

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 8, n. 8, 1º/2º sem. 2009



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR GERAL DO ESTADO
Rodrigo Rabello Vieira

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Adriano Frisso Rabelo

MEMBROS

Adriano Frisso Rabelo
Anderson Sant'Ana Pedra
Bruno Colodetti
Cláudio Penedo Madureira
Horácio Augusto Mendes de Sousa
Rafael Induzzi Drews

EQUIPE TÉCNICA:
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Thalita Dias

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Rita Diascanio
Projeto gráfico: Contemporânea
Capa: Lunici Curry
Editoração: Bios
Impressão: GSA

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2009. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

1. Direito – Periódicos. I. Procuradoria Geral do Estado
do Espírito Santo.

CDD: 340

Tiragem: 1.500 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Centro de Estudos/Biblioteca

Av. Governador Bley, 236, 7º andar – Centro
29.010-150 Vitória – ES
Fone: (27) 3380-3032
Home page: www.pge.es.gov.br

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, às orientações oficiais da Procuradoria Geral do Estado.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Paulo César Hartung Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Adriano Frisso Rabelo

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial	11
1 DOCTRINA	
1.1 O paradigma do resultado	15
<i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	
1.2 A desapropriação e o princípio da proporcionalidade.....	33
<i>José dos Santos Carvalho Filho</i>	
1.3 O controle das licitações como instrumento de combate à corrupção	61
<i>Edgar Guimarães</i>	
1.4 O STF e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	75
<i>Walber de Moura Agra</i> <i>Isabela Lessa Ribeiro</i>	
1.5 Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais	95
<i>Flávio de Araújo Willeman</i>	
1.6 Interpretação neoconstitucional das concessões públicas: estudo de caso no Espírito Santo	129
<i>Antônio Júlio Castiglioni Neto</i>	
1.7 A alienação antecipada de bens no processo penal e o estado-vítima	173
<i>Grécio Nogueira Grégio</i>	
1.8 Algumas reflexões concretas sobre o regime jurídico das fundações instituídas pelo Estado	203
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.9 O regime jurídico dos serviços públicos de saúde e a participação da iniciativa privada	243
<i>Leandro Mello Ferreira</i>	
1.10 Repercussões para o fisco estadual dos efeitos prospectivos das decisões que reconhecem inconstitucionalidade de norma tributária pelo Supremo Tribunal Federal	277
<i>Marcelo Martins Altoé</i>	
1.11 A incidência do ICMS sobre o valor da assinatura mensal cobrada nos serviços de telecomunicação	299
<i>Pedro Sobrino Porto Virgolino</i>	
1.12 Algumas anotações sobre o direito constitucional de propriedade.....	323
<i>Rodrigo Cardoso Freitas</i>	

2 PARECERES

- 2.1 Pagamento de RPV e considerações acerca do
valor total da execução 371
Anderson Sant'ana Pedra
- 2.2 Análise de constitucionalidade de minuta de projeto de lei
que autoriza o Estado do Espírito Santo a adquirir
microcomputadores destinados aos profissionais efetivos do
magistério da rede estadual de ensino 383
Bruno Colodetti
- 2.3 Competência constitucional do Estado para legislar
sobre licitação e contrato administrativo 397
Emerson Luiz Faé
- 2.4 Controle de constitucionalidade estadual: modulação
de efeitos e efeito substitutivo do recurso extraordinário 415
Rafael Induzzi Drews

ANEXO

- Normas para Publicação 439

APRESENTAÇÃO

É prestigioso e desvanecedor apresentar ao mundo jurídico, em seu oitavo volume, a Revista da Procuradoria Geral do Estado, prenunciada pela honrosa Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, que muito nos enriquece com suas iniciativas preciosas voltadas para o aprimoramento do nosso intelecto.

Trata-se de uma obra rica e atual, fruto da reunião de trabalhos científicos, cuja abordagem envolve os mais diversos temas relacionados ao direito público, desenvolvidos pelos nossos ilustres Procuradores do Estado, bem como por demais nobres operadores do direito.

Pautando-se pela máxima objetividade possível, o desenvolvimento deste trabalho nos propõe o desafio de manter acesa a dialética jurídica, que preside o amadurecimento de todo o debate científico, com o fito de conceber um direito comum a todos, juristas e não-juristas, como pregou Mireille Delmas-Marty na obra “Por um direito comum”.

Nesta perspectiva de harmonização, reunimos neste oitavo volume da Revista da PGE assuntos de, indubitavelmente, grande contribuição para o cenário jurídico nacional, conjugando, para tanto, a crescente especialização das regras jurídicas com o acesso ao direito por toda sociedade, embasado num juízo argumentativo de modo compreensível, com o intento de permitir a difusão mais extensiva da profundidade do pensamento, sem, contudo, perder sua essência.

Bem por isso, o resultado desta obra, que o caro leitor tem em mãos, não poderia ter sido mais auspicioso e enaltecedor.

Para nossa felicidade, a Procuradoria Geral deste Estado, a que muito me orgulha por fazer parte dela, sempre teve como postulado primordial o aprimoramento científico não apenas de seus profissionais, mas também de todos aqueles que se propõem a mergulhar neste oceano de conhecimento jurídico. A comprovação disso é, justamente, o lançamento de mais um volume da Revista da PGE, marcada com a presença de reno-

mados autores, dentre eles Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José dos Santos Carvalho Filho.

Por essa razão, não posso deixar de destacar a importância fundamental do Centro de Estudos e Informações Jurídicas e da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo nesta brilhante tarefa de proporcionar a todos o alcance de mais um periódico de excelentíssima qualidade e primazia.

Espera-se, com este trabalho, colaborar para o amadurecimento dos assuntos desenvolvidos, na certeza de contribuir, efetivamente, com o aprimoramento do saber.

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

Quando assumi a chefia do Centro de Estudos e Informações Jurídicas da PGE (CEI), o sétimo volume de nossa Revista já estava no prelo, sob a condução do Dr. Rodrigo Marques de Abreu Júdice. Lançado aquele volume, com pompa e circunstância, partimos para a preparação do oitavo volume.

Pensando nos objetivos da revista, me veio à mente que as publicações, de forma geral, devem ser um veículo de transmitir idéias. Afinal, o conhecimento não é uma mera prerrogativa individual, relacionada apenas com seu sujeito. Antes, ele existe para ser compartilhado, apresentado aos que estão à nossa volta, aberto para todos.

Em nosso caso específico, a meta da revista é divulgar temas de direito público, compartilhar pensamentos que apresentem relevância jurídica para o ente público do Estado do Espírito Santo.

Para melhor atingir tal desiderato, nada melhor do que o trabalho em equipe. Agradeço, desde logo, aos ilustres Procuradores do Estado Anderson Sant'anna Pedra e Horacio Augusto Mendes de Souza, coordenadores acadêmico e administrativo da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, os quais toparam, de pleno, a missão - e sem eles a RPGE não teria sua edição preparada no nível que foi.

Importante destacar, ademais, a participação dos Drs. Rafael Induzzi Drews, Bruno Collodeti e Cláudio Madureira, também membros da comissão editorial, na seleção do material a ser publicado.

Neste volume, optamos em restringir o material publicado a artigos e pareceres, tendo em vista que o Boletim de Jurisprudência do CEI foi reformulado e tem transmitido com presteza e amplitude outras informações jurídicas.

Quanto aos artigos, cumpre ressaltar o trabalho do Mestre José dos Santos Carvalho Filho, em seu artigo "A Desapropriação e o Princípio da Proporcionalidade", que descortinou novos horizontes acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade no processo expropriatório.

Por sua vez, o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em seu artigo “Paradigma do Resultado”, traz auspiciosa contribuição no aprofundamento do controle de políticas públicas, nele compreendida a da eficiência e a da economicidade de sua formulação, de sua execução e, sobretudo, da legitimidade de seus resultados.

O Mestre Walber de Moura Agra, no instigante trabalho intitulado “STF e a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”, disserta sobre a eficácia a ser atribuída aos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal.

O tema desenvolvido pelo Mestre e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Flavio de Araujo Willerman, intitulado “Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias por Precatórios Judiciais”, traz importantes balizamentos no exato momento em que o Estado do Espírito Santo vem tentando diminuir a litigiosidade e aperfeiçoar o cumprimento de obrigações decorrentes de decisões judiciais.

O artigo enviado por Edgard Guimarães, “O Controle das Licitações como Instrumento de Combate à Corrupção” fala da necessidade de uma cultura participativa de controle e da utilização de instrumentos de participação popular concretos e efetivos no processo de fiscalização, tema este que tem se mostrado tão caro à nossa nação.

Agradeço, por fim, aos demais artigos e pareceres enviados, todos muito inspiradores e inovadores, amplamente merecedores de publicação.

Sobre a importância da RPGE, vale lembrar também que um dos critérios que definem a promoção de Procuradores do Estado do Espírito Santo é a divulgação de artigos jurídicos, sendo a revista o instrumento adequado para tanto.

Com esta publicação, espero prosseguir na luta contra o marasmo acadêmico frequentemente encontrado em tantos órgãos públicos. Felizmente, não na nossa PGE.

Adriano Frisso Rabelo

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS



1

DOCTRINA

1.1

O PARADIGMA DO RESULTADO

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO*

SUMÁRIO: 1 Planejamento, programação e orçamentação como o devido processo constitucional de formulação de políticas públicas. 2 Resultados, democracia e economia. 3 Resultados, racionalização das atividades de governo e neoconstitucionalismo. 4 A administração de resultado. 5 O resultado administrativo. 6 Com o conceito de juridicidade do resultado, amplia-se o espectro do controle. 7 As sociedades de risco e o benefício do controle ampliado aos resultados.

1 Planejamento, programação e orçamentação como o devido processo constitucional de formulação de políticas públicas

Não há superioridade da Administração em face dos administrados pelo fato de lhe serem atribuídos interesses públicos à sua cura, pois a sua gestão é instrumental para a efetivação dos *direitos fundamentais*, de modo que, em última análise, são esses os que gozam de incontestável superioridade constitucional.

Ninguém mais autorizado do que EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA para criticar a suposta superioridade dos *interesses gerais* afetos à Administração, como o diz em seu mais recente livro:

“La subjetivización definitiva de la justicia administrativa, que ha roto el mito histórico de su supuesta objetividad, tras del cual se enmascaraba una superioridad formal de la Administración sobre el ciudadano, considerado aún como súbdito, que debía ceder ante la supuesta superioridad de los “intereses generales” gestionados por la Administración, es ya una

* Bacharelado e Doutorado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Especialização pós-doutoral em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor titular da cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes – UCAM, do Rio de Janeiro. Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Professor-conferencista, destacadamente, na American University, Georgetown University e European Center of Public Law.

ganancia definitiva – y por ello definitivamente irrenunciable – de nuestro tiempo.”¹

Para identificar que interesses concretos se inscrevem entre os *interesses gerais*, de modo a atender ao direito subjetivo dos cidadãos a uma *boa administração*, faz-se necessário que o ordenamento jurídico defina processos políticos para precisá-los. A Constituição, desde logo, prevê três níveis para a realização das opções necessárias, correspondendo a três fases distintas de procedimentos juspolíticos, de modo a atender ao princípio do devido processo da lei e dar transparência à formulação, ao planejamento, à orçamentação e à execução de *políticas públicas*.

Ao se entender as *políticas públicas*, na linha do que está aqui sustentado, como um *complexo de processos juspolíticos* destinado à efetivação dos *direitos fundamentais*, *decorre necessariamente que elas se incluam como um devido processo legal garantido constitucionalmente.*² E, necessariamente, em ambos os sentidos do princípio: *o de conteúdo efetivador* daqueles direitos da cidadania e *o de forma de proceder* dos poderes públicos para realizá-los.

Tem-se, assim, que o *primeiro nível* do processamento é predominantemente *político*, consistindo na elaboração do *planejamento* - de como o Governo pretende dar cumprimento à sua missão constitucional, ou seja, através de *planos gerais* e de *planos setoriais*, sendo exemplo dos primeiros, o *plano plurianual* (art. 84, XXIII, CF) e, dos segundos, o *plano de governo* (84, XI, CF), além da previsão de vários planos setoriais (arts. 21, IX, 39; 165, § 4º e 182, § 1º; 20, CF).

O *segundo nível* entrelaça *formulação política e administração*, consistindo na fase *financeiro-orçamentária*, na qual os planos recebem a sua expressão *orçamentária* em forma de do-

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las transformaciones de la justicia administrativa*: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional, un cambio de paradigma? Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007. p. 147.

2 Com plena concordância com a cuidada exegese de EGON BOCKMANN MOREIRA ao tratar da *autonomia principiológica do princípio do devido processo legal*, que deve ser entendido e tratado como uma garantia com sua “*máxima eficiência*”, no caso, material e formal. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 274 - 276.

tações de recursos constantes do *plano plurianual* (165, i), das *diretrizes orçamentárias* (art. 165, II, CF) e dos *orçamentos anuais* (art. 165, II, CF).

O *terceiro nível*, por fim, é o predominantemente administrativo, consistindo no processo em que se desenvolve a *programação* executiva dos planos aprovados e orçamentados (art. 84, II, CF) para sua efetivação.

Como se observa, apenas nesse terceiro nível processual executivo, depois do planejamento e da orçamentação, é que os *interesses gerais* realmente atingem a sua *expressão juridicamente precisa*, ou seja, uma vez já identificados como *interesses específicos*, de modo que quaisquer *políticas públicas* devem observar esse *iter* constitucionalmente disposto para formulá-las, orçá-las e executá-las.

Acrescente-se que, relativamente ao comando constitucional de o Presidente da República remeter a *cada ano* ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa, os *planos de governo* (art. 84, XI, CF), não tem sido observado, o que desatende a *preceito constitucional expreso* necessário à validação de políticas públicas, sendo inaceitável que uma declaração de intenções possa suprir a falta da formulação de *planos*, devidamente articulados e formalmente expressos, ponto de partida de todos os sistemas de controle do concreto cumprimento das missões constitucionais.

É evidente que a satisfação do *devido processo legal* correspondente à formulação, à programação financeira e à execução de *políticas públicas* não pode prescindir da rigorosa observação dessa seqüência constitucional de providências, pois somente através dela será possível identificar o *interesse público específico*, dado essencial para que seja possível realizar um controle de *resultados*.

2 Resultados, democracia e economia

Presumidamente, toda ação, seja pública ou privada, deve ser *eficiente*, de outro modo não chega ao resultado que dela se espera. Mas esse logro de resultados, que até certo ponto possa

ser dispositivo na gestão privada de interesses, é mandatório quando se refere à gestão de interesses públicos pelo Estado.

Em razão dessa distinção, a *eficiência* na condução dos interesses públicos merece não apenas ser pedagogicamente enunciada, como de fato o é (art. 37, CF), mas ser interpretada como um *mandamento constitucional* inafastável de modo que o devido processo legal que realiza a gestão pública aparelhe-a com os meios técnicos (índices, parâmetros, termos, verificações, etc.) para que ela venha a ser controlada até a *efetiva realização dos resultados*.

Esse mandamento há de ser entendido como *essencial ao Estado Democrático de Direito*, na medida em que se faz funcionalmente imprescindível para que se realize uma *gestão pública democrática*. Isso porque as *técnicas democráticas*, como o diálogo, o debate, a consulta, o processo, a justificação, o sufrágio, a regra da maioria e outras são meios para chegar a consensos praticáveis para a condução dos negócios de uma coletividade.

Com efeito, é necessário afastar do discurso a antiga e incômoda polissemia que acompanha o termo *democracia*, desde quando os gregos passaram a empregá-lo no lugar da antiga expressão *isonomia*, então mais conotada à igualdade, o que veio a se confirmar em ALEXYS DE TOCQUEVILLE, quando declarou, em sua celebrada *Démocratie en Amérique*, que os americanos *amam mais a igualdade que a liberdade*. Com efeito, a conceituação mais antiga remete à *democracia* e ao *diálogo* como método ou técnica social de busca do consenso e da prevalência da vontade da maioria nas decisões coletivas, envolvendo, ainda, os *processos* de escolha de governantes e da definição formal do direito. Esse é, aliás, o sentido preferido por OCTAVIO PAZ ao afirmar que não se deve considerá-la nem como um absoluto nem como um projeto sobre o futuro, mas apenas como um *“método de convivência civilizada”*. Por certo, essa é ainda a visão mais difundida e é com ela que se qualifica o *regime de governo* que a adota, tratando-se, por isso, de um *conceito político*.

Mas não existe apenas essa visão conceptual. Claro está hoje que, em plano mais elevado, a *democracia* deve ser entendida como um conjunto de *valores* coerentes com a importância e a dignidade da *pessoa humana* – hoje universalmente reconhecidos como *direitos humanos* – por lhe serem essenciais e

indissociáveis. São, pois, esses valores que devem prevalecer nas relações entre os homens, notadamente nas relações políticas e, por isso, concebidas como um *conceito filosófico*.

Contém-se, portanto, na abordagem filosófica, o *sentido substantivo de democracia*, significando – mais do que um simples método de decisão coletiva e, em particular, de escolha de governantes e da lei que deve nos reger – *uma exigência de resultados coerentes com os valores que a informam*. Essa é a visão que inspirou GIOVANNI SARTORI³, possivelmente um dos seus maiores teóricos, a afirmar que “*a democracia é uma abertura de crédito ao homo sapiens*”.

Não se poderia afastar dessas cogitações preliminares sobre o conceito juspolítico de *resultado* a que se quer chegar o exame do componente econômico da democracia, que é a liberdade de mercado, fortemente reforçada com o processo de globalização em curso, do qual somos atores e espectadores.

A visão pós-moderna da condução da *política* tornou-se indissociável da efetiva prossecução de *resultados econômicos*, pois que são, inegavelmente, para quaisquer correntes partidárias que aspirem seriamente ao poder, um *prius* para alcançar *resultados sociais*, ou não-econômicos, se assim se preferir. As sociedades contemporâneas demandam aplicação de amplos recursos que só podem ser gerados em um *ambiente de competição*, no qual as unidades políticas não mais detenham o monopólio das decisões, como o tinham ontem, mas necessariamente as *compartilhem* não apenas com outros países, mas também com as entidades da sociedade organizada, notadamente, nos dias de hoje, as organizações de envergadura internacional e as mega-empresas, sendo que muitas dessas detêm poder decisório mais substancial que o de um grande número de países.

Fácil deduzir desse quadro a ponderável *responsabilidade política* dos governos, não apenas na formulação da *decisão*, como no *planejamento* e na *execução* de uma política econômica *harmonizada com o mercado e voltada para o desenvolvimento*, que adote preferentemente uma postura competitiva.

É o que os franceses costumam apontar como característica de um *État propulseur*, que nada mais é que aquele dedicado

3 SARTORI, Giovann. *Democrazia, cosa è*. Milão: Rizzoli, 1993.

a um exercício afincado do dever de *fomento*, que, entre nós, já se define constitucionalmente como um *macro objetivo governamental*, uma vez que reiteradamente contido em todos os enunciados dos *objetivos fundamentais da República*, nos quatro incisos do art. 3º da Carta Federal.

Desponta, assim, a partir desse alto cometimento constitucional, que a responsabilidade dos governos em lograr o atingimento daqueles objetivos através de políticas públicas eficientes não mais deve ser entendida como mera *responsabilidade política*, pois vai tornando-se, paulatinamente, também uma *responsabilidade jurídica*, tal como hoje, pacificamente, se reconhece no reiterado referendo da prática constitucional europeia, já acatada em nosso Supremo Pretório e tida até como uma das características diferenciais do constitucionalismo pós-moderno – que é o seu *valor normativo direto*, para empregar a expressão tão a gosto de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, como a emprega em seu clássico exame sobre “*A Constituição Espanhola de 1978 como pacto social e como norma jurídica*”.⁴

Entre nós, essa característica de *efetividade da norma constitucional* se expressa de forma plena e inequívoca, à semelhança do art. 53 da Constituição Espanhola, no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, ao afirmar que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

Não obstante, não é pacífica a aceitação de que a *obrigação de atingir resultados qualificados pela legitimidade e pela eficiência* – tanto nos meios quanto nos fins, *que efetivamente executem as diretrizes constitucionais* – possa ser objeto de controle judicial. Tal questão é um desafio que se apresenta à racionalização da vida organizada, ao Direito Público e às possibilidades abertas pelo neoconstitucionalismo, sendo que se oferece para exame a seguir.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional, un cambio de paradigma?* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

3 Resultados, racionalização das atividades de governo e neoconstitucionalismo

A *racionalização* das atividades de governo, no caso mais particularmente as que se desdobram em ações administrativas consubstanciadas em *políticas públicas*, deve atender à idéia desenvolvida no neoconstitucionalismo de que os direitos fundamentais devem ser realizados pelo Estado no cumprimento, que se lhe é imposto, das atividades a seu cargo.

Se assim é, assentado esse *dever constitucional*, pode-se dele retirar duas conseqüências: *primo* – que a formulação de *políticas públicas* necessita ser entendida sob o aspecto jurídico, como uma *garantia da efetivação dos direitos subjetivos dos administrados* por meio da ação político-administrativa do Estado e, *secundo* – que é *dever constitucional* do Estado atingir *efetivamente os resultados* que concorram para o atendimento de seus cometimentos públicos.

Torna-se igualmente certo, com vistas à efetiva satisfação desse dever no quadro do neoconstitucionalismo, que aos governos não é dado se omitirem, nem tergiversarem, nem falharem no desempenho de seus cometimentos procedimentais de planejamento e de execução das políticas públicas referidas a tais objetivos. E aí está um dos traços marcantes da auspiciosa passagem, apontada por autores atualíssimos, como o são G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI, “*da democracia de participação à democracia de eficiência*”.⁵ Em outros termos, entende-se hoje como *racionalização* das atividades governamentais não mais uma “política de governo”, mas um *imperativo constitucional*.

E tão importante se apresenta esse comando imperativo de racionalização que a própria Constituição brasileira, ao tratar da *atuação do Estado na ordem econômica*, o reitera enfaticamente ao *determinar* que, como agente normativo e regulador, *o Estado exercerá funções de incentivo e de planejamento econômicos* (art. 174, CF) - uma expressão que não deixa alternativa jurídica

5 Este é o subtítulo de sua obra sobre agências reguladoras: *Le autorità indipendenti: della democrazia della rappresentazione alla democrazie della efficienza*. Roma-Bri: Laterza, 2001.

à passividade, ao imprevisto e ao desacerto por parte dos governos e dos governantes.

E mais: a norma constitucional vai além e acrescenta, abundando em clareza, nesse dispositivo constitucional, que o *planejamento de Estado*, embora seja apenas *indicativo* para o setor privado da economia, é efetivamente *determinante para o setor público*. Vale dizer: por ser *determinante*, ocorrida a hipótese de o setor público vir a *desenvolver quaisquer dessas atividades de expressão econômico-financeira sem o devido planejamento*, logicamente *estará descumprindo o mandamento constitucional*.

Com efeito, o Estado está submetido, pelos incisivos termos do art. 174 da Constituição, ao comando expresso do *planejamento determinante*, o que vale dizer que, nessa particular área, de *atuação econômica*, o *signo da ação programada revela-se especialmente relevante*, como, conferindo a máxima efetividade a esse dispositivo constitucional, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO não hesita em apontar em brilhante artigo de sua lavra a possibilidade, em tese, de *imputar-se ao Poder Público uma eventual responsabilidade por dano decorrente do planejamento*.⁶

Portanto, indo mais um pouco avante, pode-se afirmar que, no caso de tais *atividades de conteúdo econômico-financeiro* serem praticadas pelo Estado, *sem planejamento ou com planejamento deficiente*, e, ainda, como agravante, *não apresentarem resultados compatíveis com os objetivos fundamentais* postos no art. 3º, da Carta, *mesmo que não venham a causar danos a direitos subjetivos individuais*, caracterizar-se-ão como uma grave *ofensa a um claríssimo comando procedimental* da Carta e, implicitamente, como uma *agressão aos direitos constitucionais difusos da cidadania e ao desempenho governamental legítimo*. Seria irracional admitir-se que aos governos fosse juridicamente legítimo malbaratar recursos públicos em políticas irrealistas, infundadas, improvisadas e, afinal, infrutíferas para a realização do interesse público a seu cargo.

6 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 56, p. 190 - 193, 2002. Com toda razão a observação da ilustre autora, pois a expectativa do *resultado* de uma *política pública* orienta e determina a ação privada.

Em suma: a *racionalização* das atividades dos governos não mais deve ser considerada apenas como mera *aspiração ético-política* das sociedades contemporâneas, uma vez que já se a tem erigida constitucionalmente como um *direito difuso* – e, por isso, *exigível por toda cidadania*, em todos os níveis políticos e, de modo especial, ainda que não exclusivo, posto sob vigilância e ação do Ministério Público, entre os cometimentos que lhe são outorgados pelos artigos 127, *caput*, e 129, III, da Constituição.

Encerradas essas considerações sobre a relevância do planejamento de Estado, tanto para racionalização, eficiência e, sobretudo, legitimação de sua *atuação* no desempenho de políticas públicas, quanto para lograr resultados que sejam igualmente eficientes e legítimos no *atendimento* dos interesses públicos a seu cargo, passa-se ao discurso específico sobre a *administração pública de resultado*.

4 A administração de resultado

O que até aqui se depreende das considerações apresentadas é que a Constituição de 1988, com louvável antecipação, já estabelece todo o fundamento necessário para a afirmação e aplicação, em nosso País, da doutrina da, assim denominada, *administração de resultado*, ou seja: *confere uma base institucional da legalidade finalística* ou, melhor e mais amplamente, para a denominação já difundida na literatura jurídica, por envolver também a legitimidade *uma base institucional da juridicidade finalística* no direito público brasileiro.

Na realidade, essa promissora doutrina vem consolidando-se dentro de uma nova concepção das próprias relações entre os *cidadãos* e a *administração pública*, como especificamente voltada à afirmação *de seu dever funcional de proporcionar resultados concretos* e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas, como um *proprium* da função administrativa, na feliz expressão de ilustre monografista sobre o tema, o jurista italiano GIANCARLO SORRENTINO.⁷

7 SORRENTINO, Giancarlo. *Dirittie partecipazione nell'amministrazione di risultato*. Napoli: Scientifica, 2003.

Essa referência feita ao jurista peninsular tem razão de ser, não apenas pela qualidade de sua monografia específica – *Direito e participação na administração de resultado* – mas também em razão de ser precisamente o seu País um dos que mais avançaram, a partir dos anos noventa, na realização de uma reforma administrativa que deixou de se concentrar, como no passado, em aspectos organizativos, *para ocupar-se com o agir estatal em função de resultados*.

Realmente, como um dos marcos iniciais dessa evolução, destaca-se a Lei italiana nº 241/90, “*orientada por critérios de eficiência, de economicidade e publicidade*”, na qual a preocupação com a *persona do administrado* – o cidadão, enfim – assume primacial importância, a partir da premissa de que a *Administração deve estar a serviço das pessoas*, o que deixa elegantemente vazado em sua expressão: *I diritti dell'uomo: un seme di verità nel diritto amministrativo*.

Como se depreende, na base desse progresso, agita-se uma dramática mutação do próprio *conceito de administração pública*, que vai aos poucos perdendo suas características *imperativas*, que a postavam, tradicionalmente, como expressão de um *poder* do Estado, para entendê-la como nada mais que uma *função constitucionalmente vinculada* a ser desempenhada pelo Estado e a ser *o mais amplamente possível compartilhada com a sociedade*, compreendendo todo o seu desenvolvimento, desde o seu *planejamento* até o seu *controle*, que é o tema de crescente importância que se trata a seguir.

5 O resultado administrativo

Sob idêntico título – *o resultado administrativo* –, MARIO S. SPASIANO, coordenador do *Programa Interuniversitário* italiano, sobre o tema “*Princípio de legalidade e administração de resultados*”⁸, assenta como base a afirmação de que não

8 Este programa de pesquisa tem o co-financiamento do Ministério da Universidade e da Pesquisa Científica e das Universidades consorciadas: Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Università degli Studi di Ancona, Seconda Università degli Studi di Napoli, Università degli Studi di Palermo, Università degli Studi di Perugia e Università degli Studi di Teramo.

há possibilidade de se colocar logicamente em dúvida “*que a entrega de um serviço deva necessariamente garantir a sua utilização*”⁹.

Esse *resultado*, portanto, ele próprio – e não apenas os processos empregados para alcançá-lo – pode e deve ser submetido aos mesmos critérios que presidiram aos trâmites juspolíticos levados a efeito desse seu planejamento até a sua execução, ou seja: também devem estar conformados com os princípios de *legitimidade* e de *eficiência*.

A expressão, embora oriunda das ciências administrativas, não deve ser tomada como mera transposição de um conceito de sentido econômico, mas com muito maior amplitude, *coerentemente adaptada aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos*.

Assim é que, não obstante *legítimo*, o planejamento *legítima* a execução de uma política pública e deve ser *legítimo* o resultado, ou seja: o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente garantir uma utilização *eficiente* por parte de seus destinatários, tal como *razoavelmente estava nas expectativas* dos que para tanto contribuíram com seus recursos.

Eis uma dimensão *finalística* de *resultado* e não de intenções, tanto da *legitimidade* como da *eficiência*, indispensáveis para a compreensão da incidência desses fundamentos que vão além da juridicidade da *orientação teleológica* de uma política pública, seja na sua formulação, seja na sua execução.¹⁰

Fala-se, portanto, de um *resultado administrativo legítimo e eficiente* e não mais de *processos administrativos* legítimos e eficientes e, ainda mais remotamente, de *atos administrativos* singulares *legítimos e eficientes*.

Distinguida desse modo a categoria jurídica do *resultado administrativo*, a sua análise ganha expressão e autonomia jurídica, para que se possa definir resultados *adequados e inadequados, previstos e imprevisos, suficientes e insuficientes, efetivos e inefetivos, reais ou falseados*, etc. Afinal, todas essas e outras

9 SPASIANO, Mario S. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Turim: Giappichelli, 2003. p. 80.

10 *Ibid.*, p. 87.

subcategorizações são fundamentalmente enquadráveis como *legítimos e ilegítimos e eficientes e ineficientes*.

6 Com o conceito de juridicidade do resultado, amplia-se o espectro do controle

O Direito sempre se caracterizou por uma predominante preocupação com o *passado*. E assim tem sido, tanto na *elaboração da norma*, que se faz a partir de comportamentos observados, como na *aplicação da norma*, que necessariamente se volta a examinar fatos ocorridos.

Destarte, o *controle* realizado em sede jurídica, tradicionalmente acompanha essa visão *retrospectiva*, o que produz a falsa impressão de que a compreensão *prospectiva* seria estranha ao método jurídico ou, pelo menos, teria nela pouca importância. Não obstante, ao revés do que aligeiramente assim se possa pensar, *é próprio da norma se endereçar ao futuro*, pois tanto a sua formulação como sua aplicação só terão valor *ex nunc* – para os acontecimentos futuros –, pelo menos assim o é em princípio, já que são bem mais raras as editadas para reverter os seus efeitos sobre fatos pretéritos.

Face ao exposto, é indubitável que o *futuro* deva ser realmente considerado como *uma das dimensões temporais próprias a qualquer norma jurídica*, o que a faz merecedora de uma cuidadosa atenção *prospectiva*, tanto por parte dos seus elaboradores quanto dos seus aplicadores.

Com efeito, a *prospectiva* vai deixando de ser tratada como um exercício divinatório, despidido de qualquer credibilidade científica e, por isso, de serventia prática, para se tornar uma *técnica*, desde que processada com a observância de métodos científicos rigorosos e testados, pois foi no próprio campo das ciências exatas que a *prospecção científica* teve origem e se desenvolveu, inicialmente sob a denominação anglófona de *technological assessment*, tomando-se, simbolicamente, como marco inicial dessa reversão de expectativas, a momentosa divulgação do então secretíssimo Projeto Manhattan e a patética reação da comunidade científica diante do prodigioso desenvolvimento da física nuclear, que levou à construção da bomba atômica e à

consciência dos riscos de seu emprego, ao término da Segunda Guerra Mundial.¹¹

Esse fato foi uma clarinada que disseminou uma crescente *preocupação social*, até então rarefeita e desconsiderada, com a criação de um *sistema permanente de controle de resultados* sobre experimentos científicos e tecnológicos – tanto públicos quanto privados – dedicado a identificar e a afastar preventivamente todos aqueles que oferecessem *riscos* para humanidade. Como se observa, a partir de então já se poderia aludir, com razão, à existência de uma sociedade e de uma civilização de risco.

É, pois, nessa mesma linha de preocupação *com o controle dos resultados* que o direito público contemporâneo veio a se beneficiar de todos os avanços da prospecção científica, de modo a poder proceder – também agora rotineiramente – à avaliação das *tendências normativas* que podem ser detectadas em qualquer campo e em qualquer nível, abrindo-se à comunidade dos seus operadores, em última análise aos construtores históricos da própria ciência jurídica, uma amplíssima participação na identificação de riscos, sua prevenção e seu *controle*.

Destarte, posto em outros termos, será pela adoção de procedimentos como *monitoramento*, *projeção* e *avaliação de tendências* que se tornará possível um acompanhamento voltado a eliminar ou reduzir as tendências socialmente indesejáveis, por meio do emprego de instrumentos jurídicos negativos de *dissuasão* ou, exatamente, ao revés, para provocar e estimular tendências socialmente positivas, pelo emprego de instrumentos jurídicos positivos de *fomento*, pouco importando se a atuação de controle recaia sobre entes da sociedade ou sobre entes e órgãos do próprio Estado, alargando-se, com isso, imensamente e com brilhantes perspectivas, os horizontes de um ampliado *controle de juridicidade plena*.

11 O ilustre físico Werner Heisenberg foi um dos primeiros a reconhecer o potencial existente na fissão nuclear e recebeu da liderança nazista na Alemanha os meios para desenvolver a bomba atômica. Certas informações sobre esse projeto secreto haviam chegado aos Estados Unidos, mas, embora alertados por uma carta do próprio Albert Einstein ao Presidente Roosevelt, este só decidiu levar adiante seu próprio projeto, denominando-o de Manhattan, pois os estudos de física iniciais tinham sido desenvolvidos na Universidade de Colúmbia, em Nova Iorque, depois do ataque surpresa de Pearl Harbour, com sua entrada na Guerra contra o Eixo.

Eis um ponto em que o *direito* deve buscar nas *técnicas de controle de gestão* as respostas instrumentais – o denominado *SGD – Sistema de Gestão de Desempenho*, definido como um conjunto de técnicas articuladas destinadas a realizar as seguintes funções:

- A - definição de objetivos de políticas públicas;
- B - identificação das estruturas administrativas responsáveis por sua consecução;
- C - definição das normas de desempenho que traduzam um compromisso quanto ao grau de realização dos objetivos demarcados em função dos meios a eles destinados;
- D - os resultados comensurados e sua comunicação;
- E - outorga de facilidades de gestão aos responsáveis proporcionalmente a seu desempenho (conforme convênios de gestão);
- F - análise dos dados de desempenho integrados com vista a informar as subseqüentes decisões sobre recursos e orçamentação;
- G - fixação de acompanhamentos físicos e contábeis necessários para os controles, correntes e posteriores.¹²

Com toda a razão, portanto, os autores que conotam a implantação desta modalidade vanguardeira de controle a uma *cultura de resultados*. Ainda assim, já não mais se trata de metas propostas para um devir distante, mas de uma realidade em pleno curso em vários países, dádiva da difusão eletrônica de experiências, que reúne as condições de integrar positivamente Estado e sociedade, associando, de um lado, o conglome-

12 Esta relação exemplificativa segue um esquema geral proposto por HENRI GUILLAUME, GUILLAUME DUREAU e FRANK SILVENT, em introdução à obra denominada *Gestão pública: o Estado e o desempenho*, na qual alinham os elementos necessários para um SGD: Sistema de Gestão de Desempenho (*Gestion publique: létat et la performance*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002. p. 20). O Capítulo 2 desse livro, sob o título *Transparência da ação pública e difusão de uma cultura de resultados* (p. 83 e ss.) alerta que a atualização da gestão pública, como nele apresentada, "*pressupõe uma renovação em profundidade dos sistemas de informação a fim de avaliar precisamente os resultados e os custos da políticas públicas ou das entidades administrativas*" (tradução do autor).

rado de entidades e de órgãos, que M. S. GIANNINI tem como a plúrima disposição contemporânea do Estado, e, de outro lado, a outra pluralidade, a dessa constelação formada pelas inumeráveis entidades sociais secundárias – todas, públicas e privadas, convergindo para vigiarem e atuarem em prol de um *futuro melhor*.

7 As sociedades de risco e o benefício do controle ampliado aos resultados

Nas *sociedades pós-modernas*, abalados os seus fundamentos de cega confiança na racionalidade, assomaram, como não poderia deixar de ocorrer, incertezas de toda sorte: econômicas, sociais, políticas, sanitárias, ambientais e, em longa lista, até culturais, o que levou os cientistas sociais a caracterizá-las, como o fizeram destacadamente ULRICH BECK, como “*sociedades de risco*”¹³; PATRICK LAGADEC, pouco depois, como uma “*civilização de risco*”¹⁴; e, mais recentemente, PATRICK PERETTI-WATEL, como uma “*sociologia do risco*”¹⁵; e R. CASTEL, como uma “*insegurança social*”.¹⁶

Pois bem, nas sociedades contemporâneas – sob o signo dos *riscos* – nada passou a ser mais importante do que sua *previsão e monitoramento*, até mesmo para que se tornasse possível uma aplicação dos instrumentos de prevenção e de controle proporcionados tanto pela política como pelo direito. Com efeito, desde a falência do *Estado-providência*¹⁷ – última expressão do Estado moderno desde que começou a dar mostras de seu esgotamento institucional ainda nos últimos decênios do século passado –, revelou-se tantas foram as seqüelas econômicas e sociais indesejáveis e até catastróficas deixadas, que melhor lhe assentaria a denominação de “*Estado-imprevidência*” e, para re-

13 BECK, Ulrich. *La société du risque*: sur la voie d'une autre modernité. Paris: Aubier, 1986.

14 LAGADEC, Paul. *La civilisation du risque*: catastrophes technologiques et responsabilité sociale. Paris: Seuil, 1981. (Coleção *Science Ouverte*).

15 PERETTI-WATEL, Patrick. *Sociologie du risque*. Paris : Armand Colin, 2000.

16 CASTEL, R. *L'insecurité social* : quest-ce qu'être protégé? Paris : Seuil, 2003. (Coleção *La République des Idées*).

17 CHEVALIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2004. p. 24.

verter a tendência absenteísta, tornava-se necessário repensar seriamente as técnicas prospectivas.

Patenteou-se, assim, às gerações de hoje, que só será possível recobrar a *segurança* se o nosso futuro for objeto de *critério planejamento democrático*, que permite uma *formulação aberta de políticas públicas* e, desse modo, submetidos ambos a específicos *institutos jurídicos*, que privilegiem a prospecção e o controle social, para se dispor, também na atividade administrativa pública, do que J. CHEVALIER batizou adequadamente de um “*equivalente funcional do mercado*”, justamente pela possibilidade de permitir que se ponha em marcha um instrumento cívico auto-regulatório dessas relações sensíveis e altamente instáveis.

Vale lembrar que um dos primeiros reconhecimentos da necessidade desse *controle prospectivo juridicizado* proveio da criativa Corte Constitucional alemã, a partir da audiência de conselheiro técnico e científico – o *amicus curiae* –, para tanto especialmente convocado ou admitido *com vistas a afastar possíveis riscos que poderiam advir de decisões que, embora juridicamente corretas, pudessem ser prospectivamente consideradas danosas e até mesmo catastróficas para a sociedade*.

Em suma, essa *expansão do controle*, assim ampliado para tornar-se também *prospectivo*, tanto em sede política quanto em sede jurídica, registra notável empenho no aprofundamento cada vez mais intenso dos judiciários *no controle de políticas públicas*, nele compreendida a da *eficiência* e a da *economia* de sua *formulação*, de sua *execução* e, sobretudo, da legitimidade de seus *resultados*, abrangendo, assim, todo seu espectro temporal e todos os seus desdobramentos prováveis, o que se vai tornando *cada vez mais importante para devolver aos cidadãos a segurança quanto ao seu próprio futuro e ao de seus respectivos países*, ao abrir-lhes a possibilidade de *participarem mais intensamente* e com grande proveito geral, no governo e na administração do que é seu - da *res publica*.

