

ORGANIZADOR:
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

AUTORES:

AFONSO CÓDOLO BELICE

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

CRISTIAN FETTER MOLD

JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

RAFAEL FERREIRA DE SIQUEIRA

idp

INSTITUTO
BRASILIENSE DE
DIREITO PÚBLICO

Organizador

Paulo Gustavo Gonet Branco

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1ª edição

Autores:

Afonso Códolo Belice

Augusto Aguilar Calahorro

Cristian Fetter Mold

Jorge Octávio Lavocat Galvão

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Paulo Gustavo Gonet Branco

Rafael Ferreira de Siqueira

IDP

Brasília

2016

Conselho Editorial:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (IDP)
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer (IDP)
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
(Instituto Federal da Bahia)

1. Adriana da Fontoura Alves (IDP)
2. Alberto Oehling de Los Reyes (Madrid)
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho (PUC-SP)
4. Arnoldo Wald (Universidade de Paris)
5. Atalá Correia (IDP)
6. Carlos Blanco de Moraes (Faculdade de Direito de Lisboa)
7. Carlos Maurício Lociks de Araújo (IDP)
8. Everardo Maciel (IDP)
9. Felix Fischer (UERJ)
10. Fernando Rezende
11. Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada)
12. Francisco Fernández Segado (Universidad Complutense de Madrid)
13. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
14. Jorge Miranda (Universidade de Lisboa)
15. José Levi Mello do Amaral Júnior (USP)

16. José Roberto Afonso (USP)
17. Julia Maurmann Ximenes (UCLA)
18. Katrin Möltgen (Faculdade de Políticas Públicas NRW - Dep. de Colônia/Alemanha)
19. Lenio Luiz Streck (UNISINOS)
20. Ludger Schrappner (Universidade de Administração Pública do Estado de Nordrhein-Westfalen)
21. Marcelo Neves (UnB)
22. Maria Alicia Lima Peralta (PUC-RJ)
23. Michael Bertrams (Universidade de Munster)
24. Miguel Carbonell Sánchez (Universidad Nacional Autónoma de México)
25. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)
26. Pier Domenico Logroscino (Universidade de Bari, Italia)
27. Rainer Frey (Universität St. Gallen)
28. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (USP)
29. Rodrigo de Oliveira Kaufmann (IDP)
30. Rui Stoco (SP)
31. Ruy Rosado de Aguiar (UFRGS)
32. Sergio Bermudes (USP)
33. Sérgio Prado (SP)
34. Teori Albino Zavascki(UFRGS)

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais / Paulo Gustavo Gonet Branco(org.). – Brasília: IDP/EDB, 2016.

165 p.

ISBN: 978-85-65604-97-0

1. Ativismo Judicial. 2. Efetivação 3. Direitos Fundamentais.
I. Título. II. Paulo Gustavo Gonet Branco III.
Afonso Códolo Belice IV. Rafael Ferreira de Siqueira V.
Pablo Malheiros da Cunha Frota e Cristian Fetter Mold VI. Augusto
Aguilar Calahorro

CDD 340

SUMÁRIO

RESERVA DO POSSÍVEL E ATIVISMO JUDICIAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580252: REPARAÇÃO DO ESTADO AO DETENTO QUE TEVE SEUS DIREITOS VIOLADOS DURANTE O CÁRCERE.....	7
Afonso Códolo Belice	7
O RE 153.531: A PROIBIÇÃO DA CRUELDADE CONTRA ANIMAIS COMO UM LIMITE AO DIREITO FUNDAMENTAL DA MANIFESTAÇÃO CULTURAL E A DESNECESSIDADE DA INVOCAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA.....	33
Rafael Ferreira de Siqueira.....	33
O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E A SUA POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO: PRIMEIRAS REFLEXÕES	51
Pablo Malheiros da Cunha Frota.....	51
Cristian Fetter Mold	51
JUÍZES PODEM CONTRIBUIR NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO?	104
Jorge Octávio Lavocat Galvão	104
ACTIVISMO JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTES Y DESPUÉS DE LA CRISIS	114
Augusto Aguilar Calahorro	114
ATIVISMO JUDICIAL – PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES	151
Paulo Gustavo Gonet Branco.....	151

Apresentação

Neste livro eletrônico, o leitor há de encontrar algumas contribuições que movimentaram o grupo de pesquisa Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional, que tenho a alegria de dirigir no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como parte do seu Programa de Mestrado em Direito Constitucional. A temática que serviu de ponto inicial para os debates, refletida nos textos postos à discussão, a seguir compendiados, girou em torno do fenômeno do ativismo judicial e das suas conexões com aspectos práticos ou de teoria dos direitos fundamentais. Gostaríamos que todos os leitores deste e-book pudessem ter estado conosco nas nossas reuniões mensais – não sendo possível, o amigo é trazido para perto da gente, ao menos no contato com uma parte da produção do Grupo de Pesquisa. No ebook, os textos são de autoria tanto de integrantes do Programa de Mestrado do IDP, como de professores com vínculo com outras instituições de ensino, aí se incluindo a academia espanhola.

Boa leitura!

RESERVA DO POSSÍVEL E ATIVISMO JUDICIAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580252: REPARAÇÃO DO ESTADO AO DETENTO QUE TEVE SEUS DIREITOS VIOLADOS DURANTE O CÁRCERE

Afonso Códolo Belice¹

RESUMO: O presente artigo analisa o fenômeno do ativismo judicial sob o enfoque do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) 580252, que trata da responsabilidade civil do Estado por danos morais causados ao preso por superlotação e condições degradantes de encarceramento. Objetiva-se verificar e indagar quais os argumentos utilizados no caso em tela, que traz ao debate a cláusula da reserva do possível. Escolheu-se a apreciação de tal RE por este discutir, em sede de repercussão geral, a possibilidade de ressarcir pecuniariamente o detento por este ter tido seus direitos violados no cárcere graças à omissão do Estado. Partindo da hipótese de que o provimento de tal reparação deve ser bem compreendido, os argumentos do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso serão avaliados. Conclui-se que o Ministro decide a questão produzindo uma remição que não foi pedida inicialmente, indo não só além do caso processual, bem como da própria função do Poder Judiciário.

PALVRAS-CHAVE: STF. Responsabilidade Civil do Estado. Reserva do Possível. Ativismo Judicial. Dano Moral.

ABSTRACT: This article analyzes the phenomenon of judicial activism from the standpoint of the Supreme Court (STF) on the Extraordinary Appeal (RE) 580252, which deals with the liability of the State for damages caused to the prisoner by overcrowding and degrading conditions of incarceration. The objective is to check and inquire what arguments used in the case in question, which brings to debate the clause of reserve for contingencies. We chose to assess such RE by this discuss, in the seat of general repercussion, the possibility of payment of compensation reimburse the detainee for having had their rights

¹Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bolsista no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília (IDP/EDB). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional e Direito Fundamentais”, que possui como líder o Professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

violated in penitentiary thanks to the State's failure. Assuming that the provision of such compensation should be well understood, the arguments of the vote cast by the Minister Luis Roberto Barroso will be assessed. It concludes that the Minister decides the question producing a redemption that was not requested initially, going not only beyond the procedural case, as well as the proper function of the Judiciary.

KEYWORDS: Supreme Court. State Liability. Reserve for Contingencies. Judicial Activism. Moral Damage.

Introdução

No presente artigo, pretende-se estudar tanto a cláusula da reserva do possível, quanto o ativismo judicial, no caso em julgamento no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 580252.

Imperioso notar que o processo está em pleno andamento à época que este trabalho foi produzido, estando os autos sob pedido de vista da Ministra Rosa Weber, depois de proferido o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na data de 6 de maio de 2015.

Far-se-ão breves considerações a respeito: da reserva do possível, senda esta tratada nos votos dos até agora proferidos; do ativismo judicial, o qual é cristalino no caso em comento; e da remição da pena, instituto este que o Ministro Barroso pretende expandir segundo seu voto.

Reserva do Possível

Nessa esteira, imprescindível se entender a formulação da “reserva do possível”. Tal expressão foi consolidada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1972 (SARLET, 2012 p. 287). Analisou-se a constitucionalidade, em controle concreto, de regras de direito estadual que determinavam o modo admissional nos cursos de medicina em certas universidades alemãs. Como a capacidade de receber alunos em seus cursos se esgotou, limitaram-se as admissões. Assim sendo, questionou-se perante a citada Corte que tal limitação seria uma ofensa ao direito à liberdade profissional garantido na Constituição Alemã.

O Tribunal, entretanto, entendeu que havia a possibilidade de restrição ao acesso em tais cursos, uma vez que os direitos sociais de participação em benefícios estatais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.” (SARLET, 2008 p. 23). A expressão “reserva do possível” demonstrava não ser possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há demandas cujas exigências vão além do razoável esperado das decisões judiciais, que devem manter coesão com os anseios societários.

Em nosso país a ideia de reserva do possível se propagou. Entretanto, a expressão sofreu mudanças em seu sentido original, visto que hoje não há mais referência à razoabilidade da pretensão, limitando-a a simples disponibilidade de recursos. Reduzir-se-ia apenas a reserva do financeiramente possível. José Joaquim Gomes Canotilho² faz crítica a esta concepção, aduzindo que isto seria traduzido para a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Segundo o constitucionalista português, direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

A reserva do possível foi abordada e rotulada de diferentes formas. Concorda-se acerca de seu conteúdo, no que tange aos limites fáticos que condicionam a atuação do Direito. Todavia, sua natureza e aplicabilidade às normas constitucionais ainda não estão devidamente definidas.

Entre os efeitos do instituto, há aquele que faz a reserva do possível, quando calcada exclusivamente na limitação orçamentária, atribua somente uma dimensão simbólica aos direitos sociais de nosso Estado Democrático de Direito. O custo desses direitos adquire particular relevância no âmbito da efetivação dos mesmos. Discorre-se que condicionar tal efetivação dos direitos fundamentais sociais à existência de recursos disponíveis nos cofres públicos significaria restringir a pujança destes direitos e tornar sua universalidade tecnicamente relativa, reduzindo estes direitos ao simbolismo.

² Em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* p. 481

Todos os direitos fundamentais importam em custos, sendo compreendidos em sentido amplo, referindo-se aos custos inerentes a existência e manutenção do Poder Público, bem como em sentido estrito, aludindo-se aos custos financeiros públicos de todos os direitos. Como alude Flávio Galdino³, a compreensão tanto dos custos dos direitos, quanto da escassez de recursos, ao invés de serem meros artifícios ideológicos para denegação de direitos, quando analisadas sob a perspectiva de custo-benefício, significam um meio de converter o direito em um importante instrumento de transformação social, representando, inclusive, uma justificativa para o próprio direito.

Desse modo, como assevera José Reinaldo de Lima Lopes⁴, a reserva do possível não pode ser acatada quando Executivo e Legislativo manipulam o orçamento de tal maneira para criá-la artificialmente, quando observada em outras condições, ela não existiria.

O citado professor exprime que a reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém particularmente de forma imediata e isolada. Entretanto, será uma defesa dificilmente acatável quando o litígio for em torno do orçamento ou programa.

Para a melhor compreensão dos argumentos dos Ministros no caso em tela serão utilizados elementos da análise econômica do direito. Como explica Ivo Gico Jr⁵, esta se vale pelo bom emprego do instrumental analítico e empírico da economia, peculiarmente da microeconomia e da economia do bem-estar social, com o viés de se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, assim como da racionalidade deste. De maneira geral, os economistas que se valem da análise econômica do direito preocupam-se em tentar responder duas perguntas: quais as implicações de uma dada regra; e qual regra jurídica deveria ser tomada.

3 Na sua obra *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores* p.252

4 Opinião do professor da USP e FGV-SP expressa em artigo integrante ao livro: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benti Timm, Ana Paula de Barcellos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 p. 173-193.

5 Como explicado em seu artigo *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito* p.17

Entende-se que quanto mais enxuta a disponibilidade de recursos, mais deve-se impor uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que remonta diretamente à necessidade de aprimorar os mecanismos de gestão democrática do orçamento público, como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral (SARLET, 2008 p. 31). A corrente consequencialista propõe que o juiz exerça sua discricção por meio uma argumentação jurídica baseada em princípios, os quais devem justificar a decisão em termos de correção. Esta corrente explana que as decisões são condicionadas por modelos decisórios, que dão proeminência ao contexto sobre a norma.

No que tange aos direitos que o Estado deve prestar, seus custos assumem grande relevância, pois sem o desprendimento de algum recurso não haverá a efetiva realização das prestações reclamadas. Depender-se-á, em última análise, da conjuntura econômica, visto que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das devidas prestações (SARLET, 2012 p. 286).

Há evidente disparidade entre as previsões normativas contidas no catálogo de direitos fundamentais e a distribuição de recursos escassos na sociedade brasileira. (GALDINO, 2005 p.4). Em nosso país, existem previsões normativas necessariamente justas, que instituem estados ideais de compartilhamento social dos direitos e recursos. Porém, embora a distribuição devesse ser justa, quando empiricamente verificada, vê-se que é brutalmente injusta, como no caso do sistema prisional brasileiro, cerne da decisão judicial estudada neste trabalho.

O discurso público que pugna por uma opção fundante na desconsideração dos custos será, inevitavelmente, trágico. As promessas de direitos fundamentais irrealizáveis e das respectivas prestações públicas, como elucida Flávio Galdino⁶, conduzirá “invariavelmente à desvalorização dos direitos mesmos; à malfadada irresponsabilidade dos indivíduos, e à injustiça social”.

Entende-se que a possibilidade de se buscar um invocado direito fundamental face ao Poder Judiciário dependerá da aferição das possibilidades

6 Em sua obra *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores* p.325

reais, ou seja, orçamentárias. Mais do que isso, depende da demonstração de que os benefícios justificam tais custos ao invés vez de outros (GALDINO, 2005 p.342). Este ponto é sensivelmente tocado pelos votos dos Ministros no caso em tela, pois estes não desejam que a reserva do possível impeça a consubstanciação de direitos fundamentais.

Nessa seara, a reserva do possível constitui espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, embora também possa atuar, em certas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais. Como na hipótese de conflitos de direitos, quando se versar da invocação, resguardados os princípios da proporcionalidade e garantia do mínimo existencial, da indisponibilidade de recursos com o escopo de proteger o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2012 p. 288).

Após esta análise econômica do direito e da reserva do possível, que é explicitada nos votos dos Ministros no caso em tela, seguir-se-á ao entendimento do ativismo judicial. Este é cristalino no voto-vista do Ministro Barroso, mas, para assim qualificá-lo, necessita-se, primeiramente, fazer um sucinto estudo sobre quais as características de uma decisão ativista.

Ativismo Judicial

Para se entender a respeito do tema ativismo judicial volta-se o olhar ao tempo do início da discussão a respeito da repartição dos poderes estatais, visto que esta é modificada através das decisões judiciais ativistas. Montesquieu observava, na divisão dos poderes, mais um preceito de arte política a um princípio jurídico (FERRAZ JR, 1994 p.14). Dessa forma, a divisão não tratava de princípio para a organização das competências estatais, e sim um meio de se impedir o despotismo do monarca. Ou seja, o princípio daria a força de inibição de um poder pelo outro, e no exercício dessa função, o Judiciário seria o que menos tinha a ver com força política.

Com o passar do tempo, a ideia da repartição foi sendo trabalhada por diversos autores. James Madison foi coautor, juntamente com John Jay e Alexander Hamilton, de “Os Artigos Federalistas”, obra de imensurável valor à

época, pois contribuiu para a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América. Ele foi, inclusive, o quarto presidente de seu país. E no artigo da citada obra, especificamente o de número LXXVIII, ele explana que, em um modelo de separação de poderes, o Judiciário será o menos capaz de transgredir e violar os direitos políticos da Constituição. Revela que este poder seria incontestavelmente o mais fraco dos três, e que jamais poderia atacar com sucesso os outros dois. Dever-se-ia capacitá-lo para a defesa de possíveis ataques dos outros poderes (MADISON, 1993 p.83).

Ao passar dos anos, entende-se que a neutralização do Judiciário é parte imperiosa para a consolidação do Estado de Direito burguês. Tal neutralização apontará como é importante a imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário de suas funções (FERRAZ JR, 1994 p.15).

Nota-se que neutralizar não significa se tornar genericamente indiferente, mas sim se gerar uma indiferença controlada. Estabelece-se uma relação em que a indiferença é avalizada contra perspectivas de influência. Nessa esteira, a neutralização não faz com que o Judiciário se torne imune, de fato, a pressões de ordem política (FERRAZ JR, 1994 p.16).

O poder do Estado tripartido e a concepção de neutralização do Judiciário implica congruidade entre as funções instrumentais e as funções expressivas do processo judicial (FERRAZ JR, 1994 p.15).

Após esta breve construção acepção de como a ideia foi trabalhada ao longo da história, chega-se aos dias atuais. Então, explica Tercio Sampaio Ferraz Júnior:

Com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade [...] A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.

Com a vinda da Constituição Federal de 1988, conhecida como a nossa Constituição Cidadã, uma enorme quantidade de direitos e garantias fundamentais foi deferida à sociedade. Há aqueles que explicam que “quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela Constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um Tribunal Constitucional” (VIEIRA, 1994 p.72).

No nosso modelo de democracia constitucional, a função perspicua do Tribunal Constitucional é conservar a vontade popular manifesta em momentos constitucionais, frente àquelas decisões tomadas pela administração pública, ainda que respaldadas em uma maioria (VIEIRA, 1994 p.73).

Nessa esteira, indaga-se a respeito da diferenciação entre cumprimento da Constituição e o ativismo judicial. A respeito do tema, o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e as fortuitas imagens de que a Corte ultrapassa suas atribuições ao promover o ativismo judicial, o decano deste Tribunal assim define⁷ tal instituto: “uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo”. Segundo o Ministro, o Supremo Tribunal Federal é convocado a desempenhar suas atribuições constitucionais de maneira moderada, responsável e prudente. Questionado se isto seria ou não configurado de ativismo judicial, responde⁸ que “não vislumbro, mas se vislumbrar a prática de ativismo, vejo um ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional. É para isso que existe o Poder Judiciário”.

A respeito do ativismo judicial, Paulo Gonet Branco⁹ esclarece que muitos fazem referência ao termo sem ao mesmo se valer de qualquer vigilância epistemológica:

Nem mesmo se encontra consenso em torno de se saber se a atitude é desejável ou negativa. O risco está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, em

7 Discurso proferido pelo Ministro Celso de Melo em novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>

8 Idem

9 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. FELLET, André (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial* p.2

transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam participantes desavisados do debate político, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.

O professor estadunidense de ciência política Bradley Canon explica que o ativismo judicial é geralmente visto como uma mudança significativa de políticas públicas através do Judiciário. Quando a corte declara a inconstitucionalidade de leis ou atos dos outros poderes ela opera alterações nas políticas estatais. Fato este que chama a atenção a outro fator, a legitimidade, ou não, para se realizar tais mudanças nos planos de governamentais.

Este autor, versando a respeito das dimensões do ativismo, explica que este pode vir por bem ou por mal. Ele explana que “pode ser liberal ou conservador, libertário ou estadista, politicamente necessário ou desnecessário, ou, para essa matéria, sem relação com a ideologia e a política em tudo¹⁰”. Segundo a visão de Canon, há seis dimensões do ativismo judicial: majoritário; interpretativo de estabilidade; interpretativo de fidelidade; substância / distinção do processo democrático; especificidade da política, e disponibilidade de um decisor de políticas públicas alternativo.

Deve-se ter cuidado ao definir o ativismo judicial. Com certa frequência é posto como um termo pejorativo. Entretanto, a norma no sistema constitucional em que estamos inseridos é a de que o Tribunal Constitucional não faça políticas públicas, mas sim, meramente, implemente políticas inerentes à Lei Maior (CANON, 1983 p.240).

O referido professor esclarece que não trata o ativismo como uma patologia, que nem o condena ou o defende. Considera que este é simplesmente um fato da vida judicial (CANON, 1983 p.240). Explica que a distinção crucial deve ser feita entre aquelas decisões que afetam a integridade do processo político democrático e aquelas que não maculam essa seara.

Imprescindível balizar que o conceito de ativismo judicial está longe de ser unanimidade entre os doutrinadores. Existem diversas divergências acerca

10 Tradução nossa.

da definição do termo. Há aqueles que, como Peter Härberle¹¹, avocam estar “contente que os tribunais pratiquem o ativismo judicial (...) o sistema republicano não se vê debilitado por um ativismo jurídico senão fortalecido”. Entretanto, há aqueles que, como Elival da Silva Ramos¹², abordam que o ativismo judicial é uma “descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.

Desse modo, deve-se analisar caso a caso para a verificação de qual dimensão do ativismo judicial está sendo tratada. Entende-se que ele é um fato consolidado na cultura jurídica atual, que pode ser diferentemente caracterizado, a depender daquele que observa ou que sofre seus efeitos.

Tem-se o ativismo como fato jurídico consolidado e já indissociável da pós-modernidade. Ele poderá necessário ou desnecessário, justo ou injusto, a depender do caso. Por este motivo, analisa-se o RE 580252, de modo a compreender qual dimensão do ativismo judicial surge no voto do Ministro Barroso.

Em via de se dar sequência ao estudo, para se compreender o ativismo judicial em comento, far-se-ão considerações a respeito do instituto da remição da pena, o qual é tratado na Lei de Execução Penal.

Remição da Pena na Lei de Execução Penal

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, trata da Execução Penal, e possui a alcunha de LEP. Esta, em seu art. 66, inciso III, aliena c, diz que compete ao juiz da execução decidir sobre a remição da pena. Esta lei sofreu alterações graças à Lei nº 12.313/10, que, dentre outras modificações, inseriu o art. 81-B, que na alínea e, de seu inciso I, diz que incumbe à defensoria pública requerer a remição da pena.

11 Autor citado em artigo do Professor Paulo Gonet Branco p. 393

12 Idem p. 394

Já a Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, alterou a LEP, dispondo sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou trabalho. Esta lei de 2011 fez grandes alterações na Seção IV da LEP, que trata exatamente “Da Remição”.

No primeiro artigo dessa Seção, que ditava que o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir parte do tempo de execução da pena, inseriu-se mais uma modalidade para a remição. Antes esta era somente pelo trabalho, já com a lei de 2011 se somou a este fato a remição da pena por estudo.

O parágrafo primeiro deste artigo e seus respectivos incisos ficaram assim estabelecidos:

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

A Lei nº 12.433/11 ainda implica que a remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa¹³, e que o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos¹⁴.

Cumpra-se ainda notar para o estudo em comento a alteração que a Lei de 2011 trouxe ao art. 129 da LEP, que a atualmente possuiu a seguinte redação:

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

Dessa maneira, observa-se a preocupação do legislador em regulamentar a execução penal no tange à remição da pena. Imperioso notar que tais alterações foram realizadas por via de lei, que perpassa por um árduo

13 Conforme art. 126, §8º da LEP.

14 Conforme art. 128 da LEP.

caminho até ser aprovada pelo poder Legislativo, este composto por representantes eleitos democraticamente pela sociedade brasileira.

Após o entendimento das nuances da reserva do possível, do ativismo judicial e da remição da pena, passa-se ao cerne do trabalho, que é a análise do RE 580252. Para tanto, haverá a devida apreciação dos votos do Ministro Relator, Teori Zavascki, e do Ministro Luís Roberto Barroso.

Recurso Extraordinário 580252

O caso em comento neste artigo trata de responsabilidade civil do Estado. Exige-se do Poder Público reparação por danos morais causados ao preso por superlotação e condições degradantes de encarceramento.

O autor foi preso em flagrante em 21 de outubro 2000, tendo sido recolhido ao estabelecimento penal de Corumbá, município localizado no Mato Grosso do Sul. No dia 3 julho de 2001, foi condenado a 20 anos de reclusão por ter cometido latrocínio. Após permanecer por mais de cinco anos preso no regime fechado, em 07 de dezembro de 2005, concedeu-se ao sentenciado a progressão ao regime semiaberto e, posteriormente, em 11 de setembro de 2009, para o regime aberto. Desde 26 de outubro de 2012, o recorrente encontra-se em livramento condicional e a data prevista para o término do período de cumprimento da pena é 28 de setembro de 2019.

Os autos originais do caso são o de número 0005157-18.2003.8.12.0008. Tal processo foi distribuído perante a 2ª Vara Cível de Corumbá na data de 22 de julho de 2003. O requerente é Anderson Nunes da Silva, tendo como representante a Defensoria Pública. Pleiteou-se a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de um salário mínimo mensal ao autor, enquanto perdurasse o tratamento degradante e a superlotação. O valor da ação foi fixado em R\$ 7.680,00 (sete mil seiscentos e oitenta reais)

Importante notar a sentença de mérito prolatada pelo juiz de primeiro grau na data de 12 de julho de 2005:

Julgo improcedente o pedido inicial formulado por Anderson Nunes da Silva na Ação de Reparação de Danos proposta contra o Estado de Mato Grosso do Sul, decretando a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, I, CPC) e condenando o autor nas custas processuais e honorários advocatícios de R\$ 500,00(quinzentos reais), cuja exigibilidade fica suspensa nos termos do art. 12, parte final, da Lei 1.060/50, por se tratar de beneficiário da assistência judiciária.

Na apelação, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por maioria, condenou o Estado a pagar ao recorrente a quantia de dois mil reais a título de indenização por danos morais. A decisão foi recorrida, proferida em sede de embargos infringentes, o que reformou o acórdão da apelação para julgar o pedido improcedente. A decisão dos embargos infringentes afastou o dever de reparação. Apesar de ter reconhecido a superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos, o TJMS concluiu pela aplicação da reserva do possível. Isto, sob o argumento de que “para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário (...) realizar a implementação de políticas públicas, o que exigiria disposição de verba orçamentária¹⁵”.

Já o Recurso Extraordinário foi protocolado junto ao STF na data de cinco de março de 2008, e em 18 de fevereiro de 2011 decidiu-se pela repercussão geral do mesmo. Na data de 3 de dezembro de 2014, o Relator, Ministro Teori Zavascki, proferiu seu voto que conhecia e dava provimento ao RE para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação.

Segundo o voto do Ministro Relator, os fatos da causa são incontroversos, visto que:

O recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida.

15 Como consta no voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 580252.

Nessa esteira, segue o Ministro Relator discorrendo que já que são incontrovertidos os fatos da causa e a ocorrência do dano:

A questão jurídica desenvolvida no presente recurso ficou restrita à sua indenizabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. É nesses limites e sob esse enfoque que o recurso extraordinário deve ser examinado.

Seguindo a linha de raciocínio do Ministro Relator, o dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente acarretados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos provém diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição. Esta é uma disposição normativa autoaplicável, que não se sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o apropriado direito subjetivo à indenização. Assim sendo, sucedendo o dano e estabelecido o seu nexa causal com a ação da Administração ou dos seus agentes, surge a responsabilidade civil do Estado.

Na sequência de seu voto, o Ministro Relator explica que:

Sendo assim, e considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o "princípio da reserva do possível", nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros. Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições. Mas não é disso que aqui se cuida. **Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes (...). Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexa causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado** (grifos nossos).

O Ministro Relator segue explanando que não há dúvidas de que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a

encarceramento. Diz ser obrigação de o Estado manter esses indivíduos em condições presidiárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, e, se for o caso, reparar os danos que decorrerem do não cumprimento normativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou-se no que tange a responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia¹⁶.

O Ministro Relator continua seu voto demonstrando que as transgressões a direitos fundamentais autoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para extinguir o problema prisional como um todo, o qual está sujeito à definição e implantação de políticas públicas características, provenientes da atribuição legislativa e administrativa, e não de provimentos judiciais. Se tal argumento fosse admitido, justificaria a perpetuação da desumana situação que constatada em presídios como o de Corumbá. Desse modo, discorre que:

Ainda que se admita não haver direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular e implantar política pública determinada, inclusive em relação à questão carcerária, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstância, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza causados por ação ou omissão do Estado a quem está, por seu comando, submetido a encarceramento.

O Ministro Relator explica que a reparabilidade civil, a que fazem jus pelos danos decorrentes das ilegais e desumanas condições de encarceramento às quais os detentos se encontram submetidos, não fica comprometida nem limitada pelo deficiente funcionamento das demais interações do sistema de segurança pública. Arrazoa que:

16 ARE 662.563 AgR/GO, no DJe de 02/04/2012, Relator: Min. Gilmar Mendes

A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais antes citadas, transformando o seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado.

Para se concluir o seu voto como Relator, o Ministro Teori Zavascki, propõe que a tese de repercussão geral seja a seguinte:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Diante do exposto, conheço do recurso extraordinário e a ele dou provimento, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação. É o voto.

Voto este que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Então, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso.

Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso

Os autos foram remetidos ao gabinete do Ministro Luís Roberto Barroso na data de 26 de janeiro de 2015. A devolução dos autos para julgamento foi realizada no dia 27 de abril deste ano. O voto-vista do Ministro foi exposto no Plenário do STF no dia 6 do mês subsequente. Tal voto contém 62 páginas e pretende, segundo o Ministro, trazer o tema para a reflexão coletiva da referida Corte, da sociedade brasileira e de seus representantes no Congresso Nacional.

O Ministro Barroso inicia seu voto explanando que concorda com o Ministro Relator:

Devo dizer, desde já, que adoto integralmente as premissas fixadas no voto do Ministro relator. O Estado tem o dever de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias aos mínimos padrões de dignidade. Não se pode invocar a teoria da reserva do possível ou outros

subterfúgios teóricos para afastar a responsabilidade civil do Estado na hipótese. Isso implicaria negar a uma minoria estigmatizada a titularidade de seus direitos mais elementares à integridade física e moral, à não submissão a tratamento desumano ou degradante e a penas cruéis, em frontal violação à Constituição. Seria, portanto, legitimar uma concepção desigualitária a respeito da dignidade humana, que nega aos presos o seu valor intrínseco, como se não se tratasse de seres humanos. Essa compreensão deve ser amplamente rejeitada por este Supremo Tribunal Federal.

Discorre que o não cumprimento do dever do Estado de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas. Nesse contexto, ao Ministro parece que a entrega de indenização pecuniária comina em uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos. Entende que o detento que demandar a indenização continuará sujeito às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. Observa que o dinheiro que lhe será entregue terá pouca valia para minorar as lesões existenciais sofridas. Ao lado disso, analisa que a reparação monetária muito provavelmente acarretará a propagação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Deste modo, a solução pecuniária, além de não eliminar ou diminuir as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las. Visto que os escassos recursos estatais, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo esvaziados para as indenizações individuais. Nota que este risco é ainda mais evidente no caso, já que em nenhum momento nos autos houve discussão a respeito dos critérios utilizados para a quantificação da indenização.

Dessa maneira, o Ministro elucida que existe uma real probabilidade de proliferação das demandas de detentos por danos morais, com inevitável repercussão orçamentária. Anota que nossas prisões acomodam atualmente cerca de 560 mil presos, e que se indenizasse cada um deles no valor de dois mil reais, haveria um gasto de mais de um bilhão de reais.

O Ministro entende que uma “boa solução para o caso deve encontrar uma rota alternativa e mais eficaz que o dinheiro”. Por um lado, reconhece-se que o Estado é responsável pelas violações à dignidade dos presos que causar. Por outro, necessita-se ir além da resposta pecuniária, “a fim de garantir que os direitos dos presos sejam efetivamente ‘levados a sério’”.

Merece destaque no voto do Ministro o relato do emprego do “juízo piloto” em relação ao sistema carcerário da Itália. No caso *Torreggiani et al. v. Itália*, múltiplos detentos que cumpriam pena em celas superlotadas ingressaram com petições de condenação do Estado para a devida prestação de indenizações. A Corte Europeia, afora decidir favoravelmente à reparação dos danos morais causados aos presos, identificou que a superpopulação carcerária na Itália possuía caráter estrutural. Conseqüentemente, decidiu que o governo italiano tomasse, no prazo de um ano, um conjunto de medidas hábeis a reduzir a superlotação, onde fossem compreendidos remédios preventivos e compensatórios. O Ministro relata que o mais interessante desse caso foi a sua repercussão positiva sobre as condições de encarceramento no país. A Itália estimulou a adoção de medidas alternativas à prisão. No que se refere aos remédios compensatórios, o governo italiano estabeleceu um mecanismo de reparação in natura dos danos morais causados aos presos: remição de um dia de pena para cada dez dias de detenção em condições degradantes ou desumanas.

Segundo o Ministro, as experiências internacionais não evidenciam somente que a crise prisional é um fenômeno global. Elas vão além, demonstram que se trata de um problema complexo, cujo enfrentamento deprecia uma atuação conjunta de diferentes poderes e órgãos do Estado. Elas corroboram a necessidade de se conferir prioridade a soluções que atuem realmente sobre as causas das situações que deram origem às demandas. E, por fim, apontam os papéis que a jurisdição constitucional tem a desempenhar no processo.

Em seu voto, o Ministro arrazoa que o problema mais imediato a ser enfrentado é a superlotação, e demonstra que há diversas medidas capazes de diminuir o déficit de vagas nos presídios. O segundo problema é a forçosa necessidade de se romper com a lógica do hiperencarceramento, não ignorando que toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, mas, a despeito disso, é imprescindível descobrir um ponto de equilíbrio. O terceiro grave problema decorre das deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.

Nestes campos, o processo, para se garantir a resolução dos problemas, deve ser entendido da seguinte maneira:

A jurisdição constitucional não pode desempenhar o papel de mero expectador. Ao contrário, o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional no país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias. (grifos nossos)

Entende-se que o Estado se encontra na posição de garante, o que sujeita o ente a uma responsabilidade diferenciada, de caráter eminentemente objetivo. Destarte, comprovado o dano moral e estabelecido o nexo de causalidade entre a insuficiência das políticas públicas prisionais tomadas e o abuso à dignidade do preso, passar a existir o dever de indenizar. Nessa esteira, como explica o Ministro, não se pode acolher a invocação da reserva do possível como argumento meramente retórico, permitindo, assim, que o poder público se exima de seus deveres legais. Por tudo o que foi exposto, conclui que o “Estado é responsável por indenizar os danos morais causados ao recorrente, sendo indevida a aplicação da cláusula da reserva do possível para afastar a responsabilidade civil do poder público no caso”.

Deste modo, observa-se que, até este ponto, o Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou integralmente o voto Ministro Relator. Ver-se-á que sua divergência não é quanto aos fundamentos, mas quanto à consequência.

O Ministro entende que a fixação de uma compensação estritamente pecuniária comina em uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais padecidos pelo recorrente e pelos presos em geral. Visto que o detento que demandar a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. Além do que:

Se o valor das indenizações for menor que o preço atribuído às qualidades humanas, “melhor” prosseguir com a conduta lesiva do que impedir a ocorrência do dano. Nessa lógica de mercado, ofensas morais passam a ser admitidas desde que se possa arcar

com o custo correspondente. Ainda, a compensação estritamente financeira estimula demandas oportunistas – a “indústria do dano moral” –, nas quais a invocação de interesses existenciais volta-se tão somente à obtenção de lucros.

Segundo o raciocínio do Ministro, a lógica de despatrimonialização da reparação dos danos morais é perfeitamente aplicável ao caso em exame. É necessário, assim, procurar um mecanismo de reparação peculiar das lesões existenciais causadas aos presos que “seja capaz de recuperar, tanto quanto possível, as condições mínimas de dignidade que lhes foram subtraídas”.

Nesta seara, a solução proposta pelo Ministro é a de que:

Os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

Esta solução não afasta por completo a indenização em dinheiro, mas lhe confere caráter subsidiário. A indenização pecuniária dos danos morais será oportuna somente quando a remição da pena não for possível. Isto ocorreria, por exemplo, no caso de detentos que já tivessem cumprido integralmente a pena ou de preso provisório que tivesse se sujeitado a condições desumanas de encarceramento, mas fosse posteriormente absolvido.

Como explica o Ministro Barroso:

O mecanismo de reparação de danos proposto, como se viu, é admitido no Direito Comparado, tendo sido adotado pela Itália e aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ao analisar o mecanismo, a CEDH concluiu se tratar de “uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção”, com “a vantagem inegável de contribuir para o problema da superlotação”.

Discorre que em nosso país, “embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente”. Isto seria possível tanto em sua lógica estruturante, quanto em sua forma e modo de execução.

Sua lógica estruturante corresponde à concepção de que o tempo de pena cumprido em condições desumanas necessita ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, aquelas previstas em lei. Dessa maneira, a diminuição do tempo de prisão seria o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena, proporção esta que havia sido despedaçada graças ao tratamento impróprio suportado pelo detento.

No que se refere à sua forma, a remição da pena é um dentre os vários mecanismos possíveis de reparação específica ou in natura de lesões existentes. Entende o Ministro que “o tempo de liberdade torna-se uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro”.

No que tange ao modo de execução do remédio proposto, corresponde-se ao do instituto da remição penal previsto na LEP. O Ministro diz que é certo que os mecanismos não se confundem, pois a remição da LEP possui um sentido ressocializador. Já a remição penal proposta em seu voto é um mecanismo de reparação de danos. Contudo, “esta deverá ser executada a partir do mesmo modus operandi da LEP”.

O voto segue a afirmar que o direito processual penal tem acolhido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais. Enseja que essa espécie de reparação é inteiramente compatível com a Constituição, pois esta garante a indenização pelos danos morais, mas não elenca um meio determinado para seu ressarcimento. O Ministro entende que mecanismos de reparação in natura permitem a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, evitando que sua contemplação fique tão só a cargo da reparação monetária.

Na esteira do raciocínio do Ministro, a remição de parte do tempo de execução da pena como meio prioritário de compensação de danos extrapatrimoniais suportados pelos presos encontra amplo respaldo no

ordenamento jurídico brasileiro, e possui inúmeras vantagens em relação à indenização pecuniária. Tal solução é melhor em matéria de responsabilidade fiscal, de sistema prisional e é melhor para o detento. Segundo o voto, os pontos positivos desse instituto são:

(primeiramente) a remição da pena reduz a superlotação dos presídios, ao permitir que os detentos sujeitos a tratamento desumano conquistem a liberdade de forma mais acelerada. Atua, assim, diretamente sobre uma das principais causas do problema. Em segundo lugar, o remédio possibilita a efetiva responsabilização dos Estados pelos danos que causarem aos presos, sem, contudo, comprometer a sua capacidade de investimento na melhoria do sistema prisional. Por fim, as condenações deverão surtir um efeito moral e pedagógico. A perspectiva de que condenados deixarão mais cedo os cárceres por conta das condições atroztes dos presídios produzirá, inevitavelmente, o aumento da visibilidade e da deliberação pública sobre o tema.

