - Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

RESCISÃO

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Contratação - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo..... 99

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde 123

RESSARCIMENTO DE DESPESA

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde 123

S

SAÚDE

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica - Serviço de saúde 123

Tutela antecipada - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

SEPARAÇÃO DOS PODERES

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade 6a

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

SERVIÇO ASSISTENCIAL

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Contratação - Administração pública - Interesse público - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Tribunal de Contas - Prazo 99

SERVIÇO DE SAÚDE

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade

- Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público
- Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento
médico - Despesa médica 123

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 -
Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade - Livre iniciativa - Fonte de custeio -
Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde
Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa médica -
Serviço de saúde 123

SOCIEDADE

Cidadania - Nacionalidade - Direito Constitucional - Direito Civil - Doutrina - Direito
romano - Princípio da isonomia - Igualdade - Ordem jurídica 61

SOLIDARIEDADE

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei
Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Livre iniciativa
- Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacio-
nal de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Tratamento médico - Despesa
médica - Serviço de saúde 123

STF

Vide: Supremo Tribunal Federal (STF)

SUBTRAÇÃO DE INCAPAZ

Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação
judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia -
Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade
- Tutela jurisdicional - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor173

SÚMULA

Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common
law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Supremo Tribunal Federal (STF)
- Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do
Direito - Isonomia..... 81

SUPREMA CORTE

Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federalismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes - Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* - Vitaliciedade..... 41

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Súmula - Efeito vinculante - Lei Federal nº 11.417/2006 - Prestação jurisdicional - *Common law* - Positivismo - Impedimento - Recurso judicial - Matéria constitucional - Interesse social - Reclamação - Direito Civil - Filosofia do Direito - Isonomia 81

SUS

Vide: Sistema Único de Saúde (SUS)

T

TEORIA DO DIREITO

Princípios gerais do Direito - Norma jurídica - Hermenêutica - Princípio da Razoabilidade - Princípio da Proporcionalidade - Ordenamento Jurídico - Conflito 203

TEORIA DO ESTADO

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Totalitarismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Ordem econômica - Ordem social - Política nacional 15

TOTALITARISMO

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo - Conflito internacional - Violência - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem econômica - Ordem social - Política nacional 15

TRATAMENTO MÉDICO

Sistema Único de Saúde (SUS) - Plano de saúde - Ressarcimento de despesa - Saúde - Lei Federal nº 9.656/1998, art. 32 - Responsabilidade civil do Estado - Solidariedade

- Livre iniciativa - Fonte de custeio - Princípio da subsidiariedade - Interesse público - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - Assistência médica - Despesa médica - Serviço de saúde 123

TRIBUNAL DE CONTAS

Dispensa de licitação - Caráter urgente - Emergência - Contratação - Administração pública - Interesse público - Serviço assistencial - Rescisão - Lei Federal nº 8.666/1993, art. 24 - Prazo 99

TRIPS

Vide: Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs)

TUTELA ANTECIPADA

Saúde - Concurso público - Contratação - União Federal - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional - Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garantias fundamentais 113

TUTELA JURISDICIONAL

Subtração de incapaz - Direito Internacional público - Direito Internacional privado - Convenção de Haia - Cooperação judiciária - Assistência judiciária - Mercado do Cone Sul (MERCOSUL) - Obrigação alimentícia - Direito de família - Obrigação de trato sucessivo - Relação jurídica - Prejudicialidade - Intervenção - Litisconsorte - Guarda de menor 173

U

UNIÃO FEDERAL

Tutela antecipada - Saúde - Concurso público - Contratação - Caráter urgente - Ação civil pública - Ministério Público Federal (MPF) - Hospital público - Princípio da dignidade da pessoa humana - Direito à saúde - Separação dos poderes

- Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Direito Constitucional
- Controle judicial - Omissão - Poder público - Interesse difuso - Direitos e garan-
tias fundamentais 113

V

VANTAGEM INDEVIDA

Agente de polícia - Polícia Federal - Improbidade administrativa - Processo adminis-
trativo-disciplinar - Afastamento do cargo - Ação civil pública - Ministério Público
Federal (MPF) - Defesa - Presunção de inocência - Prova - Prova emprestada - Ação
penal - Apuração de irregularidade 133

VIOLÊNCIA

Direito Constitucional - Alemanha - Constituição da Alemanha, 1919 - Liberalismo -
Totalitarismo - Conflito internacional - Contrato de adesão - Teoria do Estado - Ordem
econômica - Ordem social - Política nacional 15

VITALICIEDADE

Suprema Corte - Estados Unidos da América - História - Estado democrático - Federa-
lismo - Constituição dos Estados Unidos da América, 1787 - Separação dos poderes
- Poder Judiciário - Poder Legislativo - Juiz - *Impeachment* 41