Ao mesmo tempo, no evoluir do processo, a *sociedade* cumulativamente se beneficia ao nele colher novas oportunidades de se exercitar e de se aprofundar na saudável prática da *democracia* – entendida (e que valha a reiteração) não apenas

da vetusta democracia *formal*, aquela das eleições periódicas, para a escolha de *quem* nos governará –, mas da jovem democracia *substantiva*, a da participação e da realização de valores, para a escolha, como se referiu JEAN RIVERO, de *como* queremos ser governados.¹⁸

São preciosos instrumentos da *cidadania*, que poderão ser, auspiciosamente, típicos do Direito Público deste vigésimo primeiro século. Se assim o quisermos.

18 RIVERO, Jean. A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In: _____. *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965. p. 827.

1.2

A DESAPROPRIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desapropriação. 3 Princípios constitucionais. 4 Motivo e objeto expropriatórios. 5 Princípio da proporcionalidade. 6 Controle expropriatório e princípio da proporcionalidade. 7 Um caso emblemático. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

A propriedade configura-se como um dos direitos fundamentais expressos na Constituição, e assim tem sido a partir do século XIX, quando surgiram as primeiras Constituições escritas, contemplando alguns dos direitos considerados por todos como naturais, básicos e inarredáveis. Não sem razão, os civilistas consideram-no o mais amplo dos direitos reais, ou, como diziam os romanos, “*plena in re potestas*”.¹

Historicamente, o direito de propriedade assumiu foros de sacramentalidade. É compreensível, pois, que LAFAYETTE, mesmo com a Assembléia sitiada por tropas reais, tenha lido a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em julho de 1789, em cujo art. 1º se afirmava: “...*todo homem nasce com direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis... o direito de propriedade*”.

Em outros sistemas, a proteção ao direito tinha ainda maior densidade, como é o caso da Declaração de Direitos da Pensilvânia, em cujo bojo se consignava que, tratando-se de direito

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Professor da Universidade Federal Fluminense - UFF (Curso de Pós-graduação). Professor da Universidade Candido Mendes - UCAM (Pós-graduação). Professor da Faculdade de Direito de Vitória - FDV (Pós-graduação). Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro - IDAERJ. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Advogado e Consultor Jurídico.

1 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. São Paulo: Forense, 1962. t.1. p. 118.

natural, essencial e inalienável, sequer poderia ser sujeito a desapropriação, ainda que mediante indenização.²

A vigente Constituição garante, logo no *caput* do art. 5º, a inviolabilidade do direito de propriedade, colocando-o lado a lado com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança. Aliás, observando-se esses outros direitos, pode bem ter-se a dimensão do direito de propriedade, na medida em que os ladeia no elenco dos direitos fundamentais.

No art. 5º, XXII, a Constituição anota de forma peremptória: “é garantido o direito de propriedade”. Ao ter se expressado dessa forma, o Constituinte pretendeu veicular a mensagem de que nenhuma lei poderia expungir tal direito do âmbito do ordenamento jurídico. Cuida-se, como bem acentuou JOSÉ AFONSO DA SILVA, de mandamento no qual transparece “a *garantia de um conteúdo mínimo essencial*”.³

Entretanto, o individualismo exacerbado do direito de propriedade, no processo de sua evolução, foi sendo superado pela adoção da teoria do abuso de direito, que propiciou, de início, a criação de limitações negativas e, depois, de imposições positivas, deveres e ônus, permitindo a formação da idéia moderna de que a propriedade é uma função social.⁴

A Constituição, curvando-se a essa tendência, registrou expressamente: “a *propriedade atenderá a sua função social*”.⁵ Na verdade, os incisos XXII e XXIII do art. 5º, da CF, associam-se unitariamente num só preceito, constituído por período formado por uma afirmação e uma condição: *é garantido o direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social*. A conjugação dessas idéias é suficiente para indicar que o direito de propriedade, longe de caracterizar-se como absoluto, traduz um direito relativo e condicionado, de modo que a garantia que se lhe assegura só tem como efetivar-se caso seja implementada a condição sob o influxo da qual o Constituinte instituiu a garantia.

2 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 100.

3 SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 273.

4 *Ibid.*, p. 271.

5 Art. 5º, XXIII.

Por força de tais elementos é que o direito de propriedade pode sofrer limitações, que lhe reduzem o conteúdo; restrições, que lhe condicionam o exercício⁶; e supressão, quando há um interesse público preponderante sobre o interesse particular que normalmente o caracteriza. Evidentemente, a supressão da propriedade é a mais rigorosa forma de atingir o direito: diante dela, não há mecanismo de proteção jurídica que assegure ao *dominus* a continuidade e a perenidade do direito.

O instrumento de supressão da propriedade é a *desapropriação*, cuja regra geral se abriga no art. 5º, XXIV, da Constituição, contendo essa, no entanto, outras normas pertinentes ao mesmo instituto. Sendo um instrumento de exceção, somente pode ser aplicado se estiverem presentes os pressupostos constitucionais que o autorizam. Ausente qualquer deles, a desapropriação estará despida de legitimidade.

Verifica-se, ao exame desses mandamentos constitucionais, uma evidente tensão entre os princípios da garantia do direito de propriedade e do interesse público, aquele assegurando ao proprietário o exercício de um direito fundamental (“*jus utendi et abutendi*”) e este protegendo interesses que pertencem à sociedade com a tutela do Estado. Tais princípios não se excluem em definitivo: convivem harmonicamente. A aplicação de um ou de outro depende da situação que a reclame; portanto, é pontual. E, mesmo quando aplicado um deles, o outro subsiste normalmente, podendo ser o aplicável em situação dotada de novos lineamentos.

Pretende-se, neste sucinto estudo, examinar alguns aspectos relativos àquele ponto de tensão, sobretudo perscrutando a legitimidade da desapropriação diante de alguns fatores impeditivos, que não raras vezes resultam escamoteados na situação que a mobiliza. Em outras palavras, tem-se o escopo de verificar se a desapropriação guarda consonância com os princípios constitucionais e, mais especificamente, com o *princípio da proporcionalidade* – axioma que não se admite que seja relegado quando se trata da supressão da propriedade.

6 Cite-se, como exemplo, a requisição, prevista no art. 5º, XXV, da CF.

Com efeito, legitima-se a desapropriação com a presença dos pressupostos que lhe dão suporte, mas a legitimidade fica comprometida quando a ação estatal está divorciada do real conteúdo do instituto, e mais ainda quando os fatores que a cercam não se situam no exigível padrão de proporcionalidade.

2 Desapropriação

Desapropriação, como já tivemos a oportunidade de consignar, “é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”.⁷

O procedimento de direito público decorre da própria natureza do instituto: quem o deflagra, ou ao menos ampara, é o Estado. A transferência do bem é o objetivo da desapropriação: o bem é retirado da esfera jurídica do proprietário e ingressa no acervo estatal. Para que se processe legitimamente, cumpre demonstrar a utilidade pública ou o interesse social justificador da execução do instituto. Por conseguinte, a desapropriação traduz um direito subjetivo público, ou seja, um direito estatal, a ser exercido com a rigorosa presença dos requisitos constitucionais.

Já assinalou corretamente CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que “o fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis”.⁸ A afirmação nos parece incensurável. Sem embargo das idéias de alguns novos juristas, segundo as quais estaria ultrapassado esse dogma, o certo é que sempre houve e sempre haverá tensão entre os interesses público e privado. Pode-se até mesmo oferecer uma ou outra solução diversa para situações especiais, mas é impossível não reconhecer que, ocorrendo a crise derivada daquela tensão, deve prelevar o interesse

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 760.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 857.

público. Sendo inerente ao Estado de Direito, referido postulado não pode ser desconstruído.

Há um dado que não pode ser relegado no estudo da desapropriação: sua legitimação se condiciona a fim público. Tal fim integra a própria essência do instituto, como pode ser observado nas palavras de SAYAGUÉS LASO, para quem “*la expropiación es un instituto de derecho público mediante el cual la administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles...*” (grifamos).⁹ Não se trata, portanto, de ação sem causa e sem fim, mas, ao contrário, de um tipo de conduta que há de se amparar em determinada causa e de preordenar-se a determinado fim.

LAUBADÈRE também realça o elemento teleológico da desapropriação, averbando que essa não pode ser utilizada a não ser em face de determinado fim, consubstanciado pela expressão “*utilidade pública*”.¹⁰

O cerne da desapropriação – repita-se – reside na transferência do bem, que se separa do patrimônio do titular da propriedade e passa a inserir-se no do expropriante. No entanto, podem variar os motivos específicos e os procedimentos para ultimar-se a desapropriação. Essa é a razão pela qual se pode vislumbrar diversos processos expropriatórios na Constituição.

A regra geral se consubstancia na *desapropriação ordinária* (ou *comum*), fundada na utilidade pública ou no interesse social e empregada quando o Poder Público precisa socorrer-se de bens privados, normalmente imóveis, para implementar determinadas metas administrativas.¹¹

Outra modalidade é a *desapropriação urbanística*, de caráter sancionatório, que visa à preservação da ordem urbana, contra a resistência do titular da propriedade.¹² A transferência da propriedade aqui tem linhas próprias. Por isso, já consignamos em outra oportunidade: “*Vista de outro ângulo, essa modalidade*

9 LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1974. t.2, p. 313.

10 LAUBADÈRE, André de. *Manuel de droit administratif*. 10. ed. Paris: LGDF, 1976. p. 328 (“*L'expropriation ne peut être utilisée qu'en vue d'un certain but, évoquée par l'expression 'utilité publique'*”).

11 Art. 5º, XXIV, CF.

12 Art. 182, § 4º, III, CF.

*de de desapropriação constitui inegável instrumento de política urbana. Através dela, o Município instituirá e manterá a ordem urbanística da cidade com vistas à adequação do solo urbano e à compatibilização do imóvel com a função social que deve desempenhar no ordenamento urbano”.*¹³

A *desapropriação rural* (ou *agrária*) tem o escopo de promover a reforma agrária, transformando latifúndios improdutivos em áreas de produção e socializando o instituto da propriedade, como forma de implementar políticas de justiça social.¹⁴ Nesse tipo de desapropriação, sobreleva a questão atinente à função social da propriedade, propiciando a distribuição de grande quantidade de latifúndios entre famílias desconsideradas em virtude de sua exclusão social.¹⁵

Finalmente, tem-se a *desapropriação confiscatória*, assim considerada pelo fato de não ensejar pagamento de indenização ao proprietário.¹⁶ Essa modalidade aplica-se na hipótese de glebas utilizadas para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas. Trata-se de instrumento de evidente cunho punitivo em face da grave ilegalidade cometida pelo proprietário, por intermédio das áreas de sua propriedade. Alguns estudiosos não a consideram espécie de desapropriação, mas verdadeiro confisco.¹⁷ O fato, porém, é que o Estado (no caso, a União), promove a transferência coercitiva do imóvel invocando motivo de ordem pública, qual seja, a cessação do cometimento de ilícito penal.

Refoge à natureza deste trabalho um maior aprofundamento do instituto da desapropriação. Neste tópico, o que se pretende destacar é o fato de que a desapropriação constitui um duro golpe no direito de propriedade, atingindo-o em seu ponto nuclear. Levando-se em consideração que tal direito se configura como *direito fundamental expresso*, nunca deixará de ser necessário um exame acurado do processo expropriatório. Na verdade, é

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 103.

14 Art. 184, CF.

15 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 432.

16 Art. 243, CF.

17 É o caso de GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 759 e SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 55.

fácil perceber que nele pode o Estado dissimular arbítrios inaceitáveis e, por isso mesmo, suscetíveis de correção administrativa ou judicial.

Assim, cabe ao intérprete não se limitar ao exame extrínseco e ostensivo de eventuais ilegalidades, mas, ao contrário, enveredar com firmeza pelo âmago da ação administrativa, inclusive naqueles aspectos mais facilmente escamoteáveis por administradores públicos inescrupulosos. Afinal, se a propriedade precisa atender à sua função social, não é menos verdade que continua sendo um direito fundamental. Sendo assim, os pratos da balança devem ficar equilibrados, sem pender nem para um nem para outro lado.

3 Princípios constitucionais

A estruturação das normas – catalogadas em *princípios e regras* – tem sido alvo de freqüentes estudos dos juristas modernos, todos calcados nas teorias desenvolvidas por estudiosos estrangeiros, com destaque, entre eles, para ALEXY e DWORKIN. A distinção entre princípios e regras tem auxiliado significativamente no campo da interpretação e aplicação das normas constitucionais, sem descurar, todavia, de normas legislativas comuns, usualmente transmissoras de subprincípios jurídicos.

Conquanto se reconheça a existência de vários critérios para definir a distinção, talvez o mais singelo seja aquele pelo qual as regras “*descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar*”, ao passo que os princípios “*estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins*”.¹⁸

A Constituição, como é sabido, contém em seu bojo tanto princípios quanto regras. Com efeito, em algumas passagens o Constituinte procede ao delineamento de certa conduta, mas

18 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 169 - 170.

não realça os fins a que ela se destina, e nesse ponto institui uma regra. Em outras, oferece verdadeiros axiomas e confere coloração mais densa aos objetivos colimados na norma, dando-lhes maior importância do que às condutas que nela podem subsumir-se; aqui dá origem a um princípio.

Ostenta inegável relevância à função dos princípios constitucionais, e isso porque lhes atribuem variadíssimas missões. Na verdade, como já acentuou reconhecida doutrina, tais princípios “*expressam a axiologia normativa superior e unificadora do sistema jurídico*” e, além disso, “*dão coerência ao ordenamento legal*”.¹⁹ Por outro lado, fixam condições e limitações à atuação dos três Poderes da República, bem como estabelecem os parâmetros para a hermenêutica jurídica, tanto no terreno da interpretação como no da aplicação das normas do direito positivo.

Tantos são os princípios contemplados na Constituição que os estudiosos têm encetado ingentes esforços para classificá-los, considerando os mais diversos critérios para esse fim.

JORGE MIRANDA, por exemplo, os classifica em: a) *princípios axiológicos fundamentais*, aqueles que resultam da passagem do jusnaturalismo para o direito positivo; b) *princípios político-constitucionais*, que indicam as opções políticas fundamentais do Constituinte; e c) *princípios constitucionais instrumentais*, que alinham a estrutura racional e operacional do sistema adotado na Constituição.²⁰

De outro lado, é tradicional a classificação adotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA para agrupar as normas constitucionais de acordo com a densidade de sua eficácia. Para o grande constitucionalista, a Carta inclui *normas de eficácia plena*, *normas de eficácia contida* e *normas de eficácia limitada*, nessas últimas sendo alocados os princípios programáticos.²¹

É imperioso reconhecer que toda tentativa de classificação é digna de aplausos: nela tenta o autor encontrar um sistema den-

19 É a correta observação de OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 53.

20 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 1, p. 232 - 233.

21 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 88 - 166.

tro do qual se identifiquem nitidamente as categorias classificadas. Não obstante, impõe-se, também, admitir que usualmente as classificações apresentam fatores de exceção, e esses, como é lógico, costumam retirar o nível de exatidão de que aquelas se revestem.

Todavia, parece adequado ao presente estudo invocar a conhecida classificação dos princípios (e das normas em geral) em *explícitos* e *implícitos*. Malgrado a diversidade de critérios distintivos, não é errôneo afirmar que explícitos são os princípios que se apresentam no texto constitucional com conteúdo próprio e ostensivo, enquanto que os implícitos são os que emanam do sistema normativo da Constituição por força de interpretação lógico-sistemática. O Constituinte, reconhecendo que os princípios explícitos não podem exaurir à sua tipologia, admitiu, no art. 5º, § 2º, que outros pudessem ser extraídos do contexto global da Constituição; esses é que constituem os princípios implícitos. Não é importante, *a priori*, que se aponte quais são eles; importante, de fato, é reconhecer-lhes a existência, a eficácia e a aplicabilidade.

Deparamos, no texto constitucional, com princípios explícitos, porque transparecem da norma. Outros até se expressam por meio do vocábulo “*princípio*”, como os do art. 37, *caput*, da CF. E, finalmente, outros que ressaem das entrelinhas constitucionais, dos bastidores da volição do Constituinte, e esses são os implícitos.

Embora lhe seja, mais adiante, destinado um tópico específico, merece ser antecipada a afirmação de que o princípio da proporcionalidade não se enquadra entre os princípios explícitos, considerando as linhas que o identificam. Resulta, contudo, do sistema constitucional e particularmente de alguns preceitos constitucionais de cunho fundamental, como, por exemplo, o relativo ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais (art. 5º) e a outros congêneres. Diversa, portanto, a *sedes materiae* do mencionado princípio.²²

22 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 109.

4 Motivo e objeto expropriatórios

A desapropriação não pode ser implementada sem que o expropriante indique claramente as razões por que pretende fazê-lo (*motivo*). Atingindo diretamente o direito de propriedade, somente pode legitimar-se ante justificativas em função das quais se revele presente o interesse público. De outro lado, cabe ao expropriante deixar registrado o objeto da desapropriação, ou seja, o que intenta fazer em decorrência da providência adotada (*objeto*).

No que concerne ao motivo da desapropriação, avulta examinar três aspectos. O primeiro deles consiste na existência do pressuposto constitucional: sem esse a desapropriação padece de fundamento constitucional. O segundo corresponde à previsão legal. O último constitui as razões da medida administrativa a ser implementada em virtude de ter sido desapropriado o bem.

Os pressupostos constitucionais são aquelas situações genéricas apontadas na Constituição, ante cuja ocorrência se permite a desapropriação. Trata-se de motivo traduzido por verdadeiros requisitos constitucionais, como sempre ensinou a doutrina clássica.²³ Para que se legitime a desapropriação ordinária, é preciso que esteja presente situação de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, como está expresso no art. 5º, XXIV, da CF. No caso da desapropriação urbanística sancionatória, urge que o Município já tenha adotado previamente algumas medidas urbanísticas e que o proprietário permaneça recalcitrante no cumprimento das obrigações urbanísticas que lhe foram impostas.²⁴ O mesmo sucede nas demais hipóteses expropriatórias: a Constituição sempre indica o motivo genérico, que, em última instância, significa a *causa remota* da desapropriação.

Não obstante, tendo em vista o cunho genérico dos pressupostos constitucionais, coube ao legislador definir, mais concretamente, as situações fáticas que neles poderiam enquadrar-se, e isso porque, a não ser assim, o espectro de possibilidades

23 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 584.

24 Art. 182, § 4º, III, CF.

do administrador público ficaria muito além do círculo de sua competência.²⁵ Por tal razão, o art. 5º, XXIV, da CF, foi regulamentado pelo Decreto-lei 3.365/41, para os casos de utilidade pública (incluindo-se aí os de necessidade pública), e pela Lei nº 4.132/62, que enumerou os casos de interesse social.

Desse modo, quando se analisa o art. 5º do Decreto-lei 3.365/41, que relaciona os casos de utilidade pública para fins expropriatórios, pode concluir-se que o legislador preferiu limitar a opção do administrador público, vinculando-o especificamente às hipóteses que a lei *considerou* como de utilidade pública (*presunção legal*). Não resulta daí garantia integral para o proprietário, mas, sem dúvida, a relação serve para excluir situações fáticas que nela não são contempladas.²⁶

Ainda no que concerne ao motivo, será também necessário averiguar qual a *razão imediata* geradora da providência administrativa concreta que mobilizou o administrador a promover a desapropriação (motivo fático), vale dizer, o que pretende edificar, ou que obra urbana deseja realizar, e assim por diante.

Infere-se, por conseguinte, que, ao investigar o *motivo* expropriatório, o intérprete precisa transportar-se por três planos nessa *cadeia causal*. Primeiramente, os pressupostos constitucionais, que são a causa remota. Depois, a situação que a lei contemplou. E, por último, a providência a ser tomada pela Administração. No caso, por exemplo, da abertura de uma rodovia, tem-se que identificar: 1º) a utilidade pública resultante da melhoria da malha rodoviária (*pressuposto constitucional*); 2º) a previsão legal da desapropriação, no caso “*a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos*” (*motivo legal*)²⁷; e 3º) as razões concretas para a abertura daquela rodovia programada, com todos os elementos descritivos, vale dizer, em tal lugar, com tal extensão (*motivo fático*).

Quanto ao objeto, que retrata a efetiva providência que a Administração pretende implementar após ser ultimada a desa-

25 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 331.

26 SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 124.

27 Art. 5º, “I”, DL 3.365/41.

propriação, é cabível que o intérprete e o operador do direito atentem para sua real necessidade ou utilidade, investigando se a referida providência se compatibiliza com o interesse público.

Nesse ponto, é fundamental o exame da *teoria da congruência*, segundo a qual a legitimidade dos atos e procedimentos administrativos reclama a inteira consonância entre as razões constitutivas do motivo, de um lado, e o objeto, ou seja, a providência almejada pela Administração, de outro. É inesquecível a lição de MARCELO CAETANO quanto a esse aspecto: ao tratar dos *motivos*, afirma que a fundamentação deve ser “*congruente, isto é, os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão*”, assentando que, se há contradição entre elas, “*essa incongruência não pode deixar de influenciar na validade do ato*”.²⁸

Pelo fato de atingir frontalmente o direito fundamental, no caso o de propriedade, afigura-se indispensável que, no acurado exame do processo expropriatório, seja examinada minuciosa e criteriosamente a *motivação* do administrador ou, em outras palavras, o que o terá impulsionado para promover a desapropriação. Logicamente, jamais servirá aceitar, como razão do processo, os atributos da *conveniência e oportunidade*, como já consignou reconhecida autoridade na matéria²⁹, e isso porque a fluidez e a imprecisão que os caracteriza podem facilmente mascarar, em seu revestimento extrínseco, razões escusas e ilegítimas. Daí a importância de ser perscrutada a essência de tais razões.

De fato, não é fácil concretizar conceitos jurídicos indeterminados. Por serem indeterminados, propiciam condutas arbitrárias de alguns administradores públicos. Assim, cresce a tendência moderna de aferir o âmago da vontade administrativa, devendo buscar-se incessantemente os fins estatais que efetivamente se alojem no conceito de *utilidade pública*.³⁰

28 CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1977. p. 148.

29 FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 261.

30 LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1974. t.2, p. 331.

5 Princípio da proporcionalidade

Toda a doutrina moderna tem estudado e desenvolvido a aplicação do princípio da proporcionalidade, não somente no Direito Administrativo, mas também nos demais ramos do Direito. Sua configuração guardou perfeita harmonia com as tendências atuais de delimitar a atuação dos órgãos administrativos e impedir o cometimento de condutas abusivas, nem sempre facilmente identificáveis.

Entretanto, a necessidade de proporcionalizar causas e efeitos já era matéria examinada no âmbito do poder de polícia, e a respeito dela já registrava HELY LOPES MEIRELLES: “*A proporcionalidade entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem em vista, sim, constitui requisito específico para validade do ato de polícia...*”, rematando: “*Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida*” (grifo do original).³¹

De nossa parte, endossamos tal orientação e, ao tratarmos do poder de coerção próprio do poder de polícia, consignamos: “*Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade*”.³²

Sem embargo das múltiplas definições oferecidas pelos estudiosos, cada um deles procurando realçar determinado vetor, pode afirmar-se, com singeleza, embora objetivamente, que o princípio da proporcionalidade é aquele que reclama um padrão médio de compatibilidade entre os motivos do agente público e o objeto de sua atuação, permitindo-se ao intérprete desconsiderar a conduta quando evidente e irrazoavelmente incompatível essa relação. A idéia central do princípio, pois, não apresenta qualquer mistério que afugente o exegeta.

O princípio decompõe-se em três aspectos (por alguns denominados de *subprincípios*) que formam seu lineamento. O primeiro deles é a *adequação*, pela qual se verifica se a conduta

31 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 139.

32 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 83.

tem aptidão para alcançar os fins a que se destinou. O segundo é a *exigibilidade* (ou *necessidade*), significando que o Poder Público, entre várias alternativas para chegar ao resultado, deve optar pela menos gravosa para a pessoa. O último é a *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se afere a relação custo-benefício da conduta, vale dizer, exige-se a verificação de que o gravame não é excessivo diante da vantagem obtida com o resultado.³³

Não há qualquer dúvida de que a aplicação do princípio da proporcionalidade reduz o âmbito de liberdade do administrador público no que toca à prática de atos administrativos, sobretudo aqueles em que a lei lhe confere o poder de discricionariedade. Observe-se, contudo, que não se trata de instrumento que coloque barreiras ao exercício da função administrativa, e nem poderia sê-lo, na medida em que ela é desempenhada em prol dos administrados. Seu escopo, ao contrário, é o de impedir que tal função seja exercida de forma abusiva e, o que é mais grave (e freqüente), com falso revestimento de legalidade. Configura-se, pois, como verdadeiro mecanismo de controle dos atos discricionários, exatamente aqueles em função dos quais foram cometidas irreparáveis arbitrariedades.

Por conseguinte, é acertada a observação de que “*como algo mais do que vedação de excessos, exige, portanto, uma constante ponderação do administrador público e de quem controla seus atos, contratos e procedimentos*”.³⁴ Significa que o administrador público nem pode conduzir-se com doloso desvio de finalidade nem pode deixar de valorar sua conduta com os elementos que compõem o princípio da proporcionalidade. Isso demonstra que não pode atuar como mero autômato: na verdade, representa os interesses da coletividade e, sendo assim, cabe-lhe realmente adotar todas as providências para que sua conduta não sacrifique desnecessariamente direitos dos administrados.

Nunca é demais acentuar que os poderes administrativos são conferidos aos administradores públicos para a consecução dos

33 Vide a respeito SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 87 - 89.

34 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

fins constitucionais. *“Portanto, suas prerrogativas”*, como já averbou, com razão, estudioso da matéria, *“possuem uma característica dúplici: um caráter de império e um caráter de obrigação”*.³⁵ Infere-se, desse modo, que jamais terá o administrador público inteira e total liberdade de desempenhar sua função. Trata-se de situação que renderia ensejo à prática do arbítrio, com usual violação aos direitos dos administrados. Sua atuação, assim, há de desenvolver-se apenas dentro dos *standards* que corresponderem efetivamente aos poderes que a lei lhe conferiu. Essa é a legitimidade que se espera de sua atuação.

As linhas que demarcam o princípio da proporcionalidade, no entanto, não têm sido examinadas, como regra, em relação ao instituto da desapropriação. Não obstante, tal exame terá inteiro cabimento e pertinência, mormente porque a desapropriação representa a mais drástica arma empregada pelo Poder Público para atingir o direito de propriedade. E isso se faz mais necessário ainda na medida em que o procedimento expropriatório é agasalhado na legislação como ensejador de soluções rápidas em favor do expropriante, quase sempre deixando o titular da propriedade sem meios para defender-se contra o Leviatã. Se é verdade que o proprietário, às vezes, usa de sua defesa para procrastinar o andamento de processos, não é menos verdadeiro que, em outras situações, a defesa pode demonstrar a ilegitimidade da ação estatal.

Daí a necessidade de, sucintamente, alinhar-se algum comentário sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no que tange à desapropriação.

6 Controle expropriatório e princípio da proporcionalidade

Ao se admitir que a Administração decline vagamente a existência de utilidade pública para fins de desapropriação e que, também vagamente, sinalize que o embasamento legal

35 É como anota OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 131.

se situa, por exemplo, no art. 5º, “e”, do Decreto-lei 3.365/41 (criação e melhoramento de centros de população), nenhuma garantia seria atribuída ao proprietário. A razão é simples: por trás dessas justificativas bem pode haver arbitrariedade por parte do expropriante. Fica evidente, assim, a necessidade de o intérprete afastar-se dos *motivos genéricos* (*motivos de primeiro e de segundo planos*) para centrar-se no *motivo real*, ou seja, naquela justificativa que efetivamente mobilizou a intenção do administrador público de promover a desapropriação.

Não bastam, entretanto, os enquadramentos constitucional e legal. Por sua generalidade, são eles inidôneos para propiciar a busca da *verdade real* da Administração. Cabe, então, examinar a *providência administrativa concreta* a ser implementada após ultimada a desapropriação (*motivo de terceiro plano*). É a verificação desse motivo que permite a constatação do elemento impulsionador da vontade administrativa.

Toda essa análise encontra ressonância no próprio instituto da desapropriação. Longe estamos de admitir qualquer ingerência na atividade do administrador público. Pretende-se apenas impedir que aspectos meramente formais sirvam de valhacouto para condutas arbitrárias e ilegais da Administração, com prejuízos normalmente irreparáveis para o titular do domínio – o qual, como já se viu, também é alvo da tutela constitucional relativamente aos direitos fundamentais.

Aliás, mais do que pertinente é a lição do saudoso SEABRA FAGUNDES: “*Em vista disso, o direito de desapropriação, do modo por que hoje se apresenta, rigorosamente delimitado pelo Direito Positivo, pode ser considerado, do ponto de vista histórico, como uma garantia assegurada ao direito privado de propriedade*”. Completa seu pensamento com a afirmação: “*Condicionando-se a subsistência da propriedade particular ao interesse coletivo, se lhe criam restrições, mas, por outro lado, pondo-se limites à ação desapropriadora do Estado, se lhe assegura relativa intangibilidade*”.³⁶

36 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 333.

O controle expropriatório, todavia, não mais pode cingir-se à constatação da *veracidade administrativa*, isto é, à verificação da existência, ou não, de motivos verídicos, sejam eles próximos ou remotos. Se essa verificação se reveste de importância, idêntica importância revela-se, da mesma forma, a verificação da *proporcionalidade entre as causas e o objeto da desapropriação*. Não se trata meramente de investigar a *existência* do motivo; cuida-se de um *plus*: analisar se as causas que conduziram a vontade do administrador estão condizentes com a providência alvitada pelo expropriante. Em outras palavras, cumpre examinar se estão presentes os elementos que compõem o princípio da proporcionalidade, dentro do processo expropriatório.

É preciso, pois, distinguir: o controle da *existência* e da *veracidade* do motivo e do objeto expropriatórios é uma coisa; o controle da *adequação* do processo de desapropriação aos fins desejados pelo Poder Público é outra inteiramente diversa. É justamente em relação a essa última hipótese que se afigura necessário aplicar-se o princípio da proporcionalidade. Na verdade, pode haver existência e veracidade dos motivos e do objeto, sem que esteja presente a proporcionalidade da conduta administrativa.

Reconhecida doutrina já assentou que, sob o influxo do princípio da proporcionalidade, o poder retrata o dever de agir e de impedir a omissão, “*de maneira a universalizar a coexistência proporcional das múltiplas liberdades e propriedades*”.³⁷ Resulta, pois, que, sendo suficiente a servidão administrativa, não há por que ser promovida a desapropriação.

Torna-se, portanto, necessário proceder à análise de forma pontual, vale dizer, à medida que surge a hipótese concreta sob apreciação. Cada hipótese tem suas linhas particulares, de modo que é à luz do que elas registram que o intérprete deve concentrar-se. Por esse motivo é que a razoabilidade (e também a proporcionalidade) só estará presente se houver um correto enquadramento dos motivos, exigindo-se que sejam eles adequados às finalidades administrativas.³⁸

37 FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

38 NOHARA, Inere Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 157.

O controle expropriatório exercido pela aplicação do princípio da proporcionalidade reclamará o exame dos três elementos componentes do princípio.

Primeiramente, caberá ao intérprete verificar se a desapropriação condiz com o componente da *adequação*. Aqui é preciso analisar se o motivo da desapropriação guarda consonância com os fins almejados pela Administração. Um exemplo pode esclarecer essa forma de controle. Se o Poder Público aponta como motivo expropriatório a necessidade de dividir uma área em terrenos menores para oferecê-la a possuidores, sendo essa área incluída em região de proteção ambiental, ausente estará a adequação, porque o motivo invocado pelo administrador não se mostra adequado ao fim por ele pretendido. Desse modo, embora possa estar formalmente legitimada, a desapropriação, na referida hipótese, ofende o princípio da proporcionalidade, devendo ser anulada ou, se for o caso, interrompida.

O segundo aspecto a ser analisado é o relativo à *exigibilidade*, que, como visto acima, tem o sentido de considerar abusiva a conduta administrativa de caráter restritivo quando a restrição provocar maior gravame aos indivíduos do que a Administração precisaria para alcançar a sua finalidade. Em outras palavras, a meta administrativa deve ser perseguida com a menor densidade possível do ônus a ser imposto aos indivíduos. É nesse aspecto específico que se vislumbra a proporcionalidade reclamada na ação administrativa.

Sirva de exemplo para a ofensa ao princípio, no que tange ao componente da exigibilidade, a desapropriação processada com o objetivo de instalação de equipamentos técnicos para certo serviço público, quando para esse objetivo seria bastante a imposição de servidão administrativa. Esse instrumento, cujo ônus para o proprietário tem menor densidade, seria suficiente para o fim administrativo, sendo, portanto, excessivo o recurso ao processo expropriatório. No fundo, pretende-se evitar que o emprego do poder administrativo traduza mero desprezo aos bens particulares afetados, numa conduta de total insensibilidade perante o direito dos administrados.

O último componente do princípio a ser verificado reside na *proporcionalidade em sentido estrito*, devendo ser observado se

as vantagens a serem obtidas pela conduta administrativa superaram efetivamente as desvantagens. De fato, a vantagem por si só não indica que tenha que ser conquistada de qualquer modo. Afinal, se, em certa ação, desvantagens têm maior densidade que as vantagens, estas acabam por converter-se naquelas. Nesse ponto, assiste razão a CANOTILHO: *“Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”*.³⁹

Vulnerado estaria esse componente, por exemplo, se a desapropriação tivesse por alvo a instalação de equipamentos de diversão infantil em local ocupado por vários proprietários de baixa renda. As desvantagens relativas à perda desses proprietários em muito superariam as vantagens decorrentes do objetivo alvitrado pela Administração, sobretudo quando se pode supor que esse objetivo poderia ser alcançado em outros locais. Haveria, por conseguinte, nítida violação ao princípio da proporcionalidade.

Todos esses componentes (ou subprincípios) do princípio da proporcionalidade devem ser ponderados em qualquer desapropriação. Somente assim será relegado a segundo plano o revestimento meramente formal da desapropriação - elemento de grande poder indutivo - para ser levado em conta o outro direito protegido em sede constitucional: o direito de propriedade. Sem a ponderação de todos esses aspectos, estará o intérprete admitindo sempre a prevalência do direito estatal expropriatório em detrimento do direito de propriedade, esquecendo-se, decerto, de que o primeiro representa a interface deste último.

É certo que a doutrina clássica nunca deixou de considerar a sindicabilidade do motivo e do objeto na desapropriação, bem como dos demais requisitos de validade dos atos administrativos em geral. Assim, era possível perscrutar-se a ilegalidade pelo exame do agente e da forma, e também do objeto, dos motivos e da finalidade.⁴⁰ Contudo, o controle dessa natureza não abrange todos os elementos suscetíveis de ponderação. Essa é

39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina, Coimbra, 1998. p. 265.

40 CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários às leis de desapropriação*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 215 - 217.

a razão por que se tem desenvolvido a aplicação do princípio da proporcionalidade: por meio dele é possível espolhar todos os elementos do processo expropriatório e, principalmente, levar em consideração outros princípios com os quais o da desapropriação possa colidir.

Da mesma forma, é certo que os estudiosos antecipavam a eventualidade da prática de *desvio de finalidade*, este considerado o comportamento que, com aparência de legítimo, retrata a real intenção de favorecer ou prejudicar determinada pessoa. Merece endosso, pois, a advertência de VILLEGAS, segundo o qual esse desvio ocorre “*cuando resulta claro y manifesto que el Estado, so color del ejercicio del poder expropiatorio, lo que realmente hace es quitar a una persona la cosa de que es propietaria para dársela a otra, en su exclusivo provecho patrimonial, como dádiva, es decir, sin beneficio público alguno*”.⁴¹

Entretanto, mesmo sendo reconhecido que o desvio de finalidade se revela por meros indícios denunciadores, e quase nunca por comprovação ostensiva, ainda assim o controle sobre tal ilegalidade tem menor amplitude do que o exercido pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Neste, o foco não é o exame da legalidade estrita, mas sim da *legitimidade genérica*, por meio da qual não bastam os suportes fático-reais de análise, tendo o intérprete que se socorrer da ponderação de valores, que permite o exame do âmago do ato, isto é, de seu centro vital.⁴²

Pode mesmo afirmar-se, sem medo de errar, que a aplicação do princípio configura-se como poderoso instrumento de proteção a direitos e garantias fundamentais no confronto com as ações e os procedimentos da Administração Pública.

7 Um caso emblemático

As idéias, como regra, consubstanciam-se no terreno das abstrações e, por isso mesmo, os casos concretos a serem nelas subsumidos não assumem expressiva relevância; apenas se

41 VILLEGAS, A. Walter. *Régimen jurídico de la expropiación*. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 46 - 47.

42 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 209 - 210.

estuda seu enquadramento ou não. Mas, em certas situações, não parece despidendo mencioná-los, mormente quando altamente questionáveis e inusitados.

Necessitando ampliar os espaços para instalar seus órgãos, dado o crescimento de seus misteres legais, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, obviamente personalizada pelo respectivo ente federativo, ajuizou ação de desapropriação de um prédio comercial no centro urbano da cidade do Rio de Janeiro, prédio esse totalmente ocupado por instituições financeiras, estabelecimentos comerciais, profissionais de diversos setores de prestação de serviços (advogados, contadores, etc.) – alguns deles proprietários e outros locatários. Enfim, um prédio comercial dentre tantos outros situados no perímetro urbano.⁴³

Todos sabem que os expedientes adotados pelo Poder Público para ampliar os espaços de suas repartições são de variada natureza. Os órgãos estatais procuram fazer permutas, alugar espaços, firmar cessões de uso, postular a ocupação de salas, andares e prédios desativados, ou até mesmo construir prédios próprios para instalar seus serviços; no máximo, chegam à desapropriação de terrenos ou áreas livres. Entretanto, nunca (ou, ao menos, quase nunca) recorrem à desapropriação de prédios utilizados por pessoas profissionais do setor privado. Simples lógica explica o fato: desapropriação desse tipo produz gravames despropositados aos usuários do edifício comercial, além de denunciar atividade notoriamente egoística por parte do Poder Público.

Sobre esse fato, tivemos a oportunidade de consignar que não se pode dissociar a finalidade (no caso, a destinação do prédio) dos motivos que conduziram à decisão de desapropriar. Na verdade, seria necessário conhecer, de modo translúcido, qual a justificativa para a escolha exatamente *daquele edifício*. Aditamos, ainda, a particularidade de que, em casos como esse, há de exigir-se a *inversão da prova*, vale dizer, a imposição no sen-

43 Proc. nº 2008.001.085808-2, da 3ª Vara de Fazenda da Capital do Rio de Janeiro.

tido de que o expropriante esclareça qual a justificativa para que exatamente *aquele prédio* fosse o objeto da desapropriação.⁴⁴

Em nosso juízo, tal hipótese retrata abuso de poder e evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade. Essa é a razão de termos afirmado ser “*absolutamente ilegítimo que, para expandir sua área administrativa, o Poder Público simplesmente faça recair sua escolha em edifício comercial no centro da cidade, cujos usuários e proprietários estejam em pleno exercício de suas atividades profissionais, sobretudo quando há solução menos gravosa para os administrados*” – premissa que nos fez concluir ter sido realmente vulnerado o aludido princípio.⁴⁵

Com efeito, o problema a ser enfrentado nesse caso é o de que, formalmente, a desapropriação é escoreita. Na verdade, presentes estão os motivos de três planos: o pressuposto constitucional, o enquadramento da lei expropriatória e a justificativa genérica da providência a ser adotada no edifício. Todavia, ao recorrer-se à aplicação do princípio da proporcionalidade, infere-se, com facilidade, ser totalmente ilegítima a desapropriação na hipótese.

Se analisarmos os subprincípios da proporcionalidade, apenas um deles poderá considerar-se presente: a *adequação*, com o sentido de que a desapropriação, em tese, constitui meio adequado para alcançar o fim administrativo, no caso a expansão dos espaços do órgão em foco.