Nessa esteira, o Ministro propõe que:

A contagem do tempo de remição seja feita à razão de 1 dia de pena a cada 3 a 7 dias de encarceramento em condições degradantes, a depender da gravidade dos danos morais sofridos nessas circunstâncias. Eventual dificuldade no arbitramento do quociente de remição da pena em cada caso concreto não será, por evidente, uma peculiaridade deste mecanismo de reparação de danos. Na verdade, a dificuldade está na própria mensuração dos atributos humanos, ou seja, na necessidade de “quantificar o inquantificável” que é inerente ao dano moral e está presente de igual modo (e mesmo de forma mais grave) na reparação pecuniária.

Explica que apenas subsidiariamente, se o preso já tiver cumprido integralmente a pena e não seja possível aplicar a remição ao caso, a indenização das lesões existenciais suportadas pelo detento poderá se dar sob a configuração pecuniária.

Seguindo esta solução de remição, esclarece-se que processualmente não há qualquer violação ao princípio da congruência. Apesar de se ter pleiteado uma indenização em dinheiro a título de compensação dos danos morais sofridos, o juiz não está limitado a essa solução. O Ministro versa que “nas ações de indenização por danos morais, o direito material do autor a ser tutelado não é o recebimento de dinheiro, mas a efetiva reparação das lesões suportadas”. Deste modo, os limites impostos pelo princípio da congruência precisam se

relacionar com a tutela do direito material do autor, e não com o remédio que efetivamente se pleiteia.

Por todo o exposto, o Ministro concede provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o direito do recorrente a ser indenizado pelos danos morais sofridos. Mas tal indenização assumirá forma de remição de parte do tempo de execução da pena, segundo quociente a ser fixado pelo Juízo da Execução.

Assim sendo, a tese a ser fixada, com os efeitos intrínsecos ao instituto da repercussão geral, é a que se segue:

O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

Conclusão

Tanto o Ministro Teori Zavascki, sendo este o Relator do caso, quanto os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso elucidam que o Estado é responsável pela guarda e segurança dos encarcerados. Asseveram ser obrigação do Estado manter os presos em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei. Caso aconteça contrário, e os presos sofram danos enquanto estão sob a custódia estatal, deve o poder público reparar os danos decorrentes do não cumprimento da lei.

Os Ministros concordam que a utilização da reserva do possível no caso, visto como argumento retórico em via de se afastar a responsabilidade estatal pelas nefastas condições da de encarceramento, ofende tanto o princípio

da reparação dos danos abarcado na Constituição, quanto como produz a perda de eficácia de várias outras cláusulas constitucionais e convencionais. Isto alteraria o seu não cumprimento em apenas inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser permitido. Assim sendo, afasta-se o princípio da reserva do possível em prol do direito à reparação dos danos sofridos pelo detento.

Muito nos preocupam certas incongruências nos votos dos Ministros: a utilização da expressão “subterfúgios teóricos” pelo Relator do caso, que dá a entender que as teorias jurídicas, desenvolvidas e construídas através de anos de discussões acadêmicas, cairiam frente ao caso concreto; a “indústria do dano moral” asseverada pelo Ministro Barroso não tem qualquer fundamentação, é apenas lançada em seu voto como justificção para não dar dinheiro ao detento; e a tão explicitada compensação de dano moral não é tecnicamente correta, afinal, dano moral não se compensa, e sim se repara, sendo que a reparação in natura é demasiada abstrata para se perquirir.

Agora ao se analisar especificamente o voto-vista do Ministro Barroso é visível a alta carga de ativismo judicial empregada. Afinal, no presente artigo demonstrou-se a preocupação do legislador em regulamentar a execução penal no que concerne à remição da pena. A LEP foi alterada e aperfeiçoada por via estritamente legislativa, realizada pelos representantes eleitos pelo povo. E então, o Ministro adentra na matéria a que se referida na lei, especialmente no instituto da remição da pena, e o modifica segundo suas convicções pessoais.

Por mais bem fundamentadas que sejam tais convicções, seja em direito comparado ou em possíveis efeitos benéficos, há um ativismo judicial enorme, e exatamente daquela dimensão em que há uma intromissão gigantesca na esfera de outro Poder. Ou seja, apesar da LEP ter transcorrido um intenso caminho até ter sido aprovada pelo Poder Legislativo, o Ministro simplesmente cria um novo instituto em analogia à lei.

Esta analogia seria demasiada complexa, afinal a o art. 129 da LEP dita que caberá autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando. Desse modo, qual solução análoga o Ministro iria propor? Algo como o envio mensal, por parte do estabelecimento prisional, das condições

degradantes do próprio local, devidamente verificadas, e qual o grau quantificável de remição dos detentos. Isto nos parece um tanto quanto paradoxal.

Não obstante, se tal decisão fosse acatada pela maioria do STF em sede de repercussão geral, haveria gestores estatais que se valeriam de tal para manter as péssimas situações dos presídios e assim sim demonstrar números e dados de segurança pública de maneira boa para a sociedade. Isto ocorreria, pois apesar das inúmeras prisões, os presídios não ficariam superlotados, graças à nova remição que libertaria os que já estivessem no cárcere, e também haveria um alto grau de “ressocialização”, sendo que os presos saíram tempo antes do previamente estipulado.

Segundo o Ministro Barroso, a jurisdição constitucional não pode exercer a função de mera expectadora. Ao revés, “o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional”. Isso ira estimular o processo de aperfeiçoamento da política prisional no país. Nessa lógica, faz-se com que a Corte invada as atribuições dos outros poderes para que estes se sintam coagidos a agir na área afetada. Ou seja, a solução então seria se operar uma coerção judicial, obrigando os outros poderes a agir. Há sérias dúvidas que este tipo de coerção seria legítimo.

O Ministro Barroso versa que não há transgressão ao princípio da congruência. Mesmo o requerente demandando pecúnia por parte do Estado, visto que está em liberdade condicional e a situação degradante não mais continua, o Ministro decide por solução diversa. Ou seja, embora tendo se pleiteado uma indenização em dinheiro, o Ministro não estaria adstrito a solucionar desta maneira. Assim sendo, vislumbra-se uma lógica de time is money ,mas onde se invertem as proposições, pois se não há money, dar-se-á time ao requerente.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. FELLET, André (orgs). As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011 P.387-402

CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of judicial Activism. *Judicature* Volume 66 Number 6 December-January. Lanham: Lexington Books, 1983

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apeam.org.br/2012/controlsites/ingeditor/File/Arquivo_tese%2028.pdf>

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?* São Paulo: Revista USP, 1994

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, n. LXXVIII

NOTÍCIAS STF de 15 de novembro de 2010. Suprema Corte brasileira e o exercício de suas atribuições constitucionais. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

_____. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benti Timm, Ana Paula de Barcellos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da lei ou da corte?* São Paulo: Revista USP, 1994

O RE 153.531: a proibição da crueldade contra animais como um limite ao direito fundamental da manifestação cultural e a desnecessidade da invocação à dignidade da pessoa

Rafael Ferreira de Siqueira

Resumo: O julgamento do Recurso Extraordinário 153.531 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal foi paradigmático pois acabou por proibir a celebração da “Farra do Boi”, costume típico do litoral do Brasil, de origem açoriana, no qual, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal havia maltrato aos animais. Os ministros fizeram diversas ponderações, entre outros, sobre os direitos à Cultura, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à dignidade da pessoa, um princípio basilar da República Federativa do Brasil. Foi justamente essa menção à dignidade que chamou a atenção ao caso. À luz do caso precedente pretende-se analisar se a menção a ela era relevante ao deslinde da causa.

Palavras-chave: direito à Cultura, direitos culturais, manifestação cultural, dignidade da pessoa, direitos fundamentais, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, proibição de maltrato aos animais.

Abstract: The ruling of the Extraordinary Appeal, recurso extraordinário, 153.531 before the Second Bench of the Brazilian Supreme Court was paradigmatic for it banned the celebration known as "Farra do Boi", a tradition of the southern Brazilian cost line of Azorean origin, in which, according to the opinion of the Supreme Court animal mistreatment took place and therefore had to be prohibited. In ruling the case, Justices made various arguments, among others, the right to culture and cultural manifestations, to an ecologically balanced environment and to human dignity, a founding principle of the Brazilian republic. It was precisely this mention to dignity that drew one's attention to the case. In studying the precedent one intends to evaluate whether the mention to dignity was relevant for the final ruling.

Key words: Brazil, Brazilian Supreme Court, right to culture, right to cultural manifestation, human dignity, fundamental rights, right to an ecologically balanced environment, prohibition to animal mistreatment.

Introdução

Ante o estudo do caso da farra do boi, Recurso Extraordinário – RE 153.531 julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, verificamos curiosa menção, pelo Ministro Néri da Silveira, à dignidade da pessoa. Além disso, ao longo da discussão havida nos debates reduzidos a termos no acórdão, chamou-nos a atenção a dicotomia, no caso, entre dois direitos fundamentais: os direitos culturais e o direito/dever de proibição de maus tratos aos animais, ambos registrados textualmente na Constituição Federal. Interessou-nos o estudo do mencionado caso, entre outros, pois se faz aparente desnecessária menção à dignidade da pessoa.

Dizemos “desnecessária”, porque, a um, a menção a tal princípio não pareceu relevante para a discussão e decisão do caso objeto deste estudo e, a dois, porque o único a mencionar a dignidade da pessoa, o Ministro Néri da Silveira, fê-lo sem aprofundar-se e sem fundamentar a relação por ele verificada entre direitos culturais e dignidade da pessoa. Interessa-nos, assim, analisar a relação entre direitos culturais e dignidade da pessoa. Essa relação será objeto deste estudo, tal qual o aparente conflito entre os direitos culturais e direito/dever de proibição de maus tratos aos animais.

Em razão disso, foi necessário buscar literatura sobre o tema dos direitos culturais e antes de a eles chegar, foi necessário buscar bases para a conceituação de cultura e de dignidade da pessoa. Ao fazê-lo, sempre em busca de sua relação com a dignidade da pessoa, tendo em mente o voto do Ministro Néri da Silveira, foi possível verificar a íntima relação entre eles. Observamos também que alguns autores, em especial os escolhidos como marco para este trabalho, eximem-se de conceituar os termos, em que pese fornecerem boas e interessantes bases para que cada leitor o faça. A exceção está em Ingo Sarlet o qual define, com habilidade, dignidade da pessoa.

O trabalho se inicia pelo estudo da bibliografia selecionada para se encontrar ou elaborar a conceituação dos termos e a configuração dos direitos e princípios objeto deste trabalho, nominalmente, a dignidade da pessoa, o direito à manifestação cultural, o direito à proteção dos bens culturais, o direito ao meio

ambiente equilibrado e a proibição de maus tratos aos animais. Todos esses foram, com esses termos ou com sinônimos, mencionados pelos ministros julgadores no Supremo Tribunal Federal e constam do acórdão do caso paradigma deste trabalho, o Recurso Extraordinário 153.531.

De forma deliberadamente crítica, analisou-se não somente a literatura escolhida, mas as disposições constitucionais e as manifestações de cada um dos Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que se manifestaram, juntando voto escrito, no julgamento do RE 153.531.

Cabe frisar ser este acórdão o único caso analisado neste trabalho. Não é que inexistam outros que tratem de maus tratos aos animais, ou mesmo outros que mencionem a ferra do boi. Escolhemos este caso por ter sido um marco e porque nele é possível notar interessante ponderação feita pela primeira vez no Supremo: a limitação da manifestação cultural, entendida como direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa, pela proibição de mau tratar os animais. Temo-lo, portanto, como o que mesmo em português convencionou-se chamar de *leading case*.

Na primeira parte deste estudo analisa-se a literatura escolhida, dividida em quatro obras de três autores. Isso é feito não com o objetivo de definir cultura ou dignidade ou quaisquer outros termos a que a Constituição, os Ministros ou mesmos nós façamos menção, mas de tentar levar o leitor a conceituar internamente estes termos, considerando sua própria consciência. Nosso objetivo não é impor um conceito ao leitor, muito ao contrário é apenas apontar alguns elementos básicos na tentativa de leva-lo a, feita a conceituação interna, conclusão de há íntima relação entre direitos culturais e dignidade, bem como entre direito e a proteção ao meio ambiente a proibição dos maus tratos.

Isso é feito para que analise o acórdão paradigma sob a seguinte ótica: a possibilidade de o direito à manifestação cultural ser proibida pela impossibilidade de se maltratar animais, oriunda do direito à proteção ao meio ambiente. Também se pretende lançar o olhar do leitor à seguinte ponderação: foi relevante a menção no acórdão ao princípio da dignidade para a discussão e decisão do caso objeto deste estudo? Há relação entre direitos culturais e

dignidade da pessoa, como apontou o acórdão paradigma? Com alguma ousadia, é isso o que se pretende analisar.

Cultura, direito à cultura e dignidade da pessoa

Explicar o que é cultura, sua acepção jurídica e sua inserção na Constituição é, como disse Jorge Miranda¹⁷, “tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias”. Nossa Constituição Federal não define qualquer dos termos, em que pese citá-los diversas vezes. No que diz a “direitos culturais”, em especial, o termo também é usado na versão em português da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas¹⁸, mas também sem definição.

Lastreados nisso, não ousaremos definir Cultura, direito à cultura ou mesmo dignidade da pessoa. Faremos como Jorge Miranda e partiremos da acepção de que cada leitor terá em si uma conceituação para esses termos. Ela poderá variar em alguns pontos e em alguns círculos, mas serão suficientes para que possamos fazer a análise que aqui se pretende.

No entanto, para se chegar aos “direitos culturais”, objeto desse trabalho, faz-se necessário tratar de “cultura”. Nesse sentido, em pese evitar a ousadia de tentar definir o termo, com inspiração na obra “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”¹⁹, é possível enumerar alguns elementos que deverão ser comuns à conceituação de “cultura” sobre a qual cada leitor venha a refletir. Para Jorge Miranda, cultura envolve: “tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância colectiva; tudo que se reporta a bens não económicos; tudo que tem que ver com obras de criação ou de valorização humana, contrapostas às puras expressões da natureza.”

17 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina.

18

19 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina.

Com base em José Afonso da Silva²⁰, para Jorge Miranda²¹ os “bens culturais” objeto de tutela por diplomas legais, nominalmente a Constituição Portuguesa, são:

coisas criadas pelo homem mediante projecção de valores, “criadas” não apenas no sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objecto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e a participação do espírito humano.

Os “bens culturais” podem ser, então, as coisas, objetos e/ou paisagens que “se integra[m] com a presença e a participação do espírito humano”²², os quais integram o “patrimônio cultural”, este sim definido pela constituição brasileira. Enquanto que a “cultura” em si abrangeria:

a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de acção humanizadora. Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado pela cultura em que nasce e se desenvolve.

Independentemente do sentido que se empresta, desde aqui, portanto, já é possível verificar a íntima relação entre cultura, e direitos culturais, e humanidade, identidade, de maneira que é possível inferir a relação entre direitos culturais e dignidade humana.

A Constituição Federal brasileira, como que sabedora da dificuldade que seria fazê-lo, não define “cultura” nem “direitos culturais”, ambos termos várias vezes mencionados. Garante, todavia, a todos o pleno exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes da cultura nacional e impões ao Estado apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (artigo 215). Para além disso impõe o dever de proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo

20 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

21 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina. P. 310

22 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina. P. 310

civilizatório nacional (artigo 215, parágrafo 1º)²³. Antes de tudo isso, registra como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa (Art. 1º, III).

Em que pese não definir “cultura”, a Carta Maior esclarece aquilo que constitui o “patrimônio cultural brasileiro”. Seriam os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (artigo 216).

Como se pode verificar, a Constituição brasileira cuidou de maneira enumerada de proteger o patrimônio cultural brasileiro. Ao que parece cuidou de proteger – para se usar termo mais amplo e mais adequado a este trabalho – a cultura brasileira. Ela o faz até mesmo dando ao cidadão o direito fundamental, assim considerado inclusive por sua localização topográfica – do ajuizamento de ação popular com o escopo de combater ato lesivo ao patrimônio cultural (artigo 5º, inciso LXXIII).

Nessa mesma linha de proteção, é possível constatar a relevância dada ao tema tanto pelo constituinte originário, quanto pelo derivado²⁴, ao impor às três esferas de governo, federal, estadual e municipal, o dever de: I) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; II) impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; e III) proporcionar os meios de acesso à

23 Não cuidaremos neste trabalho de tratar em pormenor dos artigos da Constituição Federal brasileira, mas permitimo-nos registrar que ao leitor pode parecer haver discriminação de proteção de demais culturas populares, que porventura não tenham participado do “processo civilizatório nacional”. Considerando-se que a Carta Maior adota como regra para o gozo de direitos fundamentais a equiparação entre nacionais e estrangeiros, parece-nos pouco adequada a distinção feita no artigo 215, parágrafo 1º.

24 A redação do inciso V do artigo 23 foi alterada pela Emenda Constitucional nº. 85, de 2015. O original era “V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;” e passou a ser, após a promulgação da Emenda: “V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”.

cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (artigo 23, incisos III a V).

Essa análise revela a importância do patrimônio cultural e a sua estatura de direito não apenas constitucional, mas como expressão de direito fundamental. Para Jorge Miranda²⁵, não poderia ser diferente já que:

Sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, nunca a cultura (tal como a economia) pode ficar fora da Constituição.

Do mesmo modo que, ao garantirem a propriedade e a liberdade de comércio e indústria, as Constituições do século XIX confirmavam certa ordem económica (a do liberalismo individualista e concorrencial), também, ao garantirem a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, salvaguardavam certa ordem cultural (a do liberalismo político e do iluminismo ou pós-iluminismo). Mais ainda: convictos de que, sem educação, a liberdade não poderia vingar, os liberais preocuparam-se com a criação de escolas, por vezes em normas programáticas das Constituições.

No que tange aos direitos culturais, Jorge Miranda²⁶ divide-os em três espécies: a) Direitos relativos à identidade cultural; b) Liberdades culturais; c) Direitos de acesso aos bens culturais.

O primeiro grupo compreende:

o direito à identidade cultural como componente ou desenvolvimento do direito à identidade pessoal ou, mesmo, do direito ao desenvolvimento da personalidade (...), pois a pertença a um povo com uma identidade cultural comum (...) faz parte também da individualidade de cada pessoa; o direito de uso da língua, sabendo-se como a língua materna, por seu turno, é o primeiro elemento distintivo da identidade cultural; o direito de defender, especialmente em juízo, o património cultural.

O segundo são, no que interessa:

liberdade de criação cultural (...); a liberdade de divulgação de obras culturais (...); a liberdade de fruição cultural, liberdade de acesso aos bens de cultura, sejam os meios e instrumentos de acção cultural (literatura, música, teatro, cinema, etc.), sejam os bens do património cultural (...); a liberdade de iniciativa cultural, liberdade de promover eventos culturais (...).

25 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina. Pp. 6 e 7

26 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina. p. 328

O terceiro, por fim, “direito à formação cultural em geral, que se reconduz ao direito à educação e ao ensino (...);direito à fruição cultural compreendendo o direito de acesso ao património cultural (...)”.

Uma vez mais, não é escopo deste trabalho a definição de temas tão complexos quando cultura, direito à cultura e dignidade da pessoa. Não o faremos, mas considerando-se os trabalhos de Jorge Miranda²⁷, Ingo Wolfgang Sarlet²⁸ e José Afonso da Silva²⁹ escolhidos como base literária para este texto e tudo o que acima dito, podemos à guisa de conclusão tratar também de alguns elementos comuns ao conceito de dignidade da pessoa que podem levar o leitor, cada um à sua maneira, a refletir sobre a aceção não somente do vocábulo, mas também do sentido que a Constituição Federal lhe emprestou.

Fazê-lo se afigura relevante para que se possa verificar a relação entre dignidade da pessoa e direitos culturais e, uma vez verificada essa relação, analisar se a menção feita no acórdão do RE 153.531 – farra do boi – à dignidade da pessoa foi relevante para a fundamentação e/ou para o deslinde do caso.

Ao tratar sobre cultura, Jorge Miranda³⁰ sustentou a dificuldade que seria definir o termo. O mesmo pode ser dito sobre “dignidade da pessoa”. A diferença é que entre os autores escolhidos como base para este trabalho foi possível encontrar a definição para a dignidade da pessoa, apontada no inciso III do artigo 1º da Constituição como fundamento para a república brasileira. Assim define Ingo Wolfgang Sarlet³¹:

tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor

27 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 e SARLET, Ingo Wolfgang **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

29 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

30 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. P. 383. In: **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

O autor esclarece ainda que para aferir-se o que poderia constituir uma vida saudável, poder-se-ia basear na “Organização Mundial da Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados.”

Concordando com o árduo que é definir quaisquer dos grandes princípios constitucionais, cabe reiterar nossa opinião de que cada um a seu modo tem a sua definição do que constituem tais princípios, de seus elementos característicos. Mais que isso, entendemos que cada um tem a capacidade de identificá-los. A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, topograficamente tornou essa tarefa de identificação, para muitos desses direitos, mais fácil, colocando-os em seus artigos iniciais e enaltecendo a sua importância para o Estado e a Ordem Jurídica brasileiros. Disso é exemplo o artigo 5º, o qual está inserido no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Baseado no trabalho de Ingo Sarlet³², é possível afirmar que a dignidade da pessoa é composta ou é entendida em diferentes dimensões, todas as quais constituem direitos fundamentais, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas³³. Uma delas, conforme se pode extrair em especial da obra de Jorge Miranda³⁴, é a proteção à cultura dos indivíduos e dos povos, passados ou presentes. Assim, faz-se relação entre direitos culturais e direitos fundamentais.

32 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

33

34 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina.

A Declaração Universal em duas passagens guarda os “direitos culturais”, termo também usado pela Constituição Federal. Fá-lo em duas passagens, no artigo 21 afirma que todo humano, como membro da sociedade, tem direito à realização de seus direitos “culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.” Ao garantir tal tutela, a declaração insere os “direitos culturais” no rol de direitos indispensáveis à dignidade humana.

Em razão do que aqui analisado, parece-nos possível considerar que os direitos culturais ou o direito à Cultura são decorrência direta dos direitos fundamentais, e neles podem inserir-se, em que pese a sua localização topográfica fora do Título II da Constituição Federal. Seguindo essa linha, de igual maneira, parece-nos possível apontar relação entre dignidade da pessoa e direitos fundamentais, em especial, com base no pensamento de Ingo Sarlet³⁵, para quem a dignidade da pessoa é:

um complexo de direitos e deveres fundamentais que (...) venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, considerando o que acima exposto, com base nas lições de Jorge Miranda³⁶, Ingo Wolfgang Sarlet³⁷ e José Afonso da Silva³⁸, podemos considerar que a cultura e os direitos culturais são direitos fundamentais que recebem, no Brasil, guarida da Constituição para sua proteção e fruição, inclusive por ser dado a todo cidadão valer-se de mecanismos judiciais para requerer do Estado tutela sempre que achar que o patrimônio cultural, material ou não, está sendo ameaçado. De igual maneira é garantido a qualquer cidadão o “pleno

35 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. P. 383. In: **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

36 MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. **Revista O Direito**. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina.

37 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 e SARLET, Ingo Wolfgang **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

38 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”³⁹, configurando-se dever do Estado apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais⁴⁰.

Com base nesse entendimento, analisaremos o precedente do Supremo Tribunal Federal, o RE 153.531, que julgou o caso da “farra do boi”.

Os acórdãos sobre a farra do boi e a briga de galo

Tal qual o início da obra de Jorge Miranda, os Ministros que na época do julgamento do RE 153.531 compunham a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, eximiram-se de definir “cultura”, “direito à cultura”, “direitos culturais”, “identidade cultural”, “patrimônio cultural” e, sobremaneira, “dignidade da pessoa”. Baseados em diversas obras e documentos carreados aos autos, cuidaram, porém, de reconhecer que a farra do boi é uma manifestação cultural e/ou folclórica tradicional oriunda dos Açores e que ocorria em Santa Catarina em razão de marcante migração de açorianos para o litoral do estado há mais de 200 anos.

Os Ministros, no entanto, não explicam os elementos que consideram para afirmar ser a farra do boi uma manifestação cultural. Não fazem como Jorge Miranda em sua obra “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”. Os Ministros parecem partir de uma premissa: a farra do boi é, ou era ao tempo do julgamento do recurso extraordinário, uma manifestação cultural típica e legítima do litoral de Santa Catarina.

Para esta análise, a partida será justamente este: considerar a farra do boi como uma manifestação cultural, merecedora da proteção da Constituição Federal. Nessa linha, recorre-se novamente à definição interior de cada leitor, rogando-lhe manter em mente os elementos constituintes de “dignidade da pessoa”, de “cultura” e “direitos culturais” tratados no capítulo anterior, mas rogando-lhe também manter em mente que o acórdão do Supremo tribunal Federal foi proferido partindo-se da premissa acima exposta. Tanto é que o

39 CF Art. 215
40 CF Art. 215

Ministro Relator Francisco Rezek diz “aqui estamos falando (...) de algo que é assumido e até chamado de ‘manifestação cultural’. Por isso a ação não se dirige contra marginais, mas contra o poder público, no propósito de fazê-lo honrar a Constituição.”⁴¹

A relatoria do RE 153.531 coube, por distribuição, ao Ministro Francisco Rezek e para a redação do acórdão ao Ministro Marco Aurélio. Em sua manifestação – no que interessa a este estudo⁴² – Francisco Rezek afirma que a “Diz a Constituição de 1988, em seu art. 225, que incumbe ao poder público: ‘VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei⁴³, as práticas que – indo ao que interessa – submetam os animais a crueldade.’”

O recurso interposto por determinada Associação alega ofensa ao acima mencionado dispositivo da constituição, pois o tribunal de origem teria, em sede de ação civil pública, não acatado o pedido de “proceder à proibição da ‘denominada festa da farra do boi e ou manifestações assemelhadas por atos e medidas formais e prática, como obrigação de fazer’⁴⁴. O acórdão recorrido decidiu que:

não [se pode] confundir essa tradição, de origem açoriana, conhecida sob a denominação de tourada à corda ou boi na vara, com a violência descriteriosa infligida nos próprios bois. O erro aqui praticado, configurativo de contravenção, uma vez expungido desse contexto, por meio preventivos ou repressivos, não justifica a proibição dessa manifestação popular, desde que se mantenha fiel à feição tradicional (...) Recurso desprovido para, alterado o dispositivo da sentença, julgar improcedente o pedido.⁴⁵

Em sua análise o relator, analisando fatos que sequer estão nos autos afirmou que “A cada ano do calendário a prática se caracterizou mais e mais como

41 Fl. 10 e 11 do acórdão do RE 153.531

42 Os debates havidos perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em razão do julgamento do RE 153.531 são também interessantes, a nosso ver, pela discussão sobre o enunciado da Súmula que veda o Tribunal análise dos fatos. O Ministro Relator faz interessante prolação sobre em determinadas situações, como a que estava sendo analisada, fato e direito estarem tão intimamente conectados que seria impossível, ou até inadequado, tentar separá-los. Ademais, durante os debates, a maioria dos ministros concorda que não se faz necessária a análise dos fatos constantes nos autos, pois os fatos eram notórios e constantemente noticiados na mídia de então. Em que pese nosso interesse quanto ao assunto, ele não será tema de análise neste trabalho.

43 O Ministro Relator Francisco Rezek analisou o “na forma da lei”, mas para esse estudo isso não é central. Não será aqui trabalhado.

44 Fl. 2 do acórdão do RE 153.531

45 Fl. 3 e 4 do acórdão do RE 153.531

cronicamente violenta, e não apenas partilhada de abusos tópicos”⁴⁶, a revelar sua visão de que as práticas cruéis por ele constatadas estavam a afrontar a determinação constitucional do artigo 225. Ele o faz em que pese registrar que a farra do boi, sem a violência se trata de “autêntica manifestação cultural”⁴⁷, a qual merece a guarda da Constituição Federal.

Francisco Rezek delimita a questão posta em debate no julgamento do recurso extraordinário, e por consequência, para reflexão dos ministros vogais: há somente dois argumentos no acórdão recorrido para julgar o pedido improcedente, I) a farra do boi “não seria uma prática cruel ou violenta, mas uma ‘manifestação cultural’”⁴⁸; II) “o tribunal reconhece que a ‘manifestação cultural conduz à crueldade dos abusos, mas o poder público está atento”⁴⁹.

Em momento algum o Ministro deixa de afirmar que a farra seria uma “manifestação cultural”. Ao contrário, reconhece-a sempre como tal, mas afirma “não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso.”⁵⁰ Ele reconhece, ademais, ter sido a ação “ajuizada dentro da unidade da nossa cultura e da nossa ordem jurídica”⁵¹ e ao fim dá provimento ao recurso extraordinário para prover a ação civil pública nos termos em que foi proposta.

O Ministro Maurício Correa pediu vista e indagou:

seria possível coibir o folclore regional denominado ‘Farra do Boi’, (...) quando a Constituição Federal em seu art. 225, § 1º assegura que ‘o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais (...)’ e ‘protegerá as manifestações das culturas populares (...)’? (...) É possível coibir a prática da ‘Farra do Boi’, quando a Carta Federal, em seu art. 216, pontifica que ‘constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial (...)’?⁵²

Sua resposta: “Penso que não.”⁵³ O Ministro então analisa obras que, no seu entender lastreiam seu pensamento de que a farra do boi é uma

46 Fl. 12 do acórdão do RE 153.531

47 Fl. 11 do acórdão do RE 153.531

48 Fl. 12 do acórdão do RE 153.531

49 Fl. 12 do acórdão do RE 153.531

50 Fl. 13 do acórdão do RE 153.531

51 Fl. 13 do acórdão do RE 153.531

52 Fl. 18 e 19 do acórdão do RE 153.531

53 Fl. 19 do acórdão do RE 153.531

manifestação cultural tradicional legítima e que tem lugar no litoral do estado de Santa Catarina, porque para lá migraram mais de 6 mil açorianos, país onde a prática tem suas raízes.

Para Maurício Correa:

a manifestação popular [da farra do boi] é uma tradição cultural regionalizada, e, como manifestação cultural há de ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215 e § 1º, da CF), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos – os açorianos – formadores da sociedade brasileira (art. 216)⁵⁴

Para ele, “se há excesso na prática da ‘Farra do Boi’, cumpre ao Estado, através do seu poder de polícia exercer sua função repressora”⁵⁵. Na sequência, ele sustenta que “como costume cultural, não há como coibir a denominada ‘Farra do Boi’, por ser uma legítima manifestação popular, oriunda dos povos formadores daquela comunidade catarinense.”⁵⁶.

Maurício Correa não conheceu do recurso extraordinário, por entender que se trata de uma questão de fato, e não de direito e porque proibir uma manifestação cultural seria contrário à Constituição Federal.

O Ministro Marco Aurélio foi o primeiro a expressar que no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal “temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado.”⁵⁷. Indo além dos autos, o Ministro sustenta “é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel.”⁵⁸ Ele conclui “não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República.”⁵⁹

O Ministro Néri da Silveira faz o cotejo entre os artigos 215 e 1º da Constituição Federal – o que despertou nossa atenção para o caso – e afirma não ser “possível deixar de compreender o artigo 215 na perspectiva dos princípios

54 Fl. 21 do acórdão do RE 153.531

55 Fl. 21 do acórdão do RE 153.531

56 Fl. 25 do acórdão do RE 153.531

57 Fl. 26 do acórdão do RE 153.531

58 Fl. 27 do acórdão do RE 153.531

59 Fl. 27 do acórdão do RE 153.531

maiores da Constituição, dos fundamentos básicos da organização da República, que estão no art. 1º da Lei Maior.”⁶⁰ E completa:

A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes de cultura nacional, assim previsto no art. 215, suso transcrito. Essa é uma vertente de entendimento da matéria sob ponto de vista constitucional.

Indo ao escopo deste trabalho Néri da Silveira completa:

Há, entretanto, outra, de assento constitucional também, com base no art. 225 da Lei Magna, invocada no recurso.

(...)

Há, sem dúvida, nesses dispositivos do art. 225, nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da Constituição, enquanto definem princípios fundamentais da República.

Ora, penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens [culturais], mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (...).

Nessa norma, não é possível, por igual, deixar de ver o que se contém na parte final do inciso VII do art. 225 da Constituição, quando veda a prática de atos que submetam animais a crueldade. Isso está no dever do Estado de coibir.

Néri da Silveira analisa os direitos culturais e a tutela de cultura como consequências da dignidade da pessoa estampados já no primeiro artigo da Constituição Federal, mas não se aprofundou no assunto neste julgamento. Ele partiu do pressuposto inserido no acórdão atacado de que a farra do boi é uma manifestação cultural. Decidiu, porém, dar provimento ao recurso extraordinário, pois, ante a proibição constitucional expressa de maltrato aos animais, não se pode permitir a perpetuação ou a prática da farra do boi, ainda que seja considerada uma manifestação cultural, as quais devem ser protegidas pela constituição com base nos princípios fundamental da dignidade da pessoa.

Foi Néri da Silveira o único a relacionar claramente direitos culturais e dignidade da pessoa, de maneira que em seu chega a ser possível verificar que, para o Ministro, os primeiros são decorrência do princípio.

60 Fl. 29 do acórdão do RE 153.531

O Ministro Maurício Correa foi vencido e, por maioria, a Segunda Turma deu provimento ao Recurso Extraordinário 153.531.

Conclusão

No julgamento da farra do boi, no RE 153.531, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a nosso ver, estava em debate duas garantias constitucionais diretas: a liberdade de manifestação cultural e a vedação de maus tratos aos animais. Ambas podem ter relação com princípios maiores também guardados pela Constituição Federal: a dignidade da pessoa e a proteção ao meio ambiente.

À guisa de conclusão sobre o que é cultura, manifestação cultural, direitos culturais e demais termos utilizados ou mencionados ao longo deste trabalho, é possível observar a relação entre cultura e direitos culturais com o princípio da dignidade da pessoa. Essa é, inclusive, a manifestação expressa do Ministro Néri da Silveira no julgamento da farra do boi.

Curioso foi notar que a dignidade da pessoa foi mencionada por apenas um dos ministros julgadores e o foi de maneira pouco aprofundada, o que fez refletir sobre a necessidade de tal alusão. A leitura do acórdão paradigma fez-nos crer ter sido desnecessária a menção à dignidade. De certa maneira, parece-nos que tal menção apenas foi utilizada para conferir peso, mas não substância, à argumentação do ministro, pois não foi feita qualquer digressão teórica ou jurisprudência sobre a relação entre dignidade da pessoa e direitos culturais e/ou direitos fundamentais.

Em que pese a relevância constitucional do direito à cultura, o qual, segundo a análise teórica realiza neste trabalho, pode ser considerado um direito fundamental, ele, como vários outros, encontra limitações no próprio texto da Constituição. No caso da farra do boi, entendida pelo Supremo Tribunal Federal como legítima manifestação cultural, com origem nos migrantes açorianos que no litoral de Santa Catarina fixaram-se; o direito à cultura foi limitado pelo direito à proteção ambiental e pela proibição de maus tratos aos animais.

Nesse sentido é interessante notar que em havendo a relação por nós verificada, com base especialmente em Ingo Sarlet⁶¹, entre direitos culturais, como um direito fundamental, e dignidade da pessoa. O RE 153.531 – Farra do Boi – apresenta-nos um caso em que um direito originado da dignidade da pessoa foi limitado pela proibição e maltrato aos animais.

Seguindo-se essa linha, tem-se que um princípio fundamental da República deu lugar a uma proibição, ainda que em nível constitucional, de maltratar os animais. Para evitar tal limitação a um princípio da existência na nacional importante é considerar que a proibição de maltrato aos animais decorre de algo maior, decorre do direito a um meio ambiente equilibrado. Nessa outra linha, tem-se que também o direito ao meio ambiente, como o direito à Cultura, decorre da dignidade da pessoa, constante no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal.

Pode-se alcançar esse raciocínio, porque o direito dos animais tem íntima relação com direitos ambientais e que, conforme tratados, por exemplo o de Estocolmo em 1976, e a lição de José Afonso da Silva⁶², trata-se de um direito fundamental protegido até mesmo por diversas Constituições. Segundo o autor, isso se dá, entre outros motivos, porque, “a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: ‘a qualidade de vida’”.

Por essa segunda linha de raciocínio, podemos criticar – sem a pretensão de alcançar uma conclusão – a menção à “dignidade da pessoa” feita no julgamento do RE 153.531. Afinal, se dela decorrem ambos os direitos fundamentais em aparente conflito no julgado paradigma, o direito à Cultura e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não parece relevante sequer mencioná-la.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 e SARLET, Ingo Wolfgang **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

62 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 69 e 70

Talvez por isso o Supremo Tribunal tenha limitado o direito de manifestação cultural em razão da defesa do meio ambiente, o que segundo a própria disposição do artigo 215, inclui a proibição de maltratar os animais. Maus tratos que os Ministros registraram que ocorria na farra do boi, chegando o Ministro Marco Aurélio a registrar que o Estado não conseguia coibir os excessos, ainda que em obter dictum.

A Suprema Corte chegou à conclusão de que, nada obstante ser a farra do boi parte intrínseca da cultura e da identidade cultural de um povo ou de parte dele, não se é dado o direito de maltratar os animais por força de disposição direta da Constituição Federal, a qual prescinde de normal reguladora adicional.

A menção à dignidade da pessoa ficou, porém, com pouco valor ou pouca relevância.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 153.531, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 03/06/1997, publicado no Diário de Justiça de 13/03/1998, pp. 13 e ss.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. Revista O Direito. Ano 138º, 2006 – IV. Lisboa: Almedina.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

O direito real de habitação e a sua possível relativização no direito sucessório brasileiro: primeiras reflexões

THE ACTUAL HOUSING RIGHTS AND ITS POSSIBLE RELATIVIZATION IN THE BRAZILIAN INHERITANCE LAW: FIRST REFLECTIONS

Pablo Malheiros da Cunha Frota⁶³

Cristian Fetter Mold⁶⁴

RESUMO: O presente artigo objetiva tratar da estrutura (o que é? como é?) e da função (a quem serve? a que serve?) do direito real de habitação (DRH), instituto previsto no Código Civil brasileiro (CC) no art. 1.831, conjugado com os arts. 1.225, VI, 1.414-1.416, do CC, bem como no art. 7º da Lei n.º 9.278/96 (regula a união estável), a fim de que responda à seguinte problemática: é possível relativizar o instituto, possibilitando-se a conciliação dos direitos do(a) cônjuge ou do(a) companheiro (a) sobrevivente e dos herdeiros em relação ao bem imóvel objeto do DRH? Dessa problemática emergem duas hipóteses que serão discutidas ao longo do texto: (i) a construção teórico-prática do DRH está correta, sem que se possa relativizá-lo em algum caso concreto; (ii) a construção teórico-prática do DRH não pode impedir a sua relativização, a fim de proteger direitos fundamentais dos herdeiros, desde que não se viole o direito à habitação do(a) cônjuge e (ou) do(a) companheiro(a) sobrevivente. A resposta a essas hipóteses perpassa pela construção do estado da arte do instituto no Brasil, inclusive com a análise dos 24 (vinte e quatro) acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que versam sobre o assunto. Para esse fim, utilizar-se-á um método e uma metodologia que visam robustecer o caminho e o caminhar para a edificação do exame apresentado, ressaltando-se a provisoriedade de qualquer discussão jurídica, pois sempre será possível um olhar diverso sobre os temas aqui aludidos. O método escolhido para este artigo mescla a dedução e a indução, tendo como

63 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Civil e de Processo Civil da Universidade Federal de Goiás. Professor da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor dos Cursos de Especialização do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado (DF). Diretor do IBDFAM/DF. e-mail: pablomalheiros07@gmail.com; CV lattes: <http://lattes.cnpq.br/0988099328056133>.

64 Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Professor de Direito de Família e Sucessões na Graduação e Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP e da Escola Superior da Advocacia da OAB-DF. Advogado (DF). Membro do IBDFAM. E-mail: cristianfetter@gmail.com; CV lattes: <http://lattes.cnpq.br/6727322586311489>.

prius afirmações teóricas de caráter geral, aplicáveis em cada caso concreto verificado de maneira dedutiva. Tais elementos, indutivamente, podem reproduzir a necessidade de ressignificação (ou não) dos institutos jurídicos pesquisados em cada situação concreta. Explicitado o método, esclarece-se a metodologia de procedimento e a de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, com a análise de trabalhos relacionados ao assunto. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, amparada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema complexo de linguagens e de sentidos. Conclui-se o artigo afirmando a possibilidade de relativização do DRH toda vez que ele oprima, no caso concreto, os herdeiros e que esta relativização mantenha uma habitação condigna de seu titular.

Palavras-chave: relativização; direito real de habitação; estado da arte teórico-prático

ABSTRACT: This article aims at raising the issue of structure (what is it? how is it?) and function (who is it for? what is it for?) of the actual housing rights, provided by Article 1.831 of the Brazilian Civil Code, in conjunction with Articles 1.225, VI, 1.414-1.416 of the Brazilian Civil Code, as well as Article 7th of Law number 9.278/96 (which regulates the stable union), in order to respond to the following problematic issue: is it possible to relativize this institution, giving the possibility of combining the rights of the spouse or life partner, who is still alive, with the rights of the heirs, regarding the real state property established by the actual housing rights? Out of this problematic issue, two hypothesis emerge and they will be discussed throughout this text: (i) the theoretical-practical construction of the actual housing rights is correct, with no possibility of relativizing it in an actual case; (ii) the theoretical-practical construction of the actual housing rights cannot prevent its relativization, in order to protect fundamental rights of the heirs, as long as it does not violate the living spouse's (or life partner's) rights. The answer to these two hypothesis goes through the construction of the state of the art institution in Brazil, including the 24 (twenty-four) Justice Supreme Court rulings, which relate to this issue. Therefore, a method and a methodology must be used, ones that are focused on reinforcing the path towards the edification of the presented exam, highlighting the impermanence of any legal discussion, for it will always be possible to have a diverse eye on the themes alluded here. The method chosen for this article blends deduction and induction, having as 'prius' theoretical statements of general character, applicable to each concrete case verified in a deductive way. Such elements, inductively, may reproduce the need of remeaning (or not) of the legal institutions researched for each real situation. Making the method explicit, the methodology and the approach also become clear. The first one will use the monographic procedure, with the analysis of papers related to the issue. The second will be based on a critical-methodological line, supported by a critical theory of the reality, which understands Law as a complex problem of languages

and meanings. The conclusion to this article states that the relativization of the actual housing rights is possible, every time it oppresses, in a concrete case, the heirs, and this relativization maintains a decent housing for its holder.

Key-words: relativization, real housing rights, theoretical-practical state of the art

1 – Introdução

Este artigo⁶⁵ é uma homenagem ao gigante Zeno Veloso, que tanto contribuiu e contribui para a construção de um Direito Civil que responda adequadamente aos reclamos sociais, sobretudo nos últimos anos, em questões atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões. Feito esse esclarecimento, responder acerca da possibilidade (ou não) de se relativizar o direito real de habitação (DRH) no Direito Civil pátrio requererá a verificação da estrutura (o que é? como é?) e da função (a quem serve? a que serve?) do instituto (Código Civil – CC –, arts. 1.225, VI, 1.414, 1.415, 1.416 e 1.831 e art. 7º da Lei n.º 9.278/96), inclusive com a análise de todos os 24 (vinte e quatro) acórdãos, de 1991-03.10.2015, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto, bem como pela reflexão da fundamentação e dos resultados advindos desse estado da arte teórico-prático em que se encontra o DRH.

Dessa investigação emergem duas hipóteses: (i) a construção teórico-prática do DRH está correta, sem que se possa relativizá-lo em algum caso concreto; (ii) a construção teórico-prática do DRH não pode impedir a sua relativização, a fim de proteger direitos fundamentais dos herdeiros, desde que não se viole o direito à habitação do(a) cônjuge e (ou) do(a) companheiro(a) sobrevivente.

Para tanto, o artigo será dividido em três tópicos, além da introdução, da conclusão e das referências, da seguinte maneira: (i) reflexão sobre a fundamentação legal e teórico-prática do instituto; (ii) demonstração das premissas e dos fundamentos dos 24 (vinte e quatro) acórdãos do STJ, tribunal que tem por missão uniformizar os entendimentos dos julgados dos tribunais

65 Artigo apresentado para debate no **Grupo de estudo e Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**, liderado pelo Prof. Dr. Paulo Gonet, no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

brasileiros em matéria infraconstitucional, com base na denominada Análise de Julgados;⁶⁶ (iii) com lastro na construção teórico-prática realizada nos tópicos precedentes, far-se-á uma reflexão sobre a possibilidade de relativização do DRH no Direito Civil brasileiro.

Nessa senda, para alcançar esses desideratos, utilizar-se-á um método e uma metodologia⁶⁷ que visam robustecer o caminho e o caminhar para a edificação do exame apresentado, ressaltando-se a provisoriedade de qualquer discussão jurídica, pois sempre será possível um olhar diverso sobre os temas aqui aludidos. O método escolhido para este artigo mescla a dedução e a indução, tendo como prius afirmações teóricas de caráter geral, aplicáveis em cada caso concreto verificado de maneira dedutiva. Tais elementos, indutivamente, podem reproduzir a necessidade de ressignificação (ou não) dos institutos jurídicos pesquisados em cada situação concreta.

Explicitado o método, esclarece-se a metodologia de procedimento e a de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, com a análise de trabalhos relacionados ao assunto. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, amparada numa teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma complexa rede de linguagens e de sentidos.⁶⁸ Passa-se a seguir para a densificação das temáticas pertinentes a este artigo.

2 – Estrutura e função do direito real de habitação no direito civil brasileiro

O DRH é um instituto que está presente no Direito das Coisas (CC, arts. 1.225, VI, e 1.414-1.416), no Direito das Famílias, tendo em vista que abarca todos os regimes de bens no casamento e na união estável, e no Direito das Sucessões (CC, art. 1.831 e art. 7º da Lei n.º 9.278/96 – regula a união estável).

66 FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010.

67 Sobre as diversas concepções do significante metodologia: FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010.

68 Ideia adaptada de GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 20-21.

Dessa forma, passa-se a esclarecer o que é e como é (estrutura) o DRH no Direito Civil brasileiro, para, em seguida, indicar a quem serve e a que serve (função) o referido instituto, com o fito de se iniciar a construção discursiva necessária aos objetivos deste artigo.

Sentido, natureza jurídica, modo de constituição e destinação do imóvel: Principia-se a construção teórica do DRH pelo Direito das Coisas, visto que o art. 1.225, VI, do CC trata a habitação como uma das hipóteses de titularidade real, o que ocorre também, por exemplo, no Direito Civil argentino (Código Civil argentino de 2014, art. 1.887, “j”).

Nessa linha, torna-se imprescindível salientar a lapidar distinção entre propriedade e domínio, posta por Ricardo Aronne, e, “respectivamente, da autonomia entre os vínculos reais e os regimes de titularidades que os instrumentalizam, decorrentes da nova contextualização axiológica do ordenamento, apreensível pela perspectiva principiológica,”⁶⁹ a funcionalizar todos esses vínculos instrumentalizados por essas titularidades reais:

Essa modificação do sistema, pela positivação da função social, não alcança exclusivamente a propriedade, como também todos os denominados direitos reais, pois todos esses estão, de certo modo, enfeixados pela propriedade enquanto regime de titularidade básico. (...) Os direitos reais são elementos que compõem o domínio, na medida das possibilidades que cada bem comporte. O domínio não se identifica à propriedade (um dos regimes de titularidade capaz de instrumentalizá-lo) e sim ao conjunto de faculdades que o bem concede ao sujeito. (...) Tais direitos, cujo conjunto se denomina domínio, são classicamente divididos em três: jus utendi, referente à possibilidade de uso do bem; jus fruendi, atinente à possibilidade de fruição do mesmo; jus disponendi, relativo à disposição sobre o bem.⁷⁰

Feita essa distinção, inicia-se o estudo do DRH pelo art. 1.414⁷¹ do CC: “Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”.⁷² Seguindo esse caminho, o DRH se enquadra como uma

69 ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-2.

70 ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-2.

71 O Código Civil de 1916 (CC/16) tem como correspondente o art. 746.

72 Código Civil argentino de 2014, art. 2.158: ARTÍCULO 2.158. – Concepto. La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él,

titularidade real sobre coisa alheia, e no Direito Sucessório, sobre coisa própria e (ou) alheia, que restringe de maneira especial o direito de uso gratuito⁷³ pelo beneficiário, sempre pessoa humana,⁷⁴ e por sua família⁷⁵ sobre a totalidade ou a parcialidade de um bem imóvel,⁷⁶ urbano ou rural, sem lhe alterar a substância. Nesse passo, o domínio desdobra-se, como acontece no uso, objetivando a finalidade existencial de habitar do(a) beneficiário(a) e da sua família, com lapso temporal ou vitalício não perpétuo, impossibilitando a locação e o empréstimo do imóvel.⁷⁷

O DRH afasta: (i) a percepção de alguns frutos;⁷⁸ (ii) a penhora;⁷⁹ (iii) a garantia comum dos bens do(a) beneficiário(a) para com o credor;⁸⁰ (iv) e as

sin alterar su sustancia. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

73 No direito real de habitação contratual ele pode ser oneroso, podendo ser concedido a terceiros, como aponta Camila Dutra: “Pode-se citar como exemplo de direito de habitação oneroso a garantia real prevista no art. 1.225, VII, cabível ao promitente comprador, que terá direito de habitar o imóvel após a tradição do bem e início da posse direta; nos contratos de locação após o pagamento dos aluguéis devidos; nos contratos de multipropriedade e nos contratos de habitação periódica”. DUTRA, Camila Moreira Barros. Direito real de habitação. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba, n. 3, abr.-jun. 2007, p. 255-282, p. 272-273.

74 Pontes de Miranda entende que a pessoa coletiva pode ser titular de DRH, pois estas também habitam: “A sede de colégio é habitação da pessoa jurídica educacional, se bem que não seja habitação o uso da casa, pela pessoa física, para colégio”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 603, 606 e 607. Discorda-se desse entendimento porque o estabelecimento da pessoa coletiva não pode ser confundido com habitação, por haver uma equiparação indevida entre estes sujeitos de direito.

75 Paulo Lôbo afirma: “Entendem-se como família, para os fins do direito real de habitação, os familiares e parentes que integrem a unidade familiar que com ele ocupem o imóvel, de origem biológica ou socioafetiva. Podem ser os descendentes (filhos e netos) ou até mesmo ascendentes que com ele convivam”. LÔBO, Paulo. **Direito civil: Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

76 A regra é de que o bem imóvel sirva de habitação, mas se o bem móvel “é usado para casa (habitação, sobre roda, rebocável por veículo ou motorizada). A lei se refere a casa e não a imóvel, podendo ser qualquer coisa que sirva para moradia ou estada duradoura”. LÔBO, Paulo. **Direito civil: Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

77 ARONNE, Ricardo. **Código Civil anotado**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 385.

78 Pontes de Miranda, com razão, alude: “Não se pode dizer que o habitador não faça seus, habitando a casa, o fruto que entra no conceito de utilização da casa. Os exemplos mais expressivos são os dos frutos das árvores plantadas no pátio interno, ou nos corredores, ou em torno da moradia, no que ela se separa do sítio desfrutável pelo nu proprietário. O limite conceptual da *habitatio* é que importa”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 613.

79 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3, p. 843.

80 Essa é a disposição do art. 744, “e”, do Código Civil argentino de 2014: “ARTÍCULO 744 – Bienes excluidos de la garantía común. Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743: e. los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178;”.

demandas possessórias em desfavor do(a) beneficiário(a) que possam atingir o imóvel sobre o qual incide o DRH.⁸¹ O habitador, no entanto, tem a seu favor as demandas possessórias,⁸² vindicatórias, confessórias e negatórias⁸³ e, se também for titular proprietário, as demandas petições.

Destaca-se que, em regra, o habitador não recebe aluguel sobre o imóvel objeto de DRH, entretanto, se o habitador tiver o seu domicílio transferido por motivo profissional ou por interesse da prole, não parece adequado que perca o DRH. Vislumbram-se outras duas situações nas quais o DRH pode ser mantido, bem como pode haver a cobrança de aluguel: (i) pode o habitador ficar sem renda e ter de alugar o imóvel para habitar outro de menor valor e sobreviver com o restante; (ii) pode optar por alugar o imóvel para residir em outro imóvel de maior padrão, pagando a diferença do aluguel com renda própria.⁸⁴

Desse modo, o conteúdo da habitação é habitar (atividade jurídica), que não se confunde, necessariamente, com residir ou com a fixação do domicílio, porque “o conteúdo de habitação é mais amplo que o de residência ou domicílio; pode haver habitação sem ser o domicílio do titular. O habitador tem de habitar a casa alheia”⁸⁵ ou própria, no caso do Direito Sucessório. O habitador tem a posse e, no caso do Direito Sucessório, pode ter também a titularidade proprietária.

Além disso, em regra, o DRH indica que há uma titularidade proprietária diferente daquela do(a) habitador(a), que “deve com ele compartilhar o domínio – através do princípio da elasticidade –, salvo se a fração

81 TJSP. Ap. Civ. 0003271-82.2009.8.26.0137. Rel. Des. Alexandre Lazzarini. J. 1.3.2011.

82 STJ – RESP 1.203.144/RS.

83 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 614. Nesse sentido: TJSP – Ap. Civ. 0524099-9. Rel. Des. José Carlos Delacqua. J. 5.11.200. STJ – RESP 616.027/SC. Demanda possessória contra compossuidor que obste o exercício do direito – TJRJ – Ap. Civ. 2009.001.24911. Rel. Des. José Carlos Paes. J. 24.6.2009.

84 Sobre o assunto: CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 150-151. Inácio, nesta segunda hipótese, entende que o DRH perde o caráter assistencial, pois o cônjuge teria condições financeiras, contudo, o DRH serve a qualquer pessoa, independentemente da renda. Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015 (edição eletrônica – item 2.11). TJRS – Agravo 70027892637; TJSP, Apelação Cível 0331626-38.2007.8.26.0577.

85 LÔBO, Paulo. **Direito civil: Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 264. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 613.

concedida pela natureza do bem for impeditiva do exercício do titular”.⁸⁶ Destaca-se que o DRH, no Direito Sucessório, como será explicitado em seguida, admite que o(a) cônjuge ou companheiro(a) sobreviventes sejam titulares proprietários do imóvel juntamente com os herdeiros, a tornar-se uma titularidade real limitada sobre coisa alheia e sobre coisa própria, ainda que de forma parcial.

O DRH pode ser constituído por título convencionado, por exemplo, contrato ou testamento, normalmente levado ao registro imobiliário, mediante inscrição dos seus termos (Lei n.º 6.015/73, art. 167, I, n. 7),⁸⁷ no qual se estabelece a destinação conferida ao imóvel;⁸⁸ todavia, o silêncio no título constitutivo da habitação não expurga a destinação para habitação incidente sobre o bem imóvel. O DRH também se constitui por determinação legal, existente somente no Direito Sucessório⁸⁹ (CC, art. 1.831), sendo certo que se o bem não for utilizado para a habitação, estar-se-á diante da hipótese de uso,⁹⁰ assim como se dispensa o registro no cartório de imóveis (STJ – RESP 74.729 e RESP 565.820).

Entende parte da literatura jurídica que se o bem for utilizado como moradia eventual, por exemplo, a casa de praia ou de veraneio, o jus utendi, deverá ser instrumentalizado por titularidade de uso, para que não se extinga o

86 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

87 TJSP – Ap. Civ. 99.458-0/9. Conselho Superior da Magistratura. Rel. Des. Luiz Tâmbara. J. 27.2.2003. Euclides de Oliveira aduz: “Na formalização da partilha dos bens aos herdeiros, há de se constar cláusula referente ao direito de habitação do cônjuge. Levando-se a registro o formal de partilha, aquele direito constará também do fôlio registrário, para a publicidade com a relação a terceiros. Mas não se trata de formalidade essencial à validade do ato, uma vez que o caráter legal do direito de habitação dá-lhe sustento ainda mesmo quando não tenha constatado esse direito dos termos da partilha. Eventual omissão, obviamente, não se confunde com a renúncia à herança, que somente valeria se expressa”. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 136.

88 ARONNE, Ricardo. **Código Civil anotado**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 385.

89 TJSP – Ap. Civ. 0046667-56.2008.8.26.0554. Rel. Des. Mendes Pereira. J. 7.3.2012.

90 ARONNE, Ricardo. **Código Civil anotado**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 385. Pontes de Miranda, ainda no CC/16, entende de maneira diversa: “No sistema jurídico brasileiro não há regra jurídica que diferencie do uso a habitação no sentido de se poder dizer que o limite do direito de habitação seja a *necessidade* do titular e de sua família; de jeito que, no que a casa exceda, ou venha a exceder as necessidades do titular, ou dêle e de sua família, não incidiria sobre ela o direito de habitação (cp. Código Civil italiano, art. 1.022). A regra jurídica sobre “necessidade” só se entende quanto à fruição-uso e à fruição-habitação”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 611.

gravame. Por outro lado, se a habitação for a titularidade instrumentalizada e caso seja estabelecida a residência em local distinto do bem, “sem caráter de eventualidade (princípio da proporcionalidade) pelo beneficiário, poderá extinguir o direito real sobre coisa alheia, forte no art. 1.410, IV”.⁹¹

É assim também no Direito Civil argentino:

Si (el derecho de uso) se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama en este Código derecho de habitación; con estos términos la segunda parte del artículo 2948 del Código Civil define el derecho real de habitación. La habitación es el derecho a la utilidad de morar en una “casa” (uso sin alteración de la substancia), limitada a las necesidades del habitador y de su familia. El objeto de la habitación lo constituye una “casa”, u objetos análogos (piso, departamento, etc.).⁹²

Não obstante haja essa construção acerca da destinação específica em relação à moradia do(a) beneficiário(a), há quem admita, no entanto, que a habitação pode abranger a atividade de uso empresarial ou industrial se o beneficiário residir no estabelecimento onde desenvolve a atividade.⁹³⁻⁹⁴ Pontes de Miranda parece seguir, implicitamente, essa segunda linha:

O direito (real) de habitação é servidão pessoal⁹⁵ limitada, que recai sobre todo ou parte de imóvel. O proprietário pode, ao constituí-lo, reservar-se o direito de também habitar no prédio,

91 ARONNE, Ricardo. **Código Civil anotado**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 385.

92 GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. **El derecho real – elementos para una teoría general**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 98-99.

93 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 391; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3, p. 843.

94. Camila Dutra aduz: “Embora a previsão expressa seja de utilização do imóvel para fins de moradia do titular do Direito, admite-se que o mesmo pode ser exercido aliado à utilização para desenvolvimento de atividades laborativas, desde que o imóvel seja adequado a tal finalidade, e se imprescindível à manutenção da família, sempre tendo como destinação principal a moradia da família”. DUTRA, Camila Moreira Barros. Direito real de habitação. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba, n. 3, abr.-jun. 2007, p. 255-282, p. 262.

95 Luciano de Camargo Penteado, com integral razão, aduz: “Os direitos reais limitados, derivados por detração do domínio, não são nem ônus reais, nem servidões, mas se utiliza a expressão servidão pessoal, em oposição à servidão predial, para apontar a existência de uma relação jurídica entre o titular do direito que constituiu o direito sobre coisa alheia e o direito a partir dele detraído, por vezes se utiliza a expressão ônus real na lei, mas em verdade o ônus é imperativo do próprio interesse que, não exercido, coloca o onerado em situação de desvantagem. Ônus real, em sentido próprio, é prestação pecuniária que, desrespeitada, enseja perda do direito real, como ocorre com o cânon enfiteutico inadimplido por três anos consecutivos. A abrangência da habitação é quanto a acessório, acrescidos e pertenças, desde que submetida às regras dos arts. 93 e 94 do CC/2002, e relaciona-se à incorporação de objetos jurídicos em um bem principal para crescer possibilidade de utilização. O regime real é um conteúdo normativo para as situações jurídicas subjetivas, que pode estar presente ou não”. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 483.

ou em parte dele. Só há gravame de todo o prédio, no primeiro caso; no segundo, só parte real é gravada. O proprietário tem a faculdade de reservar para outra pessoa, ou a futuro proprietário, o direito de também habitar, ou estabelecer que, à sua morte, ou a outro acontecimento, o direito de habitação passe a ser só de parte. (...) 2. NÃO SE TRATA DE SERVIDÃO, NEM DE USO RESTRITO – O direito de habitação é direito real limitado, como o usufruto e o uso. O sistema jurídico forrou-se a construí-lo como direito de servidão pessoal. Pode-se estabelecer que a habitação abranja mais do que a ocupação com a família, isto é, do que necessário à pessoa e à família. É o que se há de entender se se falou da casa, sem se restringir o objeto da habitação. Portanto, ainda em caso de dúvida, se há de interpretar contra a restrição a alguma parte.⁹⁶

Respeitando, profundamente, a perspectiva de Pontes de Miranda e de Clóvis Beviláqua, que admitem outro uso ao bem imóvel objeto de DRH, pensa-se que o uso se circunscreve à habitação, no sentido de moradia, como se extrai da literatura jurídica e do art. 1.414 do CC. Por isso, o critério de distinção do DRH para o uso e para o usufruto é quantitativo, uma vez que no usufruto a fruição e o uso são abrangentes; no uso, a utilização se restringe à subsistência do usuário e de sua família;⁹⁷ na habitação, a fração dominial está destinada ao uso para moradia, sendo vedado qualquer alienação pelo beneficiário, tendo em vista ser um direito personalíssimo deste.⁹⁸

Pluralidade de beneficiários do DRH e direitos e deveres dos(as) beneficiários(as): O caráter personalíssimo do DRH não impede que ele seja concedido a uma pluralidade de beneficiários, de acordo com o art. 1.415 do CC: “Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la”.

Nesse passo, deve-se assegurar a vinculação entre os cotitulares do DRH, sem olvidar a destinação de moradia residencial, para evitar um uso

96 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 603 e 611.

97 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3, p. 843.

98 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

especulativo do DRH. Um cotitular, se prejudicar o uso do outro cotitular, deverá arcar com as devidas reparações e/ou com demandas possessórias pelo cotitular prejudicado. Além do mais, no “caso de morte de um dos beneficiários, não caberá aos cotitulares o direito de acrescer, extinguindo-se parcialmente a habitação no que tange à parte que cabia ao falecido”.⁹⁹

O Código Civil argentino de 2014, em seu art. 2.161, traz importante característica do DRH: “Impuestos, contribuciones y reparaciones. Cuando el habitador reside sólo en una parte de la casa que se le señala para vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa”. Essa perspectiva pode ser aplicada no Direito Civil brasileiro, embora não haja um artigo específico sobre o assunto para o DRH. Relevante apontar que o art. 1.416 do CC determina a utilização dos enunciados normativos referentes ao usufruto, salvo se houver alguma contrariedade à natureza do DRH, como, por exemplo, a cessibilidade do DRH (CC, arts. 1.393 e 1.416), que não é possível, como o é no usufruto.¹⁰⁰ Sobre a transmissibilidade do DRH, o art. 2.160 do Código Civil argentino de 2014 aponta que: “Limitaciones. La habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa. No es ejecutable por los acreedores”, o que se aplica ao Direito brasileiro.

Em síntese, o habitador tem direito aos frutos necessários à habitação, como em caso de perecimento do imóvel, sem que se extinga o DRH;¹⁰¹ há indenização, como nos casos de desapropriação (separada entre os titulares de titularidades reais), bem como das benfeitorias, como das reparações extraordinárias, desde que informe ao titular proprietário ou aos coproprietários o dever de guardar e de conservar o bem objeto da habitação, distribuindo-se as despesas ordinárias com a conservação e com o uso do bem, na proporcionalidade de sua ocupação, assim como os tributos e as obrigações propter rem são de responsabilidade de quem se beneficia do uso habitacional do imóvel, na forma

99 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3, p. 846.

100 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteadó. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 619.

101 A disputa sobre o DRH, normalmente, é considerada questão de alta indagação no inventário, remetendo-se às vias ordinárias – TJSP – AGIN 994.09.273223-0. Rel. Des. Octávio Helene. J. 4.5.2010.

do art. 1.403 do CC. Ao habitador aplicam-se os enunciados normativos do possuidor de boa-fé.¹⁰²

Extinção do DRH: Ultrapassadas as questões pretéritas, passa-se aos casos de extinção do DRH. Se for convencional, por determinação legal (CC, art. 1.410 e Lei n.º 6.015/73, art. 167, II, 2) deve ser extinto, registrando-se o seu cancelamento. Com a morte do habitador (CC, arts. 1.410, I, e 1.416), e sendo mais de um habitador, aplica-se o disposto nos arts. 1.411 e 1.415 do CC – extinção ipso iure. Pelo termo, extingue-se com a duração ou pelo implemento da condição (CC, art. 1.410, II, e 1.416), extinção ipso iure. Pela cessação da causa que o origina (CC, art. 1.410, IV, e 1.416), por exemplo, “se estabelecido a favor dos filhos da mulher, sobre casa de propriedade do marido, sobrevivendo desquite. Extinção ipso iure”. Pela destruição do imóvel (CC, arts. 1.410, V, e 1.416) – extinção ipso iure. Pela consolidação (CC, arts. 1.410, VI, e 1.416). Pela responsabilidade do habitador quando aliena, deteriora ou deixa arruinar os bens, não os conservando (CC, arts. 1.410, VII, e 1.416 – STJ – RESP 345.641 e 15.648). Pela prescrição (CC, art. 205) e pela inabitabilidade ou ablação, se o imóvel, embora não pereça, tornar-se inabitável, devendo-se saber se, caso se torne impróprio à habitação, isso gera indenizabilidade, com a indenização sub-rogando-se realmente ao objeto habitado (CC, arts. 1.275, IV, 1407, 1409 e 1.416).¹⁰³ A discussão sobre a extinção do DRH pela constituição de nova entidade familiar será travada na parte que o insere no Direito Sucessório.

Por tudo o que foi exposto em relação à estrutura e à função do DRH, comunga-se da perspectiva de que o instituto se vincula à preservação da habitação (moradia), significando que “a não utilidade do bem para a finalidade destinada ou a existência de outro bem no patrimônio do titular capaz de assegurar a moradia, implica, necessariamente, o impedimento do direito de habitação”.¹⁰⁴ Essa construção, a partir do Direito das Coisas, vincula-se ao

102 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 613-621.

103 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19, p. 613-627.

104 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

Direito Sucessório, prius para o soerguimento do DRH por determinação legal (CC, art. 1.831).

DRH e o Direito Sucessório: historicidade legislativa – O

DRH, no Direito Sucessório brasileiro, foi inserido no CC/16 pela Lei n.º 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), com a inclusão dos §§§ 1º, 2º e 3º ao art. 1.611:

À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. § 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus. § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. § 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.

Ao presente artigo interessa estudar o § 2º do art. 1.611 do CC/16, que reunia seis características para que o DRH fosse concedido e mantido: (i) existir cônjuge sobrevivente; (ii) casamento sob o regime de comunhão universal de bens; (iii) manutenção do DRH enquanto o cônjuge vivesse e continuasse em estado de viuvez; (iv) sem prejuízo da quota parte da herança; (v) que o imóvel se destinasse à residência para a família; (vi) somente se o bem fosse o único daquela natureza a inventariar.

Das características acima, saliente-se que o DRH incide somente em relação ao regime de comunhão universal de bens, regime legal até o ano de 1977, pois a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77, art. 50) modificou o regime legal e supletivo do casamento para o regime da comunhão parcial de bens. A inserção do DRH pelo Estatuto da Mulher Casada veio conjuntamente com outras medidas de tutela do gênero feminino, à época em confronto com a lógica da submissão feminina ao gênero masculino, de há muito denunciada, por exemplo, por Kant:

Do ponto de vista do objeto, a aquisição de acordo com esse princípio apresenta três tipos: um homem adquire uma mulher, um casal adquire filhos e uma família adquire criados. Tudo o

que é adquirido desta maneira é também inalienável, e o direito dos possuidores desses objetos é o mais pessoal dos direitos.¹⁰⁵

O Estatuto da Mulher Casada foi o ponto de partida que culminou com a expansão da incidência do DRH para além das relações familiares matrimonializadas, como nos casos de união estável, a partir de 1996.¹⁰⁶ Isso porque duas leis foram editadas no Brasil sobre união estável (Leis 8.971/94 e 9.287/96), tendo esta última, em seu art. 7º, § único, regulado o DRH na união estável: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. Dessa forma, o DRH, neste momento histórico, incide para relações matrimoniais (CC, art. 1.611, § 2º) e relações de companheirismo (Lei n.º 9.287/96, art. 7º, § único). Essas leis decorreram do acolhimento constitucional da pluralidade constitutiva de entidades familiares, como se percebe com o art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, em 12 de janeiro de 2003, começou a vigor o atual Código Civil brasileiro, no qual está regulado todo o Direito Sucessório para as relações matrimoniais e de companheirismo. Em relação ao casamento, o art. 1.831 aduz: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único

105 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 121.

106 São exemplos desta realidade as decisões do STJ nos seguintes processos: RESP 74.729/SP, RESP 107.273/PR, RESP 234.276/RJ e RESP 282.716/SP.

daquela natureza a inventariar”.¹⁰⁷ Destaca-se que o art. 1.831 do CC não se aplica às sucessões iniciadas antes de sua vigência.¹⁰⁸

Em relação à união estável, o CC é omissivo, a gerar o seguinte questionamento: o CC revogou integralmente as leis anteriores que tratavam da união estável, o que ensejaria, caso a resposta seja positiva, a impossibilidade de DRH para este tipo de relação familiar.¹⁰⁹ Essa questão será abordada mais à frente.

107 O Código Civil Argentino de 2014, em seu art. 527, aponta: “Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta”. É assim na Itália: “Anche per l’abitazione (art. 1.022 C.c.) che consiste nel solo diritto di abitare direttamente la casa o l’appartamento che ne è oggetto, la legge fissa il limite di godimento che viene riconosciuto alla sola persona del titolare e ai membri della sua famiglia. Le norme di disciplina sono comuni all’uso e, quindi, all’usu-frutto (artt. 1.023-1.026 C.c)”. (CARINGELLA, [Francesco](#); GIORGIO, [Miriam](#). **Studi di diritto civile**. v. 2 – Proprietà e Diritti Reali. Giuffrè Editore, 2007, p. 91). No Peru, o Código Civil disciplina o instituto no art. 731 do Código Civil: “Derecho de habitación vitalicia del conyuge supérstite: Cuando el conyuge sobreviviente concurre con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho conyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales”.

108 STJ – REsp 1.204.347/DF.

109 Fachin e Pianovski criticavam a regulamentação da união estável ainda quando a lei civil estava projetada: “A união estável é, pois, família, que, como tal, não constitui, necessariamente, a entidade meio para o casamento, por ser, não raro, uma opção dos conviventes. Essa opção, todavia, por força do art. 226, § 8º, da Constituição Federal – em que se atribui ao Estado o dever de assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram – não pode implicar a ausência de direitos por parte dos conviventes – mesmo porque muitas vezes constitui a única alternativa para a constituição da família, especialmente entre as camadas menos favorecidas da sociedade. Assim, os direitos constantes da regulamentação oferecida pelo estatuto dos conviventes decorrem de determinação constitucional, não sendo possível sua pura e simples supressão. Entre os direitos previstos na Lei 9.278/96, está o direito real de habitação, na hipótese de falecimento de um dos conviventes. Este direito, conforme Rainer Czaikovski, ‘surge porque a família existiu, e o imóvel foi utilizado como seu abrigo’ (**União livre**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 175). Trata-se, pois, de mecanismo de proteção aos membros da família, atendendo ao disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal. Sua supressão constituiria ofensa à ordem constitucional. Ocorre que o Projeto de Código Civil não prevê esse direito ao companheiro sobrevivente. (...) Tal supressão se mostra, todavia, mais grave quando se percebe que, na entidade familiar matrimonializada, está previsto o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente, conforme se depreende do art. 1.831”. FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, out.-dez. 2000, p. 243-263, p. 251; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015 (edição eletrônica – item 2.11).

Simone Tassinari traz um quadro explicativo das alterações legislativas sobre o assunto:

Quadro do panorama legislativo atual do direito real de habitação.

	Casamento – Código de 1916	Casamento Código 2002	União Estável – Lei 9.278/96
Critério referente ao regime de bens	Somente Comunhão Universal	Todos os regimes	Todos os regimes
Cumulatividade com o direito hereditário	Cumulável com a herança	Cumulável com a herança	Silencia
Ser único bem a inventariar	Necessário ser único bem desta natureza a inventariar	Necessário ser único bem desta natureza a inventariar	Silencia
Termo final Constituição de nova família	Termo final Constituição de nova família	Silencia	Termo final Constituição de nova família
Termo final Morte do titular	Termo final Morte do titular	Termo final Morte do titular	Termo final Morte do titular

(Grifo de destaque para trabalho no texto)¹¹⁰

Feita essa breve introdução legislativa, inicia-se a discussão do DRH na Codificação Civil pátria vigente, percebendo-se uma sensível mudança em relação ao regime de bens nas relações casamentárias, pois no CC/16, art. 1.611, § 2º, se admitia o DRH somente no regime da comunhão universal de bens, enquanto o art. 1.831 do CC¹¹¹ o admite em qualquer regime de bens,¹¹² sendo importante o cumprimento do art. 1.830 do CC.

Da historicidade legislativa ao sentido e às características do DRH no Direito Sucessório: Dessa tutela legislativa, portanto, emergem

110 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

111 Euclides de Oliveira critica o art. 1.831 do CC: “Há que dizer, ainda, de manifesta falha do novel legislador civil. O Código revogado contemplava o direito de habitação, na falta do pai ou da mãe, ao filho portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho. O dispositivo, encartado como § 3º do art. 1.611, por força da Lei n.º 10.050, de 14 de novembro de 2000, não teve ressonância no atual Código, por aparente cochilo legislativo, porquanto não se pode negar o alto alcance social da proteção que a lei revogada pretendia emprestar ao filho incapaz e órfão”. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138-139.

112 STJ – RESP 826.838; RESP 1.220.838 e RESP 821.660.

pontos de discussão: o sentido, a titularidade (cônjuge e companheiro?), o objeto (imóvel destinado à habitação?) e o espectro de proteção do direito real de habitação (moradia de quem?).

Sentido e natureza jurídica: Esclarece-se o sentido do DRH na ambiência do Direito Sucessório. Zeno Veloso, com razão, aponta para o caráter assistencial¹¹³ do DRH, com o intuito de se manter o status, as condições de vida do(a) beneficiário(a), garantindo-lhe o teto, a moradia. “Esse direito é personalíssimo e tem destinação específica: servir de morada ao titular, que, portanto, não pode alugar nem emprestar o imóvel, devendo ocupá-lo, direta e efetivamente (ver art. 1.414 do CC)”.¹¹⁴

Destaca-se que o uso do imóvel objeto de DRH cabe ao titular e a sua família, entendida esta como os ascendentes, os descendentes, os colaterais, os filhos nascidos na constância (ou não) do matrimônio ou da união estável, filhos casados sem condição de habitação de outro imóvel e o membro da família que não convive com ela e habita o bem sozinho e o(a) novo(a) cônjuge ou companheiro(a), embora o DRH seja de titularidade somente do(a) beneficiário(a).¹¹⁵⁻¹¹⁶ A extinção do DRH pela viuvez será abordada em outro tópico.

Nesse passo, o DRH se encontra no âmbito da titularidade proprietária privada (CF/88, art. 5º, XXII, e CC, art. 1.228) funcionalizada socialmente (CF/88, art. 5º, XXIII e CC, art. 1.228, § 1º), por meio da habitação (moradia), diferenciando-se o titular de uma titularidade real da utilização específica que ele faz do bem.¹¹⁷ A criação legal do referido instituto jurídico do DRH para o cônjuge sobrevivente teve por objetivo proteger a moradia da família, mormente do

113 PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. In: PASCHOAL, Frederico A; SIMÃO José Fernando (Orgs.). **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Campinas: Millennium, p. 301-324, p. 302.

114 VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

115 DUTRA, Camila Moreira Barros. Direito real de habitação. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba, n. 3, abr.-jun. 2007, p. 255-282, p. 261-262.

116 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014 (edição eletrônica – item 6.3).