Faltantes, porém, estarão os demais. Assim é que, para o fim alvitrado pelo Estado do Rio de Janeiro, o emprego ao instituto da desapropriação foi desproporcionalmente gravoso aos proprietários e usuários do edifício desapropriado, relativamente à meta de ampliar espaços administrativos. De fato, não há qualquer indício de bom-senso nesse tipo de ação. A conclusão, pois, é a de que não se encontra o componente da *exigibilidade*, que leva em consideração a dimensão do gravame imposto aos administrados.

44 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 776.

45 Op. cit., loc. cit.

Ademais, ausente também está o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, que resulta da ponderação entre as vantagens e as desvantagens da ação administrativa. Ao sopesar-se os valores em jogo, qualquer intérprete terá por certo que as desvantagens decorrentes da desapropriação superam em muito as vantagens dela derivadas: se é importante ampliar espaços administrativos, muito mais o é resguardar-se o direito de proprietários em relação à sua propriedade e de profissionais em relação a seu trabalho – ambos valores de indiscutível fundamento constitucional.

Embora os prejudicados tivessem se insurgido contra semelhante processo, a verdade é que a desapropriação, em regra, traduz mecanismo pelo qual o Estado “atropela” os proprietários, ficando esses praticamente inermes diante do poderoso instrumental público, constantemente pleno de prerrogativas e quase despido de deveres, ônus e obrigações.

Isso sem contar com o precedente. Com efeito, seria de indagar-se que tipo de segurança pode ter os titulares do direito de propriedade e os profissionais em geral se o Estado decide, *aleatoriamente*, desapropriar outros edifícios comerciais ou residenciais, sem qualquer critério técnico ou administrativo, simplesmente porque a edificação se situa no centro urbano da cidade. Viveriam todos certamente sob a espada de Dâmocles.

O fato é que, analisada sob o manto do princípio da proporcionalidade, a hipótese ora referida estaria a desafiar a anulação da desapropriação ou, ao menos, a interrupção do processo expropriatório, o que resultaria, sem dúvida, da sindicabilidade judicial sobre a legitimidade da ação administrativa. Refoge ao presente trabalho estudar a forma de enfrentamento da desapropriação, mas o foco da ilegalidade (na essência, e não na forma) é o decreto expropriatório – ato pelo qual o Poder Público declara a utilidade pública ou o interesse social para a desapropriação. É nesse ato, que, por sua vez, emana de um processo administrativo – em cujos elementos pode deter-se o intérprete –, que será encontrada decerto a prova da ofensa à proporcionalidade.

Avulta aqui tomar de empréstimo a lição de JUAREZ FREITAS: “*Em país assimétrico, mostra-se vital que o Estado garanta*

a proteção efetiva ao núcleo dos direitos fundamentais de todas as gerações".⁴⁶ Permitimo-nos acrescentar: quando se protege o núcleo, protegem-se também as suas decorrências.

8 Conclusão

O presente trabalho firmou como premissa o fato de que a desapropriação, direito público estatal, pode conter abuso de poder, por excesso ou desvio, tanto de modo ostensivo quanto de modo simulado.

Impõe-se, portanto, exercer controle rigoroso sobre todos os elementos expropriatórios, principalmente porque o princípio garantidor da desapropriação entra em rota de colisão com o princípio fundamental da garantia da propriedade.

Quando são ostensivos os vícios de legalidade, o controle é facilitado pela imediata localização dos elementos contaminados, de modo que haverá menos complexidade no que toca ao eventual desfecho anulatório.

Entretanto, esse controle não é suficiente e escapa a algumas ilegalidades dissimuladas. Para se exercer controle eficiente sobre esse tipo de ilegalidade, cumpre recorrer ao princípio da proporcionalidade, que propicia a investigação da essência dos motivos e dos fins administrativos, adequando-os à realidade peculiar daquela situação específica.

Mediante a verificação dos componentes do princípio – adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito –, pode o intérprete inferir que, malgrado a aparente legitimidade formal do processo expropriatório, o Poder Público poderá ter vulnerado a proporcionalidade e a ponderação de valores que se reclamam em todas as suas condutas, mormente quando em jogo direitos dos administrados.

Ofende o princípio da proporcionalidade a desapropriação, por utilidade pública, de edifício comercial no centro urbano para ampliação de espaço destinado à instalação de órgãos administrati-

46 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41.

vos, sem que a Administração indique, de forma clara, as razões da escolha *daquele* edifício e *daquela* rua, e isso porque a ação administrativa causa profundo gravame aos proprietários e usuários de salas e grupos de salas, todas ocupadas por profissionais dos mais diversos setores. Cabe à Administração apontar que vantagens podem superar as desvantagens desse imenso prejuízo aos administrados, sob pena de considerar-se ilegítima a desapropriação. Oportuno aqui o adágio romano: “*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*”.⁴⁷

Por fim, cabe lembrar que a desapropriação não pode remeter apenas à idéia do poder que se assegura ao Estado de suprimir o direito de propriedade; deve remeter também à garantia constitucional da propriedade – essa, na verdade, a interface do direito estatal.

9 Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

———. *Comentários ao estatuto da cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários às leis de desapropriação*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

47 “Por direito da natureza é justo que ninguém se locuplete com prejuízo e dano de outrem”.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. 1.

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitária, 1974. t. 2.

LAUBADÈRE, André de. *Manuel de droit administratif*. 10. ed. Paris: LGDF, 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra, Coimbra, 2000. t.2.

NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

VILLEGAS, A. Walter. *Régimen jurídico de la expropiación*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

1.3

O CONTROLE DAS LICITAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

EDGAR GUIMARÃES *

1 O controle do cidadão e do licitante pela via administrativa. 2 O controle pelos Tribunais de Contas. 3 O controle pela via jurisdicional.

Temos acompanhado com tristeza a veiculação diária de matérias em mídia nacional dando conta de inúmeras fraudes cometidas em licitações, fatos que nos fazem refletir sobre aspectos determinantes do controle da Administração Pública e dos artifícios de que se valem aqueles que praticam a corrupção cotidianamente.

É inegável que o ordenamento jurídico vigente oferece vários mecanismos voltados ao controle dos atos administrativos, legitimando, para o seu exercício, não apenas os Tribunais de Contas e o Ministério Público, mas também e, principalmente, os cidadãos.

Em linhas gerais, o controle da Administração Pública pode ser exercido de forma prévia, concomitante ou até mesmo posteriormente à determinada providência administrativa.

Defendemos a idéia de que matérias como as licitações públicas jamais poderão ser objeto apenas de controle finalístico e posterior. Existe a necessidade inafastável de um controle preventivo e concomitante, orientado pela legalidade ampla, evitando-se, dessa forma, inúmeras irregularidades e até atos de corrupção praticados com certa freqüência em competições dessa natureza.

Paradoxalmente à necessidade de implementar os meios de controle, observa-se um considerável desprestígio da lei de

* Advogado. Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor de Direito Administrativo e de Licitações em cursos de Pós-graduação. Consultor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Autor dos livros Controle das licitações públicas, contratação direta: comentários às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação; Coautor dos livros: Cenários do direito administrativo, concurso público e Constituição, pregão presencial e eletrônico, licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06, Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos.

licitações que diariamente é violentada por pessoas inescrupulosas que visam, acima de tudo, à obtenção de vantagens de natureza pessoal, ignorando que, em última análise, o dinheiro público pertence a todos nós, inclusive ao próprio inescrupuloso que obtém o benefício ilegal e indevido.

Percebe-se, ainda, na atual conjuntura, que os instrumentos de corrupção vêm sendo aprimorados e aperfeiçoados em velocidade muito maior que os meios de controle legalmente instituídos. Cabe registrar que não se trata de condenar a atuação dos órgãos de controle. Pelo contrário, os Tribunais de Contas, o Ministério Público e a própria mídia desempenham um papel de fundamental importância nesse cenário.

No que tange às licitações públicas, tornam-se necessários a reformulação e o aperfeiçoamento de seus mecanismos de controle no intuito de se adequar a esta realidade nefasta e expurgar a corrupção generalizada. O controle das licitações, como atualmente é concebido, a pretexto de garantir a legalidade dos atos da Administração Pública por meio de um procedimento burocrático, possibilita a instituição da fraude e da manipulação.

A atuação controladora formalista e posterior do procedimento licitatório impossibilita a prevenção dos eventuais danos causados ao interesse público em consequência de ilegalidades cometidas, ensejando tão-somente a reparação do dano, quando possível, o que, por razões óbvias, não se coaduna com a melhor orientação constitucional no sentido da boa gestão dos recursos públicos.

Outro fator que acaba por acentuar essa deficiência no sistema de controle diz respeito à falta de cultura participativa dos cidadãos e dos próprios licitantes na gestão administrativa. Esses, em sua grande maioria, não têm noção da dimensão e dos poderes que o texto constitucional lhes confere ou, quando a têm, não os empregam de modo a coibir os abusos ou os desvios que possam ser cometidos. Muitas vezes, ainda, tal situação é ocasionada pela total descrença no órgão controlador.

Contribui, também, para o agravamento desse quadro, a falta de estrutura e de aparelhamento dos órgãos de controle, que necessitam ser modernizados e ampliados para corresponder

às novas demandas sociais e adequar-se ao constante e rápido avanço tecnológico.

No atual sistema de controle das licitações, a impossibilidade de um controle efetivo e eficaz da legalidade ampla do procedimento é uma evidência da necessidade de um rápido aperfeiçoamento e alteração dos paradigmas e pressupostos legitimadores da ação controladora, sob pena de vermos proliferadas, ainda mais, a corrupção e a fraude na Administração Pública.

O grande desafio é compatibilizar o passado, burocrático e eminentemente procedimental, com a atual perspectiva do futuro, finalística e gerencial. O equilíbrio entre essas duas vertentes é que determinará o sucesso ou o fracasso na disseminação de uma cultura de moralidade e de probidade administrativa ou, a contrário senso, a manutenção do *status quo* e de uma política fiscalizatória que propicia, em muitas situações, a legalização da fraude.

Partindo dessas premissas, pretendemos, a seguir, registrar algumas considerações que reputamos mais relevantes acerca do controle externo dos procedimentos licitatórios, abordando questões relativas aos legitimados para o seu exercício, bem como os respectivos instrumentos postos à disposição pelo ordenamento jurídico vigente.

O controle externo diz respeito ao controle da função administrativa, podendo manifestar-se em qualquer dos Poderes do Estado. Apresenta-se como instrumento inerente ao Estado Democrático de Direito, possibilitando o controle do poder pelos demais poderes, pelo Ministério Público e pela própria sociedade. Torna-se indispensável para a boa gestão da coisa pública, permitindo a transparência do processo de tomada da decisão administrativa, bem como de suas condicionantes e conseqüências.

Em sede de licitação, o controle externo apresenta grande relevância, pois o certame licitatório constitui procedimento de preparação à futura contratação de bens, serviços e obras, além de necessário à alienação de bens, atos esses que futuramente importarão em considerável comprometimento de recursos pú-

blicos, ou, ainda, ingressos no patrimônio público, o que implica o exercício de um controle efetivo e permanente.

É garantia, não só para a Administração Pública como para o próprio cidadão, do atendimento do interesse público de forma eficaz e adequada com a realidade ensejadora da prestação estatal.

O controle externo poderá se apresentar de diversas formas, assumindo ora uma feição individual, mediante o direito de petição (gênero), considerando-se ainda as impugnações, recursos e, até mesmo, denúncias ao órgão específico (espécies), ora uma feição coletiva, pelo controle social realizado por meio das audiências públicas.

Como se observa, esse é um controle procedimental que, aliado ao controle interno, possibilita mensurar e atribuir valor às decisões da Administração Pública na busca do interesse público a ser atingido de forma ótima, com a maximização dos recursos públicos.

Diante do quadro social e político que se apresenta, o controle externo dos atos administrativos é, sem sombras de dúvida, um instrumento absolutamente atual e necessário, devendo ser aperfeiçoado para fazer frente não apenas à própria evolução natural da sociedade, mas também, e principalmente, às transformações pelas quais passam o Direito Público e notadamente a Administração Pública Brasileira.

Apresentamos, a seguir, algumas formas e os respectivos legitimados para o exercício do controle dos procedimentos licitatórios.

1 O controle do cidadão e do licitante pela via administrativa

O controle exercido pelo cidadão, ou ainda pelos licitantes, no procedimento licitatório, em que pese constituir modalidade de controle externo, acaba por provocar a manifestação da autoridade administrativa e, por conseqüência, o próprio controle interno da Administração Pública.

Muito embora o controle interno possa ser levado a efeito de ofício, em muitas situações, a Administração Pública mos-

tra-se inerte frente a atos mercedores de correção. Esse fato inevitavelmente ensejará uma provocação externa originária tanto do cidadão quanto de licitantes, seja por meio do direito de petição, da participação popular em audiências públicas, da representação ou denúncia ao órgão de controle, seja, ainda, da impugnação ao instrumento convocatório ou da utilização da via recursal.

O controle externo dos atos da Administração Pública em sua versão individual pode ser exercido por qualquer pessoa, mediante o exercício do direito constitucional de petição, estatuído no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Carta Federal.¹ É instrumento que possibilita a insurgência da pessoa física ou jurídica em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, visando restaurar, na via administrativa, a legalidade e a manutenção do Estado Democrático de Direito, afastando, assim, desvios no exercício da função administrativa. A Magna Carta direciona o exercício de tal direito aos Poderes Públicos, não estabelecendo qualquer espécie de restrição quanto à titularidade, assegurando-o a todos, indistintamente.

Por meio do direito de petição tem-se uma provocação da Administração Pública objetivando a modificação de situações tidas por abusivas e ilegais no curso do procedimento licitatório. Dada a importância da sua natureza, encontra-se revestido de absoluta eficácia, pois condiciona a Administração ao oferecimento de resposta devidamente motivada, cuja ausência enseja responsabilidade do agente e, até mesmo, controle jurisdicional pela impetração, e.g., de mandado de segurança. Nas licitações encontra considerável espaço de incidência na medida em que, ao buscar restaurar a legalidade, possibilita o controle de todos os atos do procedimento independente das formalidades processuais inerentes aos recursos administrativos propriamente ditos ou de interesse diretamente afetado.

1 *“Artigo 5º XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”*

Constituem ainda outras formas de exercício do controle externo, em sua versão individual, a impugnação ao instrumento convocatório, a utilização da via recursal e a representação ou denúncia ao órgão de controle externo.

No que se refere à impugnação ao instrumento convocatório, a lei de licitações, assim como os decretos regulamentadores do Pregão, fixam a sua tratativa disciplinando, dentre outras coisas, legitimidade, prazos e casos em que se aplica. O objetivo desse instrumento é a preservação do interesse público mediante o controle da legalidade do ato convocatório, garantido-se, assim, a competitividade no certame e a regularidade de todo o procedimento. Tanto o licitante quanto qualquer cidadão possuem legitimidade para interpor impugnação a ato convocatório em face de ilegalidade, havendo prazos diferenciados para cada um destes sujeitos ativos².

Ao se admitir que qualquer pessoa possa se utilizar desse instrumento apresenta-se forçoso assinalar que o seu exercício não depende da demonstração de interesse jurídico específico na questão, pois o que está em pauta não é a simples violação a direitos, mas, conforme o próprio texto constitucional define, o expurgo de ilegalidade ou o abuso de poder, fundamentado em interesse público de amplíssimo conteúdo, preservando-se, assim, a unidade e a coerência com a ordem jurídica. Dessa forma, apresenta-se a Lei nº 8.666/93 como instrumento de participação popular na gestão administrativa, possibilitando o controle externo a respeito da conformação das cláusulas do ato convocatório com o ordenamento jurídico.

Em relação à via recursal como instrumento de controle externo individual da licitação, surge para o licitante a possibilidade

2 Lei n.º 8.666/93, "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 1º. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113. § 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. § 3º. A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente". Ver ainda Decreto 3.555/00 e Decreto 5.450/05.

de utilização de recursos administrativos, mais especificamente o recurso hierárquico e a representação³.

O objetivo da utilização dos recursos administrativos, da mesma forma que a impugnação ao ato convocatório, é a preservação do interesse público e a garantia da legalidade e competitividade em todo o procedimento mediante o reexame do ato recorrido pela Administração Pública. No entanto, por se tratar de instrumento endereçado ao licitante, visa também à permanência deste na competição em condições igualitárias aos demais competidores, constituindo-se, assim, em objetivo específico deste sujeito ativo da relação recursal.

A legitimidade para sua utilização fica restrita à pessoa do licitante, não importando sua condição (habilitado ou não, classificada a sua proposta ou não), havendo a necessidade da existência de interesse recursal derivado de decisão lesiva ao seu interesse.

No exercício desse controle, a Administração Pública recorrida está obrigada a instaurar o devido processo legal, assegurando o contraditório e a ampla defesa a todos os envolvidos na relação recursal na forma do artigo 5º, LV, da Constituição Federal⁴, em respeito ao direito de petição.

Por meio dessas duas modalidades de recurso administrativo, tem-se um controle amplo de todos os atos praticados no curso da licitação.

Quanto à representação ou denúncia aos órgãos de controle, tanto o cidadão quanto o licitante são legitimados ao exercício dessa espécie de controle, podendo peticionar aos Tribunais de Contas informando o objeto das irregularidades em licitações, no intuito de verem restabelecida a legalidade no competitivo.

3 Lei n.º 8.666/93, "Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: a) habilitação ou inhabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei. f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa; II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico; III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato."

4 "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Já em sua versão coletiva, notadamente para licitações de grande vulto, o controle externo poderá se exteriorizar por meio das audiências públicas que funcionam como meio de publicidade e transparência da futura contratação, objetivando a discussão da sua oportunidade por parte da sociedade, especialmente em face da grandiosidade do comprometimento dos recursos públicos. A sua previsão encontra-se encartada no artigo 39 da Lei de Licitações⁵, constituindo inegável expressão do direito de participação, com fins à primordial preservação do interesse público⁶. É meio de controle que irá instaurar a discussão acerca da legalidade e da conveniência da futura contratação que se dará pela via do certame licitatório, permitindo à Administração Pública avaliar os anseios da coletividade em vista de determinado interesse, possibilitando a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e democratizando a gestão administrativa.

A legitimidade desse direito de participação, consoante o disposto na lei de licitações, é outorgada a todos os interessados, entendidos como qualquer pessoa física ou jurídica, independente do atributo da cidadania ou qualidade de licitante. É esse o único entendimento possível de se subtrair do dispositivo legal em questão, pois a lei determina que *todos os interessados* terão acesso e direito às informações e poderão se manifestar, não cabendo à Administração restringir discricionariamente a participação, por encontrar-se jungida à lei.

2 O controle pelos Tribunais de Contas

O controle dos atos da Administração Pública tem origem na Constituição Federal, notadamente no que se refere à fiscaliza-

5 "Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados".

6 Sobre o tema, ver artigo de FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração pública consensual a audiência pública e sua finalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 8, nov. 2001, o qual poderá ser acessado no endereço eletrônico www.direitopublico.com.br.

ção contábil, financeira e orçamentária, conforme inteligência do artigo 70 e seguintes.

Por orientação constitucional, o controle externo da função administrativa a cargo do Poder Legislativo exercido pelos Tribunais de Contas é amplo⁷, abrangendo os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade⁸, oportunidade, finalidade e eficiência.

A Corte de Contas, no exercício de sua função institucional, deve verificar a adequação entre os pressupostos de fato e os pressupostos de direito que ensejaram a escolha administrativa, constatando, ainda, a existência do desvio de finalidade ou abuso de poder.

Não se objetiva a substituição do administrador pelo Tribunal de Contas no processo de fiscalização da decisão administrativa. O que se defende é a análise das circunstâncias que levaram à referida decisão e que fundamentaram os critérios de oportunidade e conveniência utilizados pelo agente público.

O exame realizado pelas Cortes de Contas ultrapassa a análise meramente burocrática. Verifica não só os elementos formais que norteiam o processo de despesa, como também a relação custo-benefício, a aferição da atuação ótima das ações administrativas, a mais rentável possível em se considerando o interesse público envolvido, a legitimidade do ato e a conse-

7 Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que “a ilegalidade de uma despesa não decorre, apenas, da ausência de verba própria, da ubiquação em rubrica errada, pois a legalidade de uma despesa depende da observância de inúmeros requisitos. Eis porque sua análise pressupõe o amplo e complexo exame de todos os requisitos de validade do ato administrativo; vale dizer da completa lisura dos pressupostos de validade do ato que se conduz à despesa... Do instante em que se alarga a ação do Tribunal de Contas, como é de direito, para uma investigação dos atos que conduzem à despesa, ultrapassando o plano pedestre do mero confronto quanto a rubricas e análises da simples completude formal de documentos, não há como ou porque conter a mais completa investigação de licitude dos atos estatais que redundam numa despesa.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Tribunal de Contas e sua jurisdição. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, p. 124 - 125, jun. 1982).

8 A Constituição Federal, ao definir legitimidade e economicidade como critérios para o exercício do controle da Administração Pública, conferiu aos órgãos de controle a possibilidade de fiscalizar todos os aspectos que norteiam, tanto de forma direta quanto indireta, o espaço de atuação do gestor da coisa pública, não se cingindo apenas à relação custo-benefício, ponto crucial da economicidade, mas também a observância da maior rentabilidade possível para o ato praticado. A conjunção destes dois elementos proporciona o plus citado por Lucia Valle Figueiredo e caracteriza a legitimidade do ato, “um colorido de algo que não está só vazado na lei mas que vazado na lei tem um plus, quer dizer, executa algo vazado na lei mas legítimo no sentido de condizente, respondendo aos apelos populares” (FIGUEIREDO, Lucia Valle. Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. *Revista de Direito Público*, v. 94, n.184, set. 1989). Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar da discricionariedade dos atos administrativos e da finalidade da lei, insere a economicidade como critério de controle de tais atos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Iniciativa privada e serviços públicos. *Revista de Direito Público*, v. 98, abr./jun. 1991).

qüente relação de adequação de seu conteúdo, enfim, a investigação do ato em sua intimidade.

A Lei nº 8.666/93, ao tratar do controle externo das licitações, disciplina tal questão em seu artigo 113 e parágrafos, estabelecendo, como critérios do referido controle, a legalidade, a regularidade da despesa e sua execução e o combate às irregularidades na aplicação da referida lei, nos termos da Constituição Federal⁹.

Em sede de licitação, esse controle pode ser exercido de três formas: pelo regular exercício da função fiscalizadora atribuída ao Tribunal de Contas¹⁰; mediante provocação por qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado, os quais poderão representar ou denunciar àquele Tribunal, em face de irregularidades na aplicação da Lei nº 8.666/93, conforme § 1º, do artigo 113, e do § 2º, do artigo 74, da Constituição Federal¹¹; e, ainda, por meio da análise prévia dos atos convocatórios pelas Cortes de Contas, conforme o § 2º, do artigo 113, daquele Diploma Legal.

3 O controle pela via jurisdicional

Além das formas mencionadas de controle das licitações, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação por parte do Poder Judiciário¹². Assim, surge a figura do controle jurisdicional dos certames licitatórios.

9 "O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. § 1º. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para fins do disposto neste artigo. § 2º. Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas."

10 Tal modalidade de controle é exercida mediante a regular e cogente análise de todos os atos administrativos que envolvam aplicação de recursos públicos.

11 "Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União."

12 "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;"

Não resta qualquer dúvida, quer no plano doutrinário, quer no jurisprudencial, da incidência desse controle que foi alargado e fortalecido, a partir da Carta de 88, cujo texto constitucional fundamenta a revisão judicial não só em relação à lesão de direito, mas também em relação à ameaça desta.

Essa espécie de controle poderá ser provocada pelo cidadão, por qualquer licitante e, ainda, pelo Ministério Público, apresentando-se todos como legitimados para o seu exercício. Tal amplitude se justifica em razão da natureza dos interesses envolvidos e da necessidade de se possibilitar o mais amplo controle dos atos administrativos.

No exercício desse controle, o Ministério Público encontra papel de destaque, o que pode se observar pelas competências constitucionalmente atribuídas, como também da inteligência do artigo 101, da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece a sua legitimidade para o controle judicial das licitações, especialmente em relação aos crimes definidos pela lei.

Notadamente em matéria de licitação cabe, desde logo, mencionar alguns dos principais instrumentos de ação do controle jurisdicional: mandado de segurança, ação popular e ação civil pública.

A via mandamental é, indiscutivelmente, um dos instrumentos de ação mais ágeis na reparação de atos ilegais ou de abuso de poder, em face de seu rito sumário e da natureza da matéria tutelada. Trata-se de garantia constitucional que constitui meio ou instrumento de tutela de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de suas funções, seja por ilegalidade, seja por abuso de poder. É disciplinado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LXIX e LXX, e pela Lei nº 1.533/51¹³.

No que tange à ação popular, a legitimidade para sua propositura é conferida a qualquer cidadão na posse e gozo de seus direitos políticos. O sujeito ativo atua em nome de um interesse

13 "Artigo 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for, ou sejam quais forem as funções que exerça."

da coletividade. É movida contra qualquer pessoa ou entidade que pratique atos lesivos ao patrimônio público, histórico, cultural. É disciplinada pela Lei nº 4.717/65. No âmbito das licitações, tal remédio jurídico funciona como instrumento de controle da legalidade em sentido amplo, não se destinando diretamente à proteção de direitos individuais, mas à tutela da própria ordem jurídica e, especialmente, ao controle do correto emprego dos recursos públicos e da preservação do patrimônio público.

De igual forma, a ação civil pública é instrumento pelo qual o Ministério Público postula judicialmente a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor, de interesses difusos e coletivos. Pode ser proposta em caso de lesão ou ameaça de lesão, tendo sua disciplina estabelecida pela Lei nº 7.347/85.

Após o advento da Constituição de 1988, notadamente quanto ao disposto no artigo 129, § 1º, e artigo 5º, inciso LXXIII, a diferença entre a ação civil pública e a ação popular resume-se à legitimidade para a propositura, que é de todo cidadão na ação popular e, na ação civil pública, só do Ministério Público, União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista, Defensoria Pública e associações constituídas há pelo menos um ano que tenham por finalidade a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No campo das licitações, a utilização da ação civil pública possibilita um controle jurisdicional eficaz das ações administrativas, exercitado mediante uma saudável e permanente atuação do Ministério Público na fiscalização da aplicação da lei.

Tanto a ação popular quanto a ação civil pública são poderosos instrumentos de controle externo no combate à lesividade aos cofres públicos, notadamente pela possibilidade de suspensão liminar de atos do procedimento licitatório, que evita a reparação futura de eventuais prejuízos e garante o interesse da coletividade.

É certo que o controle jurisdicional não pode se limitar à mera averiguação da legalidade estrita, mas deve ir além, controlando a legitimidade do ato, a discricionariedade e a sua razoabilidade.

Isso não significa, contudo, que possa avançar as fronteiras do mérito do ato administrativo¹⁴.

Em matéria de licitações, o dito controle encontra um vasto campo de incidência, seja sobre os seus aspectos vinculados, seja nas estritas hipóteses de discricionariedade administrativas existentes ao longo do procedimento, apresentando-se como importante instrumento de controle da legalidade ampla. Porém, não se deve olvidar que o seu exercício não poderá desbordar dos limites da jurisdição, e assim paralisar arbitrariamente as ações administrativas. Tal entendimento se justifica em razão de que os interesses públicos envolvidos no certame licitatório normalmente visam atender a uma necessidade da coletividade ou da Administração Pública no exercício da sua função, não podendo sofrer qualquer espécie de ação arbitrária do Judiciário em sede de controle jurisdicional.

Com base nessas considerações sobre os instrumentos de controle das licitações, conclui-se que somente uma legislação repressiva enérgica não basta para conter os desvios de poder, a má gestão dos recursos públicos e a corrupção. Há necessidade de que o instrumental teórico seja utilizado de forma efetiva pelo operador jurídico e por toda a coletividade. É mister a implementação de uma cultura participativa de controle, de uma interação entre Estado e sociedade capaz de imprimir eficácia e eficiência aos atos da Administração Pública mediante a utilização de instrumentos de participação popular concretos e efetivos no processo de fiscalização.

A consequência lógica dessa ordem de idéias seria uma Administração Pública ainda mais transparente e aberta às reivindicações da coletividade, um canal de escoamento de denúncias de irregularidades receptivo aos anseios da sociedade.

14 FERREIRA, Sérgio D'Andréia. *A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional*: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 583 e 584.

1.4

O STF E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

WALBER DE MOURA AGRA*
ISABELA LESSA RIBEIRO **

SUMÁRIO: 1 Contextualização do Étimo Constituição. 2 Nota sobre os direitos fundamentais. 3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 4 Origem da teorética sobre a eficácia dos direitos fundamentais (Caso Lüth). 5 Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 6 Eficácia horizontal na jurisprudência do STF. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 Contextualização do Étimo Constituição

O vocábulo Constituição possuiu diversas concepções ao longo do tempo, algumas bem diferentes da idéia forcejada do racionalismo do século XVIII. Textos anteriores, como a *Magna Charta Libertatum* e os pactos medievais, que muitos autores afirmam terem sido formas rudimentares de leis fundamentais, não podem ser considerados como Constituições.¹ Já no século XVII aparecem textos, como o *Mayflower Pact* (1639) e o *Agreement of People* (1647), que se aproximam do conceito atual de Constituição.² Todavia, esses dispositivos não tinham a intenção

* Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Professor da Universidade Católica de Pernambuco e da ASCES. Professor Visitante do doutorado da Università degli Studi di Lecce. Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.

** Mestranda em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista da PROSUP/CAPES.

1 Esclarece o Professor Nelson Saldanha: "Das discussões inglesas dos séculos XVI e XVII resultaram temas tornados essenciais para o debate político, tais como a competência do Parlamento e do Judiciário, a validade das leis e da autoridade obtida através do consentimento do povo, a constituição como um sistema de poderes em equilíbrio. Das discussões francesas, basicamente as do século XVIII, tomaram corpo outros temas, como sejam, a Constituição como um sistema de poderes divididos, o poder Constituinte como atributo do povo, a soberania nacional como alicerce de todos os poderes. Certamente todas essas questões estavam alimentadas por idéias fundamentais, uma delas a do contrato social". SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 115.

2 "A primeira efectiva aproximação do Constitucionalismo moderno é representada por quatro textos, bem diferentes entre si quanto à forma de elaboração, valor jurídico e conteúdo, mas que parece comungarem da mais antiga radicação do movimento: a faceta religiosa. São eles, com efeito, o *Mayflower Pact* (1620), as *Fundamental Orders of connecticut* (1636), o *Agreement of People* (1647) e o *Instrument of Government* (1653). Não sendo nenhum deles uma autêntica constituição liberal, aí se deverá procurar a mais antiga das suas genuínas raízes, que só desabrochariam efectivamente no século seguinte, na América do Norte, com a *Declaration of Rights* de Virginia (1776), a partir da qual mais de mil flores floriram. E isto porque, além da não suficiente mas necessária forma escrita, se trata de textos eivados do desejo da

de estruturar de forma ampla a vida política do Estado, faltando-lhes uma visão de conjunto, uma vez que eram mais produtos de força para regulamentar interesses específicos.

A Constituição é a *norma normarum, habitat* por excelência dos direitos fundamentais, a morada dos princípios, a sede da soberania. Representa uma tradição constitucionalista, em que o apogeu dos direitos fundamentais sucede ao esplendor da separação de poderes.³

São coisas diversas à justificação dos direitos do homem através de argumentos convincentes e sua plena efetivação, mediante instrumentos constitucionais capazes de protegê-los efetivamente⁴. As características inerentes à substância constitucional dotam seu texto de apanágios que garantem uma densificação de sua força normativa, fazendo com que a normalidade alcance a faticidade. Ou seja, o conteúdo material da *Lex Mater*, densificado pelas prerrogativas do texto jurídico, propicia uma transposição entre o *sein* e o *sollen*.

O processo que desencadeou a crescente constitucionalização de diversos fenômenos jurídicos – atrelado ao amadurecimento da noção de suprallegalidade do texto constitucional – enseja por si só a necessidade de observância dos ditames constitucionais sempre e a possibilidade de se defender a aplicação dos direitos fundamentais não só nas relações verticais entre cidadãos-Estado, mas também nas relações entre cidadãos.

Outrossim, na segunda metade do século XX, operou-se uma transmutação no caráter normativo da *Lex Excelsa*, não sendo mais considerada como “moldura”, e sim ganhando o *status* de uma verdadeira norma jurídica, detentora de toda sua força normativa e apresentando-se como “pacto vivencial da sociedade”. Ela fugiu de ser um simples estatuto do poder político para converter-se em parâmetro de referencialidade normativa,

re-fundação, da aspiração a uma nova ordem, sob o impacto simultâneo da idéia do retorno à pureza dos princípios (corrompidos entretanto) do Cristianismo (tal como cada qual os entendia) e do já crescente mito da ordem e da racionalidade como varinha mágica da organização social”. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Mito e constitucionalismo: perspectiva conceitual e histórica*. Porto: Coimbra, 1990. p. 135.

3 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007-&lng=pt&nrm=isso> Acesso em: 14 maio 2007.

4 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 80.

coagindo, com seu conteúdo, todos os poderes estabelecidos e seus operadores, relegando a concepção de existência de ilhas jurídicas isoladas. Como ilação inexorável, essa força normativa se expande para todos os rincões da vida social.

2 Nota sobre os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais permeiam todas as cartas constitucionais do constitucionalismo⁵ e gozam de uma relevância inolvidável desde seu surgimento. São prerrogativas público-subjetivas previstas constitucionalmente, cuja finalidade é limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.⁶ Essa conceituação destaca a fundamentalidade formal de tais direitos, mas há quem ressalte que o Constituinte os previu numa concepção materialmente aberta (art. 5, § 2º, CF), logo reconheceu a essencialidade material de tais direitos.⁷

A primazia ocupada pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico configura-se de tamanha magnitude que eles são considerados elementos essenciais para que o processo de globalização seja deslocado de um enfoque mercantilista, em que prepondera a *lex mercatoris*, para um enfoque social, em que prepondera o homem e seus interesses.

Definição interessante é a exposta por Gregório Peces-Barba Martínez que, pela extensão dos seus elementos, possibilita uma visão mais abrangente do objeto enfocado: “Os direitos fundamentais são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundados na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, que formam parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado Social de Direito”.⁸

5 DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*: introducción a una historia que necesita ser escrita. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2007.

6 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 92.

8 MARTÍNES, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales*: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 469.

Concordando com o que afirma Juan Maria Bilbao Ubillos, o protagonismo dos direitos fundamentais na cultura jurídica atual parte do pressuposto de que as normas que os reconhece são de aplicação direta e imediata, mesmo tendo um conteúdo principiológico muito aberto e abstrato, tendente a expandir-se por todo o ordenamento jurídico.⁹

O sistema de vínculos substanciais das Constituições, direitos fundamentais, é garantido pela rigidez que as caracterizam e pelo controle de constitucionalidade. O resultado é o surgimento de um novo modelo de direito e de democracia: o Estado Constitucional Social de Direito.¹⁰

Em sociedades cada vez mais complexas – seja em decorrência de distinções culturais, seja em razão de disparidades econômicas –, as prerrogativas de proteção aos cidadãos configuram-se como uma unanimidade, sendo essa uma das principais características das Cartas políticas modernas. São utilizadas como instrumentos de harmonização social, fazendo com que cada cidadão identifique-se e sinta aderência com a organização política vigente. Uma sociedade que não ostenta os direitos fundamentais plenamente efetivos é povoada por conflitos e litigâncias, destituída de um tecido social homogêneo e coeso.

Tradicionalmente, eles foram concebidos como uma limitação à atuação do Estado, assegurando uma esfera de liberdade aos cidadãos. Hodiernamente, especialmente em Estados periféricos e desiguais como o Brasil, não são os órgãos estatais que são os Leviatãs modernos, passando a desempenhar esse papel entes privados, que respondem pela maioria dos serviços por intermédio de delegação do Poder Público. Em virtude da mitigação do Estado e do avultamento da iniciativa privada, os maiores acintes aos direitos fundamentais têm sido perpetrados por entes extra-estatais, modificando o enfoque do Estado Leviatã.

9 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 166.

10 FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales: cuestiones constitucionales*. México: IJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard5.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2007.

Urge, portanto, a construção de uma teoria que ateste a oponibilidade dos direitos fundamentais também contra a seara privatista, adequando os subsídios teóricos às novas realidades que afligem a cidadania. Sustenta-se, devido à crise pela qual passa o Estado e pelo fato da maior ameaça às prerrogativas dos cidadãos partirem de conglomerados privados, que a incidência dos direitos fundamentais ultrapasse a seara das relações estado-cidadão (relação vertical devido ao *jus imperii* estatal) para atingir a seara de relações cidadãos-cidadãos (relação horizontal em relação à simetria entre os cidadãos).

3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A expressão semântica supra-assinalada designa o fenômeno de expansão da incidência normativa dos direitos fundamentais, ultrapassando os limites das relações públicas. O étimo eficácia horizontal é impreciso, haja vista que pode abranger relações entre os cidadãos e o Estado, e não apenas entre cidadãos e cidadãos. A expressão alemã *Drittwirkung* significa eficácia externa ou em relação a terceiros.¹¹

A sua função não é somente de complementar as regras jus-privatistas em caso de lacuna, o que é por demais admitido pela doutrina e jurisprudência, mas advogar que o *pacta sunt servanda* não pode configurar-se como um estorvo para a efetividade de mandamentos constitucionais. O individualismo orgânico proposto por Hayek, bem como a *lex mercatoria* hodiernamente vigente, não são suficientes para criar um *apartheid* normativo, no que forceje uma dualidade de jurisdição e enfraquece o ordenamento jurídico.

Frige-se que os únicos direitos fundamentais que não apresentam eficácia horizontal são aqueles cujo principal destinatário é o Estado, como no caso dos direitos de nacionalidade e direitos políticos. Nas demais espécies, mesmo aceitando sua variação em diversos âmbitos de proteção, com juridicidade e complexidade diversas, postula-se a concretude do *Drittwirkung*.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 125.

Toda essa discussão ganha dimensão em virtude de que, cada vez mais, as relações entre particulares, teoricamente estabelecida sem a utilização do *jus imperium*, são marcadas pela utilização do poder sócio-político-econômico, desequilibrando a simetria processual em desfavor dos hipossuficientes de cada caso concreto. A igualdade jurídica plena entre os cidadãos deverá ser acompanhada pela igualdade fática na paridade de recursos aos meios disponíveis de defesa. Caso contrário, transforma-se em uma relação assimétrica, em que os mais aquinhoados financeiramente – grandes corporações e empresas – sempre levam vantagens.

A tese esposada no presente trabalho é que os direitos fundamentais apresentam igualmente uma eficácia incidente no Direito privado, mesmo reconhecendo algumas distinções entre as esferas públicas e privadas.

Na discussão brasileira, afora o valor cogente da Constituição, o principal argumento nesse sentido é que o art. 5º, § 1º, do texto de 1988, solenemente dispôs que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Dessa forma, por expressa previsão constitucional, o debate sobre *Drittwirkung* seria um tanto despiciendo devido à força normativa da Constituição e à garantia da suprallegalidade para protegê-la contra atos inconstitucionais. Pensar em sentido contrário seria admitir a possibilidade de afronta à Constituição.

4 Origem da teorética sobre a eficácia dos direitos fundamentais (Caso Lüth)

A possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem por marco apriorístico a decisão emblemática do Tribunal Federal Alemão no caso Lüth, que se tornou um dos julgamentos mais comentados desse Tribunal¹². Em 1958, a Corte

12 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 264. A decisão também é parte da seleção de julgados do Tribunal Federal Alemão organizada por Leonardo Martins, vide: MARTINS, Leonardo (Org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

alemã decidiu o caso Lüth com base em uma construção ampla ou holística dos direitos fundamentais¹³.

Lüth conclamou um boicote aos filmes produzidos por Veit Harlan no pós-1945, pois este produzira nos anos antecedentes filmes nazistas e de conteúdo anti-semita – por exemplo, “Süß Juden”.

O Tribunal de Hamburgo vedou a chamada ao boicote com sustentáculo no Código Civil alemão. Lüth, então, apelou ao Tribunal Federal alemão, alegando que tal proibição feria o seu direito fundamental à liberdade de manifestação de opinião.

O Tribunal Federal, em decisão emblemática, lançou os pilares da teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, ao julgar que a norma inserta no Código Civil não preponderava sobre o direito fundamental do apelante, pois tal sorte de direito configuraria uma “ordem objetiva de valores” com irradiação para todo o ordenamento jurídico¹⁴.

O reconhecimento da aplicação horizontal dos direitos fundamentais somente produziria efeito sobre a relação entre particulares mediante a intervenção do legislador. E já foi um avanço porque antes a lide entre particulares apenas poderia ser resolvida pelo direito privado.

O caso Lüth também revela-se de suma importância ao desnudar a preponderância, no que concerne à interpretação dos direitos fundamentais, do método axiológico e indutivo, embasado na ponderação, sobre o método silogístico-dedutivo, arrimado à subsunção, fundamento essencial da atual jurisdição constitucional¹⁵. Esta é, hoje, “volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei¹⁶”.

É a relevância dos direitos fundamentais como mínimo ético a ser observado, resguardado e praticado em todas as esferas de relações interpessoais, e não mais apenas quando o Estado estiver em cena.

13 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 335, out./dez. 2005.

14 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 264.

15 ALEXY, op. cit., p. 336 - 337.

16 CLÈVE, Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 387.

5 Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica a plausibilidade de se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ora, se aquela se revela como tradução dos valores de uma sociedade, logo esta se impõe possível, pois inclusive nas relações privadas haverá de ser respeitados os direitos fundamentais.

O espírito da constituição deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima, de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde a necessidades imperiosas, tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal¹⁷.

Parte da doutrina, mais arraigada à doutrina civilista, não admite que os direitos fundamentais possam produzir nenhum tipo de efeito, haja vista que a relação entre particulares pertence ao Direito Privado. Argumentam que sua aceitação produziria a constitucionalização de todo o Direito Privado, deixando a autonomia do cidadão relegada. Significaria o retomo do Estado Leviatã e o fim da inviolabilidade das prerrogativas dos cidadãos.

Nesse diapasão, sustentam seus corifeus que o Direito Privado nasceu antes do Direito Público, possuindo natureza e objetos diversos. Como na esfera privada inexistem partes que ostentem prerrogativa de *jus imperium*, não há como se falar na incidência de normas de caráter público. A autonomia da vontade impede que ocorra uma hipertrofia do Judiciário, o que provocaria uma judicialização das esferas de deliberação social, com graves prejuízos para o regime democrático.

Por outro lado, parte da doutrina defende que os direitos fundamentais não necessitam de nenhum tipo de regulamentação por parte do legislador, possuindo eficácia direta e imediata. A justificativa desse posicionamento decorre do princípio da unidade sistêmica da Constituição e de sua força normativa.

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 98.

Não há como separar o ordenamento jurídico em duas esferas. A *Lex Excelsa*, dotada de supremacia, não reconhece limites à sua regulamentação. Por representar o núcleo de validade do sistema, fundamentando até mesmo as normas inerentes ao *pacta sunt servanda*, inexistente motivo plausível para que barreiras à sua incidência possam ser construídas. Todas as normas existentes no ordenamento são alicerçadas por seu intermédio, e qualquer legislação, mesmo a de direito privado, está subsumida à Constituição e isso não ser refutado¹⁸.

Uma terceira corrente, denominada de intermediária, parte do pressuposto de que para a realização dos direitos fundamentais é necessária a regulamentação por parte do legislador. Considera que os princípios inerentes à autonomia privada são intocáveis, podendo apenas ser mitigados pela vontade do próprio povo por intermédio da soberania popular.

A vinculação aos particulares dar-se-ia de forma indireta, na medida em que a sua concretização necessitaria da atuação do Poder Legislativo, mesmo sendo dever dos órgãos estatais proteger as prerrogativas da coletividade. Os mandamentos infraconstitucionais teriam essa função em razão de representar a soberania popular, obtendo, assim, a legitimidade necessária para restringir liberdades fundamentais dos cidadãos.

Qualquer que seja a orientação adotada, importante nos parece acentuar que a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros, mas é uma discussão que ganha relevo, na medida em que as valorações estabelecidas pela Constituição não coincidem com a valoração predominante no direito privado.

O que devemos destacar é que a Constituição há de ser percebida não apenas como *base e fundamento* do ordenamento jurídico, mas como “sistema de valores”, cujo alicerce são os direitos fundamentais, fundando um Estado democrático e so-

18 CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 22.

cial.¹⁹ Ela, hoje, afigura-se como centro, no que obriga as diversas previsões legislativas.²⁰

Apesar dessa importância vital da Constituição, denominada de panconstitucionalismo, não é disso que tratamos, mas da Constituição estabelecida como centro do ordenamento jurídico, seu epicentro, haja vista ela ser muito mais do que um simples conjunto normativo, localizado em um *locus* hierárquico preeminente, como destaca Clémerson Merlin Clève²¹. É a razão ordenante, a qual exige que a ordem consagrada por ela seja feita pelo operador jurídico.

Os direitos fundamentais podem irradiar para as relações particulares através de cláusulas gerais²² (*Generalklausel*), que seriam a *porta de entrada* (*Einbruchstelle*) deles no âmbito do Direito Privado²³.

Essa possibilidade pode ser percebida pela ampla inclusão de “cláusulas gerais” e “conceitos jurídicos indeterminados” no Código Civil de 2002, que asseguram a operatividade como uma das diretrizes básicas das normas ali insertas.²⁴ Elas além de favorecerem uma certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete,²⁵ assegurando uma liberdade de conformação do legislador nos limites do “sistema axiológico” da Constituição.²⁶

19 QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169.

20 CLÈVE, Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 387.

21 *Idem, ibidem*.

22 O que não significa que isso imponha um pré-compromisso do direito privado ao direito constitucional, mas sim uma porta permanente de atualização daquele sob os parâmetros deste, o que é criticado por Canaris e serve de ponto de partida para a teoria dos direitos fundamentais como imperativos de tutela. Sobre isso vide o livro já citado de CANARIS, 2003; e STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n.5, p. 205 - 215, jan./jun. 2005.

23 MENDES, Gilmar Ferreira. STF, RE 201.819 / RJ.

24 Além da operatividade, também são diretrizes básicas do Código Civil a eticidade e a sociabilidade. Para se aprofundar mais sobre o assunto, consultar: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

25 QUEIROZ, op. cit., p. 176.

26 HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 54.

Na realidade, no caso brasileiro, o próprio constituinte promulgou Carta dotada de rigidez, com ampla incidência de direitos fundamentais, e o legislador, ao sancionar a codificação máxima do direito privado com tamanha “porta de entrada”, cominou a aplicação de tais direitos contra as relações entre particulares.

6 Eficácia horizontal na jurisprudência do STF

Com base nas ocasiões em que a Corte debruçou-se sobre o tema, é possível delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privadas pode assumir.

O RE nº 158.215-RS, de relatoria do ministro Marco Aurélio, é citado por Paulo Gustavo Gonet Branco como um marco no reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apesar de não discorrer diretamente sobre a eficácia nas relações privadas. Ao analisar a necessidade de observar a ampla defesa para a exclusão de sócio do quadro societário, acabou o fazendo incidentalmente. A decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre as relações entre pessoas privadas. Deixou, contudo, para os comentadores os adornos doutrinários.²⁷

Daniel Sarmento também destaca que a jurisprudência da colenda Corte, mesmo sem adentrar nos contornos doutrinários da eficácia horizontal, tem aplicado os direitos constitucionalmente assegurados na resolução de contendas entre particulares.²⁸

O histórico do Supremo desnuda algumas decisões voltadas para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, conforme ressalta no RE nº 158.215-RS adredemente mencionado. Contudo, o STF analisava apenas incidentalmente a questão, sem adentrar num exame mais minucioso, até o RE 201.819/RJ²⁹, quando a colenda Corte analisou, de for-

27 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2007.

28 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 297.

29 O referido julgado foi publicado no Diário de justiça de 27 out. 2006, encontra-se também disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2007.

ma expressa, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Esse Recurso Extraordinário foi julgado pela 2ª turma e teve no ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu pedido de vista, condutor principal de uma análise mais detida às nuances da aplicabilidade de tais direitos às relações particulares. Eis a sua ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. *As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.* Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. *A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional,* pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos par-

ticulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal.

O recurso extraordinário que ensejou a emblemática análise de forma direta pelo STF, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, foi interposto pela União Brasileira de Compositores – UBC – associação de direito privado ligada ao ECAD. O mencionado acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendeu ser necessária a observância do princípio constitucional da ampla defesa nos processos *interna corporis* da associação.

A análise sobre a eficácia horizontal partiu da premissa de que, em determinadas situações normativas, sobretudo a constitucional, que salvaguarda o devido processo legal, os direitos fundamentais também podem ser invocados nas relações entre particulares.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes destacou que o ônus advindo da exclusão de sócio do quadro social da UBC seria demasiado, pois o recorrido ficaria impossibilitado de perceber os direitos autorais pelo uso de suas obras e isso implicaria uma restrição à liberdade profissional. Assim, jamais poderia ser válido tal procedimento sem possibilitar a plena garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional.³⁰

Logo, traçou o Supremo um importante divisor de águas ao afirmar que o direito de ampla defesa é um dos direitos funda-

30 STF, RE 201.819 / RJ.

mentais, cujo âmbito de incidência transcende o plano vertical, pois goza de aplicabilidade nos relacionamentos privados.

Mesmo nos procedimentos *interna corporis* das associações privadas que têm por norma principal seus estatutos – ainda que estes não prevejam – haverão de ser sempre observados os direitos fundamentais insculpidos nos incisos LIV e LV do artigo 5º – devido processo legal, ampla defesa e contraditório – quando se tratar de exclusão de sócio ou de membro da associação.

Celso de Mello destaca que, apesar da controvérsia estar aparentemente situada apenas no âmbito da autonomia da vontade, na verdade, pertence à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares³¹.

E, no caso em tela, como bem destacou o ministro-relator, a UBC é uma associação que tem por atividade a representação dos interesses dos músicos a ela associados, e isso lhe restringe em parte a liberdade na fixação das causas de sanção e na imposição das mesmas aos associados, pois podem macular direitos fundamentais destes.

Deveras, a autonomia privada, apesar de ser um valor abarcado pelo nosso ordenamento jurídico, não é ilimitada, pois encontra-se subsumida à necessidade de respeitar direitos e garantias de terceiros, ainda mais quando esses são protegidos sob o manto constitucional, como é o caso do devido processo legal.

Esse princípio constitucional impõe respeito na atuação do legislador, quiçá dos particulares em suas relações privadas, pois tanto a lei quanto qualquer estatuto de uma empresa hão de estar assentados sobre os princípios constitucionais, “porquanto, se não for assim, não haverá justiça constitucional”.³² Pois todos, mesmo os acordos, os negócios e os atos jurídicos de direito privado não podem ir de encontro à ordem básica ou à ordem pública.

O ministro Joaquim Barbosa aponta que os direitos fundamentais não podem mais ser concebidos hodiernamente como

31 STF, RE 201.819 / RJ.

32 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007-&lng=pt&nrm=isso> Acesso: 14 maio 2007.

limitações impostas ao Estado, pois decorre da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional o fato de eles terem se tornado um imperativo indeclinável de todas as democracias.

E prossegue destacando que a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é conseqüência de diversos fatores, como a mitigação da dicotomia direito público *versus* direito privado, e a “constitucionalização do direito privado”. Em suma, se antes as relações privadas eram até bem pouco tempo regidas apenas pelo direito civil, agora sofrem o influxo dos princípios de direito público, sobretudo nas decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.³³

Não há dúvidas de que a expulsão de um sócio de associação privada tem por sustentáculo uma relação de âmbito privado, que depende, em tese, tão-somente da autonomia da vontade³⁴, mas, ao se desenvolver sob o manto de uma ordem constitucional que preconiza o devido processo legal, deverá sempre observá-lo em sua atuação.

A jurisprudência, mesmo que de forma pouco sistêmica, vem sedimentando a relevância dos direitos fundamentais para a construção de um ordenamento jurídico constitucional coerente com os valores democráticos tão caros a uma democracia pueril como a brasileira. Assim, seja na esfera pública, seja na privada, tais valores não de ser parâmetros inafastáveis.

7 Conclusão

Destacamos que a concepção tradicional dos direitos fundamentais apenas como limites à intervenção estatal não é a mais condizente com as necessidades de um estado periférico, do qual a maioria da população é excluída das benesses sociais. Ao mantermos intocável a autonomia privada, ratificamos as disparidades já tão gritantes em nosso País, deixamos que nas

33 STF, RE 201.819 / RJ.

34 Nesse sentido: VALE, André Rufino Do. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n.5, p. 373, jan./jun. 2005. Esse artigo tem por base a análise da decisão do STF no RE 201.819-8/RJ, também, aqui citado.

relações privadas prepondera a *lex mercatoria* e não os direitos fundamentais.

Por isso, é de grande importância considerar os direitos fundamentais como dotados de eficácia direta tanto contra agentes públicos quanto agentes privados, tendo em vista a força normativa da Constituição; o que em nada se confunde com defender que os mesmos tenham eficácia absoluta, pois sua eficácia deve respeitar as prerrogativas que igualmente foram ofertadas aos cidadãos pela Constituição, dentro de sua natureza sistêmica.³⁵

Na verdade, agasalhando o postulado de densificação da Lei Maior, parte-se da construção de princípios como mandado de otimização dos direitos fundamentais com o escopo de conferir máxima eficácia e efetividade a estas normas. Nesse mesmo sentir, destaca Ingo Sarlet, que a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais de um modo geral, o que inclui a esfera das relações particulares, não se encontram sujeitas a uma lógica do tipo 'tudo ou nada'.³⁶

Destarte, sedimentada a possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o ponto crucial a ser enfrentado pela doutrina e pelo próprio STF é: qual é a extensão da eficácia horizontal? Essa importante e complexa resposta necessita ser construída mediante uma teórica pertinente e adequada à realidade peculiar do nosso País, em razão de que as prerrogativas principiológicas insculpidas na Constituição têm, notadamente, um caráter histórico, que sofrem variação através de conjunturas espaço-temporais, as mais díspares. Como sabiamente alerta Paulo Mota Pinto, há um risco da substituição global do direito civil pelo direito constitucional ameaçando a autonomia da vida jurídico-privada, pela excessiva rigidez e irrealismo resultantes da aplicação direta de preceitos com um grau de generalidade e abstração muito maior do que os

35 MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 86 - 87.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado, uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 133.

instrumentos específicos do Direito Privado³⁷, o que não seria desejável, nem é o que defendemos.

Pois, para evitar um extremismo, *judicial activism*, não se pode propalar a existência de um outro, com a destituição da força normativa da Constituição, perdendo seu papel de referencialidade da sociedade, deixando órfãos os hipossuficientes, que são quem mais necessitam da regulamentação e de proteção jurídica.

Em síntese há, indubitavelmente, vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, mas esta deve ser mediada pela legislação infraconstitucional no conteúdo que ultrapassar seu mínimo existencial. É pertinente ressaltar que os direitos fundamentais são os óculos interpretativos a serem utilizados para a adequada apreensão do ordenamento jurídico, inclusive das normas de direito privado.

Sobre essa necessária interpretação da normativa privativa à luz dos Direitos Fundamentais – essencialmente públicos –, tomaremos por base a metáfora desenvolvida por Nelson Saldanha, de que o direito público seria como a praça e o direito privado, o jardim³⁸. Assim, concluímos que é como se a ornamentação do jardim – direito privado – não pudesse destoar dos elementos essenciais – direitos fundamentais – da arquitetura da praça – direito público. Mas, tanto o jardim como a praça são imprescindíveis para uma bela paisagem urbanística.

Só há situações legítimas, segundo a nova Hermenêutica Constitucional, mediante a “constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior”.³⁹

37 PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 151 - 152.

38 SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

39 CLÈVE, Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 387.

8 Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 334-344, out./dez. 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento espanõl. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007-&lng=pt&nrm=isso>. Acesso em: 14 maio 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2007.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS, Leonardo (Org.) Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo, UY: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela.

Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n.5, p. 205-215, jan./jun. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 341, p. 11-26, mar. 2006.

VALE, André Rufino do. *Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n.5, p. 368-385, jan./jun. 2005.

1.5

ACORDOS ADMINISTRATIVOS, DECISÕES ARBITRAIS E PAGAMENTOS DE CONDENAÇÕES PECUNIÁRIAS POR PRECATÓRIOS JUDICIAIS*

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN**

1 Introdução. 2 Precatário judicial: conceito, interpretação e aplicação aos acordos administrativos. 3 Arbitragem pelo poder público e precatário judicial. 4 Conclusões.

1 Introdução

Em momentos não raros, os intérpretes das normas jurídicas se deparam com situações em que são obrigados a enfrentar problemas tortuosos na análise de dispositivos legais e constitucionais que podem dar azo a uma miríade de conclusões absolutamente distintas.

Uma das intrincadas missões de desvendar o conteúdo e o alcance de uma norma jurídica está na interpretação e na aplicação do instituto do precatário judicial, sobretudo quando a Fazenda Pública estiver obrigada a pagar quantia em dinheiro em decorrência de acordos administrativos e/ou de decisões que provenham de cortes arbitrais a que se submeterem.

A proposta deste trabalho, longe de esgotar o tema, é trazer reflexões acerca da problemática existente na doutrina e na jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas, bem como buscar conferir efetividade e eficácia à norma do artigo 100, da Constituição da República de 1988, à luz dos princípios

* Trabalho produzido em homenagem ao professor Francisco Mauro Dias, meu examinador de Direito Administrativo no 12º Concurso Público (ano 2000) para ingresso na carreira de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, e que também me conferiu a honra de poder partilhar com ele, durante certo período, a função de ministrar aulas de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ; este aprendizado e esta honra estarão comigo por toda a vida.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito, Professor da Universidade Candido Mendes e dos Cursos de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da Universidade Federal Fluminense – UFF e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP. Advogado.

e fundamentos que norteiam a atuação e o modo de satisfação dos débitos pelo Poder Público.

Adiante-se ao leitor que o trabalho não objetiva traçar a história dos institutos estudados, mas sim buscar soluções objetivas e práticas para as indagações que serão a seguir formuladas.

A primeira parte do trabalho abordará a possibilidade e o modo de pagamento de acordos administrativos em relações jurídicas judicializadas; a segunda, a aplicação da regra do precatório judicial à arbitragem em que o Poder Público for parte.

2 Precatório judicial: conceito, interpretação e aplicação aos acordos administrativos

É de todos conhecida a regra prevista no artigo 100, da Constituição da República de 1988, mediante a qual os Entes Públicos, dotados de personalidade jurídica de direito público, devem satisfazer suas obrigações pecuniárias, quando decorrentes de sentença judiciária, por intermédio de precatório judicial. Confira-se o teor do dispositivo constitucional citado:

“Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, *em virtude de sentença judiciária*, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, *de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários*, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1ºA - Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito

§ 3º - O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º - São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º - A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º - O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.”

Segundo a definição de CELSO RIBEIRO BASTOS, o precatório judicial é *“uma requisição judicial expedida ao Presidente do Tribunal pelo juiz da execução em que a Fazenda Pública foi condenada a pagamento de uma quantia certa a fim de que sejam expedidas as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições competentes”*¹.

Conforme se percebe, o instituto do precatório judicial visa a estabelecer e a preservar a igualdade de tratamento entre os

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. t. 3. p. 115.

credores do Poder Público, assim reconhecidos por decisão judicial com trânsito em julgado, impedindo que subsista violação aos *princípios da isonomia e da impessoalidade*. Em suma, busca o regime de precatório judicial garantir moralidade no pagamento de débitos do Poder Público, quando oriundos de decisão judicial transitada em julgado, evitando favorecimentos pessoais de credores mais recentes em detrimento de credores mais antigos.

Pretendeu a Constituição da República de 1988 proteger o direito de preferência dos credores do Estado, assim reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, organizando-os em lista cronológica de expedição do precatório judicial, que deve ser respeitada, sob pena de seqüestro de verbas e de responsabilização do agente público que eventualmente transgredir a norma. Mais: pretendeu a Constituinte de 1988 evitar improbidades administrativas derivadas do abuso de poder de alguns agentes públicos (na modalidade de desvio de finalidade), que poderiam autorizar o pagamento de débitos judiciais atuais em detrimento dos mais remotos, auferindo o referido agente, por conseguinte, vantagem financeira pela quebra da isonomia e da ordem de precedência².

Diante do texto inserido no artigo 100, da CRFB/88, anteriormente transcrito, cabe formular as indagações que nortearão as discussões a serem travadas na primeira parte deste trabalho. Pode o Poder Público celebrar acordo para pagamento de uma dívida com um credor, mesmo que aforada por este uma ação judicial para cobrança do crédito? E mais: pode o acordo ser firmado se no processo judicial for proferida uma decisão de mérito desfavorável ao Poder Público, mas que ainda não tenha transitado em julgado?

2 A propósito, importante registrar que a Lei Federal nº 8.429/92 estabeleceu no artigo 9º, incisos I e IX, que tal conduta é capitulada como ato de improbidade administrativa. Confira-se: "Art. 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; (...) IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;".

Nada obstante ser por demais controvertido o tema e passível de diversas interpretações jurídicas, deve a questão ser analisada sob quatro enfoques distintos: (i) acordo celebrado após o ajuizamento da ação, mas antes de prolatada a sentença; (ii) acordo celebrado depois de ajuizada a ação, após o seu trânsito em julgado e depois de expedido o precatório judicial; (iii) acordo depois de ajuizada a ação e após a sentença transitar em julgado, mas antes da expedição do precatório judicial; e (iv) acordo após o ajuizamento da ação e após a sentença, mas antes do seu trânsito em julgado. Confirmam-se, separadamente, ainda que de forma sucinta, as conclusões sugeridas para cada hipótese aqui alvitrada.

Crê-se que a indagação contida no item “(i)” acima é de fácil resposta, na medida em que, se ainda não houver sido proferida sentença judiciária, nada impede que o Poder Público, administrativamente, celebre com seu credor acordo para pagamento do débito, fazendo com que a demanda judicial perca, de forma superveniente, o interesse.

O simples fato de uma relação jurídica administrativa estar judicializada não impede que o Poder Público a resolva administrativamente. O acordo celebrado entre o Poder Público e o credor fará com que a demanda perca o seu objeto, de forma superveniente, dando ensejo à extinção prematura do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC (sugere-se que conste no acordo administrativo que o Autor da demanda judicial desistirá da ação e de todos os eventuais direitos oriundos da relação jurídica que será extinta). Essa solução decorre de uma plausível interpretação do *princípio da subsidiariedade*³, por meio do qual o Estado/Poder Judiciário

3 Conforme ensina Chantal Millon-Delsol, o princípio da subsidiariedade apresenta, originariamente, duplo aspecto: “(...) un aspect négatif: l’Autorité en général et l’Etat en particulier ne doivent pas empêcher les personnes ou groupes sociaux de conduire leurs actions propres, c’est-à-dire de déployer autant que possible leur énergie, leur imagination, leur persévérance dans les oeuvres par lesquelles ils se réalisent tant au profit de l’intérêt général que de l’intérêt particulier; un aspect positif: chaque Autorité a pour mission d’inciter, de soutenir, et en dernier lieu, de suppléer s’il faut, les acteurs insuffisants.” (Le principe de subsidiarité. Paris: Presses Universitaires de France, 1993; e L’état subsidiaire. Paris: PUF, collection Léviathan, 1992). Traduzindo livremente para o português, tem-se: “um aspecto negativo: a Autoridade em geral e o Estado em particular não devem impedir as pessoas ou os grupos sociais de conduzirem suas próprias ações, é dizer, de desenvolverem tanto quanto possível sua energia, imaginação, perseverança nas obras realizadas tanto em prol do interesse geral quanto do interesse particular; o aspecto positivo: cada Autoridade tem por missão incentivar, sustentar e, em última análise, subsidiar, se necessário, os atores insuficientes”.

somente deve ser acionado pelo Estado/Poder Executivo (ou continuar sendo acionado) quando não for possível solucionar administrativamente seus conflitos de interesses, postura essa por demais lógica e desejável, já que uma das principais funções do Poder Executivo é cumprir a lei de ofício para salvaguardar o interesse público e os direitos dos administrados, sobretudo daqueles que, de boa-fé, contraem obrigações com o Estado.

Diferente conclusão deve ser apresentada para a hipótese prevista no item “(ii)”, eis que o artigo 100, da CRFB/88, NÃO legitima a realização de acordo celebrado entre o Poder Público e o credor, *visando ao pagamento de valores que estejam representados em precatório judicial*, ainda que dessa transação decorram benefícios ao Erário por suposta economicidade.

Não se comunga com o argumento de que o acordo nessa situação é mero ato administrativo que faria com que o processo judicial (findo) e a liquidação do precatório perdessem o objeto, e que se mostra possível se houver economia para o Erário.

Com o devido respeito às opiniões em sentido contrário, a *economicidade – enquanto princípio expressamente previsto no artigo 71, da CRFB/88* – e o respeito ao interesse público são valores que devem estar presentes em todas as atuações do Poder Público, mas não podem se sobrepor à regra de isonomia de tratamento cunhada pelo artigo 100, da CRFB/88.

Em razão das considerações acima, entendemos que não é possível ao Poder Público celebrar acordo com credores para que, mesmo pagando valores menores, cancele precatório judicial expedido e que não seja o primeiro na ordem cronológica de preferência. Nesse sentido, há manifestação do *Tribunal de Contas da União*, quando do julgamento do processo (Representação) nº TC-014.568/99-3:

“Ementa: Representação de unidade técnica. Acordos extrajudiciais e pagamento de precatórios judiciais, realizados no âmbito do DNER, em moldes irregularidades. Inspeção. Comprovação da prática de procedimentos irregulares. *Determinação de imediata sustação da celebração de acordos de dívidas, objeto de precatórios judiciais, e da estrita observância da ordem cronológica de apresentação, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.* Determinação da

realização de auditoria, no início do próximo ano, a fim de examinar todos os pagamentos efetuados mediante esses acordos e apurar as responsabilidades”. (Boletim de Direito Administrativo, ago. 2002). Destaquei.

Do voto do Exmo. Ministro-Relator no TCU, Dr. WALTON ALENCAR RODRIGUES, é possível ainda destacar o seguinte:

“O cerne da questão posta nos autos consiste em definir se a cronologia predefinida pelos Tribunais pode ser alterada, ou seja, se pode o DNER celebrar acordos extrajudiciais a respeito de dívidas que já foram reconhecidas pelo Judiciário e *constituem precatórios judiciais*, com fundamento na tese de que, por serem acordos celebrados administrativamente, não representam pagamentos de precatório e, portanto, não transgridem o preceito constitucional.

(...)

Neste caso, a expedição de precatório e a observância da ordem cronológica são exigências constitucionais, que atingem indistintamente todas as dívidas reconhecidas por sentença judicial, incluídas aquelas oriundas de processos de desapropriação. (...).

(...)

Assim, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade dos pagamentos, pois não obedeceram à ordem preestabelecida, além de agredirem o princípio da isonomia de todos os detentores de precatórios.”

No mesmo sentido está a jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO. PRECATÓRIO. CONCILIAÇÃO. QUEBRA DA ORDEM: SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP: INEXISTÊNCIA. 1 Ordem de seqüestro fundada na existência de preterição do direito de precedência. Motivo suficiente para legitimar o saque forçado de verbas públicas. 2 *Quebra da cronologia de pagamentos comprovada pela quitação de dívida mais recente por meio de acordo judicial. A conciliação não possibilita a inobservância, pelo Estado, da regra*

constitucional de precedência, com prejuízo ao direito preferencial dos precatórios anteriores. 3 A mutação da ordem caracteriza violação frontal à parte final do § 2º do artigo 100 da Constituição Federal, legitimando a realização do seqüestro solicitado pelos exequentes prejudicados. Ausência de afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662-SP. Reclamação improcedente. (Rcl 1979 / RN - RIO GRANDE DO NORTE - RECLAMAÇÃO - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 16/05/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Vale destacar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal parte de uma premissa importante, qual seja a de que não é possível a transação administrativa para extinção de dívida já constituída em precatório judicial que venha a violar a ordem cronológica de precedência exigida pelo artigo 100, da CRFB/88. Ou seja, é impossível argumentar-se que o acordo administrativo faz com que o processo judicial perca o sentido e o objeto; em verdade, o processo judicial já terminou, e está pendente apenas a liquidação dos valores objeto da execução do título judicial, também ultimada.

Importante registrar que a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro também possui entendimento no mesmo sentido do que aqui se sustenta, previsto no Parecer nº 8/2001-AMM/PG-06 (PA nº E-12/5377/2001), da lavra da ilustre Procuradora do Estado Dra. ANA CRISTINA MOREIRA MENEZES, assim ementado:

“EMENTA:

(I) TRANSAÇÃO ATRAVÉS DA COMPENSAÇÃO PARCIAL DE CRÉDITO CONTRA A FAZENDA REPRESENTADO POR PRECATÓRIO JUDICIAL, COM DÉBITOS DE EMPRESA DE QUE O TITULAR DO CRÉDITO CONTRA A FAZENDA É SÓCIO, OS ÚLTIMOS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO DAS PARCELA DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL PÚBLICO – OPERAÇÃO QUADRANGULAR ENTRE CHURRASCARIA SANTOS ANJOS LTDA., FRANCISCO RECAREY VILAR E SUA MULHER, FUNDAÇÃO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DER/RJ E O ESTADO

DO RIO DE JANEIRO, RESPECTIVAMENTE, O DEVEDOR DAS PARCELAS DO TERMO DE PERMISSÃO DE USO DO IMÓVEL PÚBLICO, CREDORES PARCIAIS DO PRECATÓRIO, O DEVEDOR DO PRECATÓRIO E O CREDOR DAS PARCELAS DA PERMISSÃO DE USO DO BEM IMÓVEL EM ATRASO.

- 1 Para que se opere a compensação de débitos e créditos, é necessário que, consoante os artigos 1.009 e 1.010, ambos do Código Civil Brasileiro, credor e devedor sejam os mesmos um do outro, que as dívidas sejam líquidas, vencidas e da mesma natureza.
- 2 O crédito de que se dizem titulares FRANCISCO RECAREY E SUA MULHER, consubstanciado em 15% do valor total da indenização materializada no Precatório Requisitório nº 750/97, extraído da ação ordinária [restauração de autos, processo nº 1.047/84], tombada sob o nº 96.001.058873-0, movida por JOSÉ RÔMULO DANTAS E OUTROS contra FUNDAÇÃO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DER/RJ não perfaz as características de liquidez e certeza, porquanto pena de apreciação a titularidade do domínio dos imóveis objeto da desapropriação indireta. Além disso, o crédito de que é titular o ESTADO DO RIO DE JANEIRO é impenhorável, impedindo a compensação (ex vi do artigo 1.015, inciso III, do Código Civil).

(II) A ANTECIPAÇÃO DA QUITAÇÃO DE DÍVIDA PÚBLICA MATERIALIZADA EM PRECATÓRIO JUDICIAL, ATRAVÉS DO INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS ATUAIS IMPORTARIA EM SUBVERTER A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS, EM DETRIMENTO DOS CREDORES DA FUNDAÇÃO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DER/RJ, TITULARES DE CRÉDITOS QUE ANTECEDAM O CRÉDITO OBJETO DO PRECATÓRIO Nº 750/97, EM INFRINGÊNCIA À SISTEMÁTICA DO ARTIGO 100, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(III) IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DE RESCISÃO DO TERMO DE

PERMISSÃO DE USO. AINDA QUE O PAGAMENTO DO DÉBITO FOSSE QUITADO EM ESPÉCIE, NECESSÁRIA SERIA A REALIZAÇÃO DE CERTAME PÚBLICO TANTO PARA A PERMISSÃO DE USO DO IMÓVEL, QUANTO PARA SUA ALIENAÇÃO (ARTIGOS 2º E 17, I, DA LEI 8.666/93).

(IV) EM VIRTUDE DO HISTÓRICO DA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E A PARTE INTERESSADA, OPINA-SE PELO INDEFERIMENTO DO PEDIDO E PELO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO POSSESSÓRIA, COM VISTAS A RE-AVER A POSSE DIRETA DO IMÓVEL, SEM PREJUÍZO DA COBRANÇA DOS VALORES DEVIDOS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL.”

Dessa forma, o acordo na hipótese acima (com decisão transitada em julgado e com precatório expedido) somente seria possível se as mesmas condições forem oferecidas, aceitas e pagas a todos os titulares de créditos oriundos de precatórios judiciais que estiverem na frente da fila; isso é, na ordem cronológica da lista de espera para liquidação de precatórios judiciais. Do contrário, a medida é considerada um mecanismo de burla à ordem cronológica querida e prevista no artigo 100, da CRFB/88, e, também, crime de responsabilidade nos termos do artigo 85, da CRFB/88⁴.

Restam ser analisadas as duas últimas hipóteses vislumbradas anteriormente.

No que diz respeito à possibilidade ou não de celebração de acordo para pagamento de dívida do Poder Público reconhecida em sentença judiciária transitada em julgado, *mas antes da expedição do precatório judicial* [item “(iii)” supra], temos que não é possível, à luz do artigo 100, § 1º, da CRFB/88. Nada obstante, em sentido contrário, *ADILSON ABREU DALLARI* se posicionou favoravelmente à celebração de acordo para pagamento de débitos, objeto de processo judicial, mas sem precatório expedido,

4 Especificamente sobre os crimes de responsabilidade dos Prefeitos há regra expressa sobre o tema. Confira-se a redação do artigo 1º, inciso XII, do Decreto lei 201, de 27/02/67: “Art. 1º - São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: (...). XII – Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário.”

desde que fique demonstrada a economicidade aos Cofres Públicos. Confira-se:

“Diante de tudo quanto foi acima exposto, pode-se afirmar que, em princípio, existindo a possibilidade de concessão de desconto substancial pelo credor, é juridicamente viável a realização de acordo judicial para efetivação direta (imediate ou parcelada) do pagamento.

(...)

Somente haverá ofensa ao art. 100 da Constituição Federal se houver puro e simples desarrazoado descumprimento da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais, com o propósito de favorecimento, ainda que disfarçado.

Em princípio, o pagamento imediato da importância acordada, com recursos provenientes de dotação orçamentária específica para atendimento da obrigação que estiver sendo liquidada (por exemplo, realização de obra pública, fornecimento de bens ou pagamento de indenização expropriatória) não prejudica os beneficiários de precatórios, pois a dotação orçamentária destinada ao pagamento de precatórios não será afetada. No fundo a liquidação amigável de uma pendência, sem emissão de precatório, acaba beneficiando os credores de precatórios mais recentes, que, indiretamente, avançam uma posição na fila.”⁵

Com o respeito merecido, ousamos discordar do jurista acima citado, na medida em que pretendeu o Poder Constituinte de 1988 que as dívidas do Poder Público, objeto de decisões com trânsito em julgado, sejam pagas exclusivamente pela via do precatório judicial, que tem, *obrigatoriamente*, de ser expedido e entrar na ordem cronológica de preferências. Isso porque há um direito subjetivo de todos os titulares de créditos junto ao Poder Público, representados em precatórios judiciais precedentes, de não verem o débito reconhecido em sentença judiciária posterior, *com trânsito em julgado*, ser pago na sua frente. Entender de forma diversa é violar os princípios da isonomia e da impes-

5 DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9 - 26, jan./mar. 2005. p. 25.

soalidade, uma vez que a expedição do precatório judicial após o trânsito em julgado da sentença judiciária é *ato-condição – formalidade constitucional* – para a liquidação do pagamento da obrigação pecuniária nela contida.

Há de se esclarecer que as conclusões acima apresentadas não são alteradas caso a sentença condenatória tenha transitado em julgado, mas ainda subsista a discussão envolvendo a execução do julgado, ou seja, a apuração dos valores efetivamente devidos pelo Poder Público. Se acordo houver, nessa fase, fará com que a execução especial contra a Fazenda Pública (arts. 730 e seguintes do CPC) perca o objeto, mas não mudará o percurso da vontade constitucional; isso é, não implicará no pagamento dos valores apurados no acordo sem o respeito ao procedimento do precatório judicial, que deverá ser habilitado e inscrito na ordem cronológica de pagamento. O que se estará executando, em essência, é a sentença judiciária prevista no artigo 100, da CRFB/88, e não a futura e possível sentença que poria fim aos embargos à execução especial contra a Fazenda Pública.

Por fim, resta enfrentar a discussão talvez mais aguda e passível de controvérsia jurídica, vertida no item “(iv)” acima alvitrado; isto é, saber se é legítimo ao Poder Público celebrar acordo para pagamento imediato de dívida, sem adotar o sistema do precatório judicial, mesmo após a prolação de decisão judicial *que ainda não tenha transitado em julgado*.

A resposta é positiva. Explica-se a razão do posicionamento.

Nada obstante o artigo 100, *caput*, da CRFB/88 fazer alusão ao dever de pagamento, via precatório judicial, de débitos oriundos de “sentença judiciária”, o § 1º do mesmo dispositivo constitucional elucida, de forma expressa, a hipótese em que é obrigatória a expedição de precatório judicial para pagamento de dívidas do Poder Público, mais especificamente quando determina que – *“É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, (...)”* grifos e negritos nossos.

Ora bem, a *contrario sensu*, a dívida do Poder Público que, nada obstante seja objeto de reconhecimento em sentença ju-

diciária, mas ainda não tenha sido coberta pelo manto da coisa julgada (artigos 467 e seguintes do Código de Processo Civil – CPC), é passível de transação e/ou de acordo na via administrativa, sobretudo para pagamento imediato, fazendo com que a demanda, por conseguinte, venha a ter, de forma superveniente, o seu objeto perdido, razão pela qual o processo será extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC. Mais: deverá ser incluída no acordo administrativo a obrigação de o credor desistir da ação judicial, renunciando expressamente a quaisquer outras pretensões que dos fatos possam advir.

É preciso reiterar que o instituto do precatório judicial visa a proteger os credores do Poder Público que se encontrem em igualdade de situações, ou em vias objetivas de se igualarem. Nesse contexto, não são iguais as situações de credores com créditos representados em precatórios judiciais expedidos e com créditos representados em sentenças judiciais ainda não transitadas em julgado, *quando sequer pode ser expedido precatório judicial*.

Por conseguinte, o artigo 100, da CRFB/88, tem por objetivo permitir que não sejam pagos, ainda que com acordo vantajoso economicamente para o Poder Público, precatórios judiciais de credores que não sejam o primeiro da ordem cronológica para pagamentos. Se ainda não houver precatório expedido e/ou sentença judiciária condenatória com o trânsito em julgado (fato que faria com que o ato seguinte, para liquidação dos valores, fosse a expedição do precatório judicial), nada impede que a Administração Pública celebre com o autor do processo acordo administrativo, prevendo o pagamento imediato de valores e extinção do processo judicial.

Não pode o regime de precatórios judiciais impedir que o Poder Público seja eficiente para resolver, no plano administrativo, pendências financeiras oriundas de *direitos patrimoniais disponíveis*, não permitindo que tal discussão chegue ou se eternize no Poder Judiciário. Ao que parece, não foi isso que pretendeu o artigo 100, da CRFB/88. Mais: a solução aqui sustentada confere efetividade aos princípios da eficiência e da moralidade administrativa, na medida em que possibilita aos credores do Poder Público, assim reconhecidos incontestavelmente (inclusive no

que disser respeito a valores), o direito ao recebimento dos seus créditos sem a necessidade de espera da liquidação do precatório judicial.

Por isso, não é incorreto ou irrazoável sustentar que o artigo 100, da CRFB/88, busca permitir que o precatório judicial seja expedido apenas quando não houver possibilidade de solução do problema na via administrativa, sobretudo na hipótese de dívida reconhecida em sentença judiciária *com trânsito em julgado*.