117 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

cônjuge ou do(a) companheiro(a) sobrevivente, com o termo inicial transcorrendo a partir do momento do falecimento do cônjuge ou do(a) companheiro(a). “O DRH sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujus” (STJ – RESP 1.134.387/SP)

Diante disso, no Direito Sucessório, o DRH é qualificado como herança, como legado ou como um direito diverso de ambos? Não pode ser herança pelo fato de este direito não estar contido no patrimônio do(a) falecido(a), a impedir a sua transferência para o cônjuge ou para o(a) companheiro(a) sobrevivente. Há quem defenda ser legado por o cônjuge sobrevivente receber o bem em legado legítimo, todavia dependeria da entrega feita pelos herdeiros para que pudesse ser imitado na posse do bem, que não se transmite pela saisine nos casos de legado (CC, art. 1.923, § 1º). Ocorre que o cônjuge ou o(a) companheiro(a) se encontram na posse do bem, já que servia de residência da família, com a moradia coadunando-se com a situação de continuidade.¹¹⁸ Por tudo isso é que o DRH não pode ser compreendido como herança ou legado, mas deve ser considerado um direito próprio do cônjuge ou do(a) companheiro sobrevivente, desde que os requisitos para a sua configuração estejam preenchidos.

Titularidade: As discussões sobre a titularidade serão iniciadas afirmando-se que não importa quais sejam os herdeiros do bem imóvel em questão, porque mesmo que o(a) falecido(a) tenha deixado testamento em relação a este bem, legando-o a um terceiro, poderá o cônjuge sobrevivente exercer o DRH em desfavor do legatário, que ficará privado do uso do imóvel até a extinção do DRH. Além disso, não pode o testador excluir o DRH do cônjuge, embora este possa renunciá-lo.¹¹⁹

118 Sobre o assunto: CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 149-150.

119 CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 147. Sobre a renúncia, veja o Enunciado 271 do CJF: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”. Flávio Tartuce, novamente em interpretação analógica entre bem de família e DRH, não admite que este seja ofertado, bem como renunciado. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São

É possível o DRH nas uniões heteroafetiva e homoafetiva, já que o reconhecimento da união e do casamento entre pessoas do mesmo sexo ocorreu no Brasil, por meio do julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e pela Ação Direta de Constitucionalidade n.º 4.277, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, e que reconheceram a união estável homoafetiva¹²⁰. O STJ julgou, após as citadas decisões do STF, o Recurso Especial 1.183.378/RS¹²¹ e reconheceu a possibilidade do casamento homoafetivo. Desse modo, a solução aplicável à união estável heteroafetiva será extensiva à união estável homoafetiva.

Duas correntes na literatura jurídica e nos julgados se formaram em relação ao assunto: (i) impossibilidade jurídica de DRH para as uniões estáveis, pois o CC, ao regular inteiramente a matéria sucessória nas uniões estáveis, abrogou a Lei n.º 9.287/96;¹²² (ii) possibilidade jurídica de DRH para as uniões estáveis seja pela manutenção do art. 7º da Lei n.º 9.287/96 no sistema jurídico ou pela interpretação analógica do art. 1.831 do CC às uniões estáveis,¹²³ mesmo que o CC haja revogado a Lei n.º 9.287/96.¹²⁴

Tem razão a segunda corrente, porque há uma compatibilidade entre as leis de união estável e o CC. Naquilo em que não haja contrariedade, por exemplo, para os requisitos constitutivos da união estável, prevalece o art. 1.723 do CC; todavia, para direitos não previstos expressamente no CC, mantêm-se aqueles descritos na legislação especial, como ocorre com o DRH. Saliente-se que, mesmo que o CC tivesse ab-rogado a legislação especial, pelas ideias de igualdade,

Paulo: Método, 2015 (edição eletrônica – item 2.11). Na Codificação de 1916, o DRH não era renunciável, somente o usufruto vidual é que detinha essa possibilidade: STJ – RESP 565.820/PR.

120 O voto do Ministro Ricardo Lewandowski criou outra entidade familiar, a união homoafetiva estável, que teria diferenças com a união estável homoafetiva; mas para fins de DRH não há distinção.

121 Após o julgamento pelo STJ, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 175 e reconheceu a possibilidade de casamento homoafetivo.

122 TJSP – Agravo de Instrumento 990.10.415627-0. 6ª Câm. De Direito Privado. Rel. Des. Vito Guglielmi. Admitindo a aplicação analógica entre o casamento e a união estável TJMG Agravo de Instrumento n.º 1.0702.07.400961-5/001. JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Leituras Complementares de direito civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 301-334; PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. In: PASCHOAL, Frederico A; SIMÃO José Fernando (Orgs.). **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Campinas: Millennium, p. 301-324.

123 STJ – RESP 821.660/DF. Enunciado 117 CJF.

124 STJ – RESP 1.204.425/MG.

de pluralidade das entidades familiares (CF/88, art. 226) e de vedação ao retrocesso, o DRH permaneceria no ordenamento jurídico (STJ – RESP 1.329.993/RS; AgRg no AResp 671.118/RJ).

Flávio Tartuce realiza uma interpretação analógica do DRH com o bem de família legal, protegendo-se o imóvel da pessoa solteira (Enunciado 364 da Súmula do STJ), sendo o único imóvel residencial alugado a terceiros impenhorável, desde que a renda obtida se destine à subsistência do proprietário (Enunciado 486 da Súmula do STJ), a caracterizar o bem de família indireto. Isso serve para a tutela do DRH indireto do companheiro.¹²⁵

O DRH também é extensivo às relações não eventuais entre pessoas humanas, impedidas de casar, denominadas, vulgarmente, de concubinato (CC, art. 1.727), considerado uma sociedade de fato na qual é possível um eventual recebimento de verba financeira a título de colaboração com o patrimônio comum dos concubinos¹²⁶. Dessa maneira, existe diversidade de regime de bens em relação à união estável e ao casamento, já que entre os concubinos “não há a presunção do regime da comunhão parcial de bens, no silêncio das partes. Isso leva a concluir que, talvez, para estes, ainda esteja vigente a antiga súmula 380 do STF, que implica a comprovação do esforço comum, a fim de partilhar os bens de uma sociedade de fato”.¹²⁷ Essas distinções entre as relações concubinárias e as demais entidades familiares não impedem de reconhecer o DRH ao concubino(a) sobrevivente, uma vez que “o telos normativo busca preservar a moradia familiar”.¹²⁸

125 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015 (edição eletrônica – item 2.11).

126 TJRS – Apelação Cível Nº 70046050431, Sétima Câmara Cível, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/3/2013.

127 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015. Entendemos que a relação concubinária tem os mesmos direitos da união estável, pois não tem sentido criar essa distinção somente pelo fato de as pessoas não poderem casar, visto que não há hierarquia entre as entidades familiares.

128 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

A última questão relacionada à titularidade é aquela descrita nos §§ 1º e 2º do art. 1.723 do CC,¹²⁹ em que pode haver eventual subsistência formal de casamento do(a) companheiro(a) falecido(a), a possibilitar que duas pessoas sejam titulares da mesma herança: o ex-cônjuge sobrevivente, por estar separado de fato, e o(a) companheiro(a) (Lei n.º 8.971/94, art. 2º e CC, art. 1.723). Eduardo de Oliveira Leite defende que a troca de parceiros, nestes casos, não pode nulificar uma relação que um dia foi exitosa, pois o casamento foi realizado de boa-fé. Por isso, deve-se atender às expectativas do cônjuge e do(a) companheiro(a).¹³⁰

Nesse passo, ambas as partes herdam concomitantemente a herança: o cônjuge não perde a sua meação adquirida no casamento e o(a) companheiro(a) adquire a sua parte advinda da constância da união estável. Desse modo, o DRH será deferido, no caso de somente um imóvel a inventariar, àquele que habitava o imóvel na data do óbito.¹³¹ Assim, por exemplo, se após a separação de fato, o cônjuge que continuou na posse do imóvel inicia união estável, passando a residir com o companheiro nesse imóvel, e vem a falecer um ano e onze meses depois de iniciado o convívio, o DRH seria deferido ao companheiro e não ao cônjuge.

Objeto: Da titularidade passa-se para uma questão complementar sobre o bem imóvel em que recai o DRH. Uma primeira dúvida é saber se o imóvel destinado à habitação deve estar afetado para tal fim no momento da abertura da sucessão. O Direito italiano entende “necessário ter presente, além do fato de que uma vida realmente aconteceu em uma casa com as relações jurídicas que legitimam a utilização (antiga propriedade do falecido ou comum)”¹³²,

Il criterio a cui chiaramente si e ispirati il legislatore e stato quello di evitare che gli altri successori nei beni dell'asse si

129 CC: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do [art. 1.521](#); não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do [art. 1.523](#) não impedirão a caracterização da união estável”.

130 LEITE, Eduardo de Oliveira. Arts. 1.784 a 2.027. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 229.

131 [DELGADO, Mário Luiz](#). Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 191-222, 2005, p. 219.

132 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

avvalgano della loro posizione di eredi o legatari pe potere estromettere il coniuge sopravvivate dalla casa che era adibita a residenza familiare. Per questa finalita, si deve aver presente piu il fatto di una vita realmente svolta in una casa con i rapporti giuridici che legittimano il godimento (precedente proprieta del de cuius o comune).¹³³

No Direito brasileiro, o TJRS¹³⁴ entendeu de forma parecida ao Direito italiano e negou o DRH a viúva que não residia no imóvel no momento da abertura da sucessão, não importando que o bem estivesse desocupado e depreciado, como alegou a viúva para nele não habitar. Parece não ter razão esse entendimento, pois o casal ou os companheiros podem, no momento da sucessão, estar morando em outro local, por questões profissionais, mas o referido bem ser o único imóvel de habitação a inventariar na sucessão. Nessa situação, a negativa do DRH não se mostra correta pelo fato de lá não haver habitação no momento da abertura da sucessão. O DRH deve proteger a moradia, mas não a moradia em um local específico, devendo-se relativizar o telos do DRH assistencial e de raiz no bem em que residia.

Outra discussão consiste em saber se o imóvel objeto de DRH deve ser o único imóvel a inventariar. Nas relações matrimoniais incide o art. 1.831 do CC, e nas relações de união estável, ou se aplica o art. 7º da Lei n.º 9.278/96 ou, por analogia, o art. 1.831 do CC. Essa distinção é importante pelo fato da ocorrência de efeitos distintos na referida legislação. A se aplicar o art. 1.831 do CC, o entendimento é o de que o bem imóvel deve ser o único de natureza habitacional a se inventariar,¹³⁵ o que difere do art. 7º da Lei n.º 9.278/96, que possibilita a existência de outros bens imóveis a serem inventariados, sem que se perca o

133 Em tradução livre: “O critério no qual claramente se inspira o legislativo e o Estado para evitar que os outros sucessores na propriedade ao fazerem uso de sua posição como herdeiros ou legatários, por exemplo, façam uso do poder de expulsar o cônjuge sobrevivente da casa que foi usada como residência familiar. Para este efeito, é necessário ter presente, além do fato de que uma vida realmente aconteceu em uma casa, as relações jurídicas que legitimam a fruição (antiga propriedade do falecido ou compartilhada)”. TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1992, p. 468.

134 TJRS – Oitava Câmara Cível/Agravo de Instrumento N.º 70020573002/ Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em 30.8.2007.

135 STJ – RESP 616.027/SC. Inácio de Carvalho entende correto esse entendimento: “Além de a própria letra da lei afastá-lo, deve-se ter em mente que, tendo o cônjuge falecido mais de um imóvel, é bem provável que o sobrevivente recolha pelo menos um deles, seja a título de meação, seja a título sucessório. É provável que isto somente não ocorra no regime de separação legal de bens, mas aí esse afastamento foi querido pelo legislador, não se podendo interpretar a lei contra seu texto expresso e também contra o seu espírito”. CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 149.

direito ao DRH, devendo-se manter um dos imóveis como passível de DRH, sem que seja inferior àquele habitado pelo casal.^{136_137}

Tem razão esse segundo entendimento, que deveria ser aplicado nas relações matrimoniais, pois o que se deve proteger é a habitação (moradia), porque o primeiro entendimento pode prejudicar as relações matrimoniais de pessoas que possuam muitos bens. Repita-se: o que se deve proteger é a moradia/habitação (CF/88, art. 6º), garantindo-lhe um patrimônio mínimo¹³⁸ em cada caso concreto, independentemente da quantidade de bens imóveis que o(a) falecido(a) deixou para inventariar,¹³⁹ até porque a proteção é da moradia e não da titularidade proprietária (TJSP, Agravo de Instrumento 0029149-90.2013.8.26.0000).¹⁴⁰

Saliente-se que se o imóvel for de titularidade proprietária de um terceiro não haverá DRH, como igualmente não haverá nos casos em que o(a) falecido(a) era usufrutuário do bem (STJ – RESP 1.273.222/SP). Também já decidiu o STJ que “a viúva não pode opor o direito real de habitação aos irmãos de seu falecido cônjuge na hipótese em que eles forem, desde antes da abertura da sucessão, coproprietários do imóvel em que ela residia com o marido” (RESP 1.184.492/SE).

Feitos esses esclarecimentos, o imóvel objeto do DRH expressa uma dupla titularidade – titularidade proprietária e DRH –, possibilitando, no caso do art. 1.831 do CC, uma tutela de prioridade à habitação. Essa tutela, entretanto, “tal qual todo e qualquer direito – não é nem pode ser absoluta. Na medida em que desapareça a necessidade de proteção, a situação fática deve ser novamente

136 Nesse sentido: Agravo de Instrumento Nº 70052278280, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 2/5/2013; STJ – RESP 1.220.838.

137 Euclides de Oliveira critica a ideia do único imóvel a inventariar: “Trata-se de restrição incompreensível na medida em que, se o casal possuía duas ou mais residências (como na hipótese de casas de veraneio), evidente se afigura que o direito de habitação, antes ampliado, deveria manter-se, deixando à livre escolha do viúvo a permanência neste ou naquele prédio residencial”. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 137.

138 Sobre patrimônio mínimo, ver por todos: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

139 Nesse sentido, ver por todos: CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 415.

140 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014 (edição eletrônica – item 6.3).

sopesada, a fim de que o telos normativo e axiológico constitucional seja preservado”.¹⁴¹ Dessa maneira, a titularidade proprietária do bem pode ser alienada, mas o DRH não.

Avultam, desse debate, três situações relacionadas ao DRH: (i) pertencer o bem imóvel exclusivamente ao falecido(a); (ii) pertencer o bem imóvel ao casal ou aos companheiros; (iii) pertencer o bem em condomínio com terceiros. Lembra Simone Tassinari que essas três situações podem se desdobrar em outras:

- a) Cônjuges com filhos somente seus;
- b) Companheiro com filhos somente seus;
- c) Cônjuge com filhos da relação anterior;
- d) Companheiro com filhos da relação anterior;
- e) Cônjuge com filhos em ambas as relações;
- f) Companheiro com filhos em ambas as relações;
- g) Cônjuge com filhos seus e bem de propriedade exclusiva de terceiros;
- h) Companheiro com filhos seus e bem de propriedade exclusiva de terceiros;
- i) Cônjuge com filhos seus e bem em condomínio com terceiros;
- j) Companheiro com filhos seus e bem em condomínio com terceiros;¹⁴²

Não importa se o imóvel é comum ou exclusivo do(a) falecido(a), porque o DRH se reconhece em ambos os casos (STJ – RESP 826.838/RJ; TJMG, Agravo de Instrumento 0710355-45.2010.8.13.0000; TJRS, Apelação Cível 25367-36.2011.8.21.7000), porém na terceira hipótese – bem em condomínio com terceiros – grassa, no Direito Civil brasileiro, controvérsia, uma vez que restringir o uso da titularidade proprietária de terceiro por conta do DRH pode não parecer adequado.

Existem julgados que admitem a manutenção do DRH mesmo que o bem pertença aos filhos somente do(a) falecido(a), seja no casamento, seja na união estável, pois os requisitos para a concessão do DRH seriam: (i) imóvel destinado à residência da família; (ii) ser o único dessa natureza a inventariar.

141 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

142 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

Esses dois requisitos não exigem que o imóvel seja de titularidade proprietária única e exclusiva do autor da herança, assegurando o DRH ao cônjuge ou ao companheiro que o habitava com o de cujus,¹⁴³ a contemplar as hipóteses a-f acima descritas.

Nos casos em que o terceiro não tem nenhuma relação familiar (hipóteses g-j acima indicadas), mas está em condomínio com o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, os julgados têm afastado o DRH:

Não se reconhece o direito real de habitação a imóvel que não seja de propriedade exclusiva do ex-companheiro, sob pena de ofensa ao princípio do exercício pleno de propriedade. Existindo condomínio entre o de cujus e sua ex-mulher, que detém 1/3 do imóvel habitado pelos companheiros que viviam em união estável, não há como ser reconhecido o direito previsto no art. 7º, parágrafo único, da Lei n.º 9.278/96. Concessão de prazo para desocupação do imóvel.¹⁴⁴

Só é viável conceder direito real de habitação quando o imóvel é de propriedade exclusiva do autor da herança. No caso, embora o casal residisse no imóvel, este pertence também, em condomínio, aos irmãos do de cujus, que nem sequer são parte no feito.¹⁴⁵

Esse entendimento carece de fundamento decisório adequado, pois as hipóteses de a-f acima apontadas deveriam ter o mesmo destino, sendo certo que não é a titularidade proprietária o elemento distintivo, “mas sim o fato da oponibilidade ou não da restrição proprietária pelo direito real de habitação. Com relação à sucessão do de cujus, há legitimidade de imposição restritiva pelo simples fato de que o bem a ele pertenceu e foi sede de sua família”.¹⁴⁶

Essa imposição a terceiro do DRH nos casos em que ele não tinha nenhuma vinculação familiar parece exagerada, entretanto, quem herda titularidade proprietária familiar, em regra, deve ter o ônus derivado do DRH, mas terceiros não devem suportá-lo. Há julgado com entendimento contrário, sob

143 TJRS – Apelação Cível Nº 70047245014, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 19/4/2012. STJ – RESP 1.134.387/SP.

144 TJRS – Apelação Cível Nº 70028872695, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009.

145 TJRS – Apelação Cível Nº 70017449216, Sétima Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/12/2006.

146 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

o argumento de que o companheiro sobrevivente não pode ficar desamparado.¹⁴⁷ Não parece correto esse segundo entendimento, por tornar o DRH um direito absoluto, sendo possível que a moradia seja protegida de outras maneiras, pela tutela possessória ou pela partilha de bens,¹⁴⁸ quando houver outros bens partilháveis, não se podendo restringir a titularidade proprietária de tal maneira com o DRH.¹⁴⁹

Por fim, trata-se dos bens móveis que guarnecem o imóvel objeto de DRH, o denominado direito ao recheio, previsto no art. 2.103º-A do CC português:

1. O cônjuge sobrevivente tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respectivo recheio, devendo tornar aos coherdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver. 2. Salvo nos casos previstos no n.º 2 do artigo 1.093.º, caducam os direitos atribuídos no número anterior se o cônjuge não habitar a casa por prazo superior a um ano. 3. A pedido dos proprietários, pode o tribunal, quando o considere justificado, impor ao cônjuge a obrigação de prestar caução.

Na linha apresentada por Flávio Tartuce, é possível a aplicação do direito ao recheio no Brasil, tendo em vista os seguintes argumentos:

Primeiro, pelo princípio da gravitação jurídica, segundo o qual os acessórios devem seguir o bem principal. Segundo, pela teoria do patrimônio mínimo ou mínimo existencial, pois se deve assegurar à pessoa humana um mínimo de direitos patrimoniais para que viva com dignidade, o que engloba também bens móveis. Terceiro, pelo princípio da função social da propriedade e da posse, pois o imóvel atinge sua funcionalidade plena pelos bens móveis que o guarnecem. Quarto, mais uma vez pelo tratamento equânime relativo ao bem de família legal aqui defendido, prescrevendo o art. 1.º da Lei 8.009/1990 a amplitude a respeito dos bens móveis. Eventualmente, diante dessa analogia, podem ser excluídos da proteção os adornos suntuosos

147 TJRS – Apelação Cível 70017449216.

148 “A constituição do direito real de habitação do cônjuge supérstite emana exclusivamente da lei, sendo certo que seu reconhecimento de forma alguma repercute na definição de propriedade dos bens partilhados. Em se tratando de direito *ex vi lege*, seu reconhecimento não precisa necessariamente dar-se por ocasião da partilha dos bens deixados pelo *de cuius*”. (REsp 1.125.901/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 6/9/2013).

149 Sobre o tema da apropriação e sua eficácia real no direito alemão: WILTZ, Claude. **Droit prive allemand**, Paris: Litec, 1992, p. 465.

e as obras de artes, na esteira do que consta do art. 2.º da mesma Lei do Bem de Família.¹⁵⁰

Essas são as questões atinentes aos bens objetos de DRH, a ensejar a passagem para os assuntos relacionados à extinção e à deserdação do DRH.

A extinção com a constituição de uma nova entidade familiar e com a deserdação:

Outro fator que ratifica uma busca por igualdade¹⁵¹ na relação de gênero na ambiência matrimonial é a extinção do DRH quando cessar o estado de viuvez, pois estaria configurada a noção de que, “se casou novamente, já tem outro responsável por si, e por isso não necessita ser preservado tal direito”.¹⁵² Desse modo, a presunção de necessidade do DRH para o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente desaparece, como esclarece Simone Tassinari:

Sem dúvidas, o sobrevivente tem direito real de habitação. E esta norma se justifica pela proteção da família – art. 226 da CF, do direito à moradia – art. 6º da CF – em detrimento do direito proprietário dos filhos, que recebem por herança o bem com a restrição imposta pela legislação.

Ocorre que, se o sistema não impuser o limite temporal no “estado de viuvez,” pode ser que o sobrevivente leve para residir consigo seu novo cônjuge ou companheiro no imóvel gravado com direito real de habitação. Então, ter-se-á um bem, que pode ter sido adquirido antes da união, de propriedade dos filhos do

150 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015 (edição eletrônica – item 2.11). Nesse sentido: TJRS, Agravo de Instrumento 87802-46.2011.8.21.7000.

151 Sobre igualdade: GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: RT, 2014.

152 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015. No mesmo sentido: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. (Orgs.). **Direito Privado e Constituição – Ensaio para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455, p. 439; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 137. Inácio de Carvalho Neto aduz: “é inconveniente que o imóvel permaneça gravado, onerando o herdeiro em benefício do cônjuge que já se casou de novo e que, provavelmente, não necessita mais do benefício”. CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 146. Além disso, o DRH pode ser considerado uma parte integrante de uma obrigação alimentar, que, com base no art. 1.708, extingue-se com o novo casamento. CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 146; DUTRA, Camila Moreira Barros. Direito real de habitação. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba, n. 3, abr.-jun. 2007, p. 255-282, p. 276.

casamento anterior, servindo para moradia da nova família do cônjuge ou companheiro do pai.

Trata-se, data maxima venia, de restrição injusta ao direito proprietário, uma vez que a legitimidade familiar que origina a proteção normativa desaparece com a nova formação familiar. Assim, sob pena de inversão da lógica protetiva do sistema, há necessidade de ponderação axiológica, principiológica e de regramento, no caso concreto.

Outra situação questionável diz respeito às necessidades vitais que possam fazer frente à necessidade de moradia do sobrevivente.

Com relação a isso, imagine-se um caso em que haja disputa das necessidades de moradia do supérstite e do proprietário do bem. Se a literalidade normativa for sobreposta, pode-se chegar à conclusão absurda de que alguém plenamente capaz, com idade economicamente ativa e inclusive com outro bem de sua titularidade, tenha direito real de habitação oponível contra proprietário que pode não ter onde morar, ou constituir-se em pessoa idosa, incapaz, e ainda com deficiência.

Novamente, preservados os entendimentos em contrário, uma situação desta natureza conduz, necessariamente, à relativização do direito real de habitação (de essência protetiva), para privilegiar o direito proprietário que, no caso concreto, necessita de maior proteção.¹⁵³

Há entendimento contrário a este sustentando a possibilidade de manutenção do DRH mesmo concluído o estado de viuvez do beneficiário, tendo em vista que não há essa extinção no CC, desde que permaneça o imóvel em residência efetiva.¹⁵⁴ Parece não ser correto esse segundo entendimento, já que poderá haver uma perpetuação indefinida do DRH, a impedir que os herdeiros acessem o bem, porque sempre haverá algum titular de DRH, desde que haja a constituição de novos casamentos ou uniões estáveis.

153 TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015. Euclides de Oliveira trata da possível perpetuação do DRH: “Mas pode ocorrer que, sendo o direito de habitação cumulado com direito hereditário atinente à propriedade parcial no bem, e tendo havido outro casamento do beneficiário desse direito, no caso de seu falecimento, por força das novas regras do direito hereditário, o seu cônjuge sobrevivente, tendo participação como herdeiro em concorrência com outros descendentes ou ascendentes do falecido, virá a titular-se, também, ao direito de habitação sobre o imóvel que servia de residência ao casal. Perpetua-se, em tal situação, o direito real de habitar o referido bem, em sensível detrimento aos legítimos interesses dos co-herdeiros”. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 416-417.

154 OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões**. 23.ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 2013 (edição eletrônica). LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2.ed. Saraiva: São Paulo, 2014 (edição eletrônica – item 6.3).

Flávio Tartuce propõe uma solução intermediária:

No que toca à constituição de uma nova família pelo habitante, vislumbra-se a hipótese em que o cônjuge sobrevivente não tem boas condições econômicas e financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes, que são inclusive proprietários de outros imóveis. Seria justo desalojar o cônjuge pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, sendo necessário ponderar a favor da moradia e da família, a partir dos valores constantes dos arts. 6.º e 1.º, inciso III, do Texto Maior. Cite-se, ainda, o art. 226, caput, da Constituição Federal, segundo o qual a família é a base da sociedade.

Em suma, é o caso concreto que vai determinar se o direito real de habitação do cônjuge persiste ou não. A propósito de caso antes aventado, em que o cônjuge já é proprietário de outro imóvel, a solução deve ser a mesma. Assim, se o falecido, casado por separação obrigatória, deixou dois filhos que não possuem casa própria e a esposa, que já tem um imóvel anterior, o direito real de habitação pode não ser atribuído à última, para a efetiva tutela da moradia dos filhos. Nota-se que, tratando-se de proteção da moradia, direito social e fundamental reconhecido pela Constituição Federal de 1988, não é possível trabalhar com ideias fechadas e imutáveis.¹⁵⁵

Continua-se a defender a extinção do DRH com a constituição de nova entidade familiar, sob pena de se perpetuar indefinidamente um gravame sobre direitos de terceiros e de os herdeiros, muitas vezes, não terem condições de acesso ao bem, que sempre estará sujeito ao DRH de algum membro do casal ou do companheirismo.

Após o debate sobre a extinção do DRH com o término do estado de viuvez, passa-se ao tema da deserdação, como possível hipótese de afastamento do DRH. Para alguns,¹⁵⁶ parece ser cabível o afastamento do DRH pela deserdação, nos mesmos termos em que o cônjuge é excluído da sucessão. Nessa linha, não parece cabível, contudo, que o cônjuge seja deserddado apenas para o DRH, porém permanecendo herdeiro, ou que seja deserddado apenas para a herança, mas mantenha o DRH. Isso porque a deserdação da herança também exclui o DRH e vice-versa.

Ocorre que se o DRH não é direito sucessório, não pode ser objeto de deserdação. Até mesmo porque independe da participação do cônjuge na

155 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015 (edição eletrônica – item 2.11).

156 CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 147-148.

herança. Além do mais, isso não faz sentido: por que alguém faria um testamento para deserdar o cônjuge e permaneceria casado? Nesse passo, não se acolhe a hipótese de deserdação do DRH. Feita essa delimitação teórica, legal e prática do DRH, passa-se, no tópico seguinte, a analisar os acórdãos do STJ sobre o instituto no Direito Sucessório brasileiro.

3 – O direito real de habitação a partir dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça

A Análise de Julgados, segundo Roberto Freitas e Thalita Lima de Análise de Jurisprudência,¹⁵⁷ significa

a coleta de decisões de um ou diversos decisores, sobre um determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do “estado da arte” sobre o assunto. A Análise de Jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores em relação ao problema e/ou a suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas.¹⁵⁸

Nessa linha, após a descrição do estado da arte legal, teórico e decisório indicado no item pretérito, que não acolheu a possibilidade de relativização do DRH, parte-se para a verificação específica no âmbito do STJ, a fim de aferir se há alguma possibilidade de tal relativização para o referido Tribunal. Para tanto, delimitou-se o tempo, de 1991 a 3.10.2015, e o espaço da pesquisa, com a utilização do critério mais amplo possível de pesquisa de julgados, com o termo “direito real de habitação”, o que gerou 24 (vinte e quatro) acórdãos, pois refletem o entendimento colegiado do STJ. O critério de análise será identificar qual(quais) dos aspectos de estrutura e/ou de função foi(foram) abordado(s) pelos julgados, a revelar as assonâncias e as dissonâncias com a construção teórico-prática indicada no item precedente.

1 – AgRg no AResp 671.118/RJ. 4.^a T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj-e de 10.12.2015

157 Entende-se que não existe jurisprudência e precedente no Brasil, pois, no Direito pátrio, não é o fundamento decisório que vincula os julgados, mas a ementa e o dispositivo, a inexistir um padrão racional decisório nos tribunais brasileiros. Por isso, denominamos Análise de Julgados.
158 FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010.

Ponto de destaque: DRH para a companheira, cujo móvel era local de residência do casal:

Frise-se, portanto, que o entendimento predominante nesta Corte Especial é no sentido de que o artigo 1.831 do CC também se aplica aos companheiros, ressaltando-se, no caso específico dos autos, que existe apenas um único imóvel a inventariar e, como valor protegido por lei, assegura-se proteção à dignidade da pessoa humana, atendendo-se, ainda, ao direito fundamental à moradia (artigo 6º da CF/88), também aliado ao fato de que se trata de pessoa idosa, a quem o ordenamento jurídico confere especial atenção e, por fim, a consideração da circunstância de que a agravante viveu quase trinta anos no imóvel com o de cujus. (...) O direito real à habitação limita os direitos de propriedade, devendo suportar tal limitação os herdeiros do de cujus, dentre eles a recorrente, não perquirindo a lei, em momento algum, para fins de fixação do benefício, quanto à natureza de tal propriedade, se exclusiva ou compartilhada, além de que o companheiro beneficiado pela habitação somente perderá seu direito pela morte, tratando-se de direito real de habitação incondicionado, assim como ocorre em favor do cônjuge sobrevivente. (trechos do acórdão).

Percebe-se que o acórdão valida a incidência do DRH na união estável, cuja companheira era idosa, tendo vivido com o falecido por trinta anos, bem como aponta para a limitação da titularidade proprietária, exclusiva ou compartilhada, “além de que o companheiro beneficiado pela habitação somente perderá seu direito pela morte, tratando-se de direito real de habitação incondicionado, assim como ocorre em favor do cônjuge sobrevivente”. Isso valida o estado da arte haurido de parte da literatura jurídica pátria.

2 – AgRg no AREsp 424.045/MG. 3.ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj-e de 11.5.2015

Ponto de destaque – Necessidade de prova da relação entre o de cujus e a parte sobrevivente, para configurar o DRH: Necessidade de prova da relação entre o falecido e a agravante, pois, não havendo, não há direito real de habitação, devendo ser procedida à instrução probatória definitiva, para que essa argumentação seja afastada.

3 - RESP 1.203.144/RS. 4.ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj-e 15.8.2014

Ponto de destaque – DRH na união estável, DRH para fins possessórios, DRH por determinação legal e ausência de registro: É entendimento do STJ, que a companheira supérstite tem direito real de

habitação, que emana de lei, sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes (REsp 1.329.993/RS; REsp 1.156.744/MG), pois o CC não revogou a Lei n.º 9.278/96. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável, bem como de que o seu reconhecimento atinge os bens partilhados, porém “não precisa necessariamente dar-se por ocasião da partilha dos bens deixados pelo de cujus” (REsp 1.125.901/RS).

Destaca-se: “É por isso que a sentença apenas veio a declarar a união estável na motivação do decisório, de forma incidental, sem repercussão na parte dispositiva e, por conseguinte, sem alcançar a coisa julgada (CPC, art. 469), mantendo aberta eventual discussão no tocante ao reconhecimento da união estável e seus efeitos decorrentes”. Nesse sentido: REsp 1.097.837/SP.

4 - RESP 1.184.492/SE. 3.ª T. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi. Dj-e 7.4.2014

Ponto de destaque – Impossibilidade de DRH sobre o imóvel em que residia com o falecido marido e do qual os recorrentes são coproprietários, antes do falecimento do cônjuge. Revisão histórica do DRH. Direito à moradia e à solidariedade.

“No particular, toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a concessão do direito real de habitação ao cônjuge supérstite deixa de ter razoabilidade, em especial porque o condomínio formado pelos irmãos do falecido preexiste à abertura da sucessão, pois a copropriedade foi adquirida muito antes do óbito do marido da recorrida, e não em decorrência deste evento”.

O voto da Min. Relatora faz uma pequena digressão do histórico legislativo no casamento e na união estável, afirmando ser possível em qualquer regime de bens e independentemente da duração do estado de viuvez. O enfoque legislativo permanece a tutelar o direito à moradia do cônjuge supérstite, e, por extensão, dos próprios descendentes deste. Nesse sentido: REsp 107.273/PR.

Funda-se o DRH na “solidariedade interna do grupo familiar que prevê recíprocas relações de ajuda”, citando Maria Berenice sobre a solidariedade

familiar (o que cada um deve ao outro, a derivar de vínculos afetivos). A mens legislatoris do direito real de habitação consiste em aplicar o princípio da solidariedade familiar. Nessa situação, de um lado, vislumbrou-se que os filhos devem – em nome da solidariedade familiar – garantir ao seu ascendente a manutenção do lar, e, de outro, extraiu-se da ordem natural da vida que provavelmente sobreviverão ao habitador, momento em que poderão exercer, na sua plenitude, os poderes inerentes à propriedade que detêm.

No particular, todavia, o direito real de habitação é oposto aos familiares do falecido (pais e irmãos), sendo certo que os irmãos dividiam com ele a propriedade do imóvel que lhes foi doado pelos pais, e no qual, posteriormente, passou a residir com a viúva, até a data do seu óbito. É razoável, repita-se, que os filhos se tornem nus-proprietários da fração ideal do imóvel que herdaram de um dos pais, para que o outro ancestral possa viver no mesmo imóvel pelo resto de sua vida.

Não é razoável, no entanto, que, na hipótese, prevaleça a mesma imposição, porquanto aqui não há justificativa que dê foros de legitimidade à exceção legal. Não há elos de solidariedade entre um cônjuge e os parentes do outro, com quem tem apenas vínculo de afinidade, que se extingue, à exceção da linha reta, imediatamente após a dissolução do casamento. Do contrário, estar-se-ia admitindo o direito real de habitação sobre imóvel de terceiros, sobretudo se considerarmos que o falecido detinha fração minoritária do bem.

Deve-se reformar o acórdão recorrido, pois o julgado em relação ao direito real de habitação não está em harmonia com o § 2º do art. 1.611 do CC/16 (art. 1.831 do CC). Nesse sentido: RESP 1.212.121/RJ.

5 – RESP 1.204.425/MG. 4.^a T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj-e de 5.5.2014.

Ponto de destaque: Direito real de habitação concedido em união estável homoafetiva.

O STJ reconhece a união e o casamento homoafetivos, bem como há diversos precedentes acolhendo a tese de que o silêncio da Lei n.º 9.278/1996 não excluiu o direito do companheiro à totalidade da herança, na hipótese de

inexistência de ascendentes e descendentes do de cujus, na verdade, afastando a participação de parentes colaterais, tal como previsto no art. 2º, inciso III, da Lei n.º 8.971/1994 (REsp 418.365/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002; REsp 747.619/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/6/2005; REsp 704.637/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/3/2011).

6 – RESP 1.329.993/RS. 4.^a T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Dj-e de 18.3.2014.

Ponto de destaque: Direito real de habitação concedido em união estável, embora o CC/02 tenha ab-rogado as leis de união estável (LINDB, art. 2º, § 1º), pois regulou toda a sucessão, porém, apesar dos arts. 1.790 e 1.831 do CC não tratarem do direito real de habitação na união estável, “a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico”. Multiplicidade de bens residenciais da esposa e da companheira. União estável como ato-fato. Vedação ao retrocesso social.

Nesse passo, o ponto de destaque desse acórdão foi haver garantido o direito real de habitação à “companheira” e ao cônjuge, assegurando, em obiter dictum, efeitos jurídicos do Direito das Famílias às famílias paralelas, mesmo que isso não apareça de forma expressa no acórdão.

O acórdão apresenta os seguintes fundamentos: o DRH fundado na parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. No caso concreto, o fato de haver outros bens residenciais no espólio – um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira – não resulta em automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre (RS), que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido.

O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus, como é o caso. O Ministro

Luis Felipe Salomão se diz favorável à inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC e defensor do direito real de habitação na união estável.

Valoriza a união estável e a caracteriza como ato-fato jurídico despojado de formalidade, devendo ser estendido o direito real de habitação ao companheiro, na forma do enunciado 117/CJF: “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CR/88”.

“Estou com a segunda fundamentação alternativa do enunciado. Há que se fazer interpretação analógica, abarcando também a união estável no dito artigo, em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social, que proíbe sejam extintos do ordenamento direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito”. Nesse sentido: RESP 821.660/DF.

“Entendo que, do fato de haver outros bens residenciais no espólio, no caso concreto um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre (RS), que lá já residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido”.

“O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus, como é o caso”.

“Limitando o direito de propriedade, tem-se o direito real de habitação, direito de fruição reduzido que consiste no poder de ocupação gratuita de casa alheia (art. 1.414)”.

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, em Código Civil Comentado, asseveram que caso o direito real de habitação não pudesse servir de fundamento a limitar o direito de propriedade, seria inútil assegurar tal garantia – é exatamente o que ocorre na situação ora em análise: Direito real de habitação. Prevalência contra coproprietário e compossuidor civil (CC 1.784). “Direito real de habitação. Ação possessória. CC/1916, 718, 748, 1.611 § 2.º e 1.572 [CC 1.394,

1.416, 1.831 e 1.784]. 1. O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco importando que dirigida contra quem é compossuidor por força do CC/1916 [CC 1.784]. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3.^a T. REsp 616.027-SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 14.6.2004, DJU 20.9.2004; RDPriv 211.355). (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2012. p. 1.573-1.574). Nesse sentido: RESP 1.134.387/SP, (...) entendendo que deve ser mantido o direito real à habitação concedido à companheira em relação ao imóvel onde residia o casal quando do óbito.

7 – RESP 1.249.227/SC. 4.^a T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJE de 25.3.2014

Repetição do anterior.

Mesmo que a companheira seja proprietária de outro imóvel, isso não impede o direito real de habitação. Discussão entre os ministros sobre a revogação das leis de união estável, porém mantendo o direito real de habitação.