Este é, salvo melhor juízo, o entendimento firmado pelo *Supremo Tribunal Federal* quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 184116/MS:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MOLDURA FÁTICA. Na apreciação do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais, parte-se da moldura fática delineada pela Corte de origem. Impossível é pretender substituí-la para, a partir de fundamentos diversos, chegar-se a conclusão sobre o desrespeito a dispositivo da Lei Básica Federal. CONDENAÇÃO JUDICIAL - ACORDO - PARCELAMENTO. *Em se tratando de acordo relativo a parcelamento de débito previsto em sentença judicial, possível é a dispensa do precatório uma vez não ocorrida a preterição.* ACORDO - DÉBITO - ICMS - PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO. Inexiste ofensa ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, no que utilizado o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito. A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios”. (RE 184116 / MS - MATO GROSSO DO SUL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 07/11/2000 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação DJ 16-02-2001 PP-00139 EMENT VOL-02019-02 PP-00419) – *destaco que a discussão objeto deste processo não foi, efetivamente, enfrentada pelo STF no referido Recurso Extraordinário, mas sim, s.m.j, no acórdão do Tribunal de Origem.*

No mesmo sentido apresenta-se a doutrina de CELSO RIBEIRO BASTOS, em comentários ao artigo 100, da CRFB/88:

“Foi a Constituição de 1934 que introduziu em nosso direito constitucional a norma ora comentada. A partir de então, ficou estabelecido que os pagamentos devidos pela Fazenda

Pública, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, devem ser efetuados rigorosamente na ordem de apresentação dos precatórios, vedada a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias ou nos créditos adicionais abertos para esses pagamentos. O intuito da norma é evitar favorecimentos ou perseguições, portanto, ter caráter altamente moralizador.”⁶

As conclusões modestamente apresentadas neste trabalho, ao que parece, foram as mesmas a que chegou o ilustre Procurador do Estado Dr. *FLÁVIO AMARAL GARCIA*, quando, na qualidade de Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico da PGE/RJ, exarou VISTO parcialmente divergente ao Parecer nº 11/2006-CCM/PG-15 (PA Nº e-14/10953/2006). Confira-se:

“(…)

Quanto à questão da transação judicial e a obrigatoriedade do pagamento dela decorrente – no caso das autarquias e fundações – se dar por meio de precatório é matéria complexa e que comporta mais de uma interpretação, conforme registrou a ilustre parecerista.

Pelos opinamentos transcritos, percebe-se que a questão se refere ao momento de aplicação da regra do precatório. *A mim parece que a incidência absoluta da regra do precatório em razão da simples existência de ação judicial pode tolher o Estado na celebração de acordos vantajosos que atendam ao princípio da economicidade.*

A busca do consenso na administração dos interesses públicos é uma realidade na moderna doutrina do Direito Administrativo, incluindo todas as formas alternativas de composição dos conflitos com os administrados.

A expressão constitucional ‘sentença judiciária’, mencionada no art. 100 da CF, significa, a meu juízo, o exercício cogente do poder jurisdicional na solução do caso concreto. Sabe-se que a jurisdição tem como núcleo essencial

6 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. t. 3. p. 112.

a substitutividade, ou seja, “o Estado, por uma atividade sua, substitui a atividade daqueles que estão em conflito na lide”⁷. Na transação não é o Estado-juiz que soluciona o litígio, mas sim as próprias partes que, por meio da auto-composição (transação, com concessões recíprocas) põem termo à lide. Caberá ao juízo verificar os aspectos formais da transação.

Daí porque filio-me ao posicionamento exposto nos pareceres 01/2000 - HTSC e nº 14/1997 – LAMGS, transcritos no citado parecer, que conferem maior flexibilidade na incidência da regra do precatório, ao contrário do entendimento fixado pela ilustre Procuradora do Estado Cláudia Costa Mansur.”

Igual entendimento foi perfilhado no Parecer nº 14/97, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. *LUIS ALBERTO MIRANDA GARCIA DE SOUZA*, devidamente aprovado pela Chefia da PGE/RJ, e que concluiu da seguinte forma:

“No que concerne à suposta infringência do art. 100 da Constituição, tenho para mim que ela não se verifica no caso em tela. O que se veda ao Estado é, apenas, antecipar o pagamento de um crédito *já requisitado mediante precatório, em detrimento de outros credores, titulares de outros créditos, igualmente requisitados por precatório*. Em uma palavra: a ordem de pagamento dos precatórios há de ser rigorosamente observada, ou seja – conceda-se o prosaísmo – ninguém pode ‘furar a fila’.

Nada obsta, porém, que o Estado celebre negócios jurídicos – mormente se revestidos de intenso interesse público – para pôr fim a litígios, mediante concessões recíprocas, com o pagamento feito diretamente ao seu credor, quando tais valores ainda não foram requisitados mediante precatório. Não há, nisso, qualquer violação ao artigo 100 da CF/88, porquanto o valor pago terá como título não a sentença judiciária, mas, sim, *o próprio negócio jurídico da transação* (cuja celebração deverá se orientar – como de resto em qualquer outro

7 GRECO FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 168.

assunto público – pela busca do interesse público, em caso *traduzido pela economia de recursos públicos*)”⁸.

Em conclusão, ressaltando mais uma vez a polêmica que envolve a questão em análise, e também a possibilidade de interpretações jurídicas diferentes, somos de opinião de que é possível juridicamente, à luz do artigo 100, *caput*, e § 1º, da CRFB/88, a celebração de acordo administrativo para pôr fim a litígio judicial com pagamento imediato do *quantum* devido, desde que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão que reconhecer o crédito, e que esteja presente, de forma motivada, a economicidade para os Cofres Públicos.

Por prudência, é necessário fazer, por fim, duas observações: a) para evitar discussões envolvendo violação da regra de isonomia, sugere-se que os recursos utilizados para cobrir as despesas com o acordo administrativo não sejam objeto de rubricas orçamentárias destinadas para pagamento de precatórios judiciais; e b) que as conclusões objeto deste trabalho sejam aplicadas apenas nas hipóteses de discussões de direitos patrimoniais disponíveis do Poder Público, conforme bem assinala a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.885-MG:

“EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. *Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à utilização deste interesse.* Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-pro-

8 Todos os pareceres citados neste trabalho estão disponíveis no setor de documentação da Procuradoria Geral do Estado, situada na rua Dom Manuel, nº 25, Centro, Rio de Janeiro. Informe-se ainda que, recentemente, a Procuradoria Geral do Estado voltou a enfrentar a problemática objeto deste trabalho e, acolhendo proposição por nós levantada no visto exarado no Parecer nº 01/2008-FLW-PSP, nos autos do processo administrativo nº E-04/409029/07, a Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado, Dra. Lucia Lea Guimarães Tavares, concordou com as conclusões aqui por nós sustentadas.

batória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885 / MG - MINAS GERAIS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relatora: Min. ELLEN GRACIE - Julgamento: 04/06/2002 - Órgão Julgador: Primeira Turma)

Em verdade, para garantir-se transparência no procedimento para pagamento de débitos públicos oriundos de acordos administrativos, recomendável seria que os Entes Políticos da Federação editassem normas regulamentando o tema, estabelecendo critérios objetivos e impessoais para a celebração de transação judicial e extrajudicial por parte do Poder Público com todos os credores interessados.

3 Arbitragem pelo poder público e precatório judicial

São conhecidos os fundamentos que informam a Teoria da Separação de Poderes, sobretudo aquelas que propõem o exercício de uma função típica e de funções atípicas pelos Poderes. Por isso é que se diz que cada estrutura de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) exerce tipicamente uma função e atipicamente as funções conferidas aos demais Poderes, tudo nos exatos limites das competências traçadas pelas normas (regras e princípios) da Constituição Federal. Esta “engrenagem”, denominada de sistema de freios e contrapesos, permite que exista, no plano político e administrativo, método para estabilizar tensões oriundas do exercício dos poderes.

Por isso, não é incorreto afirmar que o Poder Executivo possui, à luz do já mencionado princípio da subsidiariedade e da noção de consensualidade, o dever jurídico de pôr fim às suas pendências jurídico-administrativas, evitando utilizar-se do Poder Judiciário que, como sabido e consabido, encontra-se sobrecarregado de processos para julgar, muitos deles oriundos de condutas administrativas que são objeto de questionamentos. Para tanto, o Poder Executivo poderá valer-se de sua atípica função judicante, máxime para a instalação efetiva de procedimentos de contenciosos administrativos, que, por evidente, poderão ser revistos pelo Poder Judiciário, ante o disposto no artigo 5º, inciso

XXXV, da CRFB/88, que positiva, no direito brasileiro, o princípio da Jurisdição Una e/ou Inafastabilidade do Controle Jurisdicional dos atos administrativos.

Temos sustentado que o exercício da função judicante pelo Poder Executivo deve obedecer a um método para que possa se desenvolver legítima, regular e validamente. Existem, pelo menos, três etapas a serem cumpridas: a conciliação, a mediação e a arbitragem administrativa.⁹

A função de *conciliação* é aquela em que o Poder Executivo, após a devida análise entre os custos e os benefícios sociais do conflito, permite que as partes envolvidas debatam e possam chegar a um acordo que atenda não só aos interesses econômicos em jogo, mas, também, ao interesse público.

Inviabilizada a conciliação, passa-se à fase da *mediação*, em que um agente público dos quadros do Poder Executivo toma a frente da discussão e pondera com as partes envolvidas os benefícios de se pôr fim ao litígio por meio de uma solução amigável. O mediador funciona, na verdade, como coordenador das ações que devem ser tomadas pelas partes envolvidas no litígio, para que se possa chegar a uma solução justa e que atenda ao interesse público. A propósito, colham-se as lições de **MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO**:

“(…). O papel do mediador será, assim, coordenar ações e despertar a motivação na busca dos ganhos mútuos na solução do conflito, de modo a reduzir a diferença de interesses e a inflação (psicológica) do problema pela via da reconciliação e da deflação. O recurso à mediação por agente neutro é fundamental; o mediador intervém na pesquisa de soluções, no favorecimento de trocas construtivas, estimulando as comunicações e no enquadramento das negociações, determinando e explicando as regras procedimentais, assumindo, aqui, papel relevante: a observância das normas regulatórias (de caráter geral)”¹⁰.

9 WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223 - 224.

10 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 61.

Por último, em caso de insucesso na composição do litígio pelas vias da conciliação e da mediação, passa-se à *via arbitral*, momento em que o conflito de interesses será analisado e julgado à luz da subsunção do caso concreto a uma norma jurídica ou, na ausência desta, por meio da ponderação dos interesses envolvidos no conflito, sempre tendo como norte, o interesse público, representado na escolha técnica resultante da análise dos custos e dos benefícios da decisão a ser tomada. Por certo, não se está ainda a falar de uma via arbitral nos moldes desenhados pela legislação específica sobre o tema, máxime pela Lei Federal nº 9.307/96, mas sim de uma arbitragem puramente administrativa, fruto da atividade decisória exercida em um processo administrativo que poderá ser objeto de ampla revisão pelo Poder Judiciário.

Por conseguinte, é importante dizer que todas as técnicas de solução de conflitos administrativos acima mencionadas são, em regra, utilizadas dentro da estrutura do Poder Executivo e, por isso, as decisões emitidas e que, porventura, gerem deveres financeiros para o Poder Público, não decorrem de sentenças judiciais e, por isso, devem ser liquidadas sem a observância do procedimento judicial do precatório judicial.

Discussão interessante, porém, busca saber se terá a mesma sorte uma condenação pecuniária que o Poder Público venha a sofrer caso se submeta a um mecanismo alternativo de solução de conflitos de interesses, sobretudo de arbitragens instaladas nos termos da Lei Federal nº 9.307/96; isto é, torna-se interessante saber se as decisões daí decorrentes devem se submeter ao procedimento de precatórios judiciais, quando impuserem ao Poder Público o dever de pagar quantia certa a outrem.

Necessário, antes de se enfrentar o problema acima, saber se é possível ao Poder Público se submeter a procedimentos arbitrais, nos moldes da Lei Federal nº 9.307/96.

O tema ainda se apresenta polêmico e provoca calorosas discussões, sobretudo sobre a possibilidade de se constituírem “Cortes Arbitrais” independentes dentro da própria estrutura do Poder Executivo ou de uma Entidade Administrativa Independente.

O Professor e hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *ALEXANDRE FREITAS CÂMARA*,

em estudo específico desenvolvido sobre o tema, defendeu a impossibilidade de as Agências Reguladoras Independentes funcionarem como corte arbitral, bem assim a própria inviabilidade jurídica de temas de interesse público serem submetidos à arbitragem. Confira-se:

“Não me parece possível, *data venia* dos ilustres defensores de posições contrárias, a utilização de arbitragem para solucionar controvérsias de direito público interno. Isto porque os interesses aí em conflito não são disponíveis, o que exige a intervenção do Estado-juiz, afastando a incidência do disposto no já citado art. 1º da Lei de Arbitragem.

(...)

Fica certo, pois, que nos conflitos envolvendo interesses *públicos* das agências reguladoras não será possível a utilização da arbitragem, devendo tal conflito ser submetido à apreciação do Estado-juiz. Nada impede, porém, que – uma vez instaurado o processo jurisdicional – valham-se as partes da perícia arbitral como meio atípico de prova.

(...)

Alterando o esquema tradicional, parece-me adequado apresentar, antes dos fundamentos, a conclusão: as agências reguladoras não podem atuar como cortes arbitrais. Esta conclusão previamente anunciada é alcançada por fundamentos que, agora, passo a expor.

(...). O motivo dessa absoluta impossibilidade é, em verdade, bastante simples: a arbitragem é, por definição, uma atividade que se desenvolve à margem do Estado. É um método paraestatal (ou não-estatal) de composição de conflitos.

(...). Além disso, é importante notar que a distinção fundamental entre o processo arbitral e o processo jurisdicional está precisamente no fato de que o árbitro é estranho ao organismo estatal”¹¹.

11 CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras. *Revista da Associação dos Novos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 11, p. 145 - 155, 2002. Ao que parece, no mesmo sentido, é a lição de MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 180.

Temos, porém, com o respeito devido daqueles que adotam entendimento contrário, sustentado posição diversa¹², eis que não há de confundir-se a arbitragem comercial com a arbitragem administrativa utilizada pelo Poder Público, cuja distinção é bem explicitada nas palavras de *MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO*, que abaixo seguem transcritas, *verbis*:

“Há quem não reconheça a competência para a *arbitragem regulatória*. Isto porque, no Direito brasileiro (Lei nº 9.307, de 23/09/96), a arbitragem comercial exige um prévio compromisso arbitral, pelo qual as partes acordam que qualquer conflito seja solucionado por um árbitro. Entretanto, a arbitragem comercial, que trata de interesses disponíveis, não se confunde com a arbitragem regulatória (que lida com os interesses de uma coletividade afetada pelo conflito) em razão de os comandos da Lei de Arbitragem não se aplicarem aos segmentos regulados, salvo, por analogia, na parte procedimental. Não há qualquer violação ao Princípio da Autonomia da Vontade. Quem adere a um segmento regulado se compromete a cumprir e a se submeter a todo o ordenamento jurídico-setorial que orienta o seu funcionamento, que tem implícito o poder da agência reguladora baixar normas estabelecendo limitações à liberdade do contratado, interferindo nas relações entre fornecedores e entre fornecedor e consumidor. Este contrato relacional vai ser constantemente fiscalizado e atualizado por normas emanadas da agência reguladora e os conflitos vão ser, possivelmente, solucionados pela via arbitral regulatória também. Todo esse contexto integra o marco regulatório, ao qual o regulado voluntariamente adere ao pleitear um consentimento de polícia ou ao firmar um contrato com a Administração. A tanto não é obrigado, mas integrando o segmento, por decisão própria, deve-se submeter a todas as regras que orientam o seu funcionamento”¹³.

12 Ver WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 224 - 226

13 SOUTO, Marcos Juruena Villela. In: Palestra proferida no Auditório do Superior Tribunal de Justiça, no dia 24 de junho de 2002. Texto mimeografado, ainda não publicado, mas gentilmente cedido pelo Autor para pesquisa neste trabalho. Mencione-se o trabalho desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, intitulado “*Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*”, em que a Autora conclui pela “*admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração e, com maior certeza, órgãos da Administração indireta*”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 377 - 385, jul./set. 2003. p. 385.

Por outro lado, cabe dizer que a arbitragem não se desenvolve à margem do Estado como um todo, mas sim à margem do Poder Judiciário, sendo possível, por isso, desde que previsto em lei e no instrumento de delegação da atividade ao particular¹⁴, que um órgão (ou Entidade) eminentemente técnico, tal qual uma Agência Reguladora Independente, exerça a função de composição de conflitos via arbitragem administrativa.

Sobre o tema, entendendo ser possível a utilização da arbitragem pelo Poder Público, discorreu ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

“De grande polêmica é a possibilidade das agências reguladoras adotarem o juízo arbitral para dirimir conflitos com os agentes econômicos regulados. Sem querer entrar profundamente na polêmica, tema à espera de uma obra específica, entendemos que, face à indisponibilidade dos interesses tutelados pelas agências reguladoras, a adoção da arbitragem só será possível se houver Autorização legal, requisito que, a nosso ver, pelo menos no caso das agências reguladoras de serviços públicos, está atendido pela parte final do inciso XV do art. 23 da Lei nº 8987/95, que prevê como cláusula obrigatória dos contratos de concessão o estabelecimento do ‘modo amigável de solução das divergências contratuais’¹⁵.

Vale argumentar que não há norma jurídica impedindo, explicitamente, que o Poder Público se utilize de uma forma alternativa – *máxime da arbitragem* – para a solução de conflitos de interesses objeto de negócios celebrados com particulares. Ao contrário, seguindo a linha de mutação do Direito Administrativo e de seus paradigmas, a legislação brasileira vem expressamente admitindo a arbitragem administrativa como método alternativo para dirimir os conflitos públicos com particulares, valendo citar, como exemplo,

14 A Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regula as concessões e permissões de serviços públicos, no artigo 23, XV, admitiu, ainda que implicitamente, a adoção da arbitragem para solução amigável de conflitos oriundos da delegação de serviços públicos. O mesmo aconteceu no Estado do Rio de Janeiro, quando da edição da Lei Estadual nº 1.481, de 21/06/1989, que permanece em vigor, naquilo que não contraria os dispositivos da Lei Federal 8.987/95.

15 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 319. Diogo de Figueiredo Moreira Neto também defende a possibilidade de arbitragem na Administração Pública no trabalho intitulado “Arbitragem nos Contratos Administrativos”, publicado na *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Direito Arbitral*. Coord. Sergio Nelson Mannheimer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.18, p. 29 - 31, 2006.

a Lei Federal nº 11.079/2004, que trouxe ao ordenamento jurídico nacional a regulação sobre as Parcerias Público-Privadas¹⁶.

Argumente-se, por outro lado, que a busca de métodos alternativos de solução de conflitos administrativos está umbilicalmente ligada à idéia de *Administração Pública Consensual*, como bem leciona DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

“A *consensualidade*, por certo, não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, representa uma mudança substancial em suas prioridades de atuação, prestigiando o que hoje se vem denominando *parceria* com a sociedade.

Todas essas tendências atuam no sentido de despojar-se a Administração Pública das características burocráticas que assumiram nos países de tradição jurídica continental europeia, na linha do Direito Administrativo gerado pela Revolução Francesa, e, de certa forma, agravadas e desvirtuadas pela herança ibérica colonial de cunho patrimonialista, e de aproximá-la de modelos mais pragmáticos, como os anglo-saxões, que prestigiam o administrado.

(...)

É chegada, assim, a hora da consensualidade alcançar também a *solução de conflitos* pela larga via, já extensamente desenvolvida universalmente, que vem a ser a ampla adoção da *arbitragem*, afastando, de vez, a confusão entre *monopólio da jurisdição*, que tem sentido coercitivo, e um inexistente *monopólio da justiça*, uma vez que é a força do consenso das partes em conflito que leva a uma fórmula de composição.

Tudo o que cabe ao Estado administrador, uma vez eleita a via solução consensual, é garantir, tal como nos contratos, o primado da autonomia da vontade e a eficácia da decisão arbitral no campo dos direitos disponíveis¹⁷.

16 “Art. 11 - O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.” Para leitura específica sobre o tema, recomenda-se a leitura do trabalho desenvolvido por OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

17 MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 262 - 263.

Dessa forma, em havendo autorização legislativa e prévia previsão negocial, cremos ser constitucional a submissão de uma controvérsia administrativa que recaia sobre direitos disponíveis ao método alternativo de solução de conflitos, máxime à arbitragem prevista na Lei Federal nº 9.307/96.

Firmada a premissa de que é possível ao Poder Público se submeter à arbitragem, resta responder a indagação que propõe investigar se a decisão arbitral que condená-lo a pagar quantia em dinheiro, terá ou não que se submeter ao sistema de precatórios judiciais.

A questão, para ser respondida, deve partir da solução encontrada para uma outra indagação, qual seja, a que busca investigar a natureza jurídica das decisões arbitrais e o seu regime jurídico de execução.

O artigo 31, da Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96), é expreso ao definir a decisão arbitral como “sentença arbitral”, determinando, depois, que ela “produz, entre as partes e seus sucessores, *os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário* e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Dessume-se, pois, que a decisão arbitral não é uma sentença judiciária, porquanto não emana de um órgão jurisdicional típico, mas a ela é equiparada em seus efeitos, sobretudo no aspecto de sua execução forçada, conforme expressa o artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil. Dessa forma, a sentença arbitral é uma decisão “privada” com *status* de sentença judiciária¹⁸, não podendo, por isso, produzir efeitos além da-

18 Ao que parece, no mesmo sentido do que aqui se sustenta, apresenta-se a doutrina de Alexandre Freitas Câmara, ao comentar a natureza jurídica da decisão arbitral: “Já afirmamos nesta obra nossa convicção no sentido de que o árbitro, embora exerça função pública, não exerce a atividade jurisdicional, a qual permanece como monopólio do Estado. Assim sendo, não nos parece adequada a denominação empregada na Lei de Arbitragem, por fazer parecer que o árbitro exerce uma função estatal, o que não corresponde à verdade. Ao empregar a denominação aqui combatida, a Lei de Arbitragem, a nosso sentir, provoca um desprestígio do Poder Judiciário, o que contraria o próprio espírito da lei. Sentença é, e será sempre, ato jurisdicional. O árbitro não exerce função com esta natureza, uma vez que o processo arbitral não é um processo jurisdicional. (...)” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p.88. Ao que parece, em sentido contrário, posicionou-se José Eduardo Carneira Alvim, para quem “Dúvida não pode haver sobre a natureza jurídica da sentença arbitral, sendo ela expressão da jurisdição estatal exercida pelo árbitro ou tribunal arbitral, vindo elencada, no art. 584, III, do Cód. Processo Civil, como um título executivo judicial.” na *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Direito Arbitral*. Coord. Sergio Nelson Mannheimer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.18, p. 91 - 95, 2006.

queles que uma sentença proferida por um magistrado possui, quando decide uma lide da qual é parte a Fazenda Pública.

Quer-se dizer, com isso, que a sentença arbitral, por ser “equiparada” em seus efeitos à sentença judiciária, não pode pretender trazer para o Poder Público, como regra geral, um regime de execução diferente do que está a ele jungido por força da Constituição da República de 1988, no artigo 100, e também pelo Código de Processo Civil, no artigo 730.

Desse modo, na ausência de disposição jurídica legal e contratual em sentido contrário (que abaixo será melhor examinada), a regra será atribuir à sentença arbitral que impuser uma condenação pecuniária à Fazenda Pública as mesmas conseqüências oriundas de uma sentença judiciária com o mesmo objeto; isto é, a sentença arbitral reconhecerá um débito do Poder Público e um crédito do particular, mas dependerá, para sua satisfação, de ser submetida ao procedimento de execução especial previsto no artigo 730, do CPC (no qual não será permitido à Fazenda Pública a rediscussão do mérito da decisão arbitral, mas somente a sua nulidade, nos termos do artigo 32, da Lei Federal nº 9.307/96¹⁹), e, posteriormente, ao procedimento de expedição do precatório judicial a ser inscrito na ordem cronológica de pagamento, nos termos do artigo 100, da CRFB/88.

A necessidade de respeito ao procedimento acima deriva também do dever de respeito aos preceitos que informam a idéia de legalidade orçamentária, sobretudo as que impedem a assunção de obrigações pelo Poder Público sem prévia dotação orçamentária (artigo 167, incisos I e II, da CRFB/88).

Situação diversa e que, a nosso sentir, excepcionará as conclusões acima apresentadas é aquela em que o próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade de as obrigações pecuniárias, eventualmente impostas ao Ente Público por força de uma sentença arbitral, ser objeto de garantia por um fundo público ou

19 “Art. 32 - É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

privado, ou mesmo por um bem público especialmente destinado a essa finalidade.

Tal exceção deve ser compreendida no contexto das mudanças dos paradigmas do Direito Administrativo, sobretudo das novas teorias de interpretação da contratação pública²⁰, surgidas a partir da necessidade de se buscar na iniciativa privada soluções para investimentos em setores sensíveis para a sociedade, como acontece nas áreas de saneamento básico, de saúde, etc. Por certo, essa alteração de paradigmas, ressalvado o respeito aos princípios gerais de direito público, autoriza a previsão legislativa que permita a mitigação do sistema de cumprimento de uma obrigação tipicamente contratual, tida por descumprida por uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei Federal nº 11.079/2004, que regula a contratação das Parcerias Público-Privadas, admitiu expressamente no artigo 11, inciso III, a adoção da arbitragem para solucionar conflitos de interesses entre o Poder Público e o parceiro privado, e previu, no artigo 8º, que as obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público frente ao parceiro privado sejam objeto de garantias, valendo-se, inclusive, de fundos previstos em lei, que seriam geridos por uma entidade privada²¹. Confira-se a redação do artigo 8º citado:

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no *inciso IV do art. 167 da Constituição Federal*;

20 Mencione-se, a propósito, o trabalho desenvolvido pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro LAURO GAMA E SOUZA JR, sob o título “Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado”. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Parceria Público-Privadas*. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.17, p. 291 - 327, 2006.

21 A Lei Federal nº 11.079/2004 chegou mesmo a prever e a autorizar a União Federal a criar um Fundo Especial para garantir as obrigações pecuniárias das PPPs federais. Confira-se a redação do artigo 16 e do seu § 1º: “Art. 16 - Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. § 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios”.

- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei”.

Questiona-se a constitucionalidade do dispositivo legal acima transcrito, na medida em que, à luz do artigo 163, inciso III, da CRFB/88, a concessão de garantias pelas entidades públicas somente poderiam ser objeto de regulação por Lei Complementar, e não por leis ordinárias, tal qual o é a Lei Federal nº 11.079/2004. Mais: pela regra do artigo 165, § 9º, inciso II, da CRFB/88, somente Lei Complementar poderia dispor sobre a criação e o funcionamento dos fundos criados pelo Poder Público.

A doutrina tem se posicionado pela constitucionalidade do artigo 8º, da Lei Federal nº 11.079/2004, com argumentos com os quais concordamos inteiramente. Mencionem-se, a propósito, as teses postas por *GUSTAVO BINENBOJM*, que, ao final de sua exposição, propõe o encaminhamento de Lei Complementar pelo Governo Federal ao Congresso Nacional, com o fim de espancar de vez as incertezas quanto à interpretação dos dispositivos legais mencionados, o que pode abalar a confiabilidade dos parceiros privados para a colaboração com projetos de interesse da sociedade brasileira; *verbis*:

“Em uma primeira leitura, o vício de *inconstitucionalidade formal* parece evidente. Deveras, sendo a Lei nº 11.079/2004 uma lei ordinária, a exigência do artigo 163, *caput*, e II, da Carta Política teria sido desatendida.

Há, no entanto, duas interpretações alternativas que poderiam *salvar* o art. 8º da Lei nº 11.079/2004. A primeira, aquela que sustenta ter a Lei nº 11.079/2004 apenas *regulamentado*

a Lei Complementar nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal), com o que estaria satisfeita a exigência constitucional. E a segunda, aquela segundo a qual o art. 8º não trata de concessão de garantias por *entidades públicas* (referidas no *caput* do artigo 163 da Constituição, mas sim por uma *entidade privada*, que é o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP)²².

A propósito da interface da Lei Federal nº 11.079/2004 com a Lei Complementar nº 101/2000, sugerida por *GUSTAVO BINEJBOJM*, é necessário mencionar as lições de *VANICE LIRIO DO VALLE*, uma das maiores estudiosas do tema:

“A opção legislativa pelo reforço, no texto da Lei 11.079/2004, do imperativo da responsabilidade fiscal enquanto signo das práticas governamentais, nada mais faz do que dar literalidade a uma sinalização que a rigor, dispensava esse traço, eis que extraível do arcabouço constitucional e legislativo aplicável à espécie. Nem por isso, se pode dizer cuide-se de um cuidado ocioso, na medida em que sublinha a necessidade que esse propósito – do agir fiscal responsável – funcione em verdade como parâmetro de orientação do labor interpretativo da lei em causa.”²³

Quanto à possível inconstitucionalidade de se estabelecer em contrato administrativo (compromisso arbitral) ou em lei que o possível inadimplemento da Administração Pública, reconhecido em sentença arbitral, será pecuniariamente ressarcido diante de fundo privado (ou poderia ser público!) constituído para essa finalidade, ou de bens públicos afetados a essa finalidade como garantia real, temos que é inexistente. Isso porque, repita-se, não há óbice constitucional e legal para a Administração Pública se submeter a um regime jurídico contratual, respeitando os princí-

22 BINEJBOJM, Gustavo. As parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Parceria Público-Privadas*. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.17, p. 91 - 106, 2006.

23 VALLE, Vanice Lírio do. Responsabilidade fiscal e parcerias público-privadas: o significado das diretrizes contidas no Art. 4º da Lei 11.079/2004. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Parceria Público-Privadas*. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.17, p. 205 - 222, 2006. Para aqueles que pretendem se aprofundar no tema, recomenda-se, também da Autora referida, a obra *Parceria público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

pios de direito público, estabelecendo em lei, como garantia para a eventualidade de prejuízos oriundos do seu inadimplemento, que os valores serão pagos por um fundo com personalidade jurídica de direito privado, ou de bens públicos especialmente destinados a esse tipo de garantia. A propósito, colham-se as lições de *CARLOS ARI SUNDFELD*, que, tratando especificamente do Fundo Garantidor das PPPs, assim doutrinou:

“Em suma, o FGP é uma nova espécie de pessoa jurídica governamental federal, concebida para fins específicos, mas enquadrada no gênero ‘empresa pública’, pois seu capital é inteiramente público, subscrito pela União, suas autarquias e fundações públicas, no limite expressamente previsto pela lei (art. 16, *caput*). Sua instituição observou inteiramente a exigência do art. 37, inciso XIX, da CF, tendo sido autorizada pela Lei das PPPs, com todos os requisitos necessários.

(...)

O oferecimento de garantia pelo FGP – que, não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o disposto no art. 100, da CF, que submete ao regime de precatório a execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque privada é a sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetação e transferência são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas”²⁴.

No mesmo sentido, dissertou *GUSTAVO BINENBOJM*:

“O óbice de natureza constitucional que tem sido oposto ao mecanismo do fundo garantidor tem por fundamento o art.

24 SUNDFELD. Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____ (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15 - 44.

100 da Constituição, que institui o *sistema de precatórios judiciais* como forma de execução das dívidas do Poder Público e impõe a sua liquidação na ordem cronológica de sua apresentação. A execução direta de bens e direitos do fundo garantidor – alega-se – estaria fraudando o regime constitucional de precatórios.

Aqui não se vislumbra qualquer vício. Uma porque seria legítimo ao Poder Público *desafetar* determinado bem imóvel de seu patrimônio e dá-lo em garantia de um contrato. A desafetação do bem importa a possibilidade de disposição do bem, o que se pode fazer mediante as formas contratuais admitidas em direito. A constituição de uma hipoteca, por exemplo, seria uma forma válida de garantir um contrato em que o Poder Público fosse parte.

Duas, porque a fórmula da constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como *fundo garantidor* é absolutamente legítima e respaldada pelo art. 173, § 1º, inciso II, da Carta da República. Nada impede, de fato, que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades) cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de PPP. Trata-se de um aspecto da atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado. Ora, segundo o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.²⁵

Em razão das considerações e fundamentos acima alinhados, conclui-se ser possível à Administração Pública pretender

25 BINEJNBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Parceria Público-Privadas*. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 17, p. 91 - 106, 2006. Em prol da tese sustentada neste ensaio, recomenda-se ainda a leitura do valioso trabalho da Procuradora do Estado do Rio de Janeiro Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga, com o título PPP: o fundo garantidor, a execução das garantias e a compatibilidade com o sistema constitucional dos precatórios, publicado na mesma Revista de Direito acima mencionada.

ser eficiente²⁶ ao se submeter à solução de conflitos utilizando-se de meios alternativos à normal tutela jurisdicional, máxime pela via da arbitragem, bem assim não ser inconstitucional, excepcionalmente, que a sentença arbitral que impuser condenação pecuniária à Fazenda Pública seja satisfeita sem a expedição de precatório judicial, desde que exista previsão legal e contratual nesse sentido, e também estabelecendo que os valores sejam suportados por fundos privados ou públicos criados para essa finalidade – tal qual acontece com as PPPs – e/ou com a destinação específica de bens que serão afetados a essa finalidade (garantia real).

4 Conclusões

Reconhecendo as controvérsias que os temas acima debatidos apresentam e sem a pretensão de tê-los esgotados, conclui-se que é lícito à Administração Pública celebrar acordos administrativos com credores seus, para pagamento imediato e sem a submissão ao procedimento de precatório judicial previsto no artigo 100, da CRFB/88, somente na hipótese de demandas ajuizadas para discutir o crédito, mas antes de proferida a sentença de mérito ou até o seu trânsito em julgado, sendo impossível a realização de transação para pagamento imediato de valores após o trânsito em julgado da sentença de mérito e/ou da expedição do precatório, exatamente em razão da necessidade de se respeitar a ordem cronológica exigida pelo referido artigo 100, da CRFB/88. Se transação administrativa houver, nessas últimas hipóteses, porá fim apenas ao processo judicial e/ou à

26 A propósito da busca da eficiência administrativa pela adesão à arbitragem, importante mencionar as lições de LEONARDO FIAD: “Não por outro motivo costuma-se estabelecer uma conexão entre os diplomas normativos que trazem a previsão da arbitragem e o princípio constitucional da *eficiência* (do qual decorrem o princípio da adequada prestação dos serviços públicos e seus congêneres). Dito de outra maneira: a arbitragem, quando prevista pelo legislador, traduz uma projeção específica – uma mediação densificadora – do princípio da eficiência.

(...)

Nesta situação excepcional, entendemos que possa (e deva) a Administração Pública celebrar compromisso arbitral haurindo a autorização *diretamente* do princípio da eficiência. Contudo, a ausência de regra autorizativa que faça a mencionada mediação densificadora entre o princípio da eficiência – cujo conteúdo é abertíssimo – e o caso concreto faz com que recaia sobre a Administração um maior ônus argumentativo acerca da justificativa da sua opção.” – Arbitragem e Administração Pública. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Direito Arbitral*. Coord. Sergio Nelson Mannheimer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 18, p. 177 - 204, 2006.

execução, mas necessitará, para pagamento dos valores acordados, da expedição do precatório.

No que diz respeito às discussões sobre arbitragem, temos que é possível a sua utilização pelo Poder Público, desde que autorizado por lei e por disposição contratual. Nessa hipótese, a sentença arbitral, como regra, não poderá autorizar o pagamento imediato de valores sem a obediência ao procedimento do precatório judicial. Por isso, cremos que será necessária, após a sentença arbitral (momento em que será dissolvida a arbitragem), a instauração do processo de execução contra a Fazenda Pública, nos termos do artigo 730, do CPC, para, ao depois, ser expedido o precatório judicial, nos moldes do artigo 100, da CRFB/88.

Excepcionalmente, a sentença arbitral que impuser condenação pecuniária à Fazenda Pública poderá ser satisfeita sem a expedição de precatório judicial, desde que exista previsão legal e contratual nesse sentido, estabelecendo, inclusive, que os valores serão suportados por fundos públicos ou privados criados para essa finalidade – tal qual acontece com as PPPs – e/ou com a destinação específica de bens que serão afetados a essa finalidade (garantia real).

1.6

INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES PÚBLICAS: ESTUDO DE CASO NO ESPÍRITO SANTO

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A atividade negocial da administração pública. Espécies de contratos de administração. Os contratos de concessão e sua submissão ao regime de direito público. 3 Neoconstitucionalismo. Normatividade da Constituição e de seus princípios. Boa-fé objetiva e teoria da confiança: influência sobre os contratos administrativos. 4 Princípio constitucional da adequação do serviço público. Análise contratual no caso concreto. Ausência de encargos supervenientes. Função constitucional subjacente ao negócio jurídico: colaboração com o poder público. 5 Equilíbrio econômico-financeiro do contrato em função da taxa interna de retorno. Melhorias macroeconômicas que exigem diminuição da taxa interna de retorno. Posicionamento do Tribunal de Contas da União. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

O Estado do Espírito Santo, por intermédio do Departamento de Estradas de Rodagem – DER, autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, promovera, no ano de 1998, licitação pública na modalidade de concorrência visando à concessão do denominado “Sistema Rodovia do Sol”.

Como é notório, a Concessionária Rodovia do Sol S.A. (Rodosol) logrou-se vencedora da disputa, obtendo o direito de exploração do referido complexo viário mediante cobrança de tarifa de pedágio dos respectivos usuários. A título de contrapartida, assumira extensa carga obrigacional estampada no instrumento contratual celebrado entre as partes, cuja vigência restara fixada em 25 (vinte e cinco) anos.

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Professor de Direito Constitucional do Centro de Evolução Profissional – CEP e da Direito Público Capacitação e Consultoria – DPCC. Palestrante e Professor convidado de cursos preparatórios.

Entretanto, na atual fase de execução do objeto contratual, surgem complexas dúvidas acerca dos limites obrigacionais pactuados. A problematização ora travada entre a Concessionária e o Estado apresenta, como matéria de fundo, uma discussão quanto à responsabilidade pela *edificação de obras de ampliação na Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte)*, de maneira que a notória ineficiência do serviço prestado, marcado por uma crescente lentidão do tráfego naquela via, reste sanada e que os índices de adequação do serviço sejam restabelecidos.

Diante desse controverso cenário, com impactante reflexo econômico sobre os contratantes, bem como relevante repercussão social, apresentamos o presente trabalho, pretendendo ofertar uma interpretação (neo) constitucional dos contratos de concessão celebrados na década de 1990, a partir de um caso paradigmático experimentado no Estado do Espírito Santo.

2 A atividade negocial da administração pública. Espécies de contratos da administração. Os contratos de concessão e sua submissão ao regime de direito público

O Estado, enquanto ente que personifica o interesse público, exerce manifestações de vontade que, por ora, afiguram-se unilaterais e resultam, portanto, em uma figuração compulsória do particular na atividade administrativa, e, de outra feita, assumem feição negocial, por meio das quais demanda a colaboração do particular em caráter de espontaneidade.

Na atividade administrativa negocial – que importa para o deslinde do presente caso – há um substrato básico, caracterizado pela bilateralidade, pela mútua assunção de obrigações, sob objetivo determinado. Por óbvio, toda vez que o Estado-Administração pactua compromissos com particulares (sem empregar sua vontade de forma unilateral), está a celebrar um contrato. Trata-se do que se convencionou denominar *Contratos da Administração*, haja vista que a Administração Pública figura em um dos pólos da relação contratual.

A expressão “contratos da Administração”, no entanto, é empregada em sentido amplo, denotando um gênero dentro do qual

se inserem modelos contratuais diversos, igualmente passíveis de adoção pelo Estado.

Como uma dessas espécies, temos os *(i) contratos privados da Administração*, regulados pelo Direito Civil e Empresarial, nos quais o ente estatal e o particular estabelecem uma relação contratual horizontal, sem que se atribua à Administração, portanto, e como regra, prerrogativas especiais que exorbitem da esfera das negociações privadas. Aplicam-se, aqui, as regras do direito privado (por exemplo: contratos de seguro).

Em segundo lugar, há os *(ii) contratos administrativos típicos*, cujo objeto se submete às regras do regime de direito público, com regramento essencialmente previsto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93). Incluem-se, aqui, os contratos de fornecimento de materiais, execução de obras, prestação de serviços, etc.

Para alguns, há ainda uma terceira espécie que compreende o *(iii) contrato administrativo de delegação de competência administrativa*, ou simplesmente, *contrato de concessão de serviço público*, que também se submete ao regime de direito público. Como assevera MARÇAL JUSTEN FILHO:

“O objeto da contratação é a atribuição de título jurídico para que um terceiro desempenhe funções tipicamente estatais, desencadeando relações jurídicas de direito público perante os administrados. Esses são os contratos de concessão de serviço público, especialmente. Estão regidos preponderantemente pela Lei nº 8.987/95”¹.

Essa classificação², embora aparentemente possa exprimir um mero interesse jurídico-científico, em verdade, apresenta relevante utilidade prática na medida em que possibilita

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. 283 p.

2 Há doutrinadores que não distinguem os contratos administrativos típicos dos contratos administrativos de delegação de competências administrativas (concessão). Assim, o contrato de concessão não seria nada mais que um contrato administrativo típico. Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. 342 p., GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992. 242 p. e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993. De toda sorte, não há controvérsia doutrinária quanto à aplicação do regime de direito público aos contratos de concessão, sejam eles classificados como contratos administrativos típicos, ou, como prefere Marçal Justen Filho, como contrato de delegação de competência administrativa. Ficamos com a classificação proposta por este, em virtude de sua maior especificidade.

ao intérprete determinar o seu mais importante parâmetro hermenêutico. É sob essa classificação – variável em função do regime de direito público ou de direito privado – que as cláusulas contratuais do presente contrato de concessão devem ser examinadas.

Ou seja, não basta identificar que o Estado ocupa um dos pólos contratuais, ou que o contrato visa à consecução de uma finalidade pública. Com efeito, todo contrato da Administração apresenta um ente estatal em sua configuração subjetiva. Da mesma forma, toda vez que o Estado lança mão de seu exercício contratual, o faz com o objetivo de satisfazer o interesse público, ainda que de forma implícita. Portanto, nem o aspecto subjetivo, nem o aspecto objetivo se prestam isoladamente como elemento de diferenciação entre (i) os contratos da Administração que se regem pelo direito privado, de um lado; (ii) e, de outro lado, os contratos administrativos típicos e os contratos de concessão, que se regem pelo direito público.

No caso vertente, o objeto contratual vincula-se à *“concessão de obra pública, visando à recuperação, ao melhoramento, à manutenção, à conservação, à operação e à exploração do denominado Sistema Rodovia do Sol – área compreendida pela Ponte Darcy Castello de Mendonça, Trecho Viário de Vila Velha, compreendido entre o final da citada Ponte e o início da Rodovia ES-060 (entre seu Km 0 e 33 + 545m), o contorno de Guarapari, e o trecho entre a Praia de Graçaí e o Distrito de Meaípe, e respectivas faixas marginais, assim como pelas áreas de descanso e áreas ocupadas com instalações administrativas, situadas no Estado do Espírito Santo.”*

Sem qualquer dificuldade, infere-se que se trata de um contrato de concessão (delegação de competência administrativa), porquanto um serviço público, consubstanciado na manutenção e melhoria de vias públicas (Sistema Rodovia do Sol), cuja titularidade é exercida pelo Estado, tivera seu exercício concedido a um particular.

Portanto, da própria configuração do contrato é possível extrair a primeira premissa interpretativa, qual seja, a de que se trata de uma *concessão de serviço público precedida de execução de obra pública*, e, como tal, incide sobre suas cláusulas

um intangível regime de direito público, a ensejar todos os seus especiais mecanismos, notadamente, a posição preponderante da Administração como guardiã do interesse público em face da Concessionária. No magistério do Professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

“Sendo a concessão um contrato administrativo, constitui característica natural do ajuste a desigualdade das partes, de modo a conferir posição de supremacia ao poder concedente. Aliás, se esta é a característica dos demais contratos administrativos, em que a relação jurídica se cinge ao Estado e ao particular, com maior razão teria que sê-lo para as concessões que, como visto, exigem também a participação dos membros da coletividade, não só como destinatários do serviço, mas também como responsável pelo pagamento de tarifas.

Como corolário da preponderância do Estado nos contratos administrativos, incidem na concessão as cláusulas de privilégio, ou exorbitantes, que são certas prerrogativas expressamente atribuídas ao Estado nos contratos administrativos. A Lei nº 8.987/05 previu, em mais de uma passagem, aspectos que retratam essa preponderância. Cite-se, como exemplo, o art. 23 V, que admite possíveis alterações no contrato, e o art. 37, que contempla a retomada do serviço pela encampação, fundada em motivos de interesse público”.³

3 Neoconstitucionalismo. Normatividade da Constituição e de seus princípios. Boa-fé objetiva e teoria da confiança: influência sobre os contratos administrativos

A análise jurídica do contrato celebrado com a Concessionária evidencia um vasto material técnico, que passa por especificações de obras até a fixação de índices e parâmetros de qualidade do serviço prestado. Na análise desse material, no entanto, assume relevo a incompatibilidade lógico-jurídica os-

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 338.

tentada entre algumas cláusulas, e entre estas e o sistema de concessões de serviços públicos previsto pela Constituição Federal.

Antes que se adentre, porém, no mérito da controvertida redação desse contrato de concessão – o que se fará mais adiante – faz-se imprescindível invocar algumas modernas formas de interpretação constitucional. Por meio desses instrumentos interpretativos é que se pretende sanar aquelas referidas inconsistências que, como se verá, permeiam o contrato em questão.

O elevado nível de abstração e generalidade contido nos princípios constitucionais contribuiu, historicamente, para a negação de sua eficácia normativa. Tradicionalmente, sobretudo antes do advento da CF-88, era possível reconhecer a preponderância de uma metodologia jurídica extremamente mecanicista, baseada em meras técnicas de subsunção e em argumentações que lançavam mão do silogismo puro.

Em síntese, as premissas argumentativas eram extraídas da simples leitura de artigos e cláusulas contratuais, sem preocupação com a racionalidade prática no domínio do Direito⁴. Admitiram-se, por longo tempo, algumas conclusões que, embora aparentemente consoantes com a literalidade dos textos interpretados, não representavam uma harmonização com o sentimento constitucional de distribuição de justiça⁵.

Esse distanciamento entre a hermenêutica jurídica e a satisfação do direito se fortalecia em função de teses positivistas que terminavam por fundir os conceitos de *texto legal* e *norma*, ignorando que aquele constitui mero objeto de interpretação, ao passo em que este representa o próprio resultado da atividade interpretativa.

Entretanto, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, calcada no marco teórico do pós-positivismo e na reaproximação entre ética e direito⁶ tem enfati-

4 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

5 GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

6 Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 28 jan. 2009.

zado a força vinculante da principiologia constitucional. Na lição de GUSTAVO BINENBOJM:

“Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meio de integração do Direito, a serem utilizados apenas em casos de lacuna; convertem-se em autênticas normas, situadas pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica. O seu alto grau de abstração torna-os, por outro turno, um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a este a ductibilidade necessária para a acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança”⁷.

No mesmo sentido, lição de JORGE MIRANDA, para quem *“deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade”⁸*. O Professor ANDERSON SANT’ANA PEDRA, apoiado em OSCAR VILHENA VIEIRA, assevera que:

“(…) deve se ter em mente que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais ou para solucionar um conflito entre princípios que decorre da percepção de que as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As Constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como reservas de justiça para os sistemas políticos e jurídicos que organizam”⁹.

O que se admite atualmente, portanto, é um *rompimento* com a *dogmática tradicional*, segundo a qual valores axiológicos ainda não positivados ou princípios dotados de alto grau de abstração (por vezes, conceitos jurídicos indeterminados) representam frágil contributo para a exegese jurídica. Experimenta-se

7 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 64 p.

8 Apud MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 43.

9 PEDRA, Anderson Sant’Ana. Interpretação e aplicabilidade da constituição: em busca de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 232, p.183, abr./jun. 2003.

a *recolocação da Constituição no centro do sistema jurídico*, de maneira que todo princípio constitucional se irradia pelos demais ramos do Direito e, em particular, sobre o Direito Administrativo.

Especificamente no que tange à interpretação dos contratos administrativos (regidos pelo regime de direito público) e das normas ordinárias que lhes são correlatas, há de se ter sob perspectiva que seu fundamento de validade residirá sempre nos princípios e regras constitucionais, mesmo que dotados de abstração. No dizer de Luís Roberto Barroso:

*“A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos Três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares”*¹⁰.

Dentre os princípios que, particularmente, aplicam-se à relação jurídica ora alinhavada entre o Estado do Espírito Santo e a Concessionária Rodosol, evidencia-se o *princípio da boa-fé*. Considera-se que tal princípio ostenta matriz constitucional implícito em virtude de sua aproximação axiológica com o princípio da moralidade, positivado no *caput* do artigo 37 do Diploma Constitucional¹¹.

10 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 28 jan. 2009.

11 Nesse sentido, apontamento do jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, ao tratar do alcance objetivo do postulado da moralidade: *“Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús González Pères em monografia preciosa.”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004). CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, ao comentar o princípio da moralidade administrativa, segue a mesma linha: *“A virtude que se pretende ver obtida com a prática administrativa moral fundamenta-se no valor da honestidade do comportamento, da boa-fé, da lealdade dos agentes públicos, e todos estes elementos estão na moralidade, como integrantes de sua essência e sem os quais não se há dela cogitar”*. (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Na doutrina do Professor HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUZA¹², com baliza em respeitada literatura, a boa-fé encontraria suporte constitucional não somente no princípio da moralidade administrativa, como também no *subprincípio da segurança nas relações jurídicas*. Eis a lição do administrativista:

“Sob o ponto de vista constitucional, a boa-fé pode ser considerada como elemento normativo do subprincípio da segurança das relações jurídicas, que, por seu turno, decorre do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, caput).

Assim, o subprincípio da segurança das relações jurídicas, consoante se infere da doutrina e jurisprudência que cuidaram do tema¹³, comportaria uma abordagem sob os aspectos objetivo e subjetivo. O aspecto objetivo corresponde à intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CR/88, art. 5º, XXXVI), ao passo que o aspecto subjetivo estaria relacionado à boa-fé e à proteção da confiança¹⁴.

Sob esse novo contexto de interpretação constitucional, compromissado com a efetividade da distribuição de justiça, é que se pretende analisar o *princípio da boa-fé objetiva e seus reflexos no contrato firmado com a Rodosol*. Com efeito, a ocorrência de cláusulas contratuais hábeis a ensejar interpretações dúbias e potencialmente lesivas ao interesse público, demanda uma exegese sistemática e ponderada, em contraposição a interpretações meramente textuais.

12 SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A boa-fé nas parcerias contratuais do Estado. In: _____. *Temas de licitação e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

13 Nesse sentido, por todos, veja-se a pena autorizada de ALMIRO DO COUTO E SILVA, em seu clássico texto intitulado “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54, da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99)”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n.237, p. 271-315, jul./set. 2004. Na jurisprudência do E. STF, confira-se o MS nº 24268-MG, Relatora originária Min. ELLEN GRACIE e Rel. para o acórdão, Min. GILMAR MENDES, noticiado no Informativo de Jurisprudência do STF nº 343, ano 2004, que é citado, inclusive, por ALMIRO DO COUTO E SILVA, no texto referido.

14 Embora sem se referir ao Texto Constitucional brasileiro, ao que parece, no sentido aqui defendido, averba ALICE GONZALEZ BORGES: (...) por sua vez, tal princípio decorre do *princípio da confiança*, tão zelosamente defendido pelos tribunais da Comunidade Européia, como alicerce da *segurança jurídica*, que é um dos pilares do Estado de Direito. BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 dez. 2006.

Acerca da aplicabilidade do postulado da boa-fé aos contratos celebrados pela Administração com particulares, em uma autêntica eficácia vertical, dispõe MENDES DE SOUZA¹⁵:

“(...) parece-me possível sustentar que as premissas normativas e teóricas acima lançadas são aplicáveis aos contratos da Administração Pública.

Em primeiro lugar, porque a boa-fé (subjetiva e objetiva) se constitui em princípio geral do Direito, devendo permear todas as relações jurídicas contratualizadas, públicas ou privadas, sendo irrelevantes, neste particular, a natureza e a finalidade do vínculo contratual.

Nesta ordem de idéias, realçando o amplo espectro normativo da boa-fé, incidente, portanto, sobre todas as relações jurídicas, confira-se a pena clássica de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

(...) O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso¹⁶.

Em sentido assemelhado, realçando a natureza da boa-fé como princípio geral do Direito, com irradiação normativa direta sobre todas as relações contratualizadas, massificadas e despersonalizadas – e não só as relações de consumo, frise-se – confira-se a pena autorizada de CLAUDIA LIMA MARQUES:

(...) Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da boa-fé. Este princípio ou “novo mandamento” (Gebot) obrigatório a todas

15 SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A boa-fé nas parcerias contratuais do Estado. In: _____. *Temas de licitação e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20, v. 3.

as relações contratuais na sociedade moderna, e não só as relações de consumo, será aqui denominado de princípio da boa-fé objetiva para destacar a sua nova interpretação e função¹⁷.

Em segundo lugar, como será demonstrado em tópico adiante, o princípio em tela decorre diretamente do sistema da Constituição da República de 1988, permeando e orientando as relações jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, de modo que a Administração Pública, por evidente e em especial nas suas relações contratualizadas, devem plena submissão e conformação.

Em terceiro lugar, porque as premissas normativas e doutrinárias destacadas em nada conflitam com o regime jurídico dos contratos da Administração Pública. Ao revés, não se pode conceber uma parceria contratual do Estado que não seja informada pela boa-fé, destacando-se, em especial, as respectivas obrigações especiais de lealdade, prudência, honestidade e cooperação recíprocas que devem existir na relação jurídica contratual administrativa.

Em quarto lugar, como adiantado acima, na ausência de tratamento normativo específico da boa-fé nas parcerias contratuais do Estado, a própria ordenação contratual administrativa se socorre da disciplina do Direito Privado¹⁸.

Com esses argumentos, fundados no sistema normativo pátrio vigente e na doutrina contemporânea especializada sobre o tema, parece-me irrefutável o entendimento de que as noções desenvolvidas sobre a boa-fé, no âmbito do Direito Privado, seja em seu aspecto subjetivo, seja na sua vertente objetiva, aplicam-se às parcerias contratuais do Estado.

O contrato de concessão ora analisado apresenta incompatibilidades pontuais com o sistema de concessões adotado no Brasil, além de traduzir, em alguns momentos, uma vantagem desproporcional em favor da Concessionária. Nesse cenário, assume relevo o instituto da boa-fé, em ordem a permitir, da extra-

17 *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 180.

18 Lei nº 8666/93, art. 54.

ção das normas contratuais, o significado que mais se aproxima à idéia de lealdade, confiança e cooperação esperada e exigida das partes que se relacionam juridicamente, sobremaneira em tema de contratação pública. Por conseqüência, nessa atividade hermenêutica há que se privilegiar sempre o sentido mais consentâneo com a honestidade que deve permear o negócio firmado entre as partes, evitando-se construir interpretações que configurem malícia ou prejuízo a uma em benefício da outra.

Ao tratar dos negócios jurídicos, o Código Civil Brasileiro (art. 112) adotou a *teoria da confiança*, ao estabelecer que, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Como se pode ver em lição de NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS relativamente à questão:

“... afasta-se da teoria da vontade (em que predominava a vontade interna das partes sobre a declaração) e a teoria da declaração (pela qual prevalecia o texto do contrato, ignorando-se o aspecto psíquico das partes). A interpretação pela boa-fé prestigia a teoria da confiança, que é de certa forma um ecletismo entre as duas teorias que a precederam. O magistrado verificará a vontade objetiva do contrato, ou seja, a vontade aparente do negócio jurídico, de acordo com o que pessoas honestas e leais – do mesmo meio cultural dos contratantes – entenderiam a respeito do significado das cláusulas posta em divergência.”¹⁹

A teoria da confiança, embora enraizada em diploma normativo tipicamente privado, aplica-se indubitavelmente aos contratos administrativos. É o que preconiza o art. 54, da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer o socorro subsidiário das normas comuns do Direito Contratual para os contratos regidos pela aludida legislação. Além disso, o art. 7º, *caput*, da Lei da Concessões Públicas (Lei nº 8.987, de 1995), invoca a utilização do Código de Defesa do Consumidor, impregnado da idéia de boa-fé objetiva, nas relações por ela regidas.

19 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Assim, considerando que a moderna dogmática constitucional demanda o reconhecimento da força normativa da Carta Política de 1988, e tendo em vista que o princípio constitucional da moralidade, de onde provém a boa-fé objetiva, exige do Estado e dos particulares uma atuação fundada em uma justa confiança, não se afigura admissível a interpretação de cláusulas de um contrato de concessão sob a estrita ótica da atividade empresária da Concessionária. O caráter de cooperação nos contratos de concessão se apresenta ainda mais evidenciado, haja vista que o particular, desde o ingresso no prévio certame licitatório, admite e assume a colaboração com o interesse público, resguardando para si a justa remuneração do capital aplicado, entendida a expressão com parcimônia, e não com uma completa dissociação com o objetivo comum que leva as partes à contratação. É dizer que a contratação administrativa não afasta o lucro da atividade empresária, mas pressupõe o ânimo de colaboração com o Poder Público, com prestação de serviço adequado e remuneração justa, proporcional aos seus encargos.

4 Princípio constitucional da adequação do serviço público. Análise contratual no caso concreto. Ausência de encargos supervenientes. Função constitucional subjacente ao negócio jurídico: colaboração com o poder público

A modalidade contratual da concessão ostenta expressa referência constitucional. Deveras, o artigo 175, da Carta Magna, dispõe que *“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

O referido dispositivo ainda consigna vários princípios que estariam a reger essa forma de prestação indireta de serviços públicos, dentre os quais ostenta maior relevância para o caso concreto, a obrigatoriedade de manter um *“serviço adequado”* (art. 175, parágrafo único, inciso IV).

O legislador infraconstitucional, em exercício de interpretação autêntica, conceituou a expressão *“serviço adequado”* no próprio Estatuto das Concessões, estabelecendo que se trata daquele

serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, parágrafo primeiro).

Os contratos de concessão, em geral – assim como ocorre no caso presente –, ainda costumam incluir, dentre os elementos de composição do que se considera como um serviço adequado, o quesito da fluidez do tráfego, conceituando-o da seguinte forma²⁰:

“Fluidez de tráfego: as boas condições de fluidez do trânsito, alcançadas pelo correto e eficiente gerenciamento dos sistemas referidos na letra “d” acima [pistas de rolamento, sinalização, comunicações, cobrança etc.], propiciando que os usuários alcancem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos decorrentes de gerenciamento incorreto ou ineficiente, inclusive nas praças de pedágio e nos postos de pesagem móveis.”

Não obstante à própria conceituação ofertada pela Lei e pelo Contrato, as partes usualmente fixam, ainda, parâmetros técnicos de análise de adequação do serviço prestado. No caso em apreço, o item 05, da cláusula XVI, estabeleceu como parâmetro dos níveis de serviço o *“Highway Capacity Manual”*²¹. Estabelece a referida cláusula:

“Cláusula XVI – Do Serviço Adequado.

(...)

4 A Concessionária deve assegurar, durante todo o prazo da concessão, a prestação de serviço adequado, atendidas, integralmente, as condições estabelecidas no item anterior.

5 Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo

²⁰ No caso concreto, o contrato celebrado entre o Espírito Santo e a Concessionária continha previsão de manutenção da fluidez de tráfego na cláusula XVI, item 02. De toda sorte, esse modelo de instrumento se irradiou nas diversas concessões ocorridas na década de 90, aparentemente em virtude de minutas adotadas pela União, na primeira fase da concessão de rodovias federais.

²¹ O Highway Capacity Manual – HCM 2000 é um manual americano, universalmente adotado, que contém metodologias para a avaliação do nível de serviço e a estimativa da capacidade de diversos elementos do sistema viário, incluindo uma específica para a análise de vias urbanas.

estabelecido que a Rodovia ES-060 que compõem (sic) o Sistema Rodovia do Sol poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao “D”, conforme definido no “Highway Capacity Manual”; esta definição não se aplica ao tráfego da Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte).

- 6 *Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060.*
- 7 *As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO.”*

Nas disposições contratuais acima transcritas reside uma intrincada controvérsia interpretativa entre o Estado e a Concessionária.

Em linha de síntese, a Concessionária argumenta que: (i) não se obrigara a edificar obras de ampliação na Terceira Ponte, pois o item 05 estaria a indicar essa obrigação apenas para a Rodovia ES-060; e (ii) as obras relativas a novos acessos à ponte não estariam contempladas pelo PER – Programa de Exploração da Rodovia.

Não assiste razão à Concessionária, exceto se admitida uma exegese absolutamente desvinculada do sistema constitucional de concessões públicas e da finalidade pública a ser satisfeita pelos contratantes.

Estabelece o item 05 que a Concessionária deve assegurar, durante todo o prazo da concessão, a prestação de serviço adequado, no qual se inclui a “fluidez de tráfego”, conforme reza o próprio contrato (cláusula XVI, itens 01 e 02). Assim, se o particular contratado é responsável pela oferta de *serviço adequado*

durante toda a vigência da concessão, e se o *serviço adequado* é composto, dentre outros fatores, pela *fluidez de tráfego*, logo, a Concessionária é responsável pela fluidez de tráfego durante toda a vigência do ajuste (vinte e cinco anos).

Note-se que, de fato, não há uma exigência explícita de edificação de uma determinada obra para a fluidez do tráfego na Terceira Ponte. Não se trata especificamente de uma obra. A exigência é ainda mais consistente e ampla, eis que a Constituição, o Estatuto das Concessões e o próprio Contrato fixam a responsabilidade do concessionário em “*manter serviço adequado*”. Se a adequação do serviço depende da fluidez do tráfego – como reza o Contrato –, compete à Concessionária, e não ao Poder Concedente, a assunção de todas as diligências necessárias para que tal fluidez seja alcançada e mantida. Sejam quais forem as diligências, inclusive a edificação de obras se assim for imprescindível, e se as medidas paliativas não forem suficientes.

Sob esse enfoque é que se constata que não há qualquer inovação nos encargos da Concessionária. O contrato é cristalino quando estabelece, *originariamente*, que compete ao particular a prestação de serviço adequado com fluidez de tráfego.

Considerando que a fluidez na ponte era satisfatória no ano de 1998 – quando se realizou a licitação – é possível concluir que, à época, não havia nenhuma obrigação relevante a ser assumida pela Concessionária, para fins de incremento da fluidez de tráfego naquela via. Assim, se o tráfego era satisfatório em 1998 e, por isso, não demandava a atuação da empresa nesse particular, e se a mesma nega-se a promover melhorias na via, quando o tráfego futuramente se tornará crítico, importa em concluir que a Concessionária não assumiu nenhuma obrigação de manter a fluidez no trânsito no que se refere à Terceira Ponte. Ora porque a melhoria não era necessária, ora porque, mesmo sendo necessária, e mesmo diante de vultoso recolhimento de tarifas, esquivava-se de tal obrigação.

Essa sentença lógica não se coaduna com o modelo constitucional de concessões públicas, na medida em que suprime um de seus maiores pilares: a adequação do serviço. Se a Concessionária não é responsável pela fluidez no trânsito, consoan-

te sua interpretação do Contrato, por via de consequência, não seria responsável pela oferta de serviço adequado, o que fere materialmente a Constituição Federal (art. 175).

Deveras, a própria causa justificadora da concessão estaria prejudicada. É que a Administração está constitucionalmente obrigada a prestar serviços públicos, na forma direta, e na forma indireta, hipótese esta que se justifica mediante a perspectiva de que a atuação por meio de particular colaborador irá incrementar a capacidade de atendimento e majorar, portanto, a satisfação do interesse público. Sob o manto da boa-fé, não há como admitir que a Administração possa ter se proposto a conceder um serviço público sem garantias de qualidade, e com a Concessionária atraindo para si os lucros e limitando os riscos do seu negócio, sobretudo se é a própria Constituição que estabelece a obrigação de manter serviço adequado.

O segmento da concessão representado pela Terceira Ponte constitui inegavelmente a parcela mais relevante do Sistema Rodovia do Sol, sob qualquer prisma (econômico, social, etc.). E é nesse ponto que reside a importância do princípio constitucional implícito da boa-fé sobre o Contrato.

A análise da avença sob uma ótica (neo) constitucionalista, com apego à necessidade de se fazer efetiva a distribuição de justiça, torna inadmissível uma concessão por meio da qual (i) fixam-se parâmetros de qualidade para uma parte da rodovia que, do ponto de vista do fluxo diário, é menos relevante para a população – Rodovia ES-060; e (ii) deixa a descoberto o segmento mais importante do objeto concedido, que significou, certamente, o maior atrativo quando da licitação pública que lhe precedera – a Terceira Ponte.

Ou seja, no que tange à Terceira Ponte, de onde provêm os maiores lucros da Rodosol e para onde se destinaram os menores investimentos iniciais (a Ponte já estava pronta quando da concessão), a Concessionária estaria desobrigada a manter um serviço adequado, simplesmente porque não se fixou um parâmetro de eficiência. Essa é a interpretação apresentada pela Concessionária quanto ao item 05, da Cláusula XVI: os parâmetros de qualidade do *Highway Capacity Manual* seriam válidos para o trecho da Rodovia ES-060, enquanto para a Terceira

Ponte não haveria qualquer índice de aferição da adequação do serviço.

Porém, não é essa a inteligência compatível com o artigo 175 da Constituição, considerada a força normativa de seus princípios (moralidade, boa-fé, confiança) e com o Estatuto das Concessões. Revisitemos o item 05, Cláusula XVI:

“5 Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-060 que compõem (sic) o Sistema Rodovia do Sol poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao “D”, conforme definido no “Highway Capacity Manual”; esta definição não se aplica ao tráfego da Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte).”

É necessária uma leitura cautelosa do dispositivo. Ao dissociar as frases, temos:

- 1 *primeira parte*: na Rodovia ES-060 não pode haver mais de 50 horas por ano com nível de serviço inferior ao “D”;
- 2) *segunda parte*: a definição anterior não se aplica à Terceira Ponte.

Perceba-se: o que se excluiu do âmbito de incidência da Terceira Ponte foi o parâmetro especificamente criado para a Rodovia ES-060. Ou seja, a “definição anterior” expressa na primeira parte do dispositivo, consistente no limite de 50 horas/ano sob o nível “D”, não valeria para o fluxo da Ponte.

Não se infere do dispositivo que a Ponte não possuirá nenhum parâmetro de qualidade em seus serviços, mas que, tão-somente, o parâmetro especificamente adotado para a Rodovia ES-060 não lhe seria aplicável. Disso não resulta que o tráfego da Terceira Ponte poderá apresentar nível de serviço qualificado como crítico (nível “D”) de forma constante e ilimitada. Ao contrário, haverá sempre um limite pautado na adequação do serviço a ser prestado.

Dessa forma, temos que a adequação do fluxo de tráfego da Rodovia ES-060 fora fixada segundo um limite máximo de 50 horas/ano em nível “D”, ao passo em que a adequação do fluxo

de tráfego na Terceira Ponte apresenta limites fixados segundo a fórmula constitucional aberta “*serviço adequado*”.

Há uma consistente diferenciação entre expressar que “determinado índice não é aplicável à Terceira Ponte” e afirmar que “nenhum índice é aplicável à Terceira Ponte”. A tese argumentativa da Concessionária não representa apenas uma construção semântica equivocada – ao extrair um significado não identificável na frase – mas apresenta intransponível divergência com o sentido contextual do Contrato, que exige boa fluidez de tráfego em todo o Sistema Rodovia do Sol (e não somente na Rodovia ES 0-60), e com a própria cogência da Constituição, que funda o sistema de concessões no princípio da adequação do serviço.

Analisar essa cláusula da forma como pretende a Empresa é retomar a citada dogmática tradicionalista, segundo a qual vale mais o silogismo pontual que a finalidade do Direito de distribuir justiça. Mormente porque, ao extrair da cláusula o que ela não disse, a Concessionária socorre exclusivamente aos seus anseios privatísticos de ampliação de lucro e se afasta da função constitucional subjacente que assumira nesse Contrato, qual seja, a de colaboradora privada na consecução do interesse público.

Não se nega o direito de remuneração do capital investido, eis que o sucesso do empreendimento depende inexoravelmente da possibilidade de o particular concessionário auferir lucros. Ocorre, porém, que na contratação pública esse direito deve sofrer ponderação com as metas supraindividuais. Assim, o sucesso da concessão não se vincula exclusivamente ao lucro ilimitado do particular, mas à justa composição entre esse interesse e o binômio serviço adequado-modicidade das tarifas.

Se é verdade que o contrato apresentou-se, de certo modo, omisso quanto aos critérios de aferição do serviço na Terceira Ponte, não é menos verdadeiro que tal omissão não acarreta o afastamento da obrigação de um serviço adequado. Ao contrário, haveria de se buscar outro critério que refletisse de forma fidedigna as atuais condições de prestação de serviço na Ponte (mesmo sendo notório que tais condições atualmente estejam absolutamente críticas e com péssima perspectiva).

À falta de um critério menos abstrato quanto à Terceira Ponte, e sendo necessário buscar um índice objetivo usualmente aceito, nada mais razoável que a aplicação analógica do próprio *Highway Capacity Manual*, mesmo que, para a Terceira Ponte, admita-se hipoteticamente um limite maior de prestação de serviço no nível “E” (em vez de apenas 50 horas/ano).

De toda sorte, em auditoria realizada pelo Poder Concedente, no exercício de sua atividade fiscalizatória, identificou-se que os níveis de serviço da Ponte, sob influência dos efeitos de congestionamento dos acessos, apresentam em média oito horas por dia no nível “D” (crítico) e três horas no nível “E” (nível ainda pior do que o patamar considerado crítico). Portanto, em apenas um dia, a Concessionária oferta um serviço crítico por onze horas. Em um mês, acumular-se-iam 330 horas de serviço crítico (ou pior que isso, no nível “E”).

Os índices alcançados nem de longe tangenciam as raiais de um serviço adequado. Revela-se que o usuário capixaba sofre com a prestação inadequada por mais de três mil horas por ano.

O aspecto temporal nos contratos de concessão assume especial importância, tendo em vista a necessidade de se equacionar no tempo dois elementos contabilmente antagônicos: de um lado, a modicidade da tarifa e, de outro, o retorno do investimento aplicado pelo particular. Trata-se de um elemento ínsito ao próprio conceito de concessão pública de complexos rodoviários. Daí a importância de cada licitante desenvolver habilidades de projeção de seus custos, tanto quanto de seus lucros.

Quando a legislação de regência determina que o serviço deve ser adequado durante toda a vigência do ajuste, o particular deve ostentar habilidade para identificar as possíveis variáveis nesse período, provisionando seus lucros ao longo do tempo, para fazer face à demanda futura. Era absolutamente previsível – ainda no ano de 1998 – que o fluxo de veículos tenderia a aumentar, mesmo porque, já naquela época, a Terceira Ponte era a principal via de acesso Vitória-Vila Velha. Pouco factível seria assumir o contrário, ou seja, minoração do fluxo de veículos.

O que se pretende notar é que os contratos de concessão são claramente delineados por uma maior abstração, fruto do extenso período de suas vigências (geralmente, mais de vinte anos). Não se ignora a necessidade de se adotar mecanismo de reajuste das tarifas para fazer face às perdas monetárias causadas pelo processo inflacionário. Mas, não se pode admitir que o concessionário invoque uma suposta imprevisibilidade para todo e qualquer evento ocorrido na vigência do contrato, a fim de afastar suas obrigações, pois o contrato é extenso, por definição.

Se a Concessionária se limita a fazer o investimento inicial na obra e a simplesmente manter essa estrutura ao longo dos anos, assim que houver saturação da capacidade de atendimento o serviço se tornará ineficiente. A simples manutenção de uma obra edificada não suprime a demanda crescente. Se a Concessionária se nega a ampliar sua capacidade de atendimento, em verdade, está negando a oferta de um serviço adequado e transferindo para a Administração a sua responsabilidade e o seu risco empresarial. É como dizer que a Concessionária irá efetuar o primeiro investimento e extrairá os lucros dele resultantes. Assim que necessários novos investimentos para suprir o aumento de demanda – que era previsível – o Estado assume a função de financiador e a Concessionária auferirá isoladamente os lucros resultantes do maior fluxo de veículos.

A prevalecer a tese da Concessionária – de que houve aumento imprevisto da demanda e que, por isso, não está obrigada a restabelecer o nível adequado de serviço – estar-se-á diante da seguinte situação dilemática: (i) ou o usuário está pagando por uma tarifa relativa a um serviço adequado e recebendo, como contrapartida, um serviço inadequado; (ii) ou o Estado financiará o aumento da capacidade de atendimento da Concessionária, e a mesma experimentará um incremento nos seus lucros e na sua tarifa. É factível a presunção de que, elevadas a qualidade do serviço e a capacidade de atendimento, mais usuários serão prospectados pela Concessionária.

Por óbvio, nenhuma dessas situações atende ao interesse público. Na primeira hipótese, não se resolve o grave problema de mobilidade urbana experimentado na Grande Vitória e o usu-

ário continua a pagar por um serviço ineficiente. Na segunda, a obra é edificada, mas é empregado dinheiro público no empreendimento. Penaliza-se o administrado duplamente: seja pagando a tarifa, ou seja investindo o capital estatal, cuja origem é o próprio usuário do serviço.

Nem se argumente que a obrigação de fluidez de tráfego na Terceira Ponte limitava-se à manutenção da estrutura física já existente em 1998, haja vista a desproporcionalidade que ocorreria entre as meras atividades de manutenção e os substanciais valores cobrados a título de taxa de pedágio, aliás, com fluxo incessantemente crescente. Por certo, não se teria fixado tarifa tão alta somente para fins de suprir atividades de manutenção da via.

Deve-se ver, ainda, que o constituinte originário, ao tratar das concessões no artigo 175, da Carta Política de 1988, empregou o vocábulo “*manter*” serviço adequado, o que denota a intenção do legislador em expressar uma obrigação de caráter permanente a cargo da Concessionária. Se o serviço era adequado em 1998, deveria manter-se com essa qualidade durante toda a vigência do pacto.

Nesse diapasão, vem a lume a disposição contida na cláusula XIII, itens 01 e 02 do Contrato, segundo a qual:

Cláusula XIII – Do Risco Geral de Trânsito

- 1 *A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito inerente à exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL, neste se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras vias.*
- 2 *A assunção do risco de alteração do trânsito no SISTEMA RODOVIA DO SOL constitui condição inerente ao regime jurídico da concessão outorgada, não se admitindo, caso venha a ocorrer alteração quanto ao volume de trânsito esperado pela CONCESSIONÁRIA quando da apresentação de sua PROPOSTA COMERCIAL, qualquer alteração de seus encargos, ou, ainda, revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.*

O item 01 se apresenta com forte carga de literalidade. Em uma primeira construção, fixa sobre a Concessionária a *(i) responsabilidade pelo risco de trânsito, integralmente e para todos os efeitos*. Em seguida, complementa com a afirmação de que, *(ii) dentre os riscos de trânsito assumidos, enquadram-se até mesmo os riscos de diminuição do fluxo de veículo*, o que poderia acarretar uma perda de receitas para a Empresa.

De antemão, é preciso ressaltar que o risco de trânsito é contextualmente definido como “*risco de variação do fluxo de veículos*”. Ou seja, a variação do fluxo de veículos se insere no âmbito do risco da atividade empresária titularizada pela Concessionária. Assim, considerando que esse encargo fora assumido de forma INTEGRAL (e para todos os efeitos), tem-se que qualquer variação do fluxo deve ser equacionada pela Concessionária, seja essa uma variação para mais ou para menos.

Na segunda parte do item 01, expressou-se que nos riscos de trânsito inclui-se o risco de redução do volume. Ora, se o risco de trânsito é assumido de *forma integral*, logo, tanto o risco de redução como o de majoração do fluxo já estão inseridos nas obrigações da Empresa. Nesse cenário, a expressa menção ao risco de redução de fluxo assume uma mera função exemplificativa.

A redundância se justifica nesse caso. É que, considerando o aspecto temporal do contrato (vinte e cinco anos de vigência), preocupou-se claramente com uma situação excepcional que pudesse ocorrer (embora pouco provável), que seria a diminuição no fluxo de veículos na Terceira Ponte. O tratamento expresso a essa exceção evitaria uma futura discussão acerca de um suposto direito de reequilíbrio contratual, ocasionado pela perda de receitas da Concessionária com o fluxo menor que o projetado por ela. Assim é que, no item 02, logo em seguida, estabeleceu-se expressamente a *impossibilidade de concessão de reajuste em função do menor fluxo de veículos*.

Em síntese: 1) ou ocorre uma diminuição do fluxo de veículos e a Concessionária arca com o decréscimo em suas receitas, sem direito a postular reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; 2) ou ocorre um aumento no fluxo de veículos, hipótese em que a Concessionária aumenta suas receitas, mas não deve

perder de vista a obrigação primordial de manter o serviço adequado.

Mas essa cláusula ainda ostenta uma valoração implícita. Basta notar que, no caso de *diminuição do fluxo de veículos*, as partes concordaram em atribuir à Concessionária todos os ônus decorrentes da supressão de sua receita, afastando qualquer alegação de prejuízo. Não há qualquer controvérsia nesse ponto. Se assim fora pactuado, não se vislumbra qualquer motivo hábil a justificar um pedido de reequilíbrio do contrato pela Concessionária, nas hipóteses em que ocorre *aumento do fluxo de usuários*, eis que sua receita, nesses casos, será acrescida.

Aqui reside o elemento lógico-valorativo: se a Empresa não ostenta direito a reequilíbrio contratual quando amarga prejuízos em relação ao que projetava auferir (conforme livremente pactuado), não subsistem motivos para se pleitear um reequilíbrio, quando, ao contrário, a Concessionária recebe um fluxo de usuários ainda maior que o esperado, aumentando-se o seu potencial de lucratividade. Deve-se ver que a readequação do serviço constitui um desdobramento natural ocasionado pelo aumento da demanda, devendo ser custeada pelas receitas adicionais então auferidas.

O que não se admite é que a Concessionária tenha se beneficiado do acréscimo quantitativo de usuários e queira transferir para o Poder Concedente o ônus de adequar os serviços concedidos.

Bem se diga que, no item 07, da Cláusula XVI, estabeleceu-se que as obras que se fizessem necessárias na *Rodovia ES-060*, em virtude da saturação do limite de 50 horas/ano no nível de serviço abaixo de “D”, *deveriam ser executadas exclusivamente por conta da Concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário*. Mais que isso, a própria cláusula, em caráter explicativo, justifica que as obras *“não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora”*.

Em linhas resumidas, significa que quando o limite de atendimento for alcançado especificamente no trecho da Rodovia

ES-060 (e não na Terceira Ponte), haverá um aumento da receita em favor da Concessionária. E essa receita deverá ser aplicada na execução de obras que possam restabelecer os índices aceitáveis de serviço.

Nota-se que, no caso da Rodovia ES-060, foram edificadas obras de grande impacto e que consumiram substancialmente os investimentos iniciais. Ainda assim, admite-se que futuras obras que se fizerem necessárias serão arcadas pela Concessionária Rodosol, sem direito a reequilíbrio e sem aumento de tarifa. Em contrapartida, no que tange à Ponte Darcy Castello de Mendonça, onde não ocorreram tais investimentos iniciais (ao menos em tamanha proporção), a Concessionária pretende sustentar a tese de que não detém responsabilidade pela edificação de obras, ignorando sua expressa obrigação de manter serviço adequado com fluxo de tráfego regular. Repise-se: a concessão apresenta por objeto todo o SISTEMA RODOVIA DO SOL e, sobre ele, deve incidir integralmente o conceito de adequação do serviço a ser prestado.