8 – RESP 1.212.121/RJ. 4.^a T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJE de 18.2.2013

Ponto de destaque – Sucessão aberta anteriormente à vigência do Código Civil de 2002. Companheira sobrevivente. Direito real de habitação não reconhecido no caso concreto. Em matéria de direito sucessório, a lei de regência é a referente à data do óbito. Assim, é de se aplicar a Lei 9.278/96, pois o Código de 2002 não havia entrado em vigor quando do falecimento do companheiro da autora, ocorrido em outubro de 2002.

A controvérsia instalada nos autos e devolvida ao STJ resume-se a saber se é possível o exercício do direito real de habitação em imóvel em copropriedade, pois o falecido habitava a residência com sua companheira, ora recorrente, a título de comodato, e o apartamento pertencia integralmente a seu irmão, falecido sem deixar ascendentes ou descendentes. É incontroversa a existência da união estável, reconhecida pela sentença e mantida pelo acórdão. Na espécie, a questão traz uma peculiaridade: o bem sobre o qual pretende a

autora exercer o direito real de habitação pertence a 13 (treze) proprietários, de modo que ao companheiro falecido apenas cabia $\frac{1}{13}$ avos sobre o bem, herança de um irmão falecido.

A entrada em vigor do Código Civil de 2002, que é lei geral, e só contempla o cônjuge no que concerne ao direito real de habitação, não revogou a previsão do artigo 7º da Lei 9.278/96, que em relação ao Código Civil, no entender desta Relatoria, é lei especial (*Lex general; non derogat lex specialis*).

A expressão patrimônio comum ou particular deve ser interpretada como excludente da possibilidade de se estabelecer o direito real de habitação ao companheiro(a) supérstite que habitava imóvel com o de cujus cuja propriedade não era integralmente deste último. Se este é o entendimento adotado em relação ao artigo 1.831 do Código Civil, outro não poderia ser dado ao artigo 7º da Lei 9.278/96, pois não se pode dar à companheira mais direitos do que é conferido ao cônjuge, sob pena de infringir-se o princípio da isonomia, insculpido no inciso II do artigo 5º da Carta da Primavera.

9 – MC 21.570/DF. 4.^a T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJE de 17.9.2013

Ponto de destaque – Em matéria de direito sucessório, aplica-se a lei sob cuja égide foi aberta a sucessão. A morte do inventariado ocorreu em dezembro de 2002, quando não mais vigorava a Lei n.º 8.971/94, portanto, em linha de princípio, afasta-se o direito de usufruto sobre a parcela do patrimônio do falecido, previsto no mencionado diploma, incidindo a Lei n.º 9.278/1996, que previu o direito real de habitação da companheira sobrevivente, porém, somente em relação ao imóvel destinado à residência familiar.

Quanto ao pleito contido na cautelar, não são matéria pacífica na doutrina e na jurisprudência os contornos do direito ao chamado usufruto vidual/direito real de habitação, previsto no art. 1.611, §§ 1º e 2º, do CC/1916, para o cônjuge sobrevivente, e no art. 2º, incisos I e II, da Lei n.º 8.971/94, para a companheira supérstite convivente em união estável, dispositivos esses que continham a seguinte redação:

“Há precedentes da Casa que, para a hipótese de casamento regido pelo art. 1.611, § 1º, do CC/1916, reconhecem o direito ao usufruto vidual independentemente da situação financeira do cônjuge sobrevivente” (AgRg no REsp 844.953/MG; REsp 648.072/RJ).

“Por outro lado, há precedente da Quarta Turma, de minha relatoria, que abraça entendimento mais restritivo à concessão do usufruto vidual, especificamente quando o de cujus contemplou em testamento patrimônio que superava o valor dos bens nos quais incidiria o usufruto – e, por isso mesmo, o propósito humanitário da lei também já estaria assegurado (REsp 594.699/RS)”.

De qualquer modo, não obstante o dissenso acima mencionado, o Ministro Relator observa que a discussão é desimportante para o desate da controvérsia, pois o fato é que o óbito do inventariado ocorreu em dezembro de 2002, quando não mais vigorava a Lei n.º 8.971/94, que previa o usufruto de parcela do patrimônio do falecido, no caso de união estável, devendo ser aplicada no caso em apreço a Lei n.º 9.278/1996, que não mais previu o instituto do usufruto vidual sobre parcela do patrimônio do falecido, mas sim o direito real de habitação da companheira sobrevivente, porém, somente em relação ao imóvel destinado à residência familiar, conforme artigo 7º, parágrafo único, da mencionada lei.

A aparente antinomia entre a concessão de direito real de habitação à companheira, pela Lei n.º 9.278/1996, e o direito do cônjuge ao usufruto parcial do patrimônio do de cujus, segundo o preceito contido no art. 1.611 do CC/1916, resolve-se nivelando também o direito do cônjuge segundo a legislação posterior aplicável às uniões estáveis, mas nunca simplesmente desconsiderando a lei nova.

Os direitos sucessórios do cônjuge devem, sempre que possível, guardar razoável equivalência com os do companheiro supérstite. Tem-se entendido que desde a edição da Lei n.º 9.278/1996 – que conferiu direito real de habitação aos conviventes em união estável –, está derogado o art. 1.611 do CC/1916, no que concerne ao usufruto vidual em benefício da esposa, providência que contribui para nivelar, em alguma medida, as situações jurídicas advindas da união estável e do casamento.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 821.660/DF; REsp 1.220.838/PR.

10 – REsp 1.125.901/RS. 4.^a T. Rel. Min. Marco Buzzi. DJE de 6.9.2013

Ponto de destaque – Inventariante, ante a impugnação à averbação do formal de partilha exarada pelo Cartório de Registro de Imóveis, requereu a retificação, por omissão, do auto de partilha, para que dele constasse o direito da viúva ao usufruto de 1/4 sobre o imóvel deixado pelo autor da herança, enquanto perdurasse o estado de viuvez, nos termos do artigo 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916. Indeferimento do requerimento, ante o reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, com base no artigo 1.831 do Código Civil de 2002.

DRH como direito sucessório em ambos os Códigos Civis, ainda que possuam distinções. Sob esse prisma, a sucessão, assim como a legitimação para suceder, é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura daquela, ou seja, por ocasião do evento morte do autor da herança, que, no caso dos autos, deu-se em 3 de abril de 2006. Sobressai, assim, clarividente a incidência do atual Código Civil, a reger a presente relação jurídica controvertida, conforme preceitua o artigo 1.787 do Código Civil.

A constituição do direito real de habitação do cônjuge supérstite emana exclusivamente da lei; seu reconhecimento de forma alguma repercute na definição de propriedade dos bens partilhados (STJ – AgRg no REsp 472.465/SP). Desta forma, em se tratando de direito proveniente diretamente da lei, o reconhecimento do direito real de habitação ao cônjuge supérstite posterior à homologação da partilha não afronta a coisa julgada. Sob esse prisma, a sucessão, assim como a legitimação para suceder, é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura daquela, ou seja, por ocasião do evento morte do autor da herança, que, no caso dos autos, deu-se em 3 de abril de 2006. Sobressai, assim, clarividente a incidência do atual Código Civil, a reger a presente relação jurídica controvertida, conforme preceitua o artigo 1.787 do Código Civil.

Efetivamente, de acordo com os contornos fixados pelo Código Civil de 2002, o direito real de habitação confere ao cônjuge sobrevivente a utilização

do bem, a fim de que nele seja mantida sua residência, independentemente do regime de bens do casamento e da titularidade do imóvel, afastado o caráter vidual estabelecido na legislação precedente. Substancia-se, assim, o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal, assegurado ao cônjuge supérstite em qualquer regime de bens.

11 – REsp 1.273.222/SP. 3.ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ-e de 21/6/2013

Ponto de destaque – Ação Possessória. Conforme a jurisprudência do STJ, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza e integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido no momento da abertura da sucessão.

Peculiaridade do caso, pois o cônjuge falecido já não era mais proprietário do imóvel residencial, mas mero usufrutuário, tendo sido extinto o usufruto pela sua morte. Figurando a viúva sobrevivente como mera comodataria, correta a decisão concessiva da reintegração de posse em favor dos herdeiros do falecido.

12 – AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 303.828 – SP Rel. Min. Sidnei Beneti – 3.ª T. DJ-e de 8/10/2013

Pouco relevante para a pesquisa – Sem maiores detalhes, o recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Negou-se provimento ao Agravo Regimental.

13 – REsp 1.134.387/SP 3.ª T. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi – Rel. para o acórdão Min. Sidnei Beneti. DJ-e de 29/5/2013

Ponto de destaque – Direito Real de Habitação do Cônjuge Sobrevivente. Reconhecimento mesmo em face de filhos exclusivos do de cujus. DRH se mantém se não houver nova entidade familiar constituída pelo beneficiário. Votação por maioria.

Ministro Sanseverino: Postas à parte as digressões a respeito das razões históricas e da natureza jurídica do instituto do direito de habitação, que garante a casa de moradia ao cônjuge supérstite, casado sob o regime da

comunhão de bens, enquanto viver e não contrair novas núpcias, é de se assinalar a constância dos julgados nesse sentido, como lembrou o próprio Acórdão recorrido, agora reafirmado nas contrarrazões ao Recurso Especial.

A distinção entre casos de direito de habitação relativos a “famílias com verticalidade homogêneas” não está na lei, que, se o desejasse, teria distinguido, o que não fez, de modo que realmente pretendeu, o texto legal, amparar o cônjuge supérstite que reside no imóvel do casal.

Note-se que mesmo o novo Código Civil, que, se esse fosse o sentir da sociedade, por intermédio do Poder Legislativo, e sob a mesma Constituição que ora se aplica, poderia haver alterado o regramento da matéria, limitou-se, no art. 1.831, a repetir o texto do Código Civil de 1916: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao impossível destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Limitar-se o cabimento do direito real de habitação às famílias em que a prole tenha ancestralidade comum, quando a lei elege como requisito principal e determinante para o nascimento do direito: a) a situação jurídica do cônjuge/companheiro e b) o fato de este residir, quando do passamento, no imóvel (único), desafiaria, como bem registrou o Ministro Beneti, a linha interpretativa até então impressa por essa Corte, fragilizando os fundamentos centrais pelos quais se instituiu esse direito, quais sejam: a solidariedade, a mútua assistência e a dignidade da pessoa humana, sob a faceta do direito constitucional à moradia.

14 – REsp 1.156.744/MG. 4.^a T. Rel. Min. Marco Buzzi. DJ-e de 18/10/2012

Ponto de destaque – Direito Real de Habitação. Reconhecimento do direito ao companheiro sobrevivente. Código Civil de 2002 não revogou o art. 7º da Lei 9.278/96.

Certo é que não há norma expressa no Codex Civil que assegure o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Entretanto, o

silêncio não é eloquente, pois a evolução jurídica do instituto indica que este é aplicável, também, à união estável.

O legislador sempre desejou ampliar a incidência de tão elevado direito a todos os regimes de casamento, tendo em vista que o direito à moradia afigura-se como um dos diversos matizes do princípio da dignidade humana. Desse modo, a ampliação operada pelo Código Civil alarga o âmbito de incidência do direito em questão e, por conseguinte, proporciona maior proteção ao seu titular, bem como à unidade familiar remanescente.

De outro lado, não se mostra razoável compreender que a omissão legislativa teve por fim restringir o direito real de habitação ao casamento. Nos tempos atuais, tanto a jurisprudência constitucional quanto a doutrina especializada pugnam pela ampliação e efetivação dos direitos fundamentais, motivo por que o âmbito de incidência destes tem sido alargado constantemente.

Ora, interpretar que o direito real de habitação não é mais aplicável à união estável em face de sua revogação pelo Código Civil de 2002 afigura-se hermenêutica inadequada, pois implicaria uma catagênese do direito social fundamental, que é repelida, veementemente, pela teoria da proibição do retrocesso, já que o âmbito de incidência do direito à moradia perderia a abrangência outrora concedida.

15 – REsp 1.220.838/PR. 3.^a T. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ-e de 27/6/2012

Ponto de destaque – O direito real de habitação, assegurado, devido à união estável, ao cônjuge sobrevivente, pelo art. 7º da Lei 9.287/96, incide, relativamente ao imóvel em que residia o casal, ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar. Cita literatura jurídica para referendar o entendimento indicado.

16 – REsp 1.204.347/DF. 4.^a T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 2/5/2012

Premissa – Sucessão aberta na vigência do Código de 1916. Viúva casada sob o regime da separação de bens. Usufruto da quarta parte do bem. Inaplicabilidade do Direito Real de Habitação.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal considerou que o usufruto da quarta parte do bem e o conseqüente débito de aluguéis devidos pela viúva à filha do falecido somente poderiam ser cobrados até a entrada em vigor do Código de 2002. A partir de então a situação seria regida pela nova lei, sendo devido o DRH gratuito em favor da viúva.

À toda evidência, tendo sido a sucessão aberta no ano de 1999, portanto na vigência do Código Civil de 1916, o acórdão recorrido vulnerou, na literalidade, o que dispõe o art. 2.041 do Código Civil de 2002.

A lei de toda e qualquer sucessão é a lei da data do óbito. Assim, todos os óbitos verificados antes de 11.1.2003 seguem as regras sucessórias do Código Civil de 1916, mesmo que a partilha seja ultimada tempos depois da vigência da nova lei civil. O registro da sentença que ultima o inventário é ato meramente declaratório de uma aquisição que já se deu de pleno iure com o óbito. A nova lei não pode retroagir para capturar as sucessões anteriores ao Código Civil de 2002 – mesmo no período de *vacatio legis* –, sob pena de malferir a garantia fundamental dos sucessores ao direito adquirido e incorporado ao seu patrimônio ao tempo da legislação revogada.

17 – REsp 821.660/DF – 3.^a T. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ de 17/6/2011

Ponto de destaque – Isonomia, casamento e união estável, a possibilitar o DRH para o(a) companheiro (a) sobrevivente. DRH em qualquer regime de bens.

Instaurou-se, assim, certa perplexidade, pois entre a edição dessa lei e o início da vigência do Código Civil de 2002, uma interpretação literal das normas de regência então vigentes autorizava concluir que o companheiro sobrevivente estava em situação mais vantajosa do que o cônjuge sobrevivente (que não fosse casado pelo regime da comunhão universal de bens). Perceba-se que o direito real de habitação, até então exclusivo do cônjuge *supérstite*, havia sido estendido ao companheiro sobrevivente, por força do parágrafo único do artigo 7º da Lei n.º 9.278/96, de maneira mais abrangente, conferindo-lhe um direito subjetivo que não socorria a maioria dos cônjuges em idêntica situação. Considerando, pois, que a interpretação literal das normas postas levaria à conclusão de que o

companheiro estaria em situação privilegiada em relação ao cônjuge e que essa exegese propõe uma situação de todo indesejada no ordenamento jurídico brasileiro, é de se rechaçar a adoção dessa interpretação literal da norma.

Uma interpretação que melhor ampara os valores espelhados na Constituição Federal é aquela segundo a qual o artigo 7º da Lei nº 9.278/96 teria derogado, a partir da sua entrada em vigor, o § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a neutralizar o posicionamento restritivo contido na expressão “casados sob o regime da comunhão universal de bens”.

Em outras palavras, é de se admitir que a Constituição Federal (artigo 226, § 3º), ao exortar o legislador a criar de uma moldura normativa pautada pela isonomia entre a união estável e o casamento, exortou também o intérprete da norma e o juiz a concluírem pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação. Dessa maneira, tanto o companheiro como o cônjuge, qualquer que seja o regime do casamento, estarão em situação equiparada, adiantando-se o quadro normativo que só veio a se concretizar de maneira explícita com a edição do novo Código Civil.

18 – REsp 826.838/RJ. 3.^a T. Rel. Min. Castro Filho. DJ de 16/10/2006

Ponto de destaque – DRH. Cônjuge sobrevivente. Codificação atual. Regime nupcial. Irrelevância. Residência do Casal.

Ao contrário do que previa o art. 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916, que exigia o casamento em comunhão universal de bens, a codificação atual prevê o direito em qualquer regime nupcial. Sendo assim, conclui-se que não é mais condição para sua constituição integrar o bem o patrimônio comum do casal. Dessa maneira, o dispositivo acima deve ser lido da seguinte forma: o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que fosse o único dessa natureza que integrava o patrimônio comum ou o particular de cada cônjuge. Ao ressaltar que a habitação se constitui “sem prejuízo da participação na herança”, o legislador visou resguardar o direito na hipótese em que o cônjuge, por sucessão ou meação, se tornasse proprietário apenas de parte do imóvel, mesmo porque, caso herdasse todo o bem, assumindo

a propriedade plena, não haveria por que falar em constituição de direito real de habitação. Ademais, não se pode interpretar a norma no sentido de que, não tendo o cônjuge direito à meação ou à sucessão em relação ao imóvel, não fará jus à habitação, sob pena de se esvaziar a ratio essendi da norma.

19 – REsp 282. 716/SP – 3.^a T. Rel. Min. Castro Filho. DJ de 10/4/2006

Ponto de destaque – DRH convencionado em demanda de divórcio. Manutenção. O acordo homologado judicialmente, nos autos de ação de divórcio, em que fica convencionado que um dos divorciandos permanecerá residindo num dos imóveis do casal, com isenção de quaisquer ônus, pelo tempo que desejar, renunciando, inclusive, ao direito à pensão, implica a constituição do direito real de habitação, sendo desnecessário o registro em cartório. Diante da moldura fática apresentada, cumpre reconhecer que o acordo homologado pelo juízo de família implicou, necessariamente, a constituição do direito real de habitação em proveito da recorrente, pois, ao contrário do que acena o tribunal de origem, a formalidade atinente à transcrição do registro em cartório, na hipótese, é dispensada, por tratar-se de direito de família, conforme se extrai da redação dos artigos 715 *et* 748 do Código Civil, bem como do art. 167, I, 7, da Lei 6.015/75.

20 – REsp 565.820/PR. 3.^a T. Rel. Min. Menezes Direito. DJ de 14/3/2005

Ponto de destaque – 1. A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente, mantendo-o no imóvel destinado à residência da família. 2. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário.

Não se pode confundir o direito real de habitação com o usufruto, e tampouco pretender que a renúncia ao usufruto alcance o direito real de habitação. Este ocorre como decorrência de regra jurídica específica em razão da viuvez, ainda mais quando, como no caso, trata-se do único bem de família a servir como residência da viúva, não relevando que tenha sido feita a adjudicação ao herdeiro e que tenha havido a renúncia ao usufruto.

O que precisa ficar bem claro é que o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família é próprio da situação jurídica da autora, não se mesclando com qualquer outro instituto jurídico, porque se assim fosse, a proteção legal não teria alcance algum, tanto que se não admite sequer a extinção do condomínio e a alienação judicial de coisa comum (REsp 107.273/PR; REsp 234.276/RJ).

Anote-se, ainda, que poderia haver a renúncia do direito real de habitação, da mesma forma que para o usufruto (Orlando Gomes, Direitos Reais, Forense, 12^a ed., 1997, p. 312), mas, sem dúvida, a renúncia de um não alcança a do outro. Por outro lado, como já decidiu esta Corte, o “direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente se dá ex vi legis, dispensando registro no álbum imobiliário, já que guarda estreita relação com o direito de família” (REsp 74.729/SP, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de 2/3/98).

21 – REsp 616.027/ SC. 3.^a T. Rel. Min. Menezes Direito. DJ de 20/9/2004

Pouco relevante para a pesquisa – O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação.

22 – REsp 234.276/RJ. 4.^a T. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ de 17/11/2003

Ponto de destaque – O viúvo, casado sob o regime de comunhão universal de bens, tem o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Improcedência do pedido na demanda de extinção de condomínio e de alienação judicial de coisa comum. Baseia-se o Ministro Relator em precedente relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar e na inteligência do art. 1.611, § 2º, CC-16.

23 – REsp 74.729/SP. 4.^a T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de 2/3/1998

Ponto de destaque – O DRH em favor do cônjuge sobrevivente se dá ex vi legis, dispensando registro no álbum imobiliário, já que guarda estreita relação com o direito de família. Argumentos muito semelhantes aos já utilizados nos acórdãos 18 e 19. O acórdão 19 faz inclusive menção a este acórdão.

24 – REsp 107.273/PR. 4.^a T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ de 17/3/1997

Semelhança com o julgado n.º 21 – Acrescenta o Ministro Relator, referindo-se ao disposto no art. 1.611 do Código Civil de 1916: “É elogiável a regra legal ora em exame, resguardando o interesse do cônjuge sobrevivente, formador da família e, muitas vezes, responsável pela construção do patrimônio, resguardando o direito mínimo de dispor de uma morada, contra o anseio dos herdeiros em se apropriarem da herança, ainda que deixando um dos pais ao desabrigo”.

Como se percebe, o STJ cuida de temas de importância, mas não da integralidade dos assuntos tratados no item 2 deste trabalho; todavia, é de se destacar que não há, nos citados julgados do STJ, menção alguma à relativização do DRH, resultado igual àquele posto no tópico anterior. Desse modo, indaga-se: diante do estado da arte apresentado em relação ao DRH, é possível relativizá-lo? A resposta a essa indagação será ofertada no item a seguir.

4 – Conclusão: É possível relativizar o direito real de habitação no Brasil?

Como vimos, o instituto do DRH vem sendo pouco a pouco debatido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em situações cada vez mais complexas, bem distantes das observadas, por exemplo, nos anos 70, momento histórico em que o Código de 2002 começou a ser pensado e no qual as estruturas familiares eram bem diferentes, em comparação com os dias atuais.

Assim podemos ter a certeza de que, conforme já vem acontecendo, cada vez mais a Corte Superior de Justiça será obrigada a julgar demandas ligadas ao DRH cujos casos concretos desafiarão a norma e os entendimentos postos atualmente.

O fundamento metodológico que pode albergar a solução para casos que contrariem entendimentos expressos ou implícitos e majoritários na literatura jurídica, nos julgados e na lei, de impossibilidade de relativização do DRH, no mencionado caso concreto, é a derrotabilidade das normas jurídicas.¹⁵⁹ Esta significa uma refinada metodologia, como se extrai da explicação abaixo:

(...) teoria surgida em 1980 “no Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Columbia Britânica, Vancouver, Canadá, com R. Reiter, e na Universidade de Stanford, Califórnia, Estados Unidos, com John McCarthy (...)” Certo é que o mote inicial era a criação de programas de computador com sistemas lógicos de linguagem que se aproximassem do raciocínio humano, de acordo com Serbena e Cella.

Esse estudo gerou a criação de sistemas lógicos não monotônicos, ou seja, segundo doutrina, “de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões já deduzidas não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode “derrotar” a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. Essa é a forma de pensar que os seres humanos utilizam na maioria das vezes em que é necessário raciocinar” (“ $p \rightarrow r$ e $(p \wedge q) \rightarrow -r$ ”), como aludem Serbena e Cella. Na lógica monotônica ou silogística, todavia, não se alteram as conclusões deduzidas das premissas iniciais mesmo que se adicionem novas informações (p implica q “ $(p \rightarrow q) \rightarrow [(p \wedge r) \rightarrow q]$). Aduz Andreoni: “Entre “perdas e ganhos” de cada padrão lógico, a não monotonicidade se destaca porque autoriza a representação dos embates argumentativos de forma mais realista, dentro daquilo que geralmente ocorre quando se pretende aplicar uma previsão do direito positivo em um cenário litigioso”.

Em 1990, cultores da lógica começaram a utilizar as lógicas não monotônicas para trabalhar o raciocínio jurídico, já que a todo momento os operadores do direito modificam o seu entendimento a cada nova informação apreendida. Explicitar ferramentas para a construção de uma resposta séria, fundamentada e correta é o que objetiva a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, elegante metodologia para o pós-positivismo. Quem confere as respostas são os legisladores e os juízes e a lógica auxilia na definição de consequências jurídicas ou a clarificação do caso concreto.¹⁶⁰

Hart (na obra **The ascription of responsibility and rights**) idealizou a derrotabilidade jurídica, não sendo esta uma nova categoria jurídica,

159 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha Frota. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 52, p. 81-99, 2010.

160 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha Frota. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 52, p. 81-99, 2010.

mas um fenômeno empírico verificável, “pelo qual certas categorias jurídicas (como incidência, aplicação, antinomias, lógica deôntica, entre outras) receberão um colorido diferente”, como afirma a literatura jurídica. Andreoni sustenta que a relação regra/exceção não é nova no Direito, mas Hart confere nova abordagem sobre o tema ao afirmar que a presença de uma exceção pode afastar ou fazer com que não incidam os efeitos jurídicos da norma de conteúdo e estrutura perfeitos, sendo a derrotabilidade uma situação excepcional.¹⁶¹

A derrotabilidade (defeasibility) das normas jurídicas refere-se à interpretação do Direito a partir das diferentes realidades fáticas e jurídicas, passando ao largo das questões de revogação ou derrogação, uma vez que não se pode desconsiderar, sem a devida fundamentação, o direito positivo. Andreoni sustenta que é “uma teoria que se propõe a representar seriamente a não aplicação da mensagem literal do direito positivo, ainda que presentes os requisitos necessários e suficientes para a aplicação”, pois “os valores da segurança jurídica e do princípio democrático estão presentes, de forma explícita ou implícita, em todo o raciocínio desenvolvido”.¹⁶² Afasta-se, portanto, a possibilidade de uma única interpretação, a valorizar o caso concreto e o intérprete – jungindo interpretação e aplicação –, já que a norma jurídica deriva do resultado da interpretação do Direito. O termo derrotabilidade é plurívoco, mas conserva um núcleo comum de sentido que afasta a norma jurídica se um fato jurídico, uma interpretação ou circunstância for com ela incompatível, como se extrai da situação relatada neste tópico.¹⁶³

Andreoni alude que a derrotabilidade “pode ser entendida como uma nova categoria jurídica que, apesar de não ser incluída no estudo do constitucionalismo moderno, constitui pressuposto de qualquer teoria que defenda a excepcionalização de regras jurídicas (como a teoria dos princípios). Para a derrotabilidade, além disso, ela aparece como desdobramento dos deveres *prima facie* e com eles impõe a revisão de categorias jurídicas, como a juridicização e a incidência”, embora se defenda que a derrotabilidade não é uma

161 VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 53-55.

162 VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 15-16.

163 VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57-58.

nova categoria jurídica, senão um fenômeno empírico verificável, conforme aludido por Hart. Frise-se que todas as normas podem ser derrotadas, haja vista que dependerá das circunstâncias do caso concreto, por ser a derrotabilidade uma presunção relativa.¹⁶⁴

Por tudo isso, aduzem Serbena e Cella a relevância de se estudar a derrotabilidade:

A derrotabilidade, enquanto propriedade formal de certas regras de inferência, cumpre um importante papel. Com ela, pensamos, os princípios jurídicos podem adentrar à teoria do Direito pela porta da frente, sem se refugiar em antigos jusnaturalismos há muito superados pela crítica positivista.

Outro ponto que gostaríamos de enfatizar é que a derrotabilidade retira o tapete que encobre a maneira usual de raciocinar dos juristas. Ela faz ver que as regras de inferência utilizadas pelo raciocínio jurídico são, em sua maioria, não monotônicas. Alguns criticam a derrotabilidade afirmando que ela traz insegurança jurídica. A crítica é infundada, pois, geralmente, quem a formula não é consciente de que, ao raciocinar, a utiliza na maioria dos casos condicionais derrotáveis, porém não admite expressamente essa realidade, ou por artifício retórico ou por falta de rigor científico, ou mesmo por desconhecimento.¹⁶⁵

A derrotabilidade, portanto, pode ser uma boa ferramenta para que enunciados normativos e normas jurídicas sejam afastados, desde que haja uma fundamentação adequada, a partir da construção teórico-prática sobre o DRH no Direito brasileiro. Com isso, toda vez que o DRH estiver, por exemplo, oprimindo os herdeiros em um caso concreto, ele poderá ser derrotado ou relativizado, a fim de que os direitos fundamentais à herança e à moradia sejam compatibilizados em cada caso do Direito Sucessório brasileiro.

5 – REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **Código Civil anotado**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

164 VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 63-64 e 78.

165 SERBENA, Cesar Antonio; CELLA, José Renato Gaziero. Prefácio. VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 7-10, p. 9.

- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003.
- CARINGELLA, [Francesco](#); GIORGIO, [Miriam](#). **Studi di diritto civile**. v. 2 – Proprietá e Diritto Reali. Giuffrè Editore, 2007.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007.
- [DELGADO, Mário Luiz](#). Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 29, p. 191-222, 2005.
- DUTRA, Camila Moreira Barros. Direito real de habitação. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba, n. 3, abr.-jun. 2007, p. 255-282.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, out.-dez. 2000, p. 243-263.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M. Metodologia de Análise de Decisões. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha Frota. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 52, p. 81-99, 2010.
- GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. **El derecho real – elementos para una teoría general**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade**: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

JÚNIOR, Aldemiro Rezende Dantas. Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente. FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Leituras Complementares de direito civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 301-334.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Arts. 1.784 a 2.027. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014 (edição eletrônica).

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. Saraiva: 2011 (edição eletrônica).

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões**. 23. ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 2013 (edição eletrônica).

PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. In: PASCHOAL, Frederico A; SIMÃO José Fernando (Orgs.). **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Campinas: Millennium, p. 301-324.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. (Orgs.). **Direito Privado e Constituição – Ensaio para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-455.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Júnior e por Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012, t. 19.

SERBENA, Cesar Antonio; CELLA, José Renato Gaziero. Prefácio. VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 7-10.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil. Direito das sucessões**. 8. ed. São Paulo: Método, v. 6, 2015 (edição eletrônica).

TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 4 de agosto de 2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1992.

VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WITZ, Claude. **Droit prive allemand**. Paris: Litec, 1992.

Juízes podem contribuir na concretização do direito à educação?

Jorge Octávio Lavocat Galvão

I. Introdução

No último dia 23 de março, noticiou-se que o i. Juízo da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) concedeu medida liminar em ação civil pública movida pela Defensoria Pública para obrigar os entes cariocas estadual e municipal a matricular imediatamente em creche pública as 42.640 (quarenta e dois mil seiscentos e quarenta) crianças que aguardavam vaga em lista de espera, sob pena de multa de R\$300,00 (trezentos reais) por menor desassistido¹⁶⁶. Mais recentemente, em 12 de maio, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu pela impossibilidade de invocação da fórmula da reserva do possível para negar o acesso à educação infantil pelo município de Volta Redonda, ordenando a imediata matrícula do então recorrente¹⁶⁷.

Tais decisões parecem reconhecer o direito subjetivo de se exigir do Estado matrícula em instituições de educação infantil custeadas pelos cofres públicos. Ocorre que, diferentemente de outros direitos sociais – como o acesso à medicamentos, que pode ser resolvido com a alocação do orçamento para a aquisição desse ou daquele produto – a criação de dezenas de milhares de vagas na rede pública apresenta outros complicadores, já que requer não apenas recursos financeiros, mas também a contratação de professores, a construção de instalações adequadas, a aquisição de material didático, etc. Ou seja, não se revela possível remediar rapidamente o problema diagnosticado nas decisões mencionadas. Como consequência, as ordens judiciais coletivas, como a do TJRJ, acabam sendo descumpridas, como vem sendo noticiado nos jornais, ao passo que as decisões de cunho individual, como a do STF, acabam privilegiando algumas

166 <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/31102>.

167 Sobre o assunto, confira a matéria vinculada na Revista ConJur: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-16/reserva-possivel-nao-justifica-falta-vaga-creche-publica>.

crianças em detrimento de outras que aguardam na lista de espera, já que a decisão não têm o condão de criar novas vagas no ensino público.

Nessa perspectiva, o presente artigo pretende lançar algumas ideias concernentes à concretização do direito à educação. A questão a ser enfrentada é: a par do evidente caráter simbólico de tais decisões, como elas podem efetivamente contribuir para a efetivação desse direito de segunda geração? Em outras palavras, quais os limites e possibilidades da atuação judicial nesses casos?

II. Diagnóstico do problema

É importante ressaltar, desde logo, que não se pretende, nesse artigo, discutir a exigibilidade do direito à educação em si. Com efeito, se em determinado momento histórico alguns doutrinadores de viés mais liberal contestavam a exigibilidade dos direitos ditos de segunda geração¹⁶⁸, desde a edição da obra *“The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes”*¹⁶⁹, de Stephen Holmes e Cass Sunstein, tal discussão parece estar superada.

No afamado estudo, os referidos autores demonstraram não haver diferença ontológica na concretização dos direitos de primeira ou de segunda geração, visto que qualquer desses direitos necessita de custeio público para ser implementado. Assim, o direito à liberdade, por exemplo, típico direito de primeira geração, exige que o Estado invista na criação de políticas de segurança pública, que envolvem custos na estruturação da polícia, do ministério público, dos tribunais e dos presídios.

168 Essa parece ser a posição, por exemplo, do filósofo liberal Ronald Dworkin. Com efeito, Dworkin faz uma classificação entre direitos jurídicos, que podem ser exigidos em um tribunal, e direitos políticos, que devem ser implementados pelos demais órgãos estatais. Segundo o referido autor, decisões que envolvam uma análise de oportunidade estratégica sobre investimentos de recursos públicos e escolhas de metas e objetivos devem ser tomadas pelos órgãos destinados à administração da vida em coletividade. O Poder Judiciário somente deve entrar em ação quando os direitos políticos são transformados em direitos jurídicos através da edição de atos normativos que concretize determinado esquema de saúde ou ensino público, por exemplo. Ou seja, para que as promessas constitucionais que necessitem de escolhas políticas não são automaticamente exigíveis em tribunais. (DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedhogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 412-413).

169 HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton, 1999.

Ou seja, tanto os direitos de primeira geração (como o direito à liberdade) como os de segunda geração (direito à educação, p.e.), necessariamente demandam investimentos públicos, o que faz ruir a antiga distinção entre direitos que exigem uma abstenção do Estado daqueles que demandam uma prestação positiva. Percebe-se, pois, que a necessidade de previsão orçamentária ou de estabelecimento de política pública específica não pode representar um empecilho para o reconhecimento de um ou de outro tipo de direito. Tanto as liberdades clássicas como os direitos sociais exigem investimentos e uma boa dose de gestão dos recursos públicos, razão pela qual a natureza do direito em si não é suficiente para distinguir qual pode ser judicialmente exigível.

Tal constatação, contudo, acaba por revelar que, em razão da limitação dos recursos públicos, nem sempre é possível a efetivação completa de determinado direito, seja ele de qualquer espécie. É por esse motivo que a casuística da jurisprudência tem nos mostrado que deve haver parâmetros para se verificar se efetivamente houve negligência ou omissão do Estado em dar efetividade a determinado direito.

Nesse diapasão, o Pretório Excelso, ao tratar de outro direito social, o direito à saúde, fixou, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, algumas balizas para verificar se determinado medicamento poderia ser judicialmente exigido. Assim, de acordo com o que restou fixado no precedente, não obstante a Constituição Federal de 1988 preveja, em seu art. 196, que o direito à saúde deve ser universalmente garantido, o não fornecimento pelo ente público de medicamentos não incluídos nos protocolos do SUS, via de regra, não implica violação ao direito fundamental¹⁷⁰.

Já no que tange à situação do sistema carcerário brasileiro, direito nitidamente vinculado às liberdades de primeira geração, o mesmo Supremo Tribunal Federal reconheceu, na ADPF nº 347, haver um “*estado de coisas inconstitucional*”, tendo em vista o quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais causados pela incapacidade reiterada e persistente das

170 STA 175 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010.

autoridade públicas em modificar a conjuntura de violação de direitos fundamentais dentro dos presídios¹⁷¹.

Não obstante a grave constatação feita pelo tribunal, a única medida concreta que se encontrou para remediar situação foi o de obrigar que os juízes implementem audiências de custódia no prazo de 24 horas contadas do momento da prisão em flagrante. Com essa medida, busca-se evitar prisões banais ou não justificadas e, conseqüentemente, diminuir a população carcerária. Assim, de acordo com o parâmetro constitucional fixado, há violação ao direito de liberdade e da dignidade humana quando não se realiza a audiência de custódia no prazo estipulado.

Percebe-se, em ambos os casos, que a perfeita concretização do direito fundamental exigiria elevados gastos para colocar em prática um sistema de saúde/carcerário digno, mas as alternativas possíveis, levando-se em consideração os escassos recursos financeiros e humanos existentes, foram aquelas engendradas nos precedentes mencionados. São decisões que limitam o escopo de normas constitucionais para adequá-las à realidade social concreta.

No caso da educação infantil, a solução não pode ser muito diferente. Apenas para se ter uma ideia da gravidade do quadro fático, confira-se alguns dados do problema no âmbito do Distrito Federal. De acordo com dados da Secretaria de Educação distrital (SEDF), há, atualmente, mais de 125.000 (cento e vinte e cinco mil) crianças entre zero e 3 (três) anos – elegíveis, portanto, para uma vaga em creches públicas –, mas estão disponíveis apenas 9.324 vagas em instituições públicas ou conveniadas.

Nesse cenário, torna-se absolutamente impossível o integral atendimento da demanda no Distrito Federal. Obviamente que nem todas as crianças nessa faixa etária dependem do Poder Público para frequentar creches. Grande parte das famílias escolhem ou cuidar pessoalmente da criança nessa fase inicial da vida ou matricular seus filhos em instituições particulares. Mesmo excluindo esses casos, ainda assim estima-se haver uma demanda reprimida de nada menos que 18.000 (dezoito mil) crianças aguardando vaga no ensino

171 ADPF 347 MC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 DIVULG 18-02-2016.

infantil público. Ou seja, o sistema atual não possui a mínima condição de resolver o problema a curto ou a médio prazo, já que se mostra necessário praticamente duplicar a oferta atualmente existente.

Registre-se que o aumento da oferta de vagas em creches públicas não é uma tarefa fácil. De acordo com os Parâmetros Nacionais de Qualidade para a Educação Infantil do MEC, para o grupo máximo de 15 (quinze) alunos, são necessários ao menos 2 (dois) monitores e 1 (um) professor. Assim, para cada turma pequena de mais 15 (quinze) alunos, o poder público tem que contratar ao menos mais 3 (três) profissionais por meio de seleções públicas, sem contar os investimentos necessários com a infra-estrutura física da instituição.

A celebração de novos convênios com instituições particulares também não parece ser uma opção viável a curto prazo. A par dos elevados custos, há inúmeras dificuldades administrativas para a celebração de tais convênios. Com efeito, o convênio é um instrumento legal que o poder público se utiliza para se associar a entidades particulares na execução de políticas pública. Não se trata, contudo, de um mero instrumento de repasse de recursos, visto que o poder público permanece com a responsabilidade de orientar e supervisionar as conveniadas, com cursos de formação continuada e assessoria técnico-pedagógica. A celebração de convênio é custosa e demorada. As instituições conveniadas passam pelo processo de credenciamento, em observância às exigências legais da lei nº 8.666/93, levando-se em consideração a capacidade física e a adequação dos espaços para atendimento da educação infantil. Além do complexo processo de habilitação da instituição para atendimento à educação infantil, ainda se faz necessária previsão do recursos na Lei Orçamentária anual, que, como se sabe, encontra-se enxuta na maioria dos Estados da federação em razão da atual crise financeira.

Percebe-se, assim, que entre a vontade de expandir o número de atendidos no ensino infantil e a concreta efetivação da medida há um complexo *iter* a ser observado pela Administração Pública. Ainda assim, caso o gestor decidisse albergar todas as crianças na faixa etária entre zero e 5 (cinco) anos em instituições particulares conveniadas, provavelmente não haveria vagas suficientes na rede privada.

Diante desse quadro, caso o Poder Judiciário adote uma solução jurídica simplista para resolver a infinidade de casos que tratam de vaga em creche e pré-escola – como a de reconhecer que todas as crianças na faixa etária descrita no art. 208, IV, da Carta Magna, possuem, indistintamente, direito subjetivo ao acesso à educação infantil –, tal medida ignoraria a dura realidade do país, que, além de passar por uma inegável crise financeira, possui graves deficiências sociais, administrativas e econômicas.

Dito de outra forma, o reconhecimento judicial de um direito isonômico e universal de acesso à creche e à pré-escola é o mesmo que decretar a falência do atual sistema de educação infantil. Nesse ponto, revela-se pertinente a lição de Marcos Maliska, que, em artigo sobre educação pública no Brasil, critica uma leitura rasa sobre o significado da isonomia no contexto do acesso à educação:

A igualdade formal, a chamada igualdade diante da lei, deve ser sempre vista sob o ponto de vista da realidade para a qual será concretizada. Se o intérprete da norma constitucional não tiver sensibilidade para compreender o ambiente social no qual a norma será aplicada, ele por certo poderá atingir a finalidade contrária ao disposto no texto da Constituição, ou seja, a igualdade. A própria Constituição, no art. 3º, III, relativiza o primado clássico da igualdade perante a lei ao claramente demonstrar que o Estado e o Direito também devem ser instrumentos da busca por essa igualdade. Trata-se de uma igualdade através da lei, uma igualdade que é buscada pela lei por meio da regulação diferencia das situações desiguais. A premissa de que haveria uma igualdade jurídica abstrata é substituída pelo inverso desta afirmação e pela confirmação de que as desigualdade devem encontrar, na Constituição e nas leis, instrumentos jurídicos de libertação e não de opressão¹⁷².

Sendo assim, o que se percebe é que o direito ao acesso à educação infantil deve ser considerado dentro da realidade sócio-econômica do ente federado e de sua população. O que deve ser avaliado, portanto, é se a política pública implementada se revela inadequada ou ineficiente para atender às

172 MALISKA, Marcos. *Educação, Constituição e Democracia*. In: SOUZA NETO, C.P.; SARMENTO, D. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 794-795.

necessidades daqueles que mais precisam, tendo em vista que o acesso universal ao ensino infantil é uma meta inatingível.

III. Qual seria, então, o papel do Poder Judiciário?

Como salientado acima, deixando de lado o modelo ideal de acesso universal ao ensino infantil público, deve-se pensar em como estruturar um modelo de acesso ao sistema que seja constitucionalmente adequado à realidade de cada ente federado, levando-se em consideração as limitações administrativas e financeiras. Ou seja, cumpre ao intérprete definir o patamar mínimo de proteção do direito à educação em razão das dificuldades inerentes à proteção de direitos sociais¹⁷³.

Nesse sentido, são preciosas as lições do renomado constitucionalista norte-americano Mark Tushnet que, em obra especialmente dedicada ao estudo comparado da eficácia das intervenções judiciais na concretização de direitos sociais, concluiu que decisões que viabilizam a troca de experiência entre os Poderes (denominadas como decisões “fracas” por Tushnet) – como aquelas que indicam planos de atuação para aprimorar o serviço prestado pelo poder público – são muito mais efetivas do que ordens judiciais concretas (chamadas de “fortes”), como as que mandam fornecer determinado medicamento ou a criar vagas em escolas públicas¹⁷⁴.

Mark Tushnet, portanto, diferentemente de autores céticos quanto à possibilidade de transformação social por meio de decisões judiciais¹⁷⁵, acredita

173 Alinhado com essa vertente de pensamento, a Corte Constitucional da África do Sul, ao tratar do direito universal à moradia, assentou que o reconhecimento constitucional de tal direito social não necessariamente implica a entrega imediata pelo poder público de casas aos menos favorecidos, mas que “a Constituição requer que o Estado crie e implemente, levando em consideração os recursos disponíveis, um abrangente e coordenado programa que progressivamente concretize o direito à moradia adequada”. No caso específico, apesar de a Corte não dar efetividade concreta ao direito à moradia, houve uma advertência quanto à política pública criada pelo Estado, sob o argumento de que ela não era constitucionalmente adequada por excluir parcela considerável das pessoas que realmente necessitavam de proteção. Tradução livre de *Government of the Republic of South Africa v. Grootbom*, 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.).

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

175 Nesse sentido, confira ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope: Can Courts Bring Social Change?** Chicago University Press, 2008.

que o Poder Judiciário pode ter um impacto positivo na formulação e implementação de políticas públicas, desde que as ordens judiciais sejam pautadas pelo espírito de aprimoramento do sistema, em vez de simplesmente reprimir a atuação dos agentes estatais.

Alguns exemplos de direito comparado ajudam-nos a compreender o seu argumento. No famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁷⁶, no qual a Suprema Corte norte-americana pôs fim à política de segregação racial nas escolas públicas, após ordenar que a miscigenação deveria ocorrer com a “maior brevidade possível”, o Tribunal passou a monitorar as políticas públicas dos Estados na implementação da medida. Isso porque a dessegregação exigiu uma profunda mudança na gestão das políticas públicas. Cite-se, como exemplo, a necessidade de adaptação do serviço de transporte público escolar, que teve que redesenhar e ampliar suas rotas, com incremento de despesas, visto que, a partir da decisão, alunos de bairros negros passariam a frequentar aulas em bairros de brancos, e vice-versa.

É corrente na doutrina estadunidense a afirmação de que o êxito do caso *Brown* se deve em muito à interlocução estabelecida entre as autoridades locais e a justiça federal. Com efeito, os magistrados federais, por ordem da Suprema Corte, tiveram papel ativo na supervisão das políticas públicas de miscigenação, notadamente em distritos sulistas, que se utilizavam de subterfúgios para não implementá-las. Os juízes ordenavam, sempre que necessário, a realocação de recursos financeiros e humanos nos casos de descumprimento dos planos iniciais traçados em comum acordo¹⁷⁷.

Em outro caso emblemático, de 1997, a Suprema Corte da Carolina do Norte afirmou que o Estado tem o dever de prestar serviço de educação pública de qualidade para todas as crianças na primeira idade. A Corte, então, após minuciosa instrução do processo, ajustou com as autoridades locais um detalhado

176 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 [U.S. 483](#) (1954).

177 Essa atitude de supervisão é assim descrita pelo autor: “Another weak remedy is, in essence, a requirement that government officials develop plans that hold out some promise of eliminating the constitutional violation within a reasonable short but not unespecified time of period. Once the plan is developed, the courts step back, allowing the officials to implement the plan. (...) Similarly, because no one expects immediate results, the courts would provide only light oversight of the plan’s implementation” (TUSHNET, *op. cit.*, p. 248).

plano para expansão e melhoria do ensino local, com a imposição de medidas específicas que deveriam ser observadas pelas autoridades públicas. Ficou fixado, ainda, na referida decisão, que a cada 3 (três) anos a Corte reabriria o caso para monitorar os progressos alcançados com o plano traçado e, eventualmente, sugerir ajustes para adequá-lo à conjuntura político-social¹⁷⁸.

De acordo com Tushnet, tais medidas “fracas” – de interlocução entre os Poderes – revelaram-se muito mais exitosas do que decisões judiciais ditas “fortes”, como nos casos em que os tribunais ordenaram a imediata realocação de recursos públicas para financiar a abertura de novas vagas no ensino público. A partir de uma análise histórica, o autor conclui que as medidas judiciais “fortes” revelaram-se inócuas a longo prazo para resolver o problema do direito à educação, enquanto as decisões “fracas” tiveram impacto positivo no desenvolvimento de políticas públicas.

IV – Conclusão

Não é segredo que os políticos são movidos pelos mais diversas paixões e interesses que, obviamente, podem levar a adoção de políticas públicas que não sejam as mais adequadas, razão pela qual o Poder Judiciário, tendo em vista a sua inerente independência, pode contribuir na avaliação criteriosa sobre a correção das decisões tomadas pelo Estado na concretização do direito fundamental à educação. O monitoramento da adequação das políticas públicas adotadas parece ser a finalidade mais virtuosa da chamada judicialização da política, e não a realização de uma censura atomizada acerca da injustiça do sistema, tendo por base casos individuais, que não necessariamente são representativos da realidade.

Conclui-se, pois, que o mero reconhecimento de um direito subjetivo ao acesso à rede de ensino pública não é o meio mais adequado para ajudar na concretização do direito à educação. Decisões com esse conteúdo não incrementam o número de vagas da rede pública, provocando, na verdade, distorção nos critérios sociais utilizados pelas autoridades pública na alocação

178 *Leandro v. State*, 346 N.C. 336 (1997)

das vagas existentes, privilegiando algumas crianças em detrimento de outras que aguardam na fila.

Se o Poder Judiciário realmente tem a intenção de produzir alguma melhora na prestação do serviço de educação infantil, não há alternativa senão analisar criteriosamente os parâmetros que embasam determinada política pública, a partir de um efetivo diálogo institucional com o Poder Executivo, pontuando quais investimentos e medidas devem ser adotadas a longo prazo para melhorar a prestação do serviço público. Só assim os juízes efetivamente produzirão impacto positivo na realização do direito à educação.

ACTIVISMO JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ANTES Y DESPUÉS DE LA CRISIS

Augusto Aguilar Calahorro¹⁷⁹

O. INTRODUCCIÓN

En la doctrina constitucional europea la cuestión del activismo judicial se ha saldado tradicionalmente con discursos teóricos sobre la naturaleza de los tribunales constitucionales. Su planteamiento básico no ha lidiado tanto con la mayor o menor discrecionalidad de sus fundamentos jurídicos como con la clásica disyuntiva entre la naturaleza política o jurisdiccional de la función de control de constitucionalidad de las leyes¹⁸⁰. El modelo kelseniano de justicia constitucional concentrada y la visión del rol de los jueces y tribunales ordinarios de la tradición revolucionaria francesa, dejó a menudo poco margen para la discrecionalidad judicial¹⁸¹. No obstante, el proceso de integración europea supuso desde los años sesenta un nuevo caldo de cultivo sobre esta cuestión para los Estados europeos. La interacción del Derecho Constitucional entre los Estados europeos y los diversos niveles en los que se desarrolla ha reabierto un amplio debate sobre la función creadora de Derecho de los tribunales constitucionales, especialmente cuando establecen un “diálogo” multinivel con los tribunales internacionales o supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo¹⁸². El proceso de integración europea ha producido en las últimas cuatro décadas un desarrollo espectacular de sentencias y decisiones de tribunales constitucionales

179 Profesor de Derecho constitucional. Universidad de Granada- España

180 Para un resumen sobre esta cuestión me remito a los dos primeros capítulos de G. ZAGREBELSKY, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014.

181 Me remito por todos a J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madrid, Civitas, 2002

182 P. HÄBERLE, “El Estado constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, n. 11, 2009. I. PERNICE, “Constitucionalismo Multinivel en la Unión Europea”, *ReDCE*, n. 17, 2012

que exceden en mucho los parámetros clásicos de sus funciones¹⁸³. Y en el último lustro, por causa de la crisis económica de la Zona euro, se han puesto de manifiesto las incongruencias constitucionales a las que esto conlleva.

La actitud de los tribunales constitucionales europeos no ha sido gratuita. Ciertamente la integración de la Unión europea y la creación de la Unión económica y monetaria se han realizado esencialmente a golpe de sentencia por el Tribunal de Justicia. Se podría decir que la Unión europea es hoy lo que vemos por el activismo judicial del Tribunal de Justicia, que ha empujado a los Estados (entiéndase, a sus tribunales constitucionales) a adaptarse a esta nueva forma de construir el ordenamiento supranacional de la Unión a golpe de sentencia. Analizar la actitud del Tribunal de Justicia en la construcción de la UE, y comparar su actividad antes y después de la crisis económica que asola ahora este territorio, pone de relieve los pros y contras del activismo judicial en este sistema y permite reflexionar ampliamente sobre la discrecionalidad de los magistrados de los Altos tribunales en situaciones de crisis y sus límites.

1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: “PRODUCTOR” DE UN ORDENAMIENTO SUPRANACIONAL.

Es necesario comenzar exponiendo el papel protagonista del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) durante todo el proceso de integración europeo. Ya en los primeros Tratados de las Comunidades Europeas se atribuyó competencia al TJ para garantizar el “respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados¹⁸⁴”. Desde sus orígenes, el propio TJ entendió esta obligación en un sentido muy amplio. El Alto tribunal de Luxemburgo se erigió en garante del “Derecho” con mayúsculas, en el sentido en que traspasó en no pocas ocasiones el propio ámbito del Derecho europeo positivo y vigente¹⁸⁵ de los Tratados, para convertirse en una suerte de legislador europeo o incluso en un

183 F. BALAGUER CALLEJÓN, “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *ReDCE*, n. 7, 2007

184 Ya en el *Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, en el artículo 31, que ha quedado casi inalterado hasta nuestros días en el actual artículo 19.1 del vigente *Tratado de la Unión*.

185 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 73 y ss.

“tribunal constituyente”¹⁸⁶ de la Unión. Y es que el TJ, especialmente desde los años sesenta, ha venido manifestando a través de su jurisprudencia una determinada comprensión de futuro sobre el proceso de integración, una visión particular sobre la Unión Europea más política que jurídica.

El propio juez PESCATORE, juez del TJ durante dieciocho años, señaló que con decisiones capitales como las famosas sentencias *Costa c. ENEL* y *Van Gend en Loos* el TJ se alejó de cuestiones técnico-jurídicas en la interpretación de los Tratados para desarrollar una argumentación basada, más bien, en una determinada “idea de Europa”¹⁸⁷. Es decir, el TJ ha manifestado en importantes ocasiones una postura más político-constitucional que jurisdiccional, como garante de la integración, produciendo principios generales absolutamente novedosos destinados a configurar la Unión como una Comunidad supranacional.

En mi opinión, la jurisprudencia del TJ de los primeros 30 años (*Internationale*, *Costa*, *Van Duyn*...) tenía un objetivo claro: garantizar la efectividad del Derecho europeo. Ello significaba tratar de desplegar entre los sujetos a los que regulaba (ciudadanos, particulares y Estados) el convencimiento de que el Derecho europeo tenía carácter vinculante y era útil para resolver jurídicamente conflictos sociales en el espacio europeo. La determinación de la eficacia directa del Derecho europeo, la idea de que los ciudadanos podían fundar pretensiones subjetivas en el Derecho europeo, la aparición del principio de primacía, la obligación del juez de aplicar disposiciones europeas frente a las nacionales, la garantía de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho, la posterior extensión de los efectos directos de fuentes como la directiva, el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento ... no son sino elementos jurídicos que garantizan, no ya la eficacia de las disposiciones europeas en el ordenamiento de los Estados miembros, sino la propia existencia del ordenamiento europeo. Mediante su jurisprudencia creativa y la producción de principios generales autónomos, el TJ trató de conceder validez al Derecho

186 F. BALAGUER CALLEJÓN, “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *ReDCE*, n.7, 2007, pp. 327 y ss.

187 Así lo expresa PESCATORE: “The reasoning of the Court shows that the judges had ‘unecertaine idée de l’Europe’ of their own, and that is this idea which has been decisive and not arguments based on the legal technicalities of the matter”, ver P. PESCATORE, “The Doctrine of Direct effect: an infant disease of Community Law”, *European Law Review*, n. 8, 1983, p. 157.

europeo como nuevo y auténtico ordenamiento jurídico frente a los ordenamientos estatales.

El TJ parecía dejar constancia con su jurisprudencia de que un ordenamiento sólo es válido si es realmente efectivo¹⁸⁸, esto es, si los sujetos a los que va destinado lo consideran un conjunto de reglas jurídicas vinculantes útil para la resolución de conflictos sociales y, en consecuencia, se aferran a sus disposiciones para defender y fundar pretensiones subjetivas ante el juez. Por ello se esmeró en la producción de todo un conjunto de principios de aplicación de las disposiciones europeas que permitieran hacer visible a los ciudadanos la utilidad del Derecho europeo. Principios que fueron reconstruidos a través de una interpretación teleológica y finalista de la propia esencia de la integración: la creación de una “Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”¹⁸⁹.

De este modo, el Derecho europeo, gracias a la persistente creatividad jurisprudencial del TJ, ha incrementado sus efectos sobre la realidad social de los ciudadanos europeos garantizando el denominado efecto útil de los Tratados, efecto que ha sido llevado hasta su máximo exponente creando una auténtica Comunidad de Derecho supranacional inédita en el ámbito de las relaciones internacionales, erigida sobre Tratados con naturaleza constitucional¹⁹⁰.

2. EL RULE OF LAW Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN LA UE.

Con su jurisprudencia creativa, el TJ logró en momentos clave del proceso de integración diferenciar al ordenamiento europeo del Derecho

188 Ello si entendemos, con Balaguer Callejón, que la validez del ordenamiento se asimila a su eficacia o efectividad: “un ordenamiento jurídico es válido si existe, y por tanto, si es realmente efectivo”. Me remito a F. BALAGUER CALLEJÓN, Fuentes del Derecho, Vol. I., Tecnos, Madrid, 1991, p. 85. Igualmente, en distinción de los conceptos “validez-existencia” y “validez-legitimidad”, me remito a F. MODUGNO, Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 146 y ss.

189 R. ALONSO GARCÍA, Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas, Civitas, 3ª Ed., Navarra, 2006.

190 Aunque el efecto útil ha tenido, como principio, un mayor impacto en la jurisprudencia relativa a la eficacia directa de las directivas (SSTJ Van Duyn, 4 diciembre 1974, asunto 41/1974; Ratti, 5 abril 1979, asunto 148/1978 y Becker, 19 de enero 1982, asunto 8/1981) su origen se encuentra en el principio general de interpretación de los Tratados internacionales en el ámbito del Derecho internacional Público (effet utile), según el cual deben asegurarse los efectos propios de las disposiciones convencionales (ut res magis valeat quam pereat).

internacional y del nacional, concediéndole una nueva naturaleza autónoma: supranacional. Como sabemos “de una jurisprudencia reiterada [...] resulta que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales. Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos”¹⁹¹. La naturaleza supranacional de la UE ha permitido, esencialmente, impregnar al Derecho europeo con el principio del Estado de Derecho, convertir la Unión Europea en una Unión de Derecho “en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que es el Tratado”¹⁹². Como expresó de forma contundente el TJ “el Tratado CEE aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho”¹⁹³. La consideración de la Unión Europea como Comunidad de Derecho implicó equiparar la fuerza de los Tratados constitutivos a la más elevada manifestación del «rule of law» a nivel nacional, es decir, no sólo como principio de legalidad sino también como principio de constitucionalidad¹⁹⁴.

Por ello, no es de extrañar, que en las últimas décadas el proceso de integración europeo haya pasado a analizarse científicamente con parámetros y una metodología propia del Derecho constitucional. Se aplica por la doctrina, en un sentido crítico, la premisa esencial del Derecho constitucional: un sistema jurídico será constitucional en la medida en que permita la ordenación del poder

191 *Dictamen del TJ 1/09, de 8 de marzo de 2011, apartado 65.*

192 *Ya en el año 86 en la STJ Parti écologiste- Les Verts, C-294/83, de 23 de abril de 1986.*

193 *Puede destacarse también, como uno de los primeros reconocimientos por parte de un Tribunal Constitucional del carácter constitucional “en cierto sentido” de los Tratados, la Ordenanza del Tribunal Constitucional Federal Alemán BverfGE, 22, 293, EcuG-Verordnuger, de 18 de octubre de 1967, ordenanza donde se reconocen los efectos de primacía y eficacia directa, pero considerando que la atribución competencial no es absoluta y pueden existir límites a la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno. El TCFA califica al Tratado CECA como la Carta Constitucional de la Comunidad.*

194 *L.M. DÍEZ-PICAZO, L. M. La naturaleza de la Unión Europea, Madrid, Civitas, 2009.*

y lo limite en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero al aplicar estas premisas, la doctrina ha entendido que es difícil transponer sin más las herramientas conceptuales del Derecho constitucional al ámbito europeo. Estas herramientas son útiles, pero no suficientes para convertir a la Unión en una Comunidad constitucional en sentido tradicional. La clave de esta afirmación se encuentra en la constatación de la crisis de Constitución formal que sufre Europa (especialmente señalada en el fracaso del Tratado Constitucional), crisis que se expresa especialmente en el déficit de democracia constitucional que sufre la estructura institucional interna de la Unión. Y es que es cierto que la imposición de límites y derechos al poder de los Estados y los ciudadanos por el ordenamiento europeo entraña en sí la aparición de una Comunidad de Derecho a nivel supranacional, pero el problema es, a qué tipo de derechos sirve esta Comunidad, a favor de quién legisla y qué posiciones jurídicas protege cuando limita la actuación de los Estados.

Es recurrente en la doctrina la crítica, casi unánime, a los mecanismos de participación democrática a nivel europeo. La conclusión mayoritaria es que no existen aún las condiciones materiales ni institucionales necesarias para la aparición supranacional de un verdadero espacio público europeo¹⁹⁵. Ante la inexistencia de un auténtico foro deliberativo, y ante la carencia de suficientes mecanismos de garantía de la participación y protección de las posiciones minoritarias en el proceso deliberativo y legislativo europeo¹⁹⁶, la doctrina ha

195 *Esencialmente ver J. HABERMAS*, Facticidad y Validez (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso), *quinta edición*, Trotta, Madrid, 2008, especialmente el capítulo dedicado a "Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia", pp. 363-406. *Igualmente F. BALAGUER CALLEJÓN*, "Constitución y ciudadanía en perspectiva europea", en AAVV, Estudios sobre la constitución española, homenaje al profesor Jordi Solé Tura, CEPC, 2009, pp. 1923 y ss. : «ese lugar de encuentro sólo lo podremos residenciar en los espacios constitucionales (europeo, estatal y autonómico) en los que se ordena la convivencia democrática mediante una organización institucional y un sistema de derechos y deberes». HÄBERLE, P., "El Estado Constitucional Europeo", Cuestiones Constitucionales, n. 2, 2000.

196 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., "Del derecho constitucional común europeo a la Constitución europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?", Teoría y Realidad Constitucional, n. 16, 2005. Para una visión amplia de la evolución democrática en las Instituciones europeas, y una crítica a las carencias de mecanismos de democracia constitucional véase particularmente, P. RIDOLA, "La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa", ReDCE, n.3, 2005, W. SADURSKI, "Law's legitimacy and democracy plus", Oxford journal of legal studies, vol. 26, n.2, 2006, pp.337-409. S. NINATI, Giudicare la democrazia? Processo politico ed ideale democratico nella giurisprudenza Della Corte di Giustizia della Comunità europea, Giuffré, Milán, 2004. P. CRAIG, "The Constitutional Treaty: legislative and executive power in the emerging constitutional order", EUI Working Paper Law, n. 7, 2004. E. GUILLÉN LÓPEZ, "El

tenido que reconocer que el Derecho europeo no ha configurado aun un verdadero espacio de democracia constitucional a nivel supranacional. Si bien se cumple la premisa del principio del Estado de Derecho, aun no se ha evolucionado en el segundo elemento configurador de los modernos Estados Constitucionales de Derecho: el principio democrático¹⁹⁷. De modo que el éxito del proceso de integración pasará inevitablemente por un desarrollo de los mecanismos de democracia constitucional a nivel interno en la UE, así como de una reflexión profunda sobre la legitimidad de su Derecho.

Esta metodología constitucional apunta nuevas perspectivas de desarrollo de la Unión Europea. Pero el resultado práctico de la crítica democrática al proceso de integración, por desgracia, es más agudo que el debate doctrinal. Si no existen mecanismos suficientes de participación de las minorías políticas de Europa en el proceso decisorio, la tendencia del Derecho europeo vigente, su contenido material concreto, se configura a través de la ideología imperante en Europa: el neoliberalismo¹⁹⁸ que por desgracia parece ser la corriente política mayoritaria, o al menos la que mayor peso tiene en el proceso de deliberación político europeo.

Esta tendencia ideológica del Derecho material europeo se observa especialmente en el hecho de que el proceso de integración política en Europa se ha desarrollado de manera dispar al proceso de integración económica. Se ha remarcado por la doctrina esencialmente la idea de que realmente han sido las necesidades económicas y el ritmo de la construcción del Mercado interior los criterios que han marcado las pautas del proceso de integración y las que han dirigido la producción del Derecho europeo. La creación de una Comunidad de Derecho, bajo este prisma, habría respondido a la necesidad exclusiva de crear una estructura jurisdiccional tendente a la regulación de la economía de mercado abierta y la libre competencia en el territorio de la UE, quedando la construcción

Parlamento Europeo”, ReDCE, n.3, 2005, p. 57 y ss. Y recientemente J. M. PORRAS RAMÍREZ, “La arquitectura institucional de la Unión Europea. Consideraciones críticas tras la reforma del Tratado de Lisboa”, Revista de Estudios Políticos, n. 156, 2012, pp. 125-166.

¹⁹⁷ Ver esencialmente M. ARAGÓN REYES, Constitución, democracia y control, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 88, México, 2002, quien pone voz a la idea de que una ordenación constitucional del derecho debe basarse en el principio del Estado de derecho, pero en unión inescindible con el principio democrático.

¹⁹⁸ Por todos me remito a C. DE CABO MARTÍN, Dialéctica del Sujeto y dialéctica de la Constitución, Trotta, Madrid, 2010, pp. 106 y ss.

de un espacio constitucional en un plano meramente auxiliar del objetivo económico principal¹⁹⁹.

Y nuestras peores sospechas se han confirmado en los últimos años. Observamos con terror que el empuje del neoliberalismo como pensamiento único tanto en la construcción europea como en su regulación interna se ha impuesto sobre cualquier otra opción política. Parece que este pensamiento fuese el único verdaderamente válido no sólo para fundar la naturaleza de la Unión, sino también para permitir la eficiencia del mercado interno²⁰⁰. De manera que la creación de una verdadera Comunidad constitucional democrática de Derecho a nivel supranacional ha quedado en un segundo plano como mera herramienta subsidiaria para la consecución de los fines del libre mercado. Pero aún, en los últimos años el TJ, en plena crisis del Euro, parece que antepone la supervivencia de la libre competencia y la economía de mercado incluso a los propios principios del «rule of law», la propia Comunidad de Derecho.

3. LA UNIÓN DE DERECHOS Y EL MERCADO INTERNO.

Es ya un lugar común de la doctrina la constatación de la deriva de los derechos fundamentales de la Unión en meros derechos garantes del mercado.

Como sabemos, fue también el TJ el que a través de una jurisprudencia creativa y constante construyó el principio de garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea²⁰¹. Desde las posiciones del TJ se ha construido en Europa, progresivamente, una Unión de Derechos fundamentales con procedimientos de garantía a escala supranacional, que ha culminado con la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa (art. 6.1 TUE).

199 Cfr. C. DE CABO MARTÍN, *op. Cit.*, pp. 88 y ss.

200 KAUPA, C., "Maybe not activist enough? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases", en DAWSON, M., DE WITTE, B., MUIR, E., *Judicial activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2013, p. 56 y ss.

201 CÁMARA VILLAR, G., "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", *ReDCE*, n. 4, 2005

Esta progresiva construcción jurisprudencial tuvo un fundamento claro en su origen. La garantía de los derechos resultó como una necesidad para salvaguardar el principio de primacía²⁰², elemento esencial de la autonomía y efectividad del ordenamiento europeo. El motivo principal de la construcción del sistema de la garantía de derechos a nivel europeo tuvo como principal motor evitar el desarrollo de la famosa doctrina de los contralímites de los Tribunales constitucionales frente al principio de primacía. El TJ, al arrogarse la competencia exclusiva para controlar el Derecho europeo desde la perspectiva de los derechos fundamentales, impedía que los Tribunales constitucionales pudiesen determinar de forma unilateral la inconstitucionalidad de las disposiciones europeas, y garantizaba al mismo tiempo su aplicación uniforme en todos los Estados miembros²⁰³.

Fundamentar en la primacía del Derecho europeo la garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea fue sin duda una genialidad²⁰⁴, si atendemos al silencio de los Tratados sobre este aspecto y el completo olvido de los derechos en el desarrollo de la integración europea. Pero este fundamento

202 *Entre la inabarcable bibliografía me remito a PANUNZIO, I diritti fondamentali e le Corti in Europa, Nápoles, Jovene, 2007, pp. 1 y ss. Utilizado comúnmente por la doctrina, ver también M. CARTABIA, "El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia", Revista española de Derecho europeo, n. 22, 2007. Clásicos resultan J. H. H. WEILER, "Methods of protection: towards a second and Third generation of protection", en CASSESE, A., CLAPHAM, A., y WEILER, J., (Eds.). Human Rights and the European Community: Methods of protection, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 555 y ss.; y J. COPPEL, y A. O'NEIL, "The European Court of Justice: Taking rights seriously?", Common Market Law Review, n. 29, 1992, p. 669. En doctrina española, sólo a título de ejemplo, A. CHUECA SANCHO, Los derechos fundamentales en la Unión Europea, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 74-76. M. PI LLORENS, Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, Ariel, Barcelona, 1999, espec. pp. 23 y ss.*

203 *Destacan concretamente el fundamento del principio de primacía en la protección de los derechos J. H. H. WEILER, "Methods of protection: towards a second and Third generation of protection", cit. pp. 555 y ss. También B. SICILIA OÑA, Derechos fundamentales y Constitución europea, Ararteko, Vitoria, 2006, p. 28. El riesgo de deformidad en la aplicación del Derecho europeo y la relativización de la primacía es denominada como "reestatalización" del ordenamiento comunitario por A. CHUECA SANCHO, "Los derechos fundamentales en la Unión Europea", Bosch, Barcelona, 1999, pp. 74-76. Monserrat Pi Llorens, expondrá que: «[es] poco razonable pensar que el TJ no fuese consciente de la importancia del tema de los derechos fundamentales. Probablemente la preocupación del TJ por defender la autonomía del Derecho comunitario en un momento en que el principio de primacía no estaba consolidado, explique mejor por qué se mostró cauteloso en este tema y no recogió las consideraciones apuntadas por los abogados generales en aquel momento», consideraciones que decían encontrar en el Derecho "escrito" de la Unión suficientes argumentos para proteger derechos fundamentales expresos y concretos. Igualmente M. PI LLORENS, op. cit. p. 23 y G. CÁMARA VILLAR, op. cit., p. 16. Por último K. ALTER, Stablishing the Supremacy of European Law, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 110 y ss.*

204 *Casi es una obligación la cita de la STJ Internationale Handellsgesellschaft de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70.*

pretoriano debió haber desaparecido tan pronto como los derechos fueron positivizados entre los valores de la Unión Europea (actual art. 2 TUE) y posteriormente como auténticos derechos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Pues, en mi opinión, seguir situando el fundamento de la protección de los derechos fundamentales en el principio de primacía no es hoy un dato histórico ni trivial. Observar los derechos fundamentales en Europa desde la base de la primacía conlleva una desactivación de su valor, pues podría tener como resultado que, en caso de conflicto entre éstos y el Derecho europeo o el nacional, el contenido de los derechos de la Carta se ponderase no ya sobre la base de otros derechos fundamentales (particularmente los derechos constitucionales de los Estados) y con la finalidad de sustanciar su contenido y límites, sino desde el mero objetivo de satisfacer la aplicación prevalente de las reglas europeas sobre las disposiciones constitucionales nacionales. Es decir, la CDFUE alteraría su objetivo prioritario (la garantía de los derechos de los ciudadanos) para servir de herramienta a la eficacia del Derecho europeo en el ámbito estatal independientemente de que sus resultados se aproximasen en mayor o menor medida a la protección del ciudadano o el reconocimiento de la dignidad humana.

Por desgracia, en los últimos años el TJ parece insistir sobre esta fundamentación de los derechos en la Unión: la garantía de los derechos como principios generales de la Unión y la propia CDFUE tienen la finalidad de proteger la aplicación uniforme del Derecho europeo, y no necesariamente a los ciudadanos. Así se ha expuesto recientemente en el controvertido asunto Melloni, en el que el TJ afirma que el nivel de garantía de los derechos fundamentales de los Estados (según el artículo 53 de la Carta) no puede afectar “al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión²⁰⁵”. Y recordando esta afirmación, más recientemente el asunto Julián Hernández (C-198/13) de 10 de julio de 2014: “ha de recordarse que la prosecución del objetivo de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, tanto en relación con la acción de la Unión como con la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros, está motivada por

205 Párrafos 61, Sentencia 26 de febrero de 2013, C-399/11.

la necesidad de evitar que una protección de los derechos fundamentales que pudiera variar según el Derecho nacional aplicado afectara a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión²⁰⁶”.

Esta jurisprudencia ha dado como resultado que el TJ vuelva a una argumentación sobre la garantía de los derechos propia de los años setenta. El TJ fundamenta la garantía de los derechos en la UE en la primacía y la eficacia del Derecho europeo sobre el nacional. Apartándose de toda consideración de los derechos desde el prisma del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento objetivo del sistema jurídico o desde la simple protección de la parte más débil²⁰⁷.

En mi opinión, el TJ se retrotrae a los fundamentos originarios de la idea de la garantía de derechos en la Unión basados, por un lado, en la imprescindible uniformidad aplicativa del Derecho, y por el otro, en que los derechos fundamentales de la Unión se erigen a partir de la conversión de las libertades fundamentales del mercado en derechos fundamentales²⁰⁸. Es un clásico ya referirse a las sentencias Viking, Laval y Rüffert²⁰⁹, como expresiones relevantes de la destrucción del Estado social mediante la aplicación de las libertades del mercado, pues han permitido al TJ resolver conflictos entre libertades fundamentales y derechos sociales, mediante un test de proporcionalidad en el que han pesado más sobre el fiel de la balanza los

206 Párrafo 47. Véanse en el mismo sentido las sentencias *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, y STJ de 6 de marzo de 2014, asunto *Siragusa*, C-206/13, apartados 31 y 32.

207 Sobre la fundamentación de los derechos y sus garantías me remito por todos a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009.

208 La posibilidad de aplicar directamente las disposiciones de los Tratados se ha ido afirmando de forma amplia sobre las llamadas «libertades fundamentales» en base a la imposición de prohibiciones incondicionales a los Estados (obligaciones de tipo negativo), su eficacia se despliega tanto en sentido vertical como horizontal. Ver sobre la libre circulación de mercancías SSTJ *Salgoil*, 19 de diciembre de 1968, C-13/68 o *Eunomia di Porro* de 26 de octubre de 1971, C-18/71; sobre competencia ver *Flavia Mangherade* 3 de febrero de 1976, C- 59/75; sobre libre circulación de trabajadores ver *Rutili* de 28 de octubre de 1975, C- 36/75; sobre no discriminación por razón de sexo ver STJ 27 de marzo de 1974, C-127/73. Ver particularmente la máxima de la Sentencia *Lutticke*, C-57/65, párrafo 7 en la que se expone que «La obligación, impuesta a los Estados miembros por el Tratado CEE, que no se acompañe de condición alguna ni (se encuentre) subordinada, en su ejecución o sus efectos, a la emanación de procedimiento alguno por parte de los Estados o de la Comisión, es jurídicamente perfecta y, consiguientemente, apta para producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y sus ciudadanos. Una obligación del género se integra en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros con efecto imperativo y respecta directamente a sus ciudadanos a los que atribuye derechos individuales que los jueces nacionales deben tutelar».

209 SSTJ respectivamente, de 11 de diciembre de 2007, C- 438/05; de 18 de diciembre de 2007, C- 341/05; de 3 de abril de 2008, C- 346/06;

argumentos basados en la libertad del mercado “altamente competitiva” (art. 2.3 TUE) que aquellos basados, como se pregona en los Tratados, en el fomento de “la justicia y la protección sociales” o la “cohesión social” (arts. 2.3 párrafos segundo y tercero). El resultado de la aplicación indolente de los derechos fundamentales en el marco del mercado ha decantado una comprensión neoliberal del mercado interno por parte del TJ: esto es, la libertad del mercado (de establecimiento) es el mecanismo esencial para conseguir un mercado interno eficiente²¹⁰, rechazando de plano la propia relatividad de esta ideología y las posiciones económicas alternativas²¹¹.

En este sentido el papel que juega el TJ en los conflictos del mercado interno, su posición ideológica, deja a un lado la cuestión de los derechos fundamentales para centrarse en la idea de la libertad del mercado. Esta es la aplicación del Derecho que realiza en los últimos tiempos. La primacía del Derecho europeo es la primacía de las libertades del mercado y ésta idea no escapa ni tan siquiera cuando los Estados han tratado de acercarse a la concepción de los derechos desde parámetros puros como la dignidad humana. El TJ ha dejado claro en los últimos tiempos que el único fundamento de la aplicación de los derechos fundamentales en la Unión es el principio de primacía, y no principios universales como el de la dignidad humana que sí fundamentan la aparición de otros sistemas de protección de Derechos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Efectivamente cuando los Tribunales constitucionales de los Estados han tratado de discernir el contenido de los derechos de la Carta y sus límites en el ámbito europeo aferrándose a las interpretaciones resultantes del CEDH y el Tribunal Europeo de derechos Humanos (TEDH) la respuesta del TJ ha sido tajante: el CEDH no tiene primacía, y no puede desaplicarse una norma nacional en base al Convenio, sino en base al principio de primacía del Derecho europeo en el que no se encuentra aquel²¹².

210 Para un análisis de las posiciones teóricas del Ordoliberalismo alemán me remito a H. PEUKERT, “Walter Eucken (1891-1950) and the Historical School”, en KOŁOWSKI, P., *The theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historicism, Ordoliberalism, Critical Theory, Solidarism*; Berlín, Springer, 2000, pp. 93 y ss.