A incongruência resta ainda mais evidente quando considerado que as obras de duplicação do Contorno de Guarapari (trevo Rodovia Jones dos Santos Neves ao trevo de Meápe) e do viaduto sobre a citada Rodovia, somente serão edificadas quando o fluxo de veículos no local atingir o Nível "D". É o que dispõe o Aditivo Contratual nº 02, cláusula terceira, item 03.

Trata-se de obras originariamente contempladas pelo Programa de Exploração da Rodovia e que deveriam ser edificadas independentemente do fluxo de veículo concretamente verificado. Nada obstante, o contrato sofrera alteração por meio de aditamento, em ordem a permitir que tais obras somente sejam levadas a efeito quando assim for demandado pelo nível de utilização da pista.

Sem que se queira exaurir qualquer questão acerca da validade desse aditivo, o fato é que, em termos de proporcionalidade, a Concessionária, no que tange a esses encargos originariamente previstos no Programa de Exploração, pleiteou pela sua suspensão até que se verifique a necessidade em função do tráfego local – no que fora atendida pelo Estado, que atuou sob o manto da boa-fé contratual. Mas, em contrapartida, nega-se a

assumir a responsabilidade pela ineficiência dos serviços prestados na Terceira Ponte, onde, ao contrário, o fluxo de veículos há muito exorbitou das raias da aceitabilidade.

De um lado, as obras que originariamente deveriam ser executadas independentemente da demanda de tráfego foram suspensas simplesmente porque o fluxo de veículos na região ainda não sofrera acréscimo. De outro lado, em um segmento da concessão no qual a necessidade de obras é notória (Terceira Ponte), a Concessionária esquivava-se de conceder sua contrapartida, majorando sua lucratividade e abstendo-se de prestar serviço eficiente.

Um trecho deveria inicialmente receber obras e não as recebe porque não houve fluxo de veículos que as demandasse. O outro trecho demanda urgentemente pelas obras, mas a Concessionária o exclui de sua responsabilidade. A prevalecer esse círculo, indaga-se em que situação a Concessionária deverá edificar obras para ajustar o seu serviço ineficiente.

Denota-se, ademais, que a Concessionária vem promovendo uma compensação de seus lucros por meio de práticas administrativas não legitimadas pelo Contrato.

Nas proximidades de Guarapari, onde se localiza a Praça de Pedágio Praia Sol, o volume de tráfego tem sido abaixo daquele projetado. Reza o contrato que a Rodosol deve arcar com o risco de trânsito, inclusive no que se refere a essa diminuição do fluxo de usuários. Por sua vez, na Terceira Ponte, exauriu-se a capacidade de atendimento, com tráfego acima daquele que fora dimensionado equivocadamente para o local.

Assim, onde há uma menor margem de lucro do que aquela esperada, a Concessionária se abstém de assumir o risco de tráfego como pactuado no Contrato, ignorando o seu risco empresarial. Onde a margem de lucro supera as expectativas, a Rodosol transfere as perdas ocorridas em trechos diversos, mecanismo por meio do qual deixa de assumir o risco de diminuição de tráfego em um ponto e deixa de promover as melhorias necessárias em outro.

Evidencia-se, com isso, uma prática não albergada pelo interesse público: a compensação de prejuízos ocorridos em um

trecho da concessão, à custa de um serviço ineficiente em outro.

Não se alega, aqui, a impossibilidade de se considerar a lucratividade global do contrato de concessão. Com efeito, o Sistema Rodovia do Sol apresenta, de certa forma, um caráter de unicidade e assim deve ser considerado contabilmente. Impugna-se, diferentemente, a negativa de se adequar o serviço em determinado local da concessão, cujo atendimento encontra-se “estrangulado”, simplesmente em virtude do não-atendimento de suas expectativas econômicas em outro trecho.

Há de se fazer cumprir o negócio jurídico, tal como pactuado. A cláusula XIV, em seus itens 01 e 02, relaciona expressamente dentre as incumbências da Contratada, o dever de “*prestar serviço adequado*” e de “*adotar todas as providências para garantir a fluidez dos fluxos de tráfego no Sistema Rodovia do Sol*”.

No mesmo sentido, determina a Cláusula XIV, item 02, alínea “d”:

“d) Implementar obras destinadas a aumentar a segurança e a comodidade dos usuários, assim como executar obras de expansão de capacidade do SISTEMA RODOVIA DO SOL, sua modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos seus equipamentos e instalações, para garantir a continuidade da prestação de serviços em nível adequado, nas condições estabelecidas neste CONTRATO”.

Em consonância com a natureza multisubjetiva dos contratos de concessão, considere-se também que o próprio usuário figura como destinatário das atividades prestadas e, nessa condição, titulariza o direito de “*receber serviço adequado, em contrapartida ao pagamento do pedágio, observadas as isenções aplicáveis*” (Cláusula XXII, alínea “a”).

O fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo faz surgir uma estreita ligação entre a Administração Pública e a satisfação de princípios constitucionais, vistos estes como *núcleo de condensação de valores*²². Supera-se a dogmática

22 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 49.

assentada na imprescindibilidade da lei infraconstitucional para nortear a relação entre a Administração e a Constituição Federal. É dizer que a própria força normativa da Carta Magna acarreta uma vinculação administrativa à juridicidade, de forma direta e com tamanha influência, que a interpretação de leis ordinárias, contratos e atos administrativos apenas se faz válida quando retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição.

Sob esse “novo” modelo hermenêutico, não há dúvidas de que bastaria a confrontação do artigo 175, da Constituição Federal com os termos do contrato de concessão que ora se analisa, para que o intérprete concluísse pela obrigação da Concessionária em adotar toda e qualquer diligência necessária à prestação de um serviço adequado (sendo obras, ou não).

Prevalendo o *princípio constitucional da adequação do serviço público*, há de se admitir que, qualquer disposição – seja normativa ou negocial – que não atenda ao referido preceito restará convalidada de vício de inconstitucionalidade material. Assim, contratos que frustrem esse postulado, ainda que mediante expressa disposição pactuada entre as partes, não ostentam validade, pois não são compatíveis com a finalidade almejada pelo constituinte (preservação do interesse público). Por mais motivo, no caso presente, devem restar afastadas as ilações tendentes a suprimir o direito a um serviço adequado, vez que baseadas não em expressa previsão do contrato (o que por si só geraria inconstitucionalidade), mas em cláusulas dúbias que não resistem a uma interpretação sistemática das normas correlatas e do próprio contexto contratual.

A rigor, portanto, não é necessário que o Programa de Execução de Exploração, elaborado ainda na fase interna da licitação, preveja toda e qualquer diligência que competirá à Concessionária para fins de oferta de um serviço adequado. Sobretudo porque, em matéria de concessões de rodovias, a vigência invariavelmente se mostra elástica.

Mais do que o Programa de Exploração é a própria Carta Política de 1988 que impõe a adequação do serviço, de maneira tal que, uma vez atribuído esse dever constitucional, atribui-se *poderes implícitos* necessários à sua satisfação. Se o serviço

público deve ser adequado, a Administração ostenta o poder-dever de exigir eficiência da Concessionária.

Assim, quando a cláusula LXI, em seu item 01, estabelece que as obras e serviços a serem executados pela Concessionária são os especificados no Programa de Exploração do Sistema Rodovia do Sol, elencam-se diversas edificações relativas aos investimentos iniciais da Concessionária (construção de praças de pedágio, duplicação de pistas, criação de viadutos, etc.), *sem prejuízo para as demais diligências que, inexoravelmente, serão necessárias para manutenção da satisfação dos usuários, vez que a eficiência e a adequação do serviço constituem os pilares da contratação empreendida*. A assertiva não decorre do simples exame do Programa de Exploração, mas do sistema de concessões concebido no Brasil e reproduzido em todo o corpo do instrumento contratual.

Mesmo diante de todas essas evidências, a Concessionária ainda mantém-se inerte, baseando-se em um suposto desequilíbrio contratual que a edificação da obra alegadamente causaria. Não assiste, também nesse ponto, razão à Respeitável Empresa, como se passa a expor.

5 Equilíbrio econômico-financeiro do contrato em função da taxa interna de retorno. Melhorias macroeconômicas que exigem diminuição da taxa interna de retorno. Posicionamento do Tribunal de Contas da União

O mecanismo de restabelecimento da equação econômico-financeira originária de todo e qualquer contrato administrativo apresenta importância inegável, ainda mais evidente em se tratando de concessões públicas. É que sua larga vigência permite uma maior deteriorização monetária em virtude de processos inflacionários e coloca o ajuste à mercê de fatos imprevisíveis ao longo do tempo.

De toda sorte, já em uma primeira análise deste contrato de concessão, há de se fazer uma ressalva. Determina a Cláusula IV, item 02:

“Cláusula IV – Do Regime Jurídico do Contrato

2 *As cláusulas econômico-financeiras deste CONTRATO não podem ser alteradas sem prévia concordância da CONCESSIONÁRIA”.*

Há aqui um implícito desvirtuamento do regime constitucional de contratação administrativa, vez que a redação adotada parece levar à conclusão de que a manutenção de condições econômico-financeiras da concessão socorre somente aos interesses da Concessionária. Ou seja, adotou-se como premissa – bem se diga, equivocada – que toda eventual alteração das condições econômicas do contrato acarretará prejuízos ao particular, abstendo-se a cláusula de mencionar hipóteses em que o Estado estaria a sofrer tal prejuízo.

A manutenção de condições econômicas e financeiras constitui instrumento de conservação do equilíbrio estabelecido entre as partes e, diante dessa função, apresenta natureza bilateral. Disso decorre o fato de que as alterações econômicas e financeiras do contrato podem, aprioristicamente, causar prejuízo tanto a uma parte como à outra, a depender do evento ocorrido. Não se trata, portanto, de instituto a ser manejado em regime de exclusividade pelo particular.

Portanto, é de se extrair da cláusula em questão que as condições “*econômico-financeiras deste CONTRATO não podem ser alteradas sem prévia concordância da CONCESSIONÁRIA*”, e, nem mesmo, sem prévia concordância do próprio Poder Concedente, quando experimentado prejuízo em seu desfavor.

A equação econômico-financeira se fundamenta no equilíbrio entre os encargos assumidos pela Concessionária e o lucro a ser auferido. Assim, experimentada uma elevação de encargos, deve-se ajustar o lucro da Concessionária. Mas, em contrapartida, verificada uma lucratividade injustificável, há de se proceder com ajustes em favor do Poder Concedente.

O primeiro ponto relevante situa-se na verificação do evento “*elevação de encargos*”. A elevação de encargos, obviamente, apresenta como marco comparativo os encargos inicialmente assumidos pela Concessionária. Aceita essa premissa, não se verifica qualquer elevação de encargos no caso sob exame, haja

vista que a obrigação de manter serviço adequado mostra-se presente desde o advento do certame licitatório, quando a Contratada conheceu e aceitou os termos do instrumento convocatório.

Subsistem, nessa questão, todos os elementos explanados no capítulo anterior, relativos à obrigação da Empresa em manter índices de serviço satisfatórios, reconhecendo-se que todas as diligências necessárias à consecução de tal fim inserem-se no seu campo obrigacional. Não há, portanto, qualquer inovação de encargos na necessidade de edificação das obras de ampliação da Terceira Ponte, porque necessárias ao restabelecimento da adequação do serviço, obrigação essa assumida quando a licitante manifestou interesse em contratar com a Administração.

A elevação de encargos, no caso vertente, ocorreria em desfavor da própria Administração, se obrigada a restabelecer a adequação do serviço, que é uma obrigação da Rodosol. Se o Estado investe na edificação de novas obras, eleva sua carga obrigacional, ao passo em que a Concessionária majora sua lucratividade, com a gratuita expansão de sua capacidade de atendimento. Nesse cenário, aumentam-se os encargos estatais e também os lucros do agente privado, no que reside uma quebra da equação econômico-financeira originária em desfavor da Administração.

Cabe, aqui, o seguinte exercício intelectual.

Imagine-se uma concessão de serviços de telefonia. Ultimado o processo licitatório, formalizasse o contrato que contempla um plano de exploração. Nesse plano de exploração relatam-se as diversas reformas e ampliações do sistema que recairão sobre a responsabilidade inicial da referida concessionária (modernização tecnológica, instalação de novos serviços, obras, instalações externas, etc.). Uma vez efetivados esses encargos, imagine-se que, após alguns anos, a capacidade de atendimento aos usuários restou saturada em função, por exemplo, do crescimento econômico do País. Nessa situação, surge a indagação: (i) a companhia telefônica deve ampliar sua capacidade de atendimento investindo recursos financeiros próprios, em boa parte já auferidos com a exploração do serviço ou; (ii) deve pleitear que o Estado financie gratuitamente a expansão,

beneficiando-se ainda do lucro com acréscimo da quantidade de usuários? Parece-nos evidente que essa segunda opção destoa de qualquer margem de razoabilidade. Mas é a resposta que se assemelha à tese defendida pela Concessionária Rodosol.

Por outro prisma, é de se reconhecer que a equação econômico-financeira em contratos de concessão vem sendo usualmente aferida em função da denominada *Taxa Interna de Retorno – TIR*, que é a taxa necessária para igualar o valor de um investimento no tempo presente, com seus respectivos retornos futuros ou saldos de caixa. Em simples palavras, presta-se a medir o retorno do investimento realizado pela Concessionária.

Tradicionalmente, a técnica utilizada para se verificar a manutenção do equilíbrio contratual consistia em aferir se a taxa interna de retorno do início do contrato mantém-se durante a sua vigência. Ou seja, estabelece-se uma comparação entre a TIR no tempo presente e a TIR verificada na data de formalização do ajuste.

Lançando mão dessa técnica, a Fundação Getúlio Vargas, em auditoria realizada em dezembro de 2008, identificou que a TIR prevista na proposta comercial era de 16,80% e que, após diversos eventos ocorridos, essa alíquota fixa-se atualmente em 16,87%. Embora pareça insignificante a alteração experimental, em economia de escala, esse pequeno aumento percentual resultou em um prejuízo aos cofres públicos de R\$ 2.141.330,00 (dois milhões, cento e quarenta e um mil, trezentos e trinta reais) até a data da divulgação do estudo.

O simples emprego da tradicional técnica de comparação entre a TIR inicial e a TIR atual já denuncia um desequilíbrio em desfavor do Estado, sem contabilizar os prejuízos com a negativa de se edificar as obras necessárias à adequação do serviço. Significa que, quedando-se inerte a Concessionária, o Estado sofre prejuízo de mais de dois milhões de reais, acrescidos ainda dos recursos financeiros necessários à adaptação da Terceira Ponte.

Ocorre que uma nova sistemática tem sido adotada pelo EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO no que tange às questões econômicas relativas a contratos de concessão de rodovias.

Imediatamente após a realização de leilão para fins de concessão de sete trechos de rodovias federais, em outubro de 2007, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização do Tribunal de Contas da União ofertou representação administrativa ao Ministro Ubiratan Aguiar, relatando o que se segue.

A concessão de rodovias federais na primeira metade da década passada ocorrera em um cenário de maior instabilidade econômica, que levaram os licitantes, à época, a dimensionar suas expectativas de lucro em patamar que variava em torno de 17% a 24% como taxa interna de retorno. A elevação da expectativa de lucro era a saída considerada eficaz para o ingresso em um negócio cujo grau de risco era considerável.

Essas expectativas estavam baseadas em um elevado custo de capital, que varia em função de fatores como: taxas de juros livres de risco (títulos do Tesouro dos Estados Unidos), risco do investimento em determinado mercado, prêmio por risco de mercado e prêmio por risco país.

Afora as questões técnicas relativas a esses conceitos de Economia, o fato é que as projeções de lucro efetuadas pelas concessionárias na década de 90 consideraram um risco país que se apresentava substancialmente maior do que atualmente se identifica. Uma vez minorado o risco país, a taxa interna de retorno passou a ser fixada pelo mercado concorrencial em patamares mais baixos (cerca de 8% a 9% - conforme leilão de 2007), pois as incertezas econômicas do Brasil foram diminuídas e os investidores puderam limitar sua margem de lucro como forma de aumentar a competitividade. Em síntese, o risco país mais baixo aumentou o grau de confiança no investimento, potencializando a concorrência e acarretando lucros menores, porém, mais razoáveis, às concessionárias vencedoras.

Em face dos fatos narrados pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização, o Tribunal de Contas da União, em Sessão Plenária, conheceu da representação que lhe fora formulada, determinando à ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres - que *fixasse nova rentabilidade para os contratos de concessão então em vigor (celebrados na década de 90), em ordem a estabelecer o reequilíbrio dos ajustes*. Pela importância

prática do Acórdão 2154/2007 para o caso concreto, pedimos vênha para transcrevê-lo na íntegra:

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PROGRAMA DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA FEDERAL. CONHECIMENTO. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da lavra da Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID, deste Tribunal, acerca de possíveis desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos concernentes à 1ª Etapa do Programa de Concessão Rodoviária Federal, acarretando a cobrança de tarifas de pedágios sobrevalorizadas. A peça está alicerçada nos seguintes termos:

“Trata-se de proposta de representação em virtude de fortes indícios de que as concessões de rodovias federais atualmente em execução e constantes da 1ª Etapa do Programa de Concessão Rodoviária Federal estejam desequilibrados econômico-financeiramente, acarretando sérios prejuízos aos usuários e ao País, com a cobrança de tarifas de pedágio sobrevalorizadas, o que proporciona lucros extraordinários aos concessionários.

O Governo Federal, em 1993, mediante a Portaria Ministerial nº 10 – posteriormente modificada pelas de nºs 246/94, 824/94 e 214/95 – criou o Programa de Concessões de Rodovias Federais – Procrofe, de responsabilidade do então Departamento Nacional de Estradas e Rodagem – DNER, com o objetivo de transferir à iniciativa privada, mediante concessão, a administração de trechos de rodovias federais.

Em 1990, mediante a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, foi criado o Programa Nacional de Desestatização – PND, posteriormente modificado por diversas medidas provisórias, até resultar na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, atualmente em vigor. Com base nas citadas leis, foram concedidos quatro trechos de rodovias federais e uma ponte: BR-116/RJ/SP (Rodovia Presidente Dutra), interligando a cidade do Rio de Janeiro a São Paulo; BR-101/RJ (Ponte Presidente Costa e Silva), interligando a cidade do Rio de Janeiro a Nite-

rói; BR-040/MG/RJ, interligando Juiz de Fora/MG à cidade do Rio de Janeiro; BR-116/RJ, interligando a cidade do Rio de Janeiro a Petrópolis e Além do Paraíba (trecho Além Paraíba – Teresópolis – Entroncamento com a BR-040/RJ); e BR-290/RS, interligando Osório a Porto Alegre/Entroncamento BR-116/RS (Guaíba).

Essas concessões foram outorgadas na primeira metade da década passada, quando o Brasil vivia uma situação de instabilidade econômica e de incertezas quanto ao futuro. A conjuntura desfavorável, aliada a outros fatores, fizeram que os então licitantes exigissem uma taxa de retorno do investimento (TIR) que refletisse as mencionadas incertezas econômicas. Dessa forma, as rentabilidades pactuadas se situaram em cerca de 17% a 24% (taxa não alavancada, ou seja, sem considerar os financiamentos e juros). Frise-se que essas rentabilidades significam ganhos acima da inflação, pois há o reajuste anual previsto nos contratos de concessão para corrigir a perda do valor monetário.

No dia de ontem (09/10/2007), o Governo Federal licitou sete novos trechos de rodovias federais, que compõem a 2ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais inseridas no Programa Nacional de Desestatização, entre as quais estão a Fernão Dias e a Régis Bittencourt. O resultado do leilão, realizado na BOVESPA, comprovou que o Tribunal de Contas da União atuou de forma tempestiva e esteve no caminho correto ao exigir correções e ajustes nos estudos de avaliação econômico-financeira que embasaram a fixação das tarifas máximas de pedágio.

Mesmo após os ajustes efetuados, que reduziram o valor médio das tarifas para os sete lotes em cerca de 28% - redução de 43,06% para a Fernão Dias e de 43,48% para a Régis Bittencourt - e a taxa interna de retorno de aproximadamente 18% para 8,95%, houve intensa concorrência e deságios expressivos em todos os trechos. Nesse ponto, especificamente sobre o valor da taxa de desconto desses novos trechos licitados, 8,95%, comparado às constantes das concessões já em andamento, é que se justifica a presente representação.

O modelo de concessão da 1ª Etapa pode ser denominado como “estático”, pois as rubricas que compõem o fluxo de caixa não se alteram ao longo da execução contratual, nela incluída da taxa de desconto – rentabilidade dos concessionários, ou seja, as concessionárias de rodovias federais da primeira etapa continuam auferindo rentabilidade que varia de 17 a 24% ao ano, no atual cenário de estabilidade econômica do País, em que a taxa de desconto para o setor é de no máximo 8,95%.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submeto os autos à consideração do Exmo. Sr. Ministro Ubiratan Aguiar, propondo, com fundamento no art. 187, no inciso VI, do art. 237, c/c o arts. 241 e 242, todos do RI/TCU, e no art. 132, inciso VI, e art. 133, da Resolução 191/2006, que:

- a) o presente expediente seja conhecido como Representação;
- b) determine à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com base na Lei nº 10.233/2001, que:
 - b.1) realize, no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra, Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão em equilíbrio econômico-financeiro em face da rentabilidade contratual – taxa interna de retorno do investimento (TIR);
 - b.2) caso se verifique o desequilíbrio nos mencionados contratos, adote as providências necessárias a fim de reequilibrar os contratos de concessão, fixando nova rentabilidade;
 - b.3) dê ciência ao TCU do cumprimento dos itens b.1 e b.2;
- c) retorne aos autos à Sefid para as providências pertinentes.”

É o Relatório.

VOTO

Ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, a representação pode ser conhecida por este Tribunal.

2 *No mérito, entendo bastante oportuna a sugestão da Unidade Técnica. Nos últimos tempos, nos deparamos com reclamações de usuários sobre abusos na cobrança de tarifas de pedágios, pairando sobre o assunto forte percepção de que há exorbitância nos preços, percepção essa que reclama estudo técnico acerca da matéria. Essa providência possibilitará a verificação da procedência dos cálculos que respaldam essas tarifas.*

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de outubro de 2007.

UBIRATAN AGUIAR

Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 2154/2007 -TCU – PLENÁRIO

(...) 9 Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação acerca de possíveis desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos concernentes à 1ª Etapa do Programa de Concessão Rodoviária Federal, acarretando a cobrança de tarifas de pedágios sobrevalorizadas.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo relator, em:

(...)

9.2 determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que:

9.2.1 realize, no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra, Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão em equilíbrio econômico-financeiro, em razão da rentabilidade contratual – taxa interna de retorno do investimento (TIR);

9.2.2 caso se verifique desequilíbrio, adote as providências necessárias a fim de promover o equacionamento dos men-

cionados contratos de concessão, fixando nova rentabilidade;

9.2.3 dê ciência ao TCU do cumprimento dos subitens acima;

9.3 determinar à Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID que acompanhe a execução dos contratos a serem firmados a partir do Leilão realizado no dia 09.10.2007, concernente à 2ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais”.

Note-se que o Tribunal de Contas da União determinou a realização de estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais estão em equilíbrio financeiro, considerada a taxa interna de retorno atualmente praticada no mercado (8,95%), devendo ser fixada “nova taxa de rentabilidade”.

Nesse caso concreto, os estudos para identificação da taxa interna de retorno da Rodosol já foram realizados pela Fundação Getulio Vargas, que constatou um índice de 16,87%, muito maior do que os parâmetros atuais de mercado (8% a 9%) e, inclusive, maior até mesmo do que a taxa constante da proposta comercial apresentada na licitação (16,8%).

É de bom alvitre destacar que não se trata de uma simples equiparação entre contratos de concessão diversos. Não se advoga a simplista tese de que os índices encontrados em determinado contrato podem ser tomados de empréstimo para incidir em outro. A questão passa pela própria sistemática de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro há muito sedimentada no Direito Administrativo.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.²³

A Fundação Getulio Vargas, assim como o Tribunal de Contas da União, reconhece o custo de capital como um dos elementos formadores do conjunto de encargos das concessioná-

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. 541 p.

rias. O custo do capital é diretamente proporcional à taxa interna de retorno, no sentido de que, quanto maior o custo de capital, maior deverá ser a taxa interna de retorno a ser fixada pela Concessionária para que o investimento se torne atrativo.

Isso porque, em termos de aceitação ou não de um projeto de investimento, é necessário verificar a relação entre a TIR e o custo de capital: a) se a TIR é maior que o custo de capital, significa que o investimento é economicamente viável; b) se a TIR é menor que o custo de capital, o investimento não se mostrará atrativo.

Quando a Concessionária Rodosol fixou sua taxa interna de retorno em 16,8%, o fez sob a expectativa de um custo de capital linear durante toda a execução do ajuste. Ocorre que, em virtude do plano de estabilização econômica ocorrida no Brasil, o risco país diminuiu consideravelmente de 11,97% ao ano para 2,36% ao ano. E como o risco país compõe o custo de capital, conseqüentemente, houve uma redução do custo de capital.

O resultado é que a diferença entre a taxa interna de retorno da Rodosol (16,8%) e um dos seus encargos (custo de capital) aumentou de forma favorável à Concessionária. Ou seja, o custo diminuiu e a Empresa manteve a mesma projeção de lucros elaborada em um cenário econômico absolutamente diverso do atual.

Portanto, o desequilíbrio contratual que vem beneficiando a Concessionária advém:

- a) Em pequena parte, por causa da variação da TIR inicial e da TIR atual (de 16,8% para 16,87%, perfazendo cerca de R\$ 2 milhões em prejuízo para o Estado),
- b) Mas, principalmente, em virtude da diferença entre o custo de capital (que se tornou mais baixo com o passar dos anos) e a TIR (que se tornou ligeiramente mais alta).

Para fins de equilíbrio do ajuste, a Concessionária deveria refletir no contrato a diminuição de seu custo de capital, baixando a taxa interna de retorno antes projetada. É absolutamente injusto que os usuários do complexo rodoviário continuem a pagar tarifas altas, baseadas em uma taxa interna de retorno que se mostra muito além daquela considerada como razoável pelo mercado.

A conduta da Concessionária estampa de forma esclarecedora como as melhorias macroeconômicas do País não se refletem no dia-a-dia da população. *Beneficiada pelos esforços coletivos pela estabilização econômica do Brasil, a Concessionária resguarda exclusivamente para si os frutos da estabilidade, e mantém tarifas de pedágio em patamar injustificável diante das novas conjunturas.*

6 Conclusão

- (I) Os contratos administrativos de delegação de competência administrativa, ou simplesmente, contratos de concessão de serviço público, constituem modalidade de contratos administrativos típicos e, como tais, submetem-se a regime de direito público a atrair todos os seus peculiares caracteres, notadamente a supremacia contratual da Administração;
- (II) O desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, calcada no marco teórico do pós-positivismo, e na reaproximação entre ética e direito, demanda pela *recolocação da Constituição no centro do sistema jurídico*, reconhecendo-se a normatividade dos princípios constitucionais;
- (III) Merece ser afastada a tradicional linha dogmática segundo a qual os valores axiológicos ainda não positivados, ou princípios dotados de alto grau de abstração, representam frágil contributo para a exegese constitucional;
- (IV) O princípio da boa-fé e a teoria da confiança que informam as relações contratuais privadas (eficácia horizontal) se aplicam, em sua inteireza, à atividade comercial empreendida pelo Estado, criando obrigações de comportamento ético e moral também para o particular contratado (eficácia vertical);
- (V) Disposições contratuais que, diretamente ou de modo capcioso e furtivo, afastam ou mitigam a responsabili-

dade da Concessionária em prestar um serviço eficiente padecem de nulidade material, porquanto esbarram no princípio constitucional da adequação do serviço público e da boa-fé, cujo suporte normativo é o princípio da moralidade e o subprincípio da segurança nas relações jurídicas;

- (VI) A taxa interna de retorno (TIR) é adotada usualmente como fator de aferição da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;
- (VII) Na *sistemática tradicional*, para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro, compara-se a TIR originária (fixada ao tempo da assinatura do ajuste) com a TIR presente, atualmente praticada nesse contrato. Entretanto, consoante *orientação atual* do Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, é legítima a comparação entre a TIR originária (fixada ainda na década de 90 nos primeiros contratos de concessão) com a TIR atualmente praticada no mercado em contratos de concessão análogos;
- (VIII) O Acórdão 2154/2007, do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, portanto, indica que a TIR originária não apresenta imutabilidade ao longo da execução do contrato de concessão, mas, ao contrário, demanda uma razoável ductibilidade que permita, a um só turno, a exequibilidade do ajuste e a remuneração em parâmetros atuais, compatíveis com as características macroeconômicas do País;
- (IX) A intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão entende mais com a justa remuneração do capital empregado pelo particular, observada a realidade do mercado, do que com uma fórmula estritamente contábil, fixada em tempos de maior grau de incerteza quanto ao retorno do investimento, fato não experimentado atualmente. Assim, o interesse público não merece sucumbir em face do anseio privatís-

tico do particular que, beneficiando-se da longevidade desses contratos, pretende manter margem de lucro acima do que razoavelmente aceito segundo critérios éticos e morais fixados em função da nova realidade social.

7 Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 28 jan. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 23 dez. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 232, p. 177-198, abr./jun. 2003.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A boa-fé nas parcerias contratuais do Estado. In: _____. *Temas de licitação e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

1.7

A ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS NO PROCESSO PENAL E O ESTADO-VÍTIMA

GRÉCIO NOGUEIRA GRÉGIO *

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Infrações penais mais comuns em desfavor da Administração Pública e sua gravidade objetiva. 3 A necessidade de interveniência do Estado no feito: superando o dogma do MP como “*representante do Estado-vítima*”. 4 Medidas cautelares reais aplicáveis. 5 A alienação antecipada, seus paradigmas e a conotação cível da proteção patrimonial. 5.1 Elementos que permitem segurança ao julgador para o deferimento da medida. 6 Risco de ineficácia de medidas assecuratórias e vantagens da alienação antecipada 6.1 Das vantagens da alienação antecipada. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

Em determinados momentos nos colocamos a refletir sobre temas intrincados na seara jurídica sobre os quais só obtemos as verdadeiras respostas depois de longos períodos de maturação e prática. O operador do direito, por vezes, constrói caminhos na sua delicada missão que parecem não fazer sentido, mas, ao longo dos anos, vem ficando cada vez mais claro que foram tais atitudes que permitiram o desenvolvimento da ciência jurídica a partir de uma complexa relação entre pensar e agir.

A falta de sentido, por vezes, é fruto da quebra da obviedade, do rompimento de paradigmas, causando surpresa na comunidade jurídica, atrelada a uma cultura de letargia como pseudo-sinônimo de segurança jurídica.

Dessa feita, toda atitude capaz de surpreender, estando fora das expectativas existentes, gerando impacto contundente, costuma ser rechaçada pelo meio jurídico, comumente pela pecha de violação a direito fundamental. Curioso é que, em geral, mesmo antes de superada a sensação inicial do novo, os juristas come-

* Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória -ES. Professor de Direito e Processo Penal na FDV. Juiz de Direito Substituto de 3ª Entrância. E-mail: gngregio@tj.es.gov.br.

çam a se posicionar, mesmo sem ter a menor noção dos fatos em si, passando, então, a se posicionar a partir de seu complexo de conhecimentos e de valores mais íntimos, para emitir opiniões, passando a tratar a novidade como sendo algo previsível, de forma retrospectiva, claro, mas passando a ser todos Doutores da situação.¹

O Direito é um sistema de garantias, e como sistema deve ser visto como um conjunto, um todo, cuja proteção exacerbada de um de seus pontos de apoio, certamente, gerará desproteção ou prejuízo a outro.

Um dos temas ora a ser tratado é, como na linguagem de Taleb, um verdadeiro Cisne Negro, eis que se trata de instituto não disciplinado expressamente em nosso direito positivo, no campo do processo penal, dando margem a diversas interpretações, favoráveis e contrárias, mas de modo geral, permitindo reflexões no mínimo interessantes.

Tratar de medidas cautelares em matéria processual penal é sempre algo complexo, na medida em que lidamos com um ramo do direito marcado pelas resistências a toda e qualquer limitação a direitos, notadamente de ir e vir, especialmente da comunidade acadêmica, a qual se contrapõe de forma veemente com a necessidade crescente do cerceamento de liberdades como fonte de uma tentativa incessante de apaziguamento social, ou ao menos, de redução da intranquilidade vivida da grande à pequena cidade do nosso País.

Como corte temático, necessário foi tratarmos apenas da alienação antecipada de bens no processo penal, e ainda, limitar os estudos aos casos em que o Estado for vítima direta, ou seja, quando a Administração Pública se vê vilipendiada em sua integridade patrimonial, fruto da ação inescrupulosa de larápios da coisa pública.

Necessário enfatizar que, por mais que estejamos vivendo sob o pálio de uma proteção constitucional que prioriza o respeito a direitos e garantias fundamentais, essas também não podem deixar de serem vistas sob o enfoque daqueles que neces-

1 TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável; gerenciando o desconhecido*. 3. ed. Tradução Marcelo Schild. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

sitam da atuação do Estado, especialmente aqueles que pelas dificuldades da vida não conseguem suportar a ausência estatal com a obtenção de bens e serviços fornecidos pela iniciativa privada.

Tratar-se-á, portanto, de condutas essenciais para casos de crimes de efetiva lesão ao patrimônio do Estado, não se tratando de medida voltada para burlas a meras regras administrativas ou mesmo de convivência em sociedade

Frise-se que, em tais casos, o Estado deve ser visto como sujeito passivo primário, ou seja, a vítima determinada, imediata, não se podendo olvidar que há inegavelmente em tais situações um prejuízo para a coletividade como um todo.

É pretensão, ainda, do presente estudo, demonstrar uma necessidade de superação de alguns paradigmas do processo penal, como a concepção de que medidas de natureza cautelar adotadas antes do provimento jurisdicional final constituem violação ao princípio da presunção de inocência, devendo ser atrelados outros elementos como efetividade do processo, preservação do patrimônio e menor onerosidade para o acusado.

Com pretensão análoga, será discorrido sobre a superação do dogma da atuação do Ministério Público como representante legítimo do interesse patrimonial do Estado nas ações penais em que este seja vítima direta das condutas, sendo tratada a questão sob o enfoque da necessidade da intervenção direta do Estado como entidade jurídica na busca de seus interesses diretamente atingidos.

2 Infrações penais mais comuns em desfavor da Administração Pública e sua gravidade objetiva

É certo que o legislador penal, ao edificar uma estrutura onde priorizou a proteção de determinados bens jurídicos, deu nítida prioridade à vida e à integridade física, e só em um segundo momento ao patrimônio. Se partíssemos de forma absoluta de tal premissa, poder-se-ia pensar que a Administração Pública teria sido renegada a um plano absolutamente inferior a todos os demais, eis que sua proteção encerra as disposições da parte especial do Código Penal.

No entanto, pode-se afirmar com segurança que tal localização geográfica não passa de mera opção de política criminal, onde o agrupamento das condutas típicas permitiu a leitura dentro de uma visão sistemática, fato que justifica, inclusive, a proteção ao patrimônio estatal estar situada em tal ponto, próxima de outros bens jurídicos como a preservação da autoridade e da credibilidade da Administração Pública.

Tratam-se basicamente de enunciados prescritivos que em tese guardam relação com a proteção à Administração Pública, tendo como sujeito passivo direto o Estado, e secundariamente, a coletividade em geral. Segundo Fernando Capez², “*são condutas que atentam contra o regular funcionamento da organização estatal*”. Merece destaque, ainda, o raciocínio de Greco³:

[...] são catalogadas *algumas das infrações penais mais nefastas e devastadoras, uma vez que, geralmente, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente, causam dano a um número indeterminado de pessoas, a exemplo do que ocorre com o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317, do Código Penal.*

Na maioria das vezes, a sociedade não tem idéia dos estragos causados quando um funcionário corrupto lesa o erário.

Destaca-se, ainda, a previsão em abstrato dos crimes relacionados à lavagem de dinheiro, em que os agentes atuam supostamente utilizando artifícios para ser promovida a reciclagem de ativos ilícitos.

Nesses casos, o objeto jurídico tutelado é não só o Estado, mas a própria administração da Justiça, eis que, em conformidade com as lições de Fragoso⁴, “*atingem a Justiça como instituição e como função, prejudicando-a em sua realização prática e ofendendo-lhe o prestígio e a confiança que deve inspirar*”.

2 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

3 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2008. v. 4, p. 357.

4 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal especial*. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

Merece destaque, ainda, a posição da jurisprudência acerca do tema, tendo o STJ vislumbrado em inúmeros julgados “*a existência de indícios de dissimulação e ocultação de propriedade de bens e valores provenientes de crimes contra a Administração Pública.*”⁵

Assim, considerado o foco deste trabalho, percebe-se que as varas criminais nos últimos tempos foram agraciadas com diversas ações penais reclamando a punição de indivíduos que em tese se locupletaram de recursos públicos.

À guisa de referência, temos como marco importantíssimo o ano de 1998, com a publicação da Lei 9.613, a qual tipificou a conduta de lavagem de dinheiro, inclusive deixando clara a possibilidade de ocorrência em desfavor da Administração Pública, nos seguintes termos:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores *provenientes, direta ou indiretamente, de crime:*

[...]

*V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;*⁶

Há, portanto, uma convergência entre os tipos penais de proteção da administração em geral e a conduta incriminadora de lavagem do capital fruto do ilícito antecedente, sendo crimes autônomos. Tal singeleza da explanação é exatamente a compreensão que se pretende, ou seja, rechaçar de forma veemente, tanto o aviltamento dos cofres públicos como a nefasta conduta de maquiar tais valores em meio a patrimônio lícito, gerando, ainda, mais dificuldade na localização dos culpados e, conseqüentemente, na reparação dos danos.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de jurisprudência*, n. 346. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 01 jan. 2009.

6 BRASIL *Lei 9.613/98*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2009.

3 A necessidade de interveniência do Estado no feito: superando o dogma do MP como “representante do Estado-vítima”

Esse é de fato é o outro ponto que precisa ser superado, pois historicamente se vislumbra a atuação do Ministério Público como representante dos interesses do Estado, diga-se, Administração Pública. É percebido que os poderes, em especial o Executivo, por ser vítima em maior escala, distanciam-se da solução dos feitos, como se não houvesse interesse seu e da própria coletividade, pelo qual deve zelar.

Tal postura evidencia um descaso preocupante, talvez nem intencional, pois tudo faz parecer que ilícitos de tal ordem são resolvidos a partir de enormes operações contábeis, ou seja, relações de débito e crédito, em que para o gestor público, não é obrigação recuperar o patrimônio estatal aviltado por ações delituosas.

Registre-se, também, que embora vislumbrando a atuação de profissionais que se destacam na busca pela efetividade do processo, por vezes constata-se que os mesmos não estão devidamente preparados, ou interessados nas questões patrimoniais decorrentes do título que é constituído com a sentença penal condenatória.

As particularidades do processo penal, ainda arraigado na noção da prisão como forma de solução da causa e resposta ao fato típico, e a tendência contemporânea de uma maior especialização dos profissionais, talvez sejam os principais motivos para tal distorção.

Embora a reforma processual penal de 2008 tenha inserido no artigo 387, inciso IV, do CPP, a obrigação da fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, já na sentença parece que o operador do direito ainda não se tocou que dia-a-dia processo penal e civil se aproximam, de sorte que institutos como a expropriação patrimonial, com destaque para a alienação de bens indisponíveis em uma ação penal, é marca característica da lógica do capital, princípio norteador das relações de direito privado.

Se o direito penal, em essência, é publicista no que tange ao próprio exercício do direito de punir do Estado, não se pode

olvidar sua repercussão de índole privatista quando está ínsita na resposta ao fato uma obrigação de reparar um dano, reembolsar o Estado ou mesmo adimplir uma sanção pecuniária. Tal raciocínio decorre do simples fato de ter operado o Estado-Juiz, nessas hipóteses, como um moderador de interesses.

A conjugação de tais fatores faz crescer a certeza da necessidade da atuação compulsória do Estado em juízo, participando ativamente dos feitos em que foi vítima, visando recuperar o patrimônio público objeto do ilícito-base.