211 C. KAUPA, “Maybe not activist enough? On the Court’s alleged neoliberal bias in its recent labor cases”, *Op. cit.* p. 56 y ss.

212 Ver la STJ Akerberg, de 26 de febrero de 2013, C-617/10, párrafo 44: «Por lo que se refiere, en primer lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH, debe recordarse que, si bien los derechos fundamentales

De este modo la comprensión utilitarista de la CDFUE (útil a la construcción de un mercado donde imperan reglas uniformes mediante el principio de primacía) por el TJ se impone a toda otra interpretación sobre el fundamento de los derechos y sus garantías en el ámbito europeo.

Los derechos fundamentales en la Unión Europea valen en la medida en que no interfieran en una economía de mercado libre fundada sobre la libre competencia (primacía del Derecho material).

Podría considerarse injusto acusar al TJ de imponer tales fundamentos sobre los derechos. Un observador indulgente comprendería que el sistema de control de los derechos fundamentales en la UE se construyó precisamente gracias a la interpretación amplia del TJ sobre el principio de primacía, y que este simple hecho ya es plausible. También se podría añadir que la jurisprudencia del TJ no es más que el resultado directo del contenido del Derecho positivo europeo, y que si se pudiera señalar algún culpable de la comprensión mercantilista de los derechos fundamentales en la Unión debería apuntarse a los propios gobiernos de los Estados y las Instituciones europeas, productoras del Derecho europeo y los Tratados. Todo ello es cierto, pero también lo es que, aunque no sea muy ortodoxo desde un punto de vista jurídico, el TJ ha sido hasta la fecha el adalid del activismo judicial en Europa, y cuando ha sido necesario en pro de la integración, no ha rehusado a una interpretación creativa de los Tratados, cuasi-legislativa o constituyente (Costa c. ENEL y Van Gend en Loos son los máximos exponentes). La pregunta es ¿por qué no separarse ahora de la literalidad del derecho positivo de la Unión para reconstruir una verdadera Comunidad de derechos fundamentales?

reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales – como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3–, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional. Véase, igualmente STJ de 24 de abril de 2012, Kamberaj, C-571/10, apartado 62. Y de nuevo STJ, de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-112/13, A v B.

En realidad el TJ está jugando un papel completamente activo en los últimos tiempos en el ámbito de las medidas anti crisis, y una visión estricta nos conduciría a pensar que se ha separado más de lo necesario del texto de los Tratados para amparar las medidas de rescate de Estados de la Eurozona. Pero esta ampliación de sus competencias y la flexibilidad de sus interpretaciones de nuevo han amparado una visión neoliberal dejando a un lado toda cuestión relacionada con la ciudadanía o los derechos. Dicho de otro modo, en momentos de urgencia el TJ no ha tenido inconveniente en derribar límites competenciales precisos de las Instituciones europeas a favor de su intervención. Ha actuado más allá de sus competencias y más allá del propio Derecho vigente, como garante del Derecho con mayúsculas.

Si observamos la jurisprudencia reciente no sería extraño pensar que el TJ no sitúa actualmente los derechos de los ciudadanos o el estado de bienestar entre los elementos centrales del proceso de integración. La garantía de la efectividad del Derecho europeo, hoy por hoy, reside para el TJ en la supervivencia del Euro.

4. LA UNIÓN MONETARIA Y LA CRISIS DEL EURO.

Sólo desde los años noventa la idea de la integración político constitucional europea adquirió realmente relevancia en el Derecho positivo. Hasta entonces el modelo de integración europea, desde las primitivas Comunidades, había prosperado a partir de la consagración de los intercambios como objeto de la reconstrucción y la expansión económica europea (Art. 2 TCEE). Intercambios que se estructuraron y regularon sobre la base de la consagración de las cuatro libertades fundamentales y el principio de libre competencia. Este marco inaugural ha continuado completándose mediante la reforma progresiva de los Tratados. Por ejemplo, con el Acta Única europea, se ampliaron las competencias legislativas de las Instituciones para armar el mercado interno sobre una regulación común. Con el Tratado de Maastricht se consolidó la Unión Económica y Monetaria (UEM). Y finalmente con el Tratado

de Lisboa se ha tratado de hacer efectiva la cuarta libertad fundamental: la libre circulación de capitales²¹³.

Pero dentro del modelo de integración económica también ha habido disparidades evolutivas. La UEM se ha desarrollado de manera descompensada. Mientras que la cesión de competencias a la Unión por parte de los Estados en materia monetaria supone el elemento fuerte del conjunto, las disposiciones sobre los procedimientos de coordinación de las políticas económicas son aún el elemento débil²¹⁴, pues establecen meros mecanismos de supervisión de los Estados, manteniendo estos su competencia en materia macroeconómica y presupuestaria con escasos procedimientos de coordinación y control por parte de la UE. Esta descomposición ha provocado graves problemas para la ejecución de políticas macroeconómicas estatales en momentos de fluctuación económica, pues sin las herramientas monetarias los estados no han podido hacer frente al endeudamiento excesivo, el déficit presupuestario, el desequilibrio en la balanza de pagos o el deterioro del comercio²¹⁵.

Los Tratados sólo establecían tres herramientas para combatir estos riesgos, herramientas que se basan en el fomento de una política financiera y presupuestaria disciplinada (o sana como prefieren llamarla) por parte de los Estados: 1. La prohibición de la corresponsabilidad financiera (art. 125 TFUE). 2. La prohibición de acceso privilegiado a la financiación mediante entidades de crédito o el BCE (art. 123 TFUE). 3. Como único mecanismo corrector el art. 122 TFUE establece una posibilidad de financiación con cargo al presupuesto de la Unión, en casos extraordinarios (de donde apareció el Mecanismo MEEF y el «Greek Loan Facility»).

Estos mecanismos de Derecho originario (aunque acompañados posteriormente de una prolija legislación derivada) no han sido sin embargo eficaces para hacer frente a situaciones abiertas de crisis económicas como la que ha vivido Europa en los últimos 10 años. Para vencer a la crisis de la Zona Euro

213 Para una exposición del proceso de construcción de la integración económica me remito a D. CHALMERS, *et al.*, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 45-50.

214 M. LÓPEZ ESCUDERO, "Las interminables reformas de la gobernanza económica de la Zona euro", *Revista General de Derecho Europeo*, n.27, 2012.

215 D. CHALMERS, *op. Cit.* pp. 45 y ss.

en 2011 el Consejo Europeo decidió crear un mecanismo de financiación permanente, el Mecanismo europeo de Estabilidad (MEDE), con el que compensar las deficiencias de financiación de los Estados. Se ideó como una Institución financiera Internacional y se trató de vincularlo al Derecho de la Unión Europea. Para ello se efectuó la primera reforma del Tratado de Lisboa mediante la Decisión 2011/199/UE de reforma del art. 136 TFUE, a través del procedimiento simplificado²¹⁶.

La aparición de este mecanismo suscitó importantes dudas sobre tres aspectos esenciales: el procedimiento de reforma del Tratado, su compatibilidad con las prohibiciones establecidas en el Derecho originario en relación a la prohibición de corresponsabilidad financiera de los Estados, y su compatibilidad con los derechos fundamentales de la Unión y sus garantías. Todas estas dudas se han resuelto en la Sentencia Pringle²¹⁷, con la que el TJ ha dado el visto bueno al mecanismo de estabilidad y que pese a todo ha suscitado un amplio debate²¹⁸ sobre la efectividad de la integración europea y su desmoronamiento.

Sobre la decisión del TJ merece la pena destacar, como haremos a continuación, el papel que ha jugado el TJ como garante del Derecho y los Tratados, en el que una vez más se ha convertido en auténtico actor político de la integración, afirmando su competencia de control incluso del poder de reforma de los Tratados, que lo ha conducido a valorar no ya sólo el procedimiento de reforma, sino el propio contenido de la reforma. Como se observará, ahora el TJ se convierte de nuevo en un órgano cuasi constituyente de la Unión... donde expresará su verdadera postura ante la integración y la crisis económica.

216 «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas».

217 STJ de 27 de noviembre de 2012, asunto C- 370/12.

218 Resuelto en pleno con 27 jueces en el que han participado hasta 12 Estados miembros, la Comisión, el Parlamento, el Consejo Europeo (por primera vez) y el Sr. Pringle.

4.1. Control material del poder de reforma de los Tratados por el TJ.

En primer lugar, en la STJ Pringle, merece destacarse la manera en que el TJ aborda la cuestión fundamental: la reforma del artículo 136 TFUE mediante el procedimiento simplificado. El TJ alude a que en el procedimiento simplificado de reforma de los Tratados existen límites formales precisos (Art. 48.6 TUE) que deben ser examinados. Tal y como señala el Tratado una reforma simplificada sólo puede afectar a la “tercera parte” del mismo, y en ningún caso podrá “aumentar las competencias de la Unión”. Es decir, dado que el procedimiento de reforma no puede afectar ni a los principios de la UE, las disposiciones de aplicación general, la ciudadanía de la Unión ni las disposiciones sobre prohibición de discriminación, el TJ se erigirá en garante tanto de los aspectos procedimentales de la reforma como del propio contenido material de la misma, llegando incluso a interpretar las disposiciones del Tratado MEDE²¹⁹.

El control del TJ pone en el centro de la cuestión una premisa. Aunque el Tratado MEDE constituye una fuente de Derecho internacional público firmado entre Estados soberanos, ni los Estados ni las Instituciones pueden soslayar a través de este mecanismo sus obligaciones derivadas del derecho de la Unión. Es decir, “los Estados miembros tendrán libertad para establecer un mecanismo de estabilidad como el MEDE, siempre, no obstante, que ese

219 Dado que el procedimiento de reforma simplificado es un procedimiento formal establecido en los Tratados, el TJ tiene el deber de garantizar el «respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (art. 19 TUE), pues para ello se le ha dotado de competencia para «pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión» [art. 267.b) TFUE]. Por tanto, como señala el propio Tribunal, en este caso sí tendría competencia para controlar una Decisión de reforma de los Tratados, en tanto que «acto adoptado por una Institución» y no por una Convención o Conferencia Intergubernamental, como en el caso de la reforma ordinaria. Recuérdese que tras el Tratado de Lisboa el Consejo Europeo es ya una «Institución de la UE» figurante en el listado del artículo 13 TUE (27). El Tribunal de Luxemburgo sería competente, pues, para controlar si se ha respetado el procedimiento formal de la reforma. Ver los párrafos 30-37 de la STJ Pringle. Pero como señala el propio AG KOKOTT en las conclusiones de la STJ, los límites materiales impuestos por el artículo 48.6, suponen el parámetro de validez de la reforma, mediante una suerte de «jerarquización del Derecho primario de la UE », de modo que «una disposición del Tratado adoptada siguiendo el procedimiento simplificado de revisión del artículo 48 TUE, apartado 6, debe ser imperativamente interpretada de tal manera que se tengan en cuenta los límites de dicho procedimiento» Apartados 58 y 60 de las Conclusiones del AG de 26 de octubre de 2012 en el mismo asunto..

mecanismo respete en su funcionamiento el Derecho de la Unión²²⁰". Para ello prestará especial importancia a tres asuntos. Dado que las disposiciones de aplicación general del Tratado y el TUE no pueden ser modificados por la reforma simplificada, el MEDE no puede suponer una alteración del reparto competencial establecido en los Tratados, esto es: no puede alterar la división competencial en materia económica o monetaria, no puede soslayar la prohibición de corresponsabilidad financiera (125 TFUE), ni un aumento de competencias a las instituciones, especialmente una nueva atribución competencial a la Comisión o al BCE.

4.2. La distinción entre la política económica y la integración monetaria.

La reforma simplificada del Tratado no puede afectar al reparto de poder en la UE, esto es al reparto competencial de los artículos 2 a 5 del TFUE. En estas disposiciones los Tratados conceden competencia exclusiva a la Unión en materia monetaria a través de las funciones del BCE y el SEBC, consistentes, esencialmente en mantener la estabilidad de los precios fijando el tipo de interés en la Zona euro. Pero, tal y como argumenta el TJ, en materia macroeconómica los Estados sólo han atribuido competencia a la UE para coordinar la política económica. Para el TJ ni el MEDE ni el nuevo artículo 136 TFUE alteran este reparto, pues el nuevo mecanismo al tratar de "garantizar la estabilidad de la Zona euro en su conjunto" no implica que transfiera competencias sobre el euro sino que avanza en la coordinación de las políticas macroeconómicas. Es decir, el MEDE es un sistema de coordinación de políticas económicas, y no altera la competencia exclusiva en materia monetaria de la Unión. Como alega el TJ, "los Estados son libres de crear fuera del marco de la Unión europea nuevos mecanismos complementarios de coordinación macroeconómica".

Como ha observado la doctrina, el TJ realiza una interpretación muy sutil sobre la naturaleza económica o monetaria de los sistemas de ayuda financiera de los Estados, pues el ejercicio de tales competencias suele

220 Párrafos 68 y 69, así como 121 de la STJ, igualmente los apartados 68 y 69 de las Conclusiones del AG. Véase también la STJ de 15 de enero de 2002, Gottardo, C-55/00.

permanecer en un área gris. Por ello esta interpretación debe reputarse un tanto forzada²²¹.

Incluso asumiendo que el MEDE es un mecanismo de coordinación de política económica no exclusivo de la Unión, estas políticas no pueden en ningún modo contravenir las políticas de coordinación que se realizan en el marco de la Unión (arts. 120 a 126 TFUE). Pues, repetimos, el MEDE no puede servir de parapeto para que los Estados se aparten de las obligaciones de los Tratados europeos. Por tanto, las políticas de coordinación económica en el marco del MEDE no pueden contravenir dos prohibiciones expresas del TFUE en esta materia: la prohibición de corresponsabilidad financiera del artículo 125 TFUE y la prohibición de financiación privilegiada de los Estados del artículo 123 TFUE (un Estado no puede asumir la deuda soberana de otro, ni puede financiarse sino a precio de mercado). Pero el Tratado MEDE, tiene precisamente la utilidad de establecer un mecanismo alternativo de financiación de los Estados de la Zona euro frente a la crisis de deuda soberana, mecanismo imprescindible para atajar el aumento desorbitado del interés al que se financiaban los países del sur en los mercados de deuda. Pese a esta obviedad el TJ, sin embargo, considerará que el MEDE no vulnera tales prohibiciones y haciendo acopio de nuevo de un relativismo hermenéutico muy propio de su jurisprudencia, situará en primer plano, como garantía de compatibilidad entre el mecanismo de financiación y las prohibición del Tratado, los tristemente famosos Memorandos de entendimiento (MoU)²²².

²²¹Por ejemplo, HINAREJO considera que el MEDE es un mecanismo de la política monetaria europea pero que no traspasa sus límites («no encroaching»). Por ello la toma de decisiones en el MEDE responde a un «área gris». En A. HINAREJOS, «The Court of Justice of the EU and the legality of the European Stability Mechanism», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 72, n. 2, 2013, pp. 237 y ss. Igualmente, como señala Paul Craig, este argumento, por lo sutil, se hace «un poco tenso», en P. CRAIG, «Pringle: legal reasoning, text, purpose and teleology», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 53, 2013, p. 5.

²²²Véase el artículo 13.3 y ss. del Tratado MEDE: «Si se adopta una decisión en virtud del apartado 2, el Consejo de Gobernadores encomendará a la Comisión Europea negociar con el miembro del MEDE en cuestión — en coordinación con el BCE y, cuando ello sea posible, conjuntamente con el FMI— un Memorandum de Entendimiento en el que se defina con precisión la condicionalidad asociada al instrumento de asistencia financiera. El contenido del Memorandum de Entendimiento reflejará la gravedad de las deficiencias que habrá que abordar y el instrumento de asistencia financiera elegido. Paralelamente, el Director Ejecutivo del MEDE preparará una propuesta de acuerdo de servicio de asistencia financiera para su aprobación por el Consejo de Gobernadores, la cual incluirá los términos financieros y las condiciones y los instrumentos elegidos. El Memorandum de Entendimiento será plenamente compatible con las medidas de coordinación de la política económica previstas en el TFUE, en particular con

Como afirma el TJ el nuevo art. 136 TFUE permite a los Estados crear un mecanismo alternativo de financiación para salvaguardar la Zona Euro en su conjunto y siempre bajo estrictas condiciones macroeconómicas. Estas estrictas condiciones macroeconómicas suponen que cuando un Estado requiera de un sistema de financiación alternativo al de los mercados privados de deuda, éste tendrá que firmar un compromiso internacional denominado memorando de entendimiento en el que se establecerán estrictos requisitos de política macroeconómica que condicionarán en todo momento la ayuda financiera. Estas condiciones del MEDE, como alude el TJ, tienen la misma finalidad que las prohibiciones de financiación privilegiada y de corresponsabilidad financiera: fomentar una política presupuestaria sana y responsable por parte de los Estados²²³. Por tanto, la ayuda financiera, al quedar condicionada, no permite a los Estados relajar su política presupuestaria sana y es compatible con las prohibiciones del Tratado.

De nuevo, como observamos aquí, el TJ realiza una esforzada interpretación de los Tratados y de la finalidad de las prohibiciones en la política económica para encajar el MEDE en el conjunto del proceso de integración. Una postura que el propio AG considera “un mal menor” para salvaguardar el efecto útil de los Tratados, es decir, para salvar la Zona Euro a costa de una manipulación hermenéutica, pues las prohibiciones son claras y precisas: los Estados no pueden financiarse por ningún mecanismo extraño al propio mercado de deuda²²⁴.

cualquier acto del Derecho de la Unión Europea, incluido cualquier dictamen, advertencia, recomendación o decisión que se haya dirigido al miembro del MEDE en cuestión».

223 Como señala el TJ en los párrafos 135 y 137 de la STJ, las disposiciones del Tratado tienen como objetivo asegurar que los Estados miembros observen una política presupuestaria sana, y «garantizar que, cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presupuestaria». Sobre esta interpretación de las prohibiciones del Tratado me remito a U. HÄDE, “Legal evaluation of an European Monetary Funds. Challenges facin European Monetary Union”, Intereconomics, n.2, 20010, pp. 69-72, quien ya antes del propio MEDE consideró, frente a la crisis, las deficiencias del sistema europeo y la necesidad de restringir la prohibición del artículo 125 TFUE. En contra se había posicionado J. PIPKORN “Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the EMU”, Common Market Law Review, 1994, pp. 263 y ss.

224 Véanse los apartados 145 y 146 de las Conclusiones del AG: «Frente a ello podría aducirse que la prohibición del artículo 125 TFUE, apartado 1, segunda frase, pierde todo su sentido si se prohíbe a los Estados miembros asumir directamente compromisos pero les resulta fácil eludir esa prohibición a través de una asunción indirecta. Coincido plenamente con esta tesis en la medida en que la interpretación del artículo 125 TFUE no puede hacer que las prohibiciones que en él se establecen queden absolutamente vacías de contenido. Ahora bien, no ocurre así. La

4.3 Las estrictas condiciones macroeconómicas y la Troika.

Dilatando al máximo los límites interpretativos de las disposiciones del Tratado, el TJ dispone que el MEDE no constituye una vulneración del Derecho europeo ni directa ni indirectamente. Pues el TJ, primero, crea una fina línea de separación entre las políticas económicas y monetarias salvando una posible vulneración del régimen competencial de la Unión. Segundo, acude al sentido teleológico de las prohibiciones de financiación privilegiada y de corresponsabilidad financiera de los Estados, y aúna el objetivo de tales disposiciones y de los MoU como un todo en la estimulación de una política presupuestaria sana por parte de los Estados en situación de crisis. Y, como ahora veremos, tercero, considerará que precisamente el Memorándum de entendimiento garantiza a su vez que las condiciones del MEDE serán compatibles y estarán coordinadas con las propias competencias de política económica de la Unión.

Como establece el propio MEDE, cuando los organismos internacionales del Mecanismo de estabilidad acepten conceder una ayuda financiera a un Estado miembro, la Comisión europea se encargará de pactar, junto al BCE y al FMI (si fuese posible), un Memorándum de entendimiento sobre la condicionalidad asociada a la ayuda financiera en el marco del MEDE y velarán por el cumplimiento del mismo. Concretamente, el Tratado MEDE establece que el MoU “será plenamente compatible con las medidas de coordinación de la política económica previstas en el TFUE, en particular con cualquier acto del Derecho de la Unión Europea, incluido cualquier dictamen, advertencia, recomendación o decisión que se haya dirigido al miembro del MEDE en cuestión” (art. 13.3 párrafo segundo).

Conforme a este precepto el TJ considerará que ni la Comisión Europea ni el BCE adquieren nuevas competencias en virtud del MEDE, sino que actúan (dentro de las posibilidades otorgadas por los Tratados) en garantía del

exclusión de responsabilidad y la prohibición de asunción de compromisos, tal como están reguladas en el artículo 125 TFUE, apartado 1, segunda frase, primera parte, tienen también un «efecto útil» si se aplican conforme al contenido normativo manifestado en su tenor».

cumplimiento del Derecho europeo y la compatibilidad de los instrumentos del MEDE. Pues las recomendaciones de coordinación de la política económica son dictadas por los mismos poderes reales que finalmente aprueban los Memorandos de Entendimiento, el Consejo de Gobernadores del MEDE en el que se representan los Estados, la Comisión europea.

La vinculación entre Instituciones en el Tratado MEDE permite al TJ afirmar que la reforma del TFUE respeta y respetará el Derecho de la UE. Pues las “condiciones estrictas” que avalan la ayuda financiera en el MEDE garantizan, a su vez, su compatibilidad con las medidas de coordinación de la políticas económica prevista en los Tratados. Como dice el propio TJ, los Tratados no impiden que los Estados puedan crear un mecanismo de financiación entre ellos, siempre que se garantice que “cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presupuestaria sana” que garantizará la Comisión mediante la supervisión del MoU.

Como se observa entonces en toda la argumentación de la Sentencia, el TJ ha vuelto a su tradicional actitud de activismo judicial. Mediante una interpretación amplia de los Tratados ha permitido ahora el encaje comunitario del MEDE en una situación en la que estaba precisamente en juego la propia integración europea. La crisis de la Zona Euro ha supuesto un varapalo sobre las políticas económicas y monetarias de la Unión, y el TJ era muy consciente de que oponerse al nuevo mecanismo financiero mediante una interpretación literal de los Tratados habría dejado a Europa “a la deriva²²⁵”. Como afirma Jean-Victor Louis acerca de la flexibilización interpretativa desarrollada por el TJ en disposiciones como el artículo 125 TFUE, “el Tribunal se ha esforzado en desarrollar, sin caer en un pragmatismo oportunista, un razonamiento susceptible de conciliarse con unos textos elaborados sin la conciencia de la posibilidad de una crisis de tal relevancia práctica²²⁶”.

225 *Un maravilloso resumen de esta “deriva” económica en G. HEWIT, Europa a la Deriva, Alianza Editorial, Madrid, 2013, pp. 31 y ss.*

226 J. V. LOUIS, “La Sentencia Pringle”, *Revista General de Derecho Europeo, Iustel, n. 29, 2013.*

Por tanto, desde una postura integracionista y pro-europea no podríamos sino aplaudir al papel político que ha vuelto a jugar ahora el TJ. Pero atención, porque el MEDE aunque ha solucionado en parte los problemas de la crisis de deuda soberana en algunos Estados, sin embargo ha sido la causa principal de la reciente pérdida de legitimidad de la Unión y de las razonables críticas ciudadanos sobre el proceso de integración. Sobra decir que los supervisores del cumplimiento del MOU, el BCE, el FMI y la Comisión, forman lo que hoy se denomina en el argot político la “Troika”. La participación de la Comisión tanto en coordinación de políticas económicas (a través del Consejo) en el marco de la Unión, como en la firma del MoU es la pieza clave que permite al TJ fallar sobre la compatibilidad del MEDE y los Tratados. Una idea que parece clara en la Sentencia Pringle, pero que ha sido negada por el TJ a penas los MoU han comenzado a producir efectos muy negativos sobre los derechos de los ciudadanos y las políticas sociales de los Estados.

5. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LAS MEDIDAS ANTICRISIS.

El TJ expresamente se refiere a la competencia de la Comisión en la negociación con el Estado para el establecimiento de las condiciones estrictas que permiten la asistencia financiera del MEDE. Estas condiciones estrictas son en la actualidad el momento álgido de las políticas de recortes sobre el gasto público y tienen una incidencia directa sobre los derechos de los ciudadanos²²⁷. El planteamiento inicial que debemos hacernos en este punto es el siguiente: si la Comisión y los Estados miembros se encuentran vinculados, en su actuación en el marco del MEDE, al Derecho de la UE: ¿qué instrumentos de control existen para prevenir una vulneración del Derecho de la UE? Y particularmente ¿cómo garantizar que la actuación de los Estados y las Instituciones se ajuste a los

227 A modo de ejemplo, en relación con el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial y Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012, firmado por el Gobierno de España para la recapitalización de las entidades financieras españolas en la crisis del Euro, me remito al comentario de la influencia de éste sobre los derechos de los preferentistas españoles de J. M. LÓPEZ JIMÉNEZ, “El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, Diario La Ley, n. 31, 8163, Sección Documento on-line, de 4 Oct. 2013.

derechos fundamentales? Esta cuestión nos conduce al análisis de las funciones que el MEDE atribuye al propio TJ.

El Tratado MEDE establece que las controversias entre Estados se resolverán a través del Consejo de Gobernadores que dirige el mecanismo de estabilidad. El recurso frente a la decisión de este órgano se someterá al TJ en virtud, directamente, del artículo 273 del TFUE²²⁸. El TJ insiste hasta en dos ocasiones en que su competencia para resolver controversias en el ámbito MEDE están relacionadas con el objeto de los Tratados de la Unión y se fundamentan en el artículo 273 TFUE²²⁹. Con esta insistencia enmarca, en mi opinión, la afirmación más importante de la Sentencia en clave constitucional: “un litigio ligado a la interpretación o a la aplicación del Tratado MEDE también puede tener por objeto la interpretación o la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión. En efecto, en virtud del artículo 13, apartado 3, de ese Tratado, el Memorándum de Entendimiento que se negocia con el Estado miembro solicitante de un apoyo a la estabilidad debe ser plenamente compatible con el Derecho de la Unión y en particular con las medidas adoptadas por la Unión en el ámbito de la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Por tanto, al menos en parte, las condiciones a las que se somete la concesión de tal apoyo a un Estado miembro serán determinadas por el Derecho de la Unión²³⁰».

Destaca particularmente porque el TJ entra con todas sus fuerzas en el ámbito de las competencias de los Estados en las relaciones internacionales en el que yace el MEDE y lo absorbe hacia el ámbito del Estado de Derecho, de la Comunidad de Derecho, donde parece prometer que en la interpretación del MEDE y la resolución de controversias entre Estados aplicará el Derecho de la UE y, quizás, todo el acervo comunitario. Esta puerta abre la posibilidad de control de los Memorandos de Entendimiento del MEDE, de las políticas macroeconómicas impuestas a cambio de asistencia financiera que, como hemos dicho, son las que están incidiendo directamente en la vida de los ciudadanos en momentos de crisis. Los Estados, y sus poderes públicos, siguen sometidos al

228 Artículo 37 del Tratado MEDE.

229 Párrafos 170 y 173 de la Sentencia.

230 Párrafo 174 de la Sentencia

Derecho europeo como sistema supranacional que limita su poder de actuación en el marco de la globalización, de la crisis económica global.

Si a primera vista esto podría entenderse como un triunfo de la Comunidad de Derecho en la aplicación del MEDE, inmediatamente constatamos algunos extremos de la Sentencia que limitan las posibilidades de control jurisdiccional de los mecanismos, y sobre todo de las consecuencias, de la asistencia financiera: 1) Los sujetos activos y pasivos legitimados para intervenir en el procedimiento jurisdiccional del TJ (para la interpretación del MEDE, la resolución de conflictos entre Estados y...) de control de los Memorandos son las Partes Contratantes: exclusivamente los Estados miembros de la zona del euro²³¹. 2) Y peor aún, los derechos fundamentales de la Unión, es decir, la CDFUE, no se aplica como parámetro del control de validez de los Memorandos de entendimiento. El Tribunal de Justicia es categórico: “conforme al artículo 51, apartado 1, de la Carta, las disposiciones de ésta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En virtud del apartado 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”. En este sentido, los Estados que actúan en el marco del Tratado MEDE, no aplican el Derecho de la Unión, y, por tanto, no se encuentran vinculados por la Carta. Por tanto, desde la perspectiva del Derecho europeo, los derechos fundamentales no pueden oponerse ni al establecimiento del MEDE ni a las estrictas condiciones macroeconómicas.

En principio, el último resquicio constitucional del modelo supranacional de Derecho parece disiparse en apenas un párrafo de la sentencia, reconvirtiendo el argumento esencial del TJ durante toda la argumentación Pringle: los Estados que actúan en el ámbito del MEDE no pueden menoscabar las obligaciones del Derecho europeo, pero sí la Carta. Como el propio Parlamento

231 Art. 5 del Tratado MEDE

británico ha señalado, la UE subraya primero las virtudes del Estado de Derecho, pero luego no lo aplica en la práctica ²³²

La duda que nos surge es, si los Estados miembros no están sujetos a la CDFUE en el marco del MEDE, ¿tampoco las Instituciones de la Unión Europea? Es decir, si la actuación de la Comisión europea en la supervisión y firma del MoU suponía una garantía para el TJ de la compatibilidad entre el MEDE y el Derecho europeo ¿también la Comisión europea se encuentra exenta de las obligaciones de la Carta de derechos? Una lectura atenta del art. 53 de la CDFUE nos llevaría automáticamente a pensar que no, que los MoU se encuentran sujetos al control de su compatibilidad de los derechos fundamentales porque son precisamente estipulados por las Instituciones europeas, siempre sujetas a la Carta.

Mantuve en junio del año pasado precisamente esta premisa, pero en noviembre me di cuenta de que me había equivocado²³³.

En una reflexión previa a este ensayo consideré que el TJ se había visto obligado a reinterpretar en la sentencia Pringle los Tratados de este modo por la necesidad imperiosa de salvar el euro. Si el euro caía, caía Europa como mecanismo efectivo de resolución de conflictos globales. El Derecho europeo como ordenamiento autónomo y supranacional perdería toda efectividad y, por ende, dejaría de existir en la práctica de cara a los ciudadanos, es decir, perdería toda legitimidad. Por tanto, el TJ había jugado sus cartas de manera coherente con su tradicional actitud jurisprudencial. Por ello quise leer entre líneas en la Sentencia Pringle y considerar que el TJ pese a aferrarse al art. 53 de la CDFUE, había también marcado el camino a seguir a los ciudadanos dejando una puerta abierta para realizar una suerte de «judicial review» de los MoU y evitar la discrecionalidad de las Instituciones en el marco del MEDE. Lo explicaré brevemente en tres puntos:

232 Ver el Informe de la Cámara de los Comunes sobre la ratificación del TCEG, *European Scrutiny Committee-Sixty-Second Report Treaty on Stability, Coordination and Governance: impact on the eurozone and the rule of law*, Cámara de los Comunes, 27 de marzo de 2012. Para una crítica doctrinal me remito a D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la sentencia Pringle”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 29, 2013.

233 Permítase el reenvío a A. AGUILAR CALAHORRO, “La Sentencia Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 101, 2014, pp. 337 y ss.

1. El TJ repite durante toda la Sentencia un mantra: los Estados y las Instituciones siguen sujetas a las obligaciones de los Tratados europeos, pese a que trasladen la coordinación económica al ámbito internacional.

2. Ello podría interpretarse como una suerte de jerarquización de los Tratados de la Unión sobre el MEDE, y por ende, de la propia CDFUE. Pero dado que en aquel momento se trataba de admitir o no la validez de la reforma, y por tanto del MEDE (cosa que realmente no importaba mucho dado que el MEDE ya se había ratificado y se trataba simplemente de su vinculación a la Unión) parecía comprensible que el TJ se aferrase a la cláusula del artículo 53 CDFUE para darle aire al mecanismo de financiación y evitar declarar la antijuricidad de la reforma.

3. No obstante, siguiendo el argumento del art. 53 CDFUE del TJ, las Instituciones europeas sí se encontraban vinculadas plenamente a la Carta, incluso a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho europeo. De modo que al ser el Memorándum producto de la supervisión y el impulso de la Comisión, dado que el BCE también se encontraba implicado, la aprobación de las condiciones estrictas establecidas en los Memorándum y la actuación de la Comisión quedaban sujetas al control de conformidad con la CDFUE por el TJ.

Estas conclusiones, no eran en aquel momento nada ingenuas. Así lo había expresado el propio AG: “la compatibilidad de la actuación de los Estados miembros en el marco del MEDE con el Derecho de la Unión —como muestra también el presente litigio— está sometida, con arreglo al procedimiento habitual del artículo 267 TFUE, a control por parte del Tribunal de Justicia y de los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, conforme al artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, los Estados miembros deben establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva, al menos en relación con la ejecución de las condiciones a nivel nacional²³⁴». Ello permitiría a los ciudadanos acudir en garantía de sus derechos mediante reenvío prejudicial al TJ para que valorase la actuación de la Comisión en el ámbito MEDE conforme a la Carta y los derechos.

²³⁴ Párrafo 194 de las Conclusiones del AG.

Repito. Parece que me equivoqué en gran parte. Durante todo el mes de noviembre de 2014 el TJ ha dictado más de 12 Autos de inadmisión en sentido contrario a los argumentos que acabo de exponer. Y resultan francamente sorprendentes e incoherentes²³⁵.

Se trata de diversos recursos directos de nulidad y recursos de responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión por daños y perjuicios a diversas empresas y particulares chipriotas. Se recurren las actuaciones de la Comisión y el Consejo de la Unión (Eurogrupo), así como del BCE, como actores principales de los Memorándum de entendimiento firmados entre el MEDE y Chipre con motivo de la quiebra técnica de las entidades financieras de este Estado. Tales Memorándum fueron pactados con motivo de la financiación de Chipre para recapitalizar su banca en 2013. Previamente a su firma definitiva se había alcanzado un proyecto de Memorándum en el Eurogrupo y con la Comisión europea, en la que instaban a Chipre a establecer impuestos sobre depósitos bancarios. Mediante ley 22 de marzo de 2013 Chipre, dando cumplimiento a las negociaciones con las Instituciones europeas, concedió al Banco Central Chipriota competencia para dictar decretos de reestructuración (en un sentido amplísimo) de las deudas y obligaciones de los depósitos bancarios, particularmente de aquellas entre entidades bancarias y de éstas con particulares. Dos bancos (BoC y Läiki) a través de un Decreto se recapitalizaron mediante los depósitos de particulares no asegurados por la ley chipriota (aquellos mayores de 100.000 euros), acciones y fondos de bonos, y tras su adquisición operaron nuevas transacciones con la finalidad de seguir prestando sus servicios bancarios. Posteriormente, y una vez comprobado por la Comisión la predisposición de Chipre a adoptar las medidas propuestas, se firmó el MoU y se otorgó un nuevo instrumento de financiación por el MEDE para Chipre.

De entre todos ellos analizamos a título de ejemplo el asunto FIALTOR²³⁶. En este litigio una empresa que perdió parte de sus depósitos bancarios como consecuencia de estas medidas, planteó un recurso por daños extracontractuales frente a las Instituciones de la Unión (responsabilidad

235 Citaré a título de ejemplo algunos autos de inadmisión del TJ: T- 290/13, 291/13, 292/13, 293/13, 294/13, 290/13, 321/13, 331/13, 293/13, 329/13, 328/13, 332/13, 330/13, 354/13, todos ellos de las fechas 10 de noviembre de 2014, 16 de octubre de 2014, y 17 de julio de 2014.

236 Auto del TJ de 10 de noviembre de 2014, T-294/13.

extracontractual recogida en el art. 340 párrafo 2 del TFUE) y solicitó la nulidad de los actos. Recurrió las actuaciones del BCE y la Comisión como partes del MEDE (art. 13) y responsables directos de la redacción del Memorándum. Concretamente, el particular, solicitó o bien una compensación económica o bien medidas cautelares frente a la reestructuración de sus fondos bancarios, invocando una clara vulneración del derecho a la propiedad del artículo 17 CDFUE. Es decir, invocó ante el TJ la incompatibilidad entre el MoU (estipulado por la Comisión y el BCE) y la Carta de derechos fundamentales de la UE.

La respuesta del TJ a éste y el resto de los litigios es desalentadora. El TJ inadmitirá las demandas mediante auto de noviembre de 2014, considerando que la conducta no es imputable a la Comisión ni a ninguna institución de la UE, y citando Pringle determinará que las competencias de la Comisión y del BCE en el marco del MEDE no otorgan ningún poder de decisión propio a estas instituciones sino que las medidas y los Memorándum son responsabilidad exclusiva del MEDE, organismo internacional exento del cumplimiento de la Carta²³⁷. Tal y como establece “una acción de reparación de daños dirigido contra la UE y basado en la mera ilegalidad de un acto o conducta que no ha sido adoptado por una institución de la Unión Europea o por sus funcionarios debe ser inadmitido, pues la adopción del Memorándum de entendimiento no se origina ni por el BCE ni la Comisión. El TJ no tiene jurisdicción para considerar un recurso de responsabilidad extracontractual por la ilegalidad de las disposiciones de un Memorándum”²³⁸. Tampoco admite el recurso directo de nulidad pues, según alega, los daños no se han producido por una institución europea²³⁹.

De modo que la contradicción es patente. Sin en los argumento de Pringle el TJ consideró que la intervención de la Comisión en el momento del establecimiento de las condiciones estrictas de acceso a la financiación, de los Memorándum, era precisamente la garantía de que no existiría una contradicción entre éste y las políticas europeas, ahora se remarca que el Memorándum, sin

²³⁷ Auto del TJ de 10 de noviembre de 2014, T. 294/13, apartado 161.

²³⁸ Ver apartados 47 y 48 del presente auto. Igualmente, Auto de 4 de julio de 2013 asunto C-520/12 P *Diadikasia Symvoulo Epicheiriseon v Commission and Others*, párrafos 35 a 38

²³⁹ FF.JJ 56-60 del Auto *Fialtor*, cit.

embargo, sólo constituye un instrumento internacional del que no es responsable la Comisión, sino que es producto del acuerdo entre un estado y el MEDE.

No obstante, en el auto FIALTOR, el TJ sí entrará a conocer sobre un aspecto: examinará si la Comisión ha omitido su obligación de control de compatibilidad entre el memorándum y el Derecho europeo, es decir, aunque lo omite, podría referirse a la CDFUE. Pese a todo inadmitirá la demanda por daños considerando que conforme a su jurisprudencia sólo sería imputable el daño a la Institución si se cumplen tres requisitos: a) que exista un daño efectivo (que lo hay y parece reconocerse implícitamente en el auto); b) que el daño sea consecuencia de un acto ilegal de las Instituciones (extremo sobre el que no se pronuncia); c) y finalmente que exista un nexo causal entre el acto de la Institución y el daño producido²⁴⁰. En relación con éste último requisito el TJ se acogerá a la idea de que el Memorándum había sido firmado después del Decreto del Banco Central de Chipre de reestructuración de los depósitos bancarios, y que, en consecuencia no existe nexo causal entre el acto de la Institución - que no es tal como se ha dicho antes dado que el MoU es responsabilidad del MEDE-y no de la Comisión- y la reestructuración de los depósitos bancarios. Dicho de otro modo, sin entrar a valorar la legalidad o no del acto, el TJ despacha el recurso aduciendo que realmente fue Chipre quien produjo el propio daño, pues el MoU aún no había sido firmado.

Como hemos dicho esta argumentación se repetirá en todas las decisiones del TJ sobre el rescate chipriota inadmitiendo las demandas de los ciudadanos y empresas chipriotas contra el Memorándum y la actuación de las instituciones. Tristemente el TJ está utilizando la doctrina Pringle como cita recurrente en sus sentencias para determinar la inaplicación de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea en litigios entre ciudadanos e Instituciones de la Unión. Concretamente afirma que “el solo hecho de que una norma nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencia no puede integrarla en el ámbito de aplicación de la Unión” y lo mismo se dispone en relación con el artículo 4 del TUE donde los derechos fundamentales se muestran en forma de principios generales del Derecho²⁴¹. En

240 T-137/07 *Asunto Portela*

241 Ver STJ de 10 de julio de 2014, C-198/133, *asunto Julián Hernández*; y Conclusiones del AG Jääskinen de 17 de julio de 2014, C- 354/13, *asunto FOA*.

el caso de los MoU y los mecanismos de financiación el TJ exime de responsabilidad a las Instituciones de la Unión y omite su control de conformidad de los actos de las instituciones con la CDFUE.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES.

Como se observa, el TJ ha jugado un papel decisivo a la hora de amparar el MEDE. Se ha erigido en supremo garante de los límites materiales a la reforma de los Tratados y en sumo intérprete del Tratado MEDE. Ha marcado límites en el ámbito competencial de la Unión distinguiendo entre la política económica y la monetaria, y ha flexibilizado al máximo las prohibiciones expresas en el marco de las políticas económicas de los Estados para encajar en el Derecho originario el nuevo art. 136 TFUE y los mecanismos de financiación del MEDE.

Por un lado, su papel ha sido imprescindible en la lucha contra la crisis de deuda soberana de los Estados de la zona Euro, y no es de extrañar que todos los diarios europeos hayan seguido cada una de las decisiones del TJ como noticias de primer orden durante la crisis. Lo cierto es que gracias a estos mecanismos de financiación la crisis del Euro ha podido combatirse, y que parte de la doctrina ha apoyado las medidas adoptadas pues se trataba no sólo de salvar al Euro, sino de salvar el proyecto de integración europea y la efectividad de este ordenamiento autónomo como mecanismo supranacional para regular conflictos globales como la crisis económica mundial²⁴². No respaldar los mecanismos de financiación y de rescate, probablemente, hubiese supuesto el final de la Unión Monetaria. Desde esta perspectiva el TJ no ha hecho sino seguir su senda de reconstrucción y garantía de la efectividad del Derecho europeo

Pero la actitud del TJ en los asuntos relacionados con el MEDE ha terminado, por otro lado, de desarmar la propia idea de la Unión Europea como ente supranacional. Se ha desmantelado el carácter de Comunidad de Derecho de la Unión Europea, pues el TJ ha hecho una inexplicable dejación de funciones en

242 En sentido favorable De Witte, considera que los mecanismos internacionales como el MEDE han demostrado ser útiles a sus objetivos. B. DE WITTE, Bruno "The Court of Justice Approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle", Common Market Law Review, n. 50, 2013, pp. 805-843. También ID. "Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences", Arena Working Paper, n. 4.

el control del ejercicio del poder supranacional de las Instituciones, concediendo plena inmunidad a la Comisión y el BCE en la redacción y supervisión de los Memorándum de entendimiento. Ha omitido cualquier cuestión relativa a la fiscalización de las actuaciones de las instituciones y los Estados en relación con los derechos fundamentales.

El TJ ha reforzado la efectividad del proceso de integración y el Derecho europeo al precio de expulsar del terreno dialéctico a los ciudadanos y sus derechos como sujetos privilegiados del Derecho de la Unión. En sus sentencias el lenguaje de los derechos ha terminado de desaparecer para situar en primer plano los conceptos de efecto útil de los Tratados, división competencial en la Unión Europea, y objetivos de la Unión monetaria.

La naturaleza institucional de la Unión, el peso de los Gobiernos de los estados en las Instituciones, y la posterior ratificación de las decisiones en materia macroeconómica han desarmado a la Unión europea de su último valor: la Unión de Derecho. Y el TJ asiste impertérrito a esta opción de descomunitarizar la política económica y financiera de los Estados y los controles supranacionales.

En mi opinión, la jurisdicción del TJ en garantía del Derecho no puede basarse exclusivamente en la definición de ámbitos competenciales (política económica y monetaria, MEDE y Derecho de la Unión, Estados e Instituciones de la Unión). Si observamos en términos constitucionales el proceso de integración, la labor del TJ de garantía del Derecho frente al poder no puede consistir en una simple ordenación de los ámbitos competenciales (de los poderes) estatales y europeos a nivel supranacional, sino que requiere hacerlo en garantía de los derechos de los ciudadanos para que podamos hablar un orden supranacional con tintes constitucionales. La ordenación constitucional del Derecho requiere de la reordenación y limitación del Poder (establecimiento de límites competenciales) pero con el objetivo de la garantía de derechos de los ciudadanos, concepto que ha desaparecido de la dialéctica del TJ.

El problema democrático de Europa no está en la indefinición de quién tiene el poder o dónde reside (lo que es absurdo en el marco de la globalización financiera y el capitalismo) sino en cómo afecta a los ciudadanos²⁴³.

Es imprescindible que el TJ entre de lleno a controlar la actuación de las Instituciones europeas en el marco de los mecanismos de financiación y rescate, y que altere su jurisprudencia sobre quiénes son los responsables de los memorándum de Entendimiento. Ahora se le presenta una buena opción para ello.

Observemos muy brevemente la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al TJ, el 14 de enero de 2014²⁴⁴, que recientemente ha contestado el Abogado General Pedro Cruz Villalón el 14 de enero de 2015²⁴⁵. Me remito a ellas porque estas cuestiones ponen en entredicho la decisión Pringle. Siguiendo los postulados del TJ, el TCFA ha entendido que la reciente OMT activada por el BCE, la adquisición de deuda pública de los Estados de la eurozona en los mercados secundarios bajo determinadas condiciones, sí supone ahora una invasión de la política económica de los Estados y la Unión europea. Y que como el propio TJ dispuso, si bien el artículo 123 TFUE no prohíbe que los Estados se financien mediante el MEDE, sí quedó claro que esta prohibición se hacía expresa respecto del BCE. El TCFA se pregunta si la decisión del BCE supondrá un acto «ultra vires», ya no sólo desde la perspectiva de la democracia constitucional interna, sino especialmente desde el punto de vista del Derecho europeo.

El Abogado General, aun tratando de salvar el programa del BCE, propondrá, en mi opinión, al TJ que se desvincule de la pasividad mostrada hasta ahora y sitúe la cuestión en sus estrictos términos. Concretamente el AG, en primer lugar, sitúa las cuestiones en la manera en que debería haberlo hecho el TJ en la sentencia anterior: nos enfrentamos a “situaciones de emergencia ante la posibilidad de que se produzca una desintegración de la zona euro”. Y eso es

243Cfr. P. ELEFTHERIADES, “Democracy in the Eurozone”, en W. G. RINGE y P. HUBER, (eds.), *Legal Challenges arising out of the Global Financial Crisis: Bail-outs, The Euro, and Regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

244BVerfG, 2 BvR 1390/12.

245Asunto C-62/14, OMT.

importante para dar el visto bueno o no a los programas, pero siempre desde la perspectiva de que la interpretación del TJ sobre los mecanismos de rescate debe situarse sobre lo excepcional. Tras elaborar una nueva interpretación, más laxa, sobre los límites de la política económica y monetaria, propone al TJ que reconozca la responsabilidad de la Comisión en el marco del MEDE. Es decir, señala la importancia de las Instituciones en el momento de la negociación y establecimiento de Memorándum. Considera, particularmente sobre el BCE pero también lo extiende a la Comisión de manera expresa, que las Instituciones no pueden ser al mismo tiempo “titular de un derecho de crédito basado en un título de deuda pública de un Estado y supervisor y negociador de un programa de asistencia financiera aplicado al mismo Estado”. Es decir, no se puede jugar al mismo tiempo como supervisor y como actor privado. Las Instituciones no pueden ser al tiempo juez y parte del programa OMT o del MEDE. De manera que el AG considera que las medidas del BCE sólo serán compatibles en el caso de autos, con el Derecho de la UE si éste sale de la Troika²⁴⁶.

En mi opinión el AG propone al TJ unos términos absolutamente necesarios para reconducir, por un lado, la crisis de deuda soberana, y por otro, no renunciar a la Unión de Derecho y la fiscalización de los actos de las Instituciones.

Quizás estos términos permitan al TJ devolver al sistema su apariencia de Derecho: reconocer el papel que juegan la Comisión y el BCE en la Troika, flexibilizar los términos de las competencias hacia una mayor solidaridad y declarar que, la rebaja efectuada en el control de comunitariedad de los actos de las Instituciones se ha debido a una situación de emergencia en la que impera el principio de cooperación leal entre Estados, tal y como hace el AG.

Eso sí sería jurisprudencia creativa y devolvería su razón de ser a la UE.

246 Me remito a los apartados 143-151 de las Conclusiones del AG, en éste último apartado señala: «En suma, y desde la perspectiva que se acaba de analizar, considero que el programa OMT debe ser considerado una medida de política monetaria, siempre y cuando el BCE se abstenga, llegado el caso, de aplicar dicho programa, de toda intervención directa en los programas de asistencia financiera acordados en el marco del MEDE/FEEF».

ATIVISMO JUDICIAL – PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

Paulo Gustavo Gonet Branco²⁴⁷

As referências ao que se tem designado como *ativismo judicial* refletem caso de de emprego de expressão dotada de força emocional, sem maiores cuidados, entretanto, com a definição dos seus elementos constitutivos. Está presente, aqui, o risco de tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, de transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor como verdade o que ainda não foi suficientemente estabelecido e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.

A falta de precisão no emprego do conceito de ativismo judicial surpreende situações curiosas e embaraçosas, em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou do interesse pessoal, tornam-se inimigos do fenômeno, o qual, antes como agora, não se rende à ótica míope com que examinado. Reproduz-se na realidade a fantasia do sugestivo conto de Borges, em que o protagonista, um imponderável finório, ao sabor das circunstâncias do auditório que o recebesse, “muitas vezes começava com defesa e acabava em confissão, sempre ao serviço das inclinações do público”.²⁴⁸

Não se julgue, porém, que a vagueza da expressão “ativismo judicial” leve a ocorrências como essa apenas no Brasil.

Mesmo no país em que cunhada pela primeira vez, a expressão *ativismo judicial* padece de indeterminação semântica geradora de confusões doutrinárias. Bradley Canon, em artigo dedicado à busca das características concretas de uma *decisão ativista*, inicia o seu texto, reclamando justamente da

²⁴⁷ Doutor em Direito, Professor e Coordenador do Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público. O texto está decotado de outro publicado pelo autor em André Fellet *et alii* (orgs.) **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

²⁴⁸ “O incrível impostor Tom Castro” em História Universal da Infância. Porto Alegre, Globo, 1986.

difusão por comentaristas de concepções disparatadas e desarticuladas do fenômeno, capazes de retirar seriedade ao termo e de deixar os que desejem entender a discussão desamparados, numa “babel desconexa”.²⁴⁹

A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a *Fortune*, “entre propagandas de whisky e Aqua Velva”.²⁵⁰ O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947²⁵¹. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade.

Em cinco páginas, o autor separava os juízes em dois grupos diferenciados pelos rótulos de “ativistas judiciais” e de “campeões da auto-contenção” (*self-restraint*). A nenhuma dessas etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual ou metodológica. Não havia explicação por que, por exemplo, Hugo Black e William Douglas haviam recebido o carimbo de ativistas, senão, no que é interpretado como um impulso de rivalidade universitária. Schlesinger, de Harvard, atribuiu a Black laços com o “cinismo sobre um Judiciário objetivo, particularmente dominante na Escola de Direito de Yale”.²⁵²

Nascido, assim, com essas marcas de superficialidade, a expressão “ativismo judicial” estava mesmo vocacionada à equivocidade e à trivialidade de método no seu emprego. A expressão, não obstante – e talvez por isso mesmo –, ganhou enorme público e vários adeptos de seu uso, chegando, mais proximamente, também ao vocabulário dos juristas brasileiros, ainda que impregnada dos mesmos vícios de origem.

²⁴⁹ Bradley Canon. “Judicial Activism”. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983, p. 239.

²⁵⁰ Craig Green. “Anintellectual history of judicial activism”. *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, p. 1201. Nesse artigo encontram-se as informações e resenha do texto de Schlesinger citado no parágrafo e no seguinte.

²⁵¹ O artigo foi publicado em janeiro do mesmo ano.

²⁵² cf. Green, ob. cit., p. 1203.

Nos Estados Unidos, a expressão reproduz-se em inúmeros ensaios técnicos.²⁵³ Conquanto assimile, com maior frequência, uma conotação negativa, por vezes é encarada de modo favorável, em especial quando contraposta a outra expressão igualmente forte no seu débito ideológico, o *passivismo judicial*.

Assim, por exemplo, Michael Perry defende o ativismo como meio para que os tribunais forneçam respostas moralmente corretas a questões políticas e axiológicas fundamentais, rejeitando o que denomina de ceticismo moral.²⁵⁴

Já Dworkin, apesar de repreender o passivismo – doutrina que admitiria, “como questão de justiça, que os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas” –, sustenta não ser tampouco o caso de se adotar um ativismo que se expresse por meio de um pragmatismo jurídico virulento, que despreze “o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer outra prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por meio de um *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la”.²⁵⁵

Há também os que sustentam que todo o discurso sobre a atividade judicial é ativista, dizendo que “mesmo aqueles que aconselham a contenção [na jurisdição constitucional] agem em atendimento a uma agenda política”.²⁵⁶ Acrescentam que, na vida real, “nós precisamos da arma do ativismo judicial até para proteger os membros das minorias discretas e insulares da tirania da maioria”.²⁵⁷ Lançam dúvida sobre a efetividade do princípio majoritário,

²⁵³ A propósito: Keenan Kmiec. “The Origin and current meaning of *judicial activism*”. *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1442, em que se computam o uso da expressão em 3.815 artigos de revistas jurídicas americanas, durante os anos 90, e em 1.817 artigos, entre 2000 e 2004.

²⁵⁴ Michael Perry, “Judicial Activism”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor *The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the Judiciary*. New Haven, Yale University Press, 1982.

²⁵⁵ Ronald Dworkin. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

²⁵⁶ Peter Irons. “Making law: the case for judicial activism”. *Valparaiso University Law Review* vol. 24, 1989-1990, p. 35.

²⁵⁷ id., p. 38. A referência a minorias discretas e insulares alude a uma nota de rodapé (n. 4) no caso *United States v. Carolene Products Co* (304 U.S. 144, de 1938), em que se lançou o *ethos*

tachando de mito a ideia de que o processo de elaboração de lei reflita “a tradução da vontade da maioria nas políticas públicas deliberadas pelos órgãos legislativos representativos”,²⁵⁸ máxime quando “o documento que nos é proposto à reverência [a Constituição] é explicitamente baseado em princípios antimajoritários”; nesse sentido, “o ativismo judicial se [mostraria] um antídoto essencial contra algumas das toxinas que envenenam o sistema [político]”.²⁵⁹ Nessa vertente, Peter Irons não hesita em defender o ativismo judicial, porque, “na medida em que os corpos legislativos, em todos os níveis de governo, não são efetivamente representativos na sua composição, são não-democráticos na operação e são descompromissados com direitos básicos, o ataque ao ativismo judicial, baseado em presunções dogmáticas do mito das maiorias, fica serialmente enfraquecido”.²⁶⁰

Além de encontrar opositores e partidários, o ativismo também é capaz de servir aos mais diferentes pontos do mais nuançado calidoscópico político, o que igualmente conspira para as visões desencontradas que atrai.

Passou-se a chamar de ativista, a propósito, a fase politicamente conservadora da jurisprudência da Suprema Corte americana formada a partir do julgamento do caso *Lochner v. Nova York*.²⁶¹ No precedente, foi invalidada lei do Estado de Nova York, que fixava jornada máxima de trabalho para os padeiros, vista como intromissão imprópria do Estado no livre encontro de vontades de sujeitos autônomos. A lei foi entendida como contrária à cláusula do devido processo legal. Nessas bases, vários outros diplomas normativos de cunho social, orientados à proteção do trabalhador, foram golpeados pelo Tribunal, até que, em 1937²⁶², a Corte, premida pela adesão geral da sociedade americana à política intervencionista do *New Deal*, finalmente mudou de posição e abandonou a proposição de que a Constituição asseguraria uma liberdade contra toda a

da nova política de auto-contenção da Suprema Corte, sob o entendimento de que a jurisdição constitucional deve-se voltar primacialmente para resguardar as minorias com menor poder de defesa dos seus interesses e valores no jogo político habitual.

²⁵⁸ id., p. 38.

²⁵⁹ id. p. 39.

²⁶⁰ id. p. 41.

²⁶¹ 198 U.S. 45 (1905).

²⁶² Caso *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937). Nesse caso, a Corte voltou olhos para a situação dos trabalhadores, em posição de inferioridade em termos de poder de barganha e assim sem defesas contra a denegação de um salário-mínimo.

regulação, cerne de uma turgesciente doutrina de *laissez-faire*, que se dava por superada.²⁶³

De cunho conservador foi também a decisão que anulou legislação que bania a escravidão nos Estados do Norte, deliberação apontada como um dos fatores deflagradores da Guerra Civil americana. O caso Dred Scott²⁶⁴ representa, hoje, “o pior caso imaginável de ativismo judicial e talvez o único em que todos concordam em criticar”²⁶⁵

Há ativismo, por outro lado, com inspiração liberal. A decisão que pôs fim ao regime de segregação racial é tida como pertencente a esse contexto.²⁶⁶ Da mesma forma, filia-se a essa família de casos a jurisprudência favorável a direitos civis, que veio a se consolidar sob a presidência do juiz Warren (1953-1969) e do juiz Burger (1969-1973). A esse tempo, descobriu-se, por exemplo, o direito à privacidade, “na penumbra da Constituição”.²⁶⁷

Aponta-se ativismo no julgamento²⁶⁸ que interferiu decisivamente nas eleições presidenciais americanas, disputadas por Bush e Gore – desta vez numa guinada conservadora.

O ativismo pode ser de esquerda ou de direita, portanto, sendo a crítica que o aborrece não raro proveniente da parte preterida nos seus interesses.

O fato é que se o debate sobre decisões mais relevantes da Suprema Corte vale-se do forte apelo do termo *ativismo*, sem lhe definir contudo, na maior parte das vezes, os lineamentos essenciais.²⁶⁹

Tudo isso contribui para que uma parte da doutrina americana desdenhe do conceito, tomando-o como “pouco mais do que uma maneira abreviada de,

²⁶³ Entre tantos estudos sobre o caso, veja-se, exemplificativamente, de Cass Sunstein “Lochnering”. *Texas Law Review*, vol. 82, 2003-2004, pp. 65 e ss.

²⁶⁴ Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)

²⁶⁵ Green, ob. cit., p. 1214.

²⁶⁶ caso Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954).

²⁶⁷ caso Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).

²⁶⁸ Bush v. Gore 531 U.S. 98 (2000).

²⁶⁹ A propósito a representativa enumeração de autores, feita por Craig Green (ob. cit., p. 1198), que se referem ao ativismo como argumento central de suas críticas, sem se ocupar, no entanto, de caracterizar em que o fenômeno consiste.

com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda”, um “termo irremissivelmente banal”.²⁷⁰

Como quer que seja, costuma-se usar o termo *ativismo* em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para o aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas.

O oposto do ativismo é a auto-contenção, que, de seu turno, é, às vezes, associada a uma postura de deferência servil aos poderes políticos, numa timidez produtora de resultados infaustos.

Na Europa, os juízes sofreram severo desprestígio por não terem arrostado as leis injustas do entre-guerras, levando ao descrédito que culminou no depósito das novas expectativas nas cortes constitucionais.²⁷¹ Da mesma forma, a auto-contenção em que submergiu a Corte Constitucional húngara a partir de 1998 produz nostalgia nos que se entusiasmaram com a década anterior de ativismo em prol de direitos sociais e individuais. A Corte de Budapeste, então, conferira conteúdo material à recém-redescoberta democracia, dando ensejo a que se falasse em uma “democracia por meio do Judiciário”.²⁷²

Analista privilegiado do constitucionalismo na América Latina, Peter Häberle acolhe o ativismo, não hesitando em declarar:

Como observador participante, estou contente que os tribunais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais poderes a atuar (...). O sistema republicano não se vê debilitado por um ativismo jurídico senão que fortalecido²⁷³

Em outra entrevista, Häberle já sustentara que o “reforço cauteloso do poder jurídico-constitucional deve ser saudado”.²⁷⁴

²⁷⁰ Expressões, respectivamente de Kermit Roosevelt III e de Randy Barnett, compendiadas por Green, ob. cit., p. 198.

²⁷¹ Mary L. Volcansek. “Judicial Activism in Italy”. Judicial activism in comparative perspective. K. Holland (ed). Hong Kong, Macmillan, 1991, p. 117.

²⁷² Kim Lane Scheppele. “Democracy by Judiciary (or why courts can sometimes be more democratic than parliaments)”. Conferência em simpósio sobre cortes constitucionais na Universidade Washington em 1 a 3 de novembro de 2001. O texto foi acessado em 18 de fevereiro de 2008 no sítio da internet <http://law.wustl.edu/higls/index.asp?id=1786>.

²⁷³ Entrevista de Peter Häberle a Raúl Gustavo Ferreyra, em 21 de abril de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, mimeo.

²⁷⁴ Entrevista ao Valor Econômico, de 21.11.2008.

Não convém subestimar essas considerações, inclusive sobre o comportamento oposto ao do ativismo, quando se passa a avaliá-lo, tudo confluindo, sem dúvida, para a necessidade primeira de se tentar assimilar os seus traços conceituais.

- O ativismo e o Brasil

Também entre nós, há uma pré-compreensão de que ativismo judicial tem a ver com desenho de separação dos poderes e com exercício de atribuições do Judiciário que parecem destoar de algum esquema de divisão de tarefas.

Em obra densa e a merecer a atenção dos estudos seriamente fundamentados, Elival da Silva Ramos toma o ativismo judicial como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.²⁷⁵ Vê o ativismo como algo negativo, não lhe recusando a qualificação de “insidioso descaminho”²⁷⁶, reiterando esse caráter nessa outra passagem, em que esclarece o seu ponto de vista: “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa”, dizendo tratar-se da “descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.²⁷⁷

Tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.

²⁷⁵ Elival da Silva Ramos. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

²⁷⁶ Id., p. 313

²⁷⁷ id., pp. 116-117.

Esse entrechoque de visões valorativas se prova pela comparação da censura que Elival da Silva Ramos desfere ao ativismo com a defesa da postura feita pelo decano do Supremo Tribunal Federal.

No discurso com que saudou a ascensão do Ministro Gilmar Mendes à Presidência do STF, o Ministro Celso de Mello defendeu expressamente “o ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte”, como imposição incontornável da “necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República”, como, portanto, uma “necessidade institucional”, quando a inércia do Poder Público “desrespeita a Constituição e ofende direitos que nela se fundam”. Na revista *Anuário do Judiciário* de 2010, o mesmo Ministro sustentou que “o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função”.²⁷⁸

Vale o reparo de que as críticas que se fazem a decisões do STF como ativistas, como destoantes do princípio da separação de poderes, carecem tantas vezes de uma exposição clara do parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa do seu domínio próprio. Não basta, certamente, simplesmente fazer apelo a um genérico princípio de separação de poderes. Não é viável pretender conter o exercício da jurisdição constitucional, por exemplo, em nome de um modelo ideal – tantas vezes convenientemente não explicitado – de separação de poderes e reduzir esse princípio a mais uma frase-curinga, uma nomenclatura que serve para reforçar, com a sua imprecisão, qualquer conteúdo que se queira atribuir à expressão “ativismo”. Dizer que é ativista uma decisão que destoa do esperado num sistema com separação de poderes é o mesmo que apenas iniciar o exame do problema, já que se requer o passo seguinte, nem sempre dado, de se definir o sistema de separação de poderes de que se está cogitando.

Desse modo, nem toda a decisão que encurta poderes antes supostos como próprios do Legislativo merecerá crítica. Tampouco pode ser reprovada qualquer decisão que envolva opções valorativas, aparentemente da alçada dos poderes

²⁷⁸ *Anuário da Justiça* de 2010. Consultor Jurídico, 2010, p. 77.

políticos representativos. O critério de valoração dessas decisões não pode ser uma concepção abstrata do que devam ser, em filosofia política, as funções do Judiciário e do Legislativo, mas deve estar informado pelo traçado de competências que o povo soberano fixou para cada um desses Poderes na Constituição concreta que editou. Assim, o que seria uma invasão do Judiciário ao Legislativo em algum outro país pode não ser no Brasil, dada a ordem de competências dessas esferas de Poder delineadas pelo constituinte pátrio.

Se sob uma Constituição sintética pode incomodar que a Suprema Corte supere decisões políticas dos demais poderes, a sensação de anomalia será atenuada num Estado regido por uma Constituição analítica, que limite mais rigorosamente as opções políticas abertas ao jogo das forças partidárias ordinárias mediante a imposição, à esfera pública, de valores enumerados de modo mais amiadado.

Num país como o nosso, em que a ordem constitucional confia à Suprema Corte a guarda e o patrocínio de princípios dedutíveis das normas jusfundamentais, não se pode ter como estranho ao desenho de repartição de poderes que a Suprema Corte contraste opções políticas com o conteúdo mínimo de valores morais positivados constitucionalmente. Aprecie-se ou não a integração ao texto constitucional de pautas axiológicas, quando isso ocorre, os valores morais penetram o âmbito do jurídico e passam a compor o domínio das atribuições jurisdicionais do Tribunal.

Numa ordem constitucional como a nossa – vale o mesmo raciocínio –, em que se atribui ao STF o poder de editar súmulas vinculantes, não se há de ter como ativista o desempenho da função quase-normativa que é ínsita ao exercício dessa competência. Tampouco se há de criticar a frequência com que o Supremo fiscaliza leis e até emendas à Constituição num sistema de grande abertura à proposição de ações diretas de inconstitucionalidade, e que ainda incorpora instrumentos complementares de controle abstrato – como a arguição de descumprimento de preceito fundamental e os mecanismos de controle de omissões –, manifestando claro propósito alargador da atuação do Supremo nesse setor.

É natural que as questões de inconstitucionalidade sejam mais frequentes onde há controle abstrato. É da própria lógica desse sistema que regras de bom

aviso aplicáveis a juízo de constitucionalidade formulados na jurisdição ordinária sejam incompatíveis com a natureza e finalidade da jurisdição que se desenvolve em tese. Se é aceitável que se recomende aos protagonistas do controle difuso que deixem de declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando isso não for indispensável para resolver uma pendência concreta – recomendando-se, então, por exemplo, o recurso à técnica da interpretação conforme a Constituição –, a mesma diretriz não tem sentido no âmbito da jurisdição abstrata, que, por definição, prescinde de caso concreto e que se dirige precipuamente a preservar a higidez do sistema constitucional, em benefício da segurança jurídica. Por isso, é de se esperar que nessa jurisdição se proceda ao confronto da lei com todas as hipóteses imagináveis de inconstitucionalidade.²⁷⁹ Se o Tribunal se torna necessariamente mais ativo nessas circunstâncias, não será exato atribuir-lhe comportamento *ativista* no sentido recriminador do termo.

A própria teoria dominante dos direitos fundamentais entre nós é propícia à atuação mais desinibida da Corte.

Se os direitos fundamentais vinculam e dirigem as ações do Poder Judiciário, cuja proteção lhe define a razão de ser, não deve surpreender que, para assegurar a plena vigência desses direitos, o Tribunal, provocado por instrumentos criados pela Constituição, exerça, por exemplo, jurisdição superadora da omissão de outros poderes. Se a inação dos outros poderes é reprovável por frustrar um direito constitucional que lhes cabia viabilizar, e se incumbe ao STF proteger esses mesmos direitos, não será destoante da sua missão encontrar soluções, inspiradas na analogia até, que lhes assegurem a eficácia devida. Nesse sentido, não é de ser censurada a tendência da Corte de estender medidas disciplinadoras da greve do setor privado ao setor público – obvia-se, assim, que o Legislativo subordine todo o direito fundamental de greve do servidor público ao seu alvedrio.²⁸⁰

²⁷⁹ Daí ter dito o Supremo Tribunal Federal, no MS 24.875, DJ 6.10.2006, que “ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guarda da Constituição” – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR, 8.5.97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 05.08.2004, Pertence, DJ 05.08.2004; RE 102.553, 21.8.86, Rezek, DJ 13.02.87).

²⁸⁰ A propósito, o MI 721, DJ 30.11.2007.

De seu turno, a prestigiosa doutrina da eficácia mínima dos direitos fundamentais anima também uma ação do Judiciário em setor de ação indevidamente relegado pelos poderes políticos. Essa doutrina confere sentido prático ao dogma do constitucionalismo atual de que não há na Constituição disposições despidas de eficácia jurídica, ao menos num grau mínimo – medida em que esses direitos, mesmo que, em princípio, dependentes de densificação por parte dos poderes políticos, podem ser exigidos em juízo, configurando, de imediato, direitos subjetivos.²⁸¹ Ao dispor sobre problemas dessa ordem, novamente não se poderá dizer que o Judiciário opera em área que a consciência jurídica gerada por uma Constituição materializada repele.

A análise do papel da Corte não pode prescindir do tipo de Constituição que lhe compete concretizar. Assim, numa Constituição que assume valores políticos e morais como princípios jurídicos não há falar em ativismo reprovável

²⁸¹ Nesse sentido, as decisões do STF sobre direito de creche a ser necessariamente satisfeito pelos poderes públicos, mesmo que por imposição judicial. Assim, por exemplo, o RE 461.143 AgR, DJe 19-02-2010, rel. a Ministra Ellen Gracie:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.

Da mesma sorte, no que tange a prestações relacionadas com direito à saúde:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, DJe-076 30-04-2010)

E ainda:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.

(AI 734487 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20-08-2010)

quando o Tribunal não se atém a um mero papel de *legislador negativo*. Integra o papel da Suprema Corte efetuar um balanço, à vista de circunstâncias relevantes, entre princípios constitucionais dotados de mesma hierarquia normativa máxima, a fim de, por exemplo, admitir que o princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional ceda, na medida do indispensável, a outros valores constitucionais de maior peso na situação, permitindo, desse modo, que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam modulados no tempo. Trata-se, afinal, de providência que resulta da índole do sistema de controle adotado pelo constituinte e da própria compreensão do valor dos princípios constitucionais na ordem vigente. Não se enxerga, aí, ativismo condenável.

Como se vê, se é ativismo que o Judiciário interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior *status*, àquela que elaborou a Constituição. O Tribunal exerce, assim, função que se justifica no Estado democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição. Não há, só por essas ações, que rotulá-las, pejorativamente, de ativistas.

Por outro lado, não será pela remissão a alguma das variadas teorias de interpretação da Constituição que se obterá parâmetro seguro para a crítica de decisões. Repare-se que princípios constitucionais, tidos como regentes da hermenêutica constitucional, como o da máxima efetividade das normas constitucionais, prestam-se tantas vezes a justificar decisões judiciais que aparentam tangenciar o domínio do político. Mesmo cânones da interpretação, como os métodos literal, sistemático, histórico e teleológico, podem conduzir a soluções não necessariamente coincidentes. Além disso, não está assentado na comunidade jurídica – brasileira ao menos – o primado de um dos métodos sobre

o outro, não se podendo deduzir uma hierarquia entre eles a partir de uma super-norma, consubstanciadora do metro preciso de aferição de legitimidade das decisões constitucionais. “A insubsistência dos métodos de interpretação decorre da inexistência de uma *meta-regra* ordenadora da aplicação, em cada caso, de cada uma delas”, como explica Eros Grau.²⁸² Se é evidente que “o sentido literal delimita a interpretação *possível* de uma disposição (...), o peso de cada um dos critérios [de interpretação] depende, não em último lugar, do modo como se apresentam no caso concreto”.²⁸³

Isso não significa que não haja algum padrão mínimo de cotejo das decisões judiciais. Aqui cabe, desde logo, a ressalva de que ativismo judicial não se confunde com decisão materialmente incorreta. O erro da decisão deve ser tratado como tal, não sendo o caso de minorar-lhe a ácida realidade mediante o emprego da expressão *ativismo judicial*, que, aí sim, soaria eufemística. Não é de deliberação errada que se cuida quando se fala em ativismo.

Firme essa premissa, é possível idear caso de decisão judicial materialmente não-incorreta, que, entretanto, peca por não caber ser tomada pelo juiz constitucional. Aí, sim, seria cogitável falar em decisão impropriamente ativista. Essa possibilidade existe, considerando-se que, na interpretação/aplicação das normas constitucionais, é concebível que, ao lado de resultados discursivamente necessários e discursivamente impossíveis, também se apresentem resultados discursivamente possíveis.²⁸⁴

É nesses casos de soluções diversas discursivamente possíveis que a jurisdição encontra o seu limite, na medida em que a prioridade na interpretação deve ser, então, acordada ao órgão com legitimidade democrático-representativa.

²⁸² Eros Roberto Grau. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99.

²⁸³ Karl Larenz. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 488. Assim também, entre nós, em lição que focada no Direito Tributário é válida para os demais ramos jurídicos, a posição de Ricardo Lobo Torres. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio, Renovar, 1997, pp. 130-131. Após abonar a opinião de que “gramática, sistema e história são apenas meios para alcançar a finalidade da lei”, conclui que “inexiste a prevalência de um único método. O que se observa é a pluralidade e a equivalência, sendo os métodos aplicados de acordo com o caso e com os valores ínsitos na norma; ora se recorre ao método sistemático, ora ao teleológico, ora ao histórico (...)”

²⁸⁴ Nesse sentido, Mathias Klatt. “Taking rights seriously. A structural analysis of judicial discretion”. Ratio Juris. vol. 20, n. 4, dezembro de 2007, p. 513

Trata-se de um cenário que é explorado por Robert Alexy, ao falar nas margens de discricionariedade que devem ser reconhecidas ao legislador.

Em outra ocasião, tratei dessa teoria, que, por sua cuidadosa concepção, mostra-se persuasiva no que expõe e propõe como limite da interpretação/aplicação de normas constitucionais no controle jurisdicional de atos do legislativo. Procurei exprimir que:

Pode ocorrer de duas interpretações serem igualmente possíveis e plausíveis para um direito fundamental [ou qualquer outro princípio constitucional], resultando em consequências diversas. Isso resultaria numa “insegurança para levar a cabo a ponderação”, sob o pressuposto de uma “insegurança normativa”. Nessa hipótese, “estima-se impossível reconhecer qual das possibilidades [de compreensão do direito fundamental] é a que pode ser melhor fundamentada”. Estaria caracterizada, nesse quadro, uma *margem de ação epistêmica* (ou cognitiva) de tipo *normativo* em favor do legislador. Reconhecer essa margem de ação epistêmica para o legislador significa, segundo explica Alexy, “reconhecer-lhe a competência para determinar dentro de um certo contorno (exatamente o contorno da margem de ação cognitiva) o que está ordenado e proibido e o que é facultado, de acordo com os direitos fundamentais”. O julgador não poderia, em caso assim, deixar de aderir à ponderação levada a efeito pelo legislador, quando ditou a intervenção ou se omitiu em realizá-la. Estaria configurada uma margem de liberdade do legislador, indene à crítica judiciária, por força dos princípios formais da democracia representativa e da separação dos poderes. Alexy alude, aqui, à relevância do que denomina de *princípio procedimental*, o qual “impõe que o legislador democraticamente legitimado seja, na maior medida possível, quem toma as decisões importantes para a comunidade”.

Pode, de outro lado, variar o grau de certeza dos efeitos concretos que a prevalência de um princípio produzirá no outro colidente. Pode não haver confiança bastante sobre a procedência da razão material, no que toca aos seus aspectos empíricos, para a intervenção. Quando não se tem segurança sobre os fatos relevantes para se firmar convicção sobre a adequação e a necessidade da medida, fala-se em uma “margem de ação com respeito ao conhecimento de fatos relevantes, quer dizer, uma margem de ação epistêmica de tipo empírico”. Igualmente aqui, o

legislador goza de liberdade de escolha entre ações cabíveis, excluída da crítica judiciária por força do princípio procedimental.²⁸⁵

Quando atua dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação de poderes e das exigências da democracia representativa num Estado democrático de Direito, desmerecer as opções feitas pelos poderes políticos representativos. Se o faz, a decisão pode ser materialmente comportável na Constituição, mas se desmerecerá por invadir espaço próprio de outros poderes. Tem-se, dessa forma, um marco menos impreciso de classificação de decisões como indevidamente “ativistas”. Decerto que também será assim criticada a decisão que supra uma inação do Poder Legislativo que não configure uma omissão censurável, mas que responda a uma apreciação de oportunidade confiada pelo constituinte ao legislador.

Como se nota, se ainda não se tem, mesmo com esse esforço, um critério absoluto e indefectível para se assinalar uma decisão como impropriamente ativista – afinal a descoberta das zonas de ação cobertas pela margem de discricionariedade do legislador também depende de esforço argumentativo –, ao menos se pode contar com um paradigma metodologicamente mais apurado, que, por si, já afasta do domínio da censura de ativistas muitas das decisões que, sob uma perspectiva desatada de concepção minimamente consistente do que seja o fenômeno, são assim acoimadas.

²⁸⁵ Paulo G. Gonet Branco. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 183-184.