Em alguns poucos casos que vêm à cabeça, percebe-se a supressão de milhões de reais dos cofres públicos, todos sem intervenção do Estado no curso das respectivas ações penais.

Tal patrimônio não é contabilizado, não se presta contas dele de forma adequada, ou seja, onde houve o desvio ou subtração, quando será reavido, enfim, de maneira geral não se cria qualquer expectativa de recuperação de tais bens, valores ou direitos.

Isso parece só ocorrer por conta desse descaso da própria Administração Pública, onde em geral é demonstrado que deva ser virada a página, talvez até por questões políticas, deixando a cargo do Ministério Público todo e qualquer trabalho de condenação dos culpados.

O ponto é justamente este, demonstrar que o Estado precisa atentar para a efetividade do processo penal quando ele próprio é vítima, e, assim, melhorar o aparato de acompanhamento de tais ações, designando Procuradores para atuar efetivamente em tais feitos, conferindo-lhes condições de trabalho, pois tal situação pode representar mais uma fonte de desestímulo aos que cometem desmandos e locupletamento sobre as coisas públicas.

Demonstração cabal do que se afirma aqui é o disposto no art. 134, do CPP, que reza que *a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.*

Estando, portanto, certa a ocorrência do crime e com idoneidade sobre a imputação no tocante ao seu elemento subjetivo, presentes os pressupostos para o deferimento da medida cons-

tritativa, no entanto, apenas com manifestação do *ofendido* será possível a decretação. Ou seja, o legislador não abriu possibilidade para o MP requerê-la, reforçando o argumento da necessidade de intervenção direta do Estado.

A atuação das Procuradorias representaria o elo qualitativo na recuperação patrimonial do Estado lesado, devendo a atuação ser incisiva, pois o instrumental é existente, mas mal ou não manejado. Em casos recentes percebeu-se, a partir de uma visão imparcial de julgador, que o Ministério Público deixa de atuar buscando tal recomposição patrimonial, pois, na vetusta visão processual penal, deseja prender o réu. Em contrapartida, o Estado nada faz, mantendo sua malgrada condição de ser estranho ao processo.

Por outro giro, poderiam sustentar alguns, em sentido diverso, alegando afronta ao princípio da paridade de armas em sede processual penal, com o que desde já não se pode concordar. Primeiramente, porque na visão de doutrina e jurisprudência dominantes o Ministério Público atua como parte imparcial em sede processual penal. Significa dizer que se o papel do Ministério Público for o de efetivamente zelar pelo interesse patrimonial do Estado em sede processual penal, seu dogma de imparcialidade cai por terra.

Em que pese discordar do pensamento de imparcialidade do MP no processo penal, por entender que é impossível por razões biopsíquicas, de igual sorte não acho que fica descartada a atuação do Estado na busca de seu interesse patrimonial aviltado pela ação do agente.

Assim como o particular lesado ao ter a subtração de seu celular, sua bolsa ou seu carro, o Estado deve acompanhar de perto, manifestando-se nos autos. Reafirmo isso porque entendo que a finalidade específica e interessada do *parquet* é o julgamento da ação, geralmente condenatória, sendo que daí em diante não há interesse do MP na continuidade, como parte.

Em sede de execução penal, tem-se com a condenação do réu a instauração de uma fase híbrida, ou seja, administrativo-jurisdicional iniciada de ofício pelo juízo da condenação, independentemente de qualquer manifestação do MP, o qual passará a

atuar como fiscal da lei nesta fase, já que toda ela é marcada pelo impulso oficial.

Deve-se lembrar que eventual reparação patrimonial da vítima deverá ser buscada no juízo cível, seja para executar o arbitramento penal, para majorar seu valor ou mesmo para buscar a reparação caso inadequadamente não observado no juízo penal. Assim, ao MP resta a atuação como *custos legis*, em quaisquer das vias.

Em segundo lugar, porque em todos os casos onde houver vítima determinada esta poderá se habilitar como assistente, nos termos dos artigos 268 e seguintes do CPP, não constituindo violação ao postulado do equilíbrio.

Constata-se, assim, que não há possibilidade de ser afastada a necessária atuação do Estado, eis que legitimamente amparado pela regra do CPP, e retratado categoricamente que sua atuação é imprescindível para a recomposição do patrimônio violado.

4 Medidas cautelares reais aplicáveis

O processo penal no Brasil contempla a adoção de algumas medidas cautelares que recaem sobre coisas, permitindo, assim, sua indisponibilidade até posterior deliberação judicial, tendo como escopo a satisfatividade de eventual sentença condenatória.

Seqüestro e arresto, conforme disposto no CPP, em seus artigos 125 e seguintes, consistem em medidas onde poderá ocorrer alienação do bem. Embora também prevista a hipoteca legal, em tal caso a forma de reparação do dano ou ressarcimento dos valores vai ser em razão das rendas obtidas, como já mencionado, e não propriamente com a alienação do bem, razão pela qual foge do propósito central deste estudo.

Pontualmente com relação aos crimes que envolvem a lavagem de ativos, existem expressamente duas medidas previstas passíveis de decretação, tanto no curso do inquérito como da ação penal, quais sejam: a apreensão e o seqüestro de bens, direitos ou valores, conforme disposto no art. 4º, da lei 9.613/1998.

O seqüestro se reporta ao artigo 125, do CPP, recaindo sobre bens imóveis adquiridos pelo acusado, com o proveito da infração, mesmo se já alienados. A apreensão, por sua vez, reporta-se à retenção dos bens inculpada no artigo 241 do diploma legal supracitado, incidindo sobre móveis advindos de crime, merecendo os destaques apontados por Pacelli⁷:

Caberá seqüestro dos bens imóveis adquiridos pelo indiciado ou acusado com os proventos (proveito) da infração, ainda que tenham sido objeto de alienação a terceiros. Quando o terceiro tiver agido com boa-fé, poderá opor embargos ao seqüestro

[...]

Quando se tratar de bens móveis adquiridos com o proveito da infração, a hipótese será também de seqüestro (artigo 132, CPP). Se o bem móvel for, ele próprio, o produto da infração, a medida cabível será a busca e apreensão prevista no art. 240, b, do CPP [...];

Assim, nos termos do art. 126, do CPP, *para a decretação do seqüestro bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*. Importante destacar que não basta a existência de um mero indício, sendo essencial robustez, por se tratar de uma medida que limita a disponibilidade do réu sobre seu patrimônio, merecendo destaque Maia⁸, que corrobora tal visão:

De se ver que o legislador, ao exigir a presença de *indícios suficientes*, restringiu o alcance de exigência contida no Código de Processo Penal, para decretação do seqüestro, de que tais indícios da proveniência ilícita dos bens fossem *veementes*.

Portanto, a necessidade de se ter cautela em cada situação concreta não significa a inviabilidade da utilização da medida, ou a covardia em sua utilização nos casos em que seja efetivamente essencial.

7 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 266.

8 MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 129.

5 A alienação antecipada, seus paradigmas e a conotação cível da proteção patrimonial

Embora, sem dúvida alguma, seja preocupação de destaque no presente trabalho, a intervenção do Estado por meio de seus Procuradores, destaque-se que o ponto que motivou a elaboração do mesmo foi sem dúvida a necessidade/possibilidade de alienação de bens no processo penal, em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, a denominada alienação antecipada de bens.

Trabalhar tal tema geralmente significa despertar defensores de correntes extremadas do garantismo penal, os quais abominam sua adoção baseando-se em supostos paradigmas do processo penal, os quais são superáveis. Destacam-se, assim, argumentos como: a) violação à presunção de inocência; b) ausência de permissivo legal, por inexistência de norma expressa; e c) violação do princípio da dignidade humana.

Curiosamente, pode-se observar, em situações empíricas, que as defesas dos acusados em processo penal, via de regra, confundem-se ao invocar proteção à presunção de inocência, quando na verdade seus arrazoados nada mais fazem do que invocar proteção patrimonial, ou seja, desejam proteger o direito fundamental à propriedade.

Prova disso é que, comumente, percebe-se que não é sustentada a ausência de responsabilidade sobre as condutas imputadas na denúncia, sendo ferrenha a tentativa de ser mantido o acusado na posse do patrimônio.

O art. 27, inciso 2, da Constituição Italiana, afirma que o acusado não é considerado culpado até a sentença condenatória. A constituinte, com essa disposição, quis satisfazer ao mesmo tempo duas exigências fundamentais: possibilitar as medidas cautelares e afirmar a presunção de inocência.

Na verdade, a ambigüidade deriva do fato de que, numa única fórmula, pretendeu-se conjugar uma regra de tratamento e uma regra de juízo. A regra de tratamento dispõe que o acusado não seja considerado culpado até o momento da condenação definitiva, vale dizer, impõe a proibição de antecipa-

ção da pena, consentindo, porém, com a aplicação de medidas cautelares.⁹

Segundo Bedaque, seria propriamente uma realização antecipada do direito da parte, fruto de manifestação de uma visão instrumentalista da ciência processual, junto das necessidades do direito material, sendo, portanto, uma tutela jurisdicional diferenciada.¹⁰

Registre-se, nesse caso, que se prescinde do *periculum in mora*, sendo *suficientes a relevância do bem jurídico tutelado, a plausibilidade do direito afirmado pelo autor e a ausência de algum sério argumento de defesa*.

Deve-se lembrar que o artigo 139, do CPP, afirma a aplicabilidade das regras do processo civil para as situações de depósito e administração dos bens indisponibilizados. Nesse passo, segundo o Código de Processo Civil, em seu artigo 670, “*o juiz autorizará a alienação antecipada dos bens penhorados quando: I - sujeitos a deterioração*”.

Assim, a critério do juízo da causa, tendo havido prévia constrição, baseada em requisitos específicos, parece adequada a determinação da alienação antecipada, merecendo observância a procedimento próprio para decretação.

Certo é que deve haver observância ao contraditório, ainda que diferido. Tal medida se insere nas denominadas tutelas de urgência, ou, nas palavras do Ministro do STJ, Luis Fux, tutela das evidências, haja vista que a prova, geralmente, já está pré-constituída e evidente nos autos.

Em tais tutelas de urgência, o escopo maior deve ser permitir o provimento jurisdicional final com a maior efetividade possível, em especial dar uma resposta justa e adequada à sociedade, para haver um melhor ressarcimento ao erário e manter a credibilidade das instituições públicas de persecução criminal, protegendo, assim, o próprio objeto jurídico tutelado.

Nesse passo, é importante lembrar o que deve representar a idéia de efetividade:

9 TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 65.

10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 139.

O processo deve se prestar, portanto, não apenas a dar solução à lide, tutelando o direito violado, mas principalmente, deve buscar a produção dos efeitos desejados pelo comando jurisdicional, pois só assim será ele realmente efetivo.¹¹

Considerada tal conotação eminentemente cível da proteção patrimonial, deve-se registrar a evolução do pensamento do legislador que admitiu, por exemplo, a antecipação dos efeitos da tutela “*quando um ou mais dos pedidos mostra-se incontroverso*”, momento em que demonstrou clara preocupação com a efetividade da atividade jurisdicional.¹²

Ao retomarmos a discussão sobre a invocada presunção de inocência como direito fundamental dos réus, é importante destacar que todo princípio merece ser apreciado com cautela, ou seja, merece, a partir de uma máxima de ponderação de interesses, constatar qual deve sobrepor-se àquele que deve ser sacrificado.

No caso em tela, invocam os réus o reconhecimento do que Gilmar Mendes¹³ denominou direitos de defesa, os quais se caracterizam por:

[...] impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

E prossegue:

Os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos.

11 ZENKNER, Marcelo. *Ministério público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25.

12 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos do direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 220.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 245.

Ocorre que tais proposições seriam piamente observadas caso a situação fática permitisse sua acolhida. Se embora sob a ótica do direito individual dos réus possa parecer intromissão desmedida, o próprio direito constitucional acolhe desde o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 que a Carta da República foi feita para assegurar não só os direitos fundamentais, mas também os direitos sociais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, além da igualdade e da Justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, lastreando a proteção da *res pública*, buscando preservar o melhor para a coletividade, esta sim vítima, ao ser tolhida do que era seu de direito.

A pretensão, portanto, de que o Estado atue em favor do indivíduo deve decorrer de uma conjunção de fatores, onde a objetividade da proteção ao direito individual de propriedade seja mais marcante do que a proteção ao direito de cada indivíduo que necessite das prestações do poder público.

Se colocados em uma balança, nos dizeres de Robert Alexy¹⁴, entendemos que o maior peso é o do direito da coletividade, que se vislumbrado sob o direito individual, seria prevalecer o direito de cada cidadão de bem, que necessita das prestações públicas.

Ponto ainda de essencial abordagem é o lastreamento jurídico para a adoção da medida. Em verdade, argumento pouco sólido esse na medida em que o julgador não decide com base em uma única fonte, mas em um complexo de dispositivos sistematicamente posto. Assim, estratégias de enfrentamento aos corruptos e corruptores mostram-se sadias e compatíveis com o sistema constitucional, eis que além de se preocuparem com a observância de direitos pessoais fundamentais, preservam os direitos fundamentais de cada indivíduo, parte de um todo social.

Os crimes modernos precisam ser tratados com modernas interpretações da legislação e dos instrumentos que garantem eficácia no combate à corrupção e aos desmandos.

14 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução para o espanhol por Carlos Bernal Pulido. Madrid: CEPC, 2007. 562 p.

Assim, não há que se falar em incompatibilidade, pois há total concatenação de princípios constitucionais garantistas, não se podendo desprezar a intenção dos réus, que preferem, obviamente, continuar a usufruir de um status social e patrimonial incompatível com o histórico dos fatos que lhes fora imputado, valendo-se para isso dos argumentos restritivistas apontados.

Vale ressaltar, ainda, a precedência de dispositivo já existente na seara penal consistente no artigo 62, da Lei de Tóxicos (11.343 de 2006), o qual previu, em seu quarto parágrafo, o seguinte:

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, *requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.*¹⁵

Portanto, a aplicabilidade da alienação quando se tratar de procedimento persecutório penal possui precedente expresso, notadamente em crimes em que o Estado é sujeito secundário, em decorrência dos efeitos nefastos de substâncias entorpecentes.

Ademais, segundo Tigre Maia, os comportamentos apontados a partir da Lei 9.613 (lavagem de dinheiro) vulneram o interesse estatal em identificar a proveniência de bens e sujeitos ativos de ilícitos que os geraram, desestimulando sua prática, reprimindo a livre fruição de seus produtos e logrando êxito em punir os autores.

Nesse esteio, considerando a repercussão econômica e patrimonial grave dos crimes antecedentes ao da lavagem, a adoção da medida se torna necessária (e só assim faria sentido) para evitar o maior distanciamento dos bens obtidos em relação

15 BRASIL. *Lei nº 11.343*. disponível em <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2009.

aos seus legítimos titulares (Estado e coletividade, *especificamente*).

Constata-se que o Ministério da Justiça, através da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos (ENCCLA), programa governamental dirigido a apontar meios eficazes ao combate e prevenção desse tipo de criminalidade, permitiu a discussão e adoção de medidas que permitiram a venda antecipada de bens apreendidos em situações que envolvem a lavagem de dinheiro, sendo uma verdadeira força-tarefa, nos dizeres de Marco Antonio de Barros.

Cumpra destacar que fazem parte da ENCCLA, como integrantes, a Advocacia Geral da União, o Banco Central do Brasil, a Casa Civil da Presidência da República, o Conselho Nacional das Procuradorias Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, o Superior Tribunal de Justiça, entre outros, totalizando 32 instituições.

Também participam e colaboram com a referida articulação, na condição de convidados especiais, outras 26 entidades, incluindo a Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo, a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Espírito Santo, o Movimento Espírito Santo em Ação e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

As metas da ENCCLA são a prevenção e a desarticulação da atividade criminosa. Nesse sentido, a Meta n° 17 da ENCLA 2006 estabelece que é necessário *“implantar sistema unificado e nacional de cadastramento e alienação de bens, direitos e valores sujeitos a constrição judicial, até sua final destinação”*.

A Meta 14 da ENCCLA 2007 estabeleceu que cabe ao DRCI (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional) *“promover a utilização de sistema eletrônico de alienação de bens no âmbito da Administração Pública e da Justiça”*.

Finalmente, a Recomendação n° 14 da ENCLA 2007 *“recomenda ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a utilização da alienação antecipada para preservação do valor dos bens sujeitos a medidas assecuratórias”*, em razão das dificuldades que surgem com a administração de referidos bens.

Significa dizer que, atrelado ao instrumental civilista já apontado, percebe-se que as autoridades em geral estão conscientes das dificuldades decorrentes da administração de bens indisponibilizados, especialmente havendo desapossamento imediato, quando todos os encargos da administração ficam sob responsabilidade do Estado.

Válido, ainda, formular a seguinte indagação: *Qual o conceito de mínimo para a garantia da dignidade humana?* O legislador pátrio teve a visão de que mesmo os bens ditos de família não são alvo da proteção se adquiridos com recursos de proveniência ilícita.

Tal regra decorre do fato de não ser justo que o produto de ilícito venha a beneficiar indivíduos que pratiquem delitos e ainda assim usufruam de sua conduta. Especialmente nos casos de recursos públicos, tal comando deve imperar, ou seja, não pode haver essa fruição patrimonial, geralmente de alto padrão, à custa da coletividade, mesmo no curso da ação penal.

Nesse particular, merece ênfase o artigo 21, 2, *in fine*, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual prescreve que a pessoa pode ser privada de sua propriedade nos casos e na forma da lei, razão pela qual não se observa lesão alguma ao referido Tratado Internacional.

Ademais, percebe-se que em caso de eventual absolvição do réu, resta evidente que diante da natureza cautelar do provimento, será perfeitamente possível devolver ao mesmo os valores correspondentes ao patrimônio, devidamente atualizado, eis que ficarão depositados em contas judiciais individualizadas.

Registro, ainda, que dentro de uma tendência de enfrentamento foi proposto ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 209, de 2003, com origem no Senado Federal, prevendo a modificação na redação do artigo 4º, da Lei de Lavagem de Dinheiro¹⁶:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido

16 BRASIL. *Projeto de Lei nº 209 de 2003*. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

Constata-se no parágrafo primeiro, do PL 209/03, a previsão expressa da alienação antecipada de bens, estando esses sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, bem como quando houver dificuldade para a conservação dos mesmos.

Na mesma direção evidencia-se ainda o anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal, elaborado por comissão de notáveis juristas e apresentado ao Senado Federal recentemente, o qual poderá trazer expressamente, caso aprovado, a possibilidade de alienação antecipada de bens, tendo estabelecido no artigo 614¹⁷:

Art. 614. Recebida a denúncia, o Ministério Público poderá requerer a alienação imediata dos bens seqüestrados em caso de fundado receio de depreciação patrimonial pelo decurso do tempo. [...]

§ 3º Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz, que, julgando pertinente o pedido, determinará a avaliação dos bens relacionados por perito oficial. [...]

§ 5º Dirimidas eventuais divergências sobre o laudo, o juiz homologará o valor atribuído aos bens e determinará sua alienação em leilão público.

§ 6º Realizado o leilão, a quantia apurada permanecerá depositada em conta judicial até o trânsito em julgado da respectiva ação penal. [...]

17 BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto*. Brasília, 2009.

Tal dispositivo está inserido no capítulo III, que versa sobre o seqüestro de bens, dentro do contexto das denominadas medidas cautelares reais, tendo os elaboradores entendido que, nesse caso, bem como nas demais medidas cautelares reais, desde que presentes os requisitos para a sua decretação, não há violação aos direitos e garantias fundamentais.

5.1 Elementos que permitem segurança ao julgador para o deferimento da medida

a) Inequívoco dano ao erário público;

Fundamental não restar dúvida acerca da lesão ao erário público. Tal elemento se mostra verdadeiramente como pressuposto para o deferimento da medida, aliado aos indícios de autoria. Embora tratado por muitos como materialidade, particularmente entendo como adequada a terminologia *prova da existência do crime, para caracterizar o pressuposto em apreço*.

Geralmente demonstrado por meio de prova pré-constituída, objeto de levantamentos do próprio órgão lesado, em parceria com polícias e Receita Federal.

b) Confissão do acusado;

Sem sombra de dúvidas que a confissão do acusado possui valor probatório elevadíssimo. Em que pese a raridade de tais situações, especialmente em se tratando de condutas que envolvam altas somas, não se trata de situação absolutamente hipotética, eis que já evidenciada concretamente.

Assim, a confissão deve ser reputada como elemento de grande valor para a adoção de medida constritiva de ordem patrimonial, viabilizando, então, a alienação antecipada.

Curioso é que em uma situação concreta, embora diante de confissão categórica e explícita do acusado, acusados obtiveram êxito em instâncias recursais suspendendo a hasta pública e os leilões dos bens, sob o singelo argu-

mento de serem presumivelmente inocentes até o trânsito em julgado da ação condenatória, mesmo, *repita-se, réus confessos*.

Situações como essa devem ter interpretação diferenciada pela Magistratura brasileira, pois acaba sendo jocoso e atentatório à própria dignidade da Justiça, a qual fica ridicularizada perante a opinião pública, que indaga de forma inocente: mas o réu não é confesso? Então, por que não recuperar o que é do Estado, e, em última análise, do povo?

- c) evolução patrimonial contemporânea ao delito antecedente;

Ponto de essencial identificação na investigação criminal é a relação de contemporaneidade entre a redução do patrimônio público, seja por desvio ou subtração direta, e a conseqüente agregação de patrimônio ao réu.

Por motivos óbvios, em geral há utilização de mecanismos que não permitem a identificação direta do caminho dos recursos até a incorporação direta ao patrimônio do acusado, sendo justamente o indicativo da operação de lavagem, mas pela via dos indícios, pode e deve a autoridade judicial intervir em tal caso.

- d) patrimônio incompatível com a condição de fortuna do réu;

Aliado ao item anterior, de forma complementar, tem-se que a partir de elementos de base exata é possível aferir certeza da decisão de constrição, pois se uma pessoa não possui fontes extras de renda, herança ou foi agraciada em loterias oficiais do governo, não tem como de forma lícita multiplicar em muitas vezes o seu patrimônio.

Tal fato é evidenciável em situações concretas, como em caso recente, onde em um período de aproximadamente dois anos um servidor estadual adquiriu bens como fazendas, empresas, apartamentos e veículos, sem modifi-

car sua renda de aproximadamente cinco mil reais brutos mensais.

Comumente se verifica uma evolução paralela e galopante ascensão patrimonial também de familiares, os quais costumam também apresentar padrão de vida muito superior ao compatível em período anterior aos desvios de recursos públicos.

Curioso destacar situação fática em que o filho de um acusado, mesmo ainda criança, possuía em seu nome o registro de dois apartamentos em áreas nobres, sem que tenha sido beneficiado com herança ou outro tipo de doação lícita.

Nesse papel, destaca-se, mais uma vez, a importância da atuação de órgãos de inteligência e da honrada Receita Federal do Brasil.

e) outros indícios dos autos;

De um modo geral, deve-se registrar que os autos podem revelar diversas situações fáticas que podem justificar a adoção da medida, como, por exemplo, os bens estarem visivelmente deteriorando-se, a existência de prova pré-constituída nos autos, geralmente documental, movimentações financeiras frequentes, registros de viagens ao exterior, contatos com paraísos fiscais, dentre outras situações perceptíveis.

Tais indicativos asseguram maior segurança para fazer com que os bens adquiridos com proveito de ilícitos não continuem sendo utilizados a bel prazer pelos réus até que aconteça o trânsito em julgado, sob pena de se lesar o que resta do patrimônio, assim como da credibilidade das instituições públicas de persecução criminal.

f) Dimensão do patrimônio do réu;

Tal item foi intencionalmente deixado para o final, pois o sentimento que se tem é de que é absolutamente irrelevante a mensuração do patrimônio vislumbrável do réu, tendo em vista que a medida não pode se basear em

situações hipotéticas, eis que é eminentemente empírica.

A disponibilidade de patrimônio ao tempo da ação penal não assegura satisfação ao término desta, muito pelo contrário, a resistência do réu, habitual em ações que envolvam altas somas desviadas dos cofres públicos, poderá ser coroada com uma dilapidação intencional. São vários os casos em que se poderia enumerar tal ocorrência: empresários que deixam de repassar aos cofres públicos retenções a título de contribuições previdenciárias e fiscais; tributos que são sonegados, entre várias outras de possível ocorrência.

Em países como a Itália, o legislador diferenciou o seqüestro preventivo do seqüestro conservativo, pois neste a finalidade é o ressarcimento aos cofres públicos, seja pela pena pecuniária, seja pelas despesas do processo, inclusive as obrigações civis derivadas do crime.

g) respeito a relações com terceiros de boa-fé;

Importante salientar que merece cautela o tema bens alienados para terceiros eventualmente de boa-fé, especialmente se anteriores à ordem de indisponibilidade.

Assim, embora podendo ser constringidos, merecem ser mantidos de fora da ordem de venda quando houver dúvida sobre a idoneidade do negócio celebrado, ou seja, indício da aquisição de boa-fé.

6 Risco de ineficácia de medidas assecuratórias e vantagens da alienação antecipada

Importante lembrar que a medida de alienação antecipada só será viável se constatada a presença de indícios de autoria e prova de existência do crime – seriam os pressupostos. Como fundamentos diretos, deverão ser identificados a dificuldade de administrar tais bens, a potencialidade de realização de negócios jurídicos em prejuízo de terceiros de boa-fé, além da deterioração, com conseqüente depreciação dos bens.

Frise-se que o Estado e nem tampouco o Judiciário estão aparelhados para tal função de administrador de bens, e mesmo que nomeiem administradores, existem encargos que praticamente não são de possível transferência, merecendo destaque as palavras de Fausto de Sanctis¹⁸, nos autos da Ação Penal 2007.61.81.011245-7, da 6ª Vara Federal de São Paulo:

Anote-se que são diversos imóveis de alto padrão, fazenda, sítio, que, para a sua manutenção, serão exigidos altos custos para o Estado. *Além disso, os imóveis rurais exigem cuidados especiais por terem diversos animais e peixes, além de empregados com folha salarial a ser honrada todo mês [...]*

Por sua vez, os veículos apreendidos poderão ter o seu valor depreciado, além de não haver espaço adequado tanto na Superintendência da Polícia Federal, quanto no depósito da Justiça Federal para a regular preservação. *Pontue-se ainda a falta de aparelhamento do Estado para a administração, manutenção e preservação dos bens.*

Constata-se, portanto, que não é só a dificuldade estrutural de administrar, mas é a complexidade da administração, exigindo dispêndio de mais recursos. Atrela-se a isso a depreciação regular ocorrida em qualquer bem, cumulada com a depreciação decorrente de eventuais avarias, intempéries, dentre outros fatores.

Assim, como ensina Eduardo Espínola Filho, o seqüestro tem a finalidade de efetivar a tomada do dono ou possuidor, de bens que devem ser entregues à Justiça ou à pessoa por esta designada para guardá-los.

E completa afirmando que¹⁹

Não podendo, é curial, permitir-se a um indivíduo, réu num processo, por infração penal, ficar como depositário de bens que lhe são seqüestrados e só podendo aceitar-se seja o depósito confiado a terceiro, em poder de quem se faz o se-

18 DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008. p. 46.

19 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Rio, 1980. v. 1. p. 411.

qüestro, se for absolutamente idôneo, e nisso convierem o ofendido e o representante do Ministério Público.

Ora, realizado o seqüestro dos bens, a autoridade judiciária deve nomear depositário e administrador como determina a lei processual penal.

Mas se é de notório conhecimento que a Justiça não possui estrutura própria para a administração de tais bens, qual a saída? Por outro lado, a manutenção da administração dos bens com os acusados é incompatível com as graves acusações?

Percebe-se que sim. Tanto a dificuldade para administrar quanto a incompatibilidade de se permitir ao acusado permanecer na posse dos bens são as respostas que encontramos, e para isso, a solução mais adequada é a alienação imediata, presentes os pressupostos apontados.

Também merece destaque a deterioração de bens, ainda que de diversas espécies. Ao contrário do que se pode pensar em um primeiro momento, o perecimento, a depreciação e o desgaste de modo geral podem ocorrer em relação a móveis, semoventes ou mesmo imóveis.

No tocante aos veículos, objeto de fascínio do brasileiro, em especial daqueles que usufruem de recursos públicos indevidamente, é obviamente mais simples evidenciar prejuízos.

Em processo recente, foi identificado, por exemplo, o caso de uma caminhonete Toyota Hilux com 1700 quilômetros rodados, a qual mesmo depositada com os cuidados devidos revelava sinal do tempo, especialmente pela ação da maresia e das intempéries em geral, sendo que para ser alienada seria necessária a realização de diversos reparos. Destaque-se ainda o ninho de insetos que se instalou no motor do carro, o que poderia vir a caracterizar perda ainda maior ao bem, e, conseqüentemente, ao patrimônio público.

Outros casos revelam situação ainda mais preocupante, pois em casos onde os veículos apreendidos foram mantidos com os réus, os quais foram deixados como depositários, a perícia dos bens revelou uso inadequado, tanto que conforme laudo de avaliação praticamente todos dependeriam de gastos elevadíssimos para serem levados a leilão.

O veículo Pajero, por exemplo, de valor de mercado em torno de quarenta mil reais, demandaria investimento superior a vinte mil reais em reparos.

Não se pode deixar de destacar situações relacionadas a obras de arte e adornos, geralmente suntuosos que enfeitam as residências e escritórios de réus que adotam verdadeira condição de mecenas com dinheiro fácil, e o que é pior, alheio.

Nesses casos, fica patente o risco de perecimento, especialmente em se tratando de obras de arte, onde a chance de degradação é enorme. Em alguns casos, no Brasil, há registro de que a saída foi a entrega à curadoria de museus, ao menos até a realização da alienação antecipada dos mesmos, quando então a responsabilidade foi passada aos arrematantes.

No tocante aos imóveis, é perceptível que existe risco do perecimento dos mesmos na medida em que a ausência de manutenção periódica e a assunção das obrigações regulares podem gerar ônus excessivo sobre eles, fazendo com que, mesmo se alienados futuramente, não sejam capazes de cobrir os próprios encargos.

São os casos de débitos tributários, encargos condominiais, degradação pelos agentes do tempo ou mau uso.

Não se pode esquecer que determinados encargos inclusive gerariam mais um problema para o Estado, em razão da prioridade de determinados credores, podendo fazer com que a recuperação do patrimônio se torne um sonho ainda mais distante.

Outro fato que salta aos olhos é a possibilidade de dilapidação do patrimônio até mesmo em razão da utilização de parte dele para pagamento de despesas do processo e até mesmo com honorários de advogados, como já evidenciado em situações concretas.

6.1 *Das vantagens da alienação antecipada*

A determinação da alienação antecipada de bens no processo penal, sem dúvidas, traria benefício para o Estado e para o réu, destacando, inclusive, o benefício direto para toda a coletividade.

Certamente, com a venda breve haveria a chance de uma maior recuperação patrimonial para o Estado-vítima, atrelando-se tal argumento à própria redução de gastos realizados em razão da manutenção de bens ao longo de vários meses ou até anos, proporcionando menor onerosidade para o erário.

O encurtamento da fase expropriatória permitiria preservar um pouco mais o valor nominal do patrimônio até a prestação jurisdicional definitiva, vez que a deterioração é inerente a bens, sejam eles móveis ou imóveis. Além disso, seria gerada uma economia para o Estado, que não deixaria de aplicar recursos em outras áreas - como a saúde.

Ademais, inevitavelmente, seria forma de se evitar a dilapidação dos bens pelos acusados, os quais, via de regra, acabam sendo transferidos para terceiros de boa-fé.

Visto sob o aspecto do réu, válida a lição extraída da execução civil, onde vigora o princípio do menor sacrifício possível. O referido princípio encontra fundamento no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, ou seja, na dignidade da pessoa humana²⁰, bem como no artigo 620, do Código de Processo Civil, que preconiza que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”²¹.

Seu escopo é garantir ao réu o menor constrangimento possível em razão de um título – seja judicial ou extrajudicial – que um ou mais credores possuam em desfavor do mesmo, propiciando, desse modo, o melhor resultado do modo menos gravoso. Ou seja, mesmo o credor possuindo um título executivo, isso não dá a ele o direito de causar uma intervenção patrimonial ao devedor além do necessário.

No processo penal o princípio da menor lesividade para o réu também deve ser referência. Assim, quando decretada a apreensão ou o seqüestro dos bens, esses passam da tutela do acusado para a tutela do Estado ou Poder Judiciário e diante da depreciação natural caso aguarde o provimento final, certamen-

20 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

21 BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*: Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

te o bem possuirá valor muito inferior ao que poderá ser obtido com a alienação de plano.

Isso leva automaticamente a pensar que mais e mais patrimônio deverão ser objetos de expropriação para satisfazer a pretensão do Estado-vítima.

7 Conclusões

Feitas todas as considerações sobre o tema, é necessário concluir dizendo que o direito e o processo penal contemporâneos necessitam aperfeiçoar-se, afastando-se do velho conceito de prisão como único meio de resposta ao crime. Além disso, devem ser vistas com ressalvas as posições de defesa de um garantismo extremado fazendo crer, por vezes, que nenhuma medida constritiva é cabível ou adequada.

Isso leva a uma inversão de valores, fazendo parecer que todo cidadão correto, cumpridor de suas obrigações, está na contramão dos tempos. Assim, são gerados descrédito para as instituições e desestímulo para esse homem de bem, que contribuem, conseqüentemente, para a intranqüilidade social.

Os crimes que violam o patrimônio do Estado merecem severa repreensão, e se, ainda assim, deva ser respeitado o conceito constitucional da presunção de inocência, vejo como um revés tal noção como um valor absoluto.

O direito positivo, em países mais avançados que o Brasil, vem sendo manifestado no sentido de que tal conceito perdura até o julgamento condenatório recorrível, ao passo que por aqui, dia-a-dia, a Magistratura de primeiro grau vem sendo consolidada como mera instância de passagem, fruto da ação de juristas pouco preocupados com a sua força como um todo, priorizando a concentração de poderes em suas cúpulas.

Como dito, instrumentos modernos devem ser utilizados de forma proporcional ao mal causado, sendo a alienação antecipada de bens, mesmo antes do término das ações penais, medida adequada, sendo essencial a observância dos pressupostos e fundamentos apontados diante do caso concreto.

O patrimônio é a via de irrigação de outras condutas ilícitas, notadamente da criminalidade organizada, eis que esta, sem re-

cursos, inclusive e especialmente públicos, não se viabiliza. Assim, nada mais correto do que se estancar tal canal viabilizador de novas condutas, bem como eliminar a deplorável fruição de bens adquiridos com recursos públicos, feita geralmente pelos criminosos como forma de ostentação e de intimidação.

Ademais, seria a via mais adequada para solucionar o problema decorrente da ausência de aparato suficiente para suportar os encargos da administração patrimonial pelo Estado ou mesmo pelo Judiciário, evitando, ainda, novos gastos de dinheiro público para a manutenção desses bens.

Assim, por mais draconiana que possa parecer a medida, reflete senso de justiça em seu verdadeiro sentido, de preocupação com a efetividade do processo atrelada ao retorno a um *status quo*.

Nesse esteio, para que tais medidas se mostrem efetivas, sem dúvidas a interveniência do Estado-vítima, de forma direta, através de suas Procuradorias, seria a forma mais adequada para que o processo penal possa ter êxito em sua repercussão patrimonial.

Como demonstrado, nos crimes de dano, existe uma busca no sentido de permitir além da efetivação do direito abstrato de punir, monopólio do ente estatal, a reparação da consequência patrimonial do ilícito.

Assim, independentemente do gabarito do representante do *parquet* atuante no feito, deveria ser regra a atuação das Procuradorias do Estado, Município, enfim, do ente lesado, para que de forma contundente fosse buscada a recomposição do patrimônio, ou ao menos a minoração das consequências, eis que como destacado, praticamente inexistente tal intervenção.

Com tal omissão perde a Justiça, perde o Estado, perde a coletividade, especialmente os mais necessitados que diretamente deixam de ter acesso aos serviços e préstimos básicos para a própria sobrevivência, enquanto os indignos continuam a comer bons queijos, beber os melhores vinhos, andar em carros de luxo e freqüentar os mesmos locais que homens de bem, posando de vítimas, enquanto aguardam pacientemente o julgamento definitivo dessas ações penais, as quais acabam por vezes, ainda, virando motivo de chacota.

8 Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução para o espanhol por Carlos Bernal Pulido. Madrid: CEPC, 2007. p. 562.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

_____. *Lei nº 11.343*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

_____. *Lei 9.613/98*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jan. 2009.

_____. *Projeto de Lei nº 209 de 2003*. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

_____. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto*. Brasília, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de jurisprudência, n. 346*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 01 jan. 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Rio, 1980. v. 1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal especial*. São Paulo: José Bushatsky, 1980. 290p.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2008. v. 4.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos do direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável, gerenciando o desconhecido*. 3. ed. Tradução Marcelo Schild. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 199.

1.8

ALGUMAS REFLEXÕES CONCRETAS SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO ESTADO

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1 Introdução e delimitação do tema. 2 Limites e possibilidades para a atuação das fundações instituídas pela Administração Pública. 3 Da necessidade de prévia lei complementar federal, estadual, distrital-federal ou municipal definindo as áreas de atuação das fundações instituídas pela Administração Pública. 4 Os objetivos institucionais das fundações instituídas pela Administração Pública. 5 Da necessidade de lei ordinária federal, estadual, distrital-federal ou municipal autorizando a criação das fundações instituídas pela Administração Pública. 6 O regime jurídico das licitações e contratações das fundações públicas. 7 O regime jurídico dos contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as fundações públicas. 8 A estrutura orgânica das fundações e a participação dos segmentos sociais interessados. 9 O regime jurídico do pessoal das fundações públicas. 10 O regime jurídico dos bens das fundações públicas. 11 A criação de fundação, pelo Poder Público, para a prestação de serviços públicos de saúde. 12 Fundação municipal prestadora de serviços de educação e assunção das atividades pela União Federal. 13 Parceria entre entidade da federação, universidade pública e “fundação de apoio”, ambas de outro ente federativo, para a prestação de serviços na área de educação. 14 Conclusões. 15 Referências.

1 Introdução e delimitação do tema

Não é novidade que o tema das fundações instituídas pela Administração Pública é bastante controvertido. Essas controvérsias decorrem, fundamentalmente, do distorcido formato jurídico na atuação prática das fundações instituídas pelas diversas entidades federativas¹. Ademais - é bom que se diga - os pro-

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes - RJ. Professor da Pós-graduação em Direito do Estado da Fundação Getulio Vargas - FGV-RJ. Professor de Direito Econômico, Administrativo e Municipal da Pós-graduação e graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV-ES. E-mail: hmendesd@yahoo.com.br.

1 Para um registro histórico da controversa disciplina das fundações instituídas pela Administração Pública, cuja fase marcante de criação das referidas entidades no Brasil se dá a partir da década 40, do século XX, confira-se FERREIRA, Sergio de Andréa. Da posição, na administração indireta, da fundação de direito privado instituída pelo Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 121, p. 58 - 81, jul./set. 1975.

blemas existentes não foram solucionados adequadamente pelo Código Civil de 2002.

Nesse sentido, o presente trabalho, longe de formulações teóricas sobre o tema, já levadas a efeito pela doutrina pátria, tem por finalidade examinar alguns aspectos práticos envolvendo as fundações instituídas pela Administração Pública brasileira.

Sob o prisma metodológico, ao final de cada item analisado, apresentam-se algumas alternativas possíveis para cada aspecto ressaltado, sempre tendo em vista que o Direito Administrativo só se legitima e se justifica se e quando for instrumento eficiente para o atendimento das necessidades essenciais da sociedade, cujo núcleo primordial é a dignidade da pessoa humana, valor fundamental que deve permear todas as atividades administrativas do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput* e III).

2 Limites e possibilidades para a atuação das fundações instituídas pela Administração Pública

Desde logo, vale registrar que, quando se pretende estudar a temática das fundações instituídas pela Administração Pública, é importante fixar alguns pontos a respeito dos limites e possibilidades para a atuação dessas entidades administrativas.

Assim, a idéia de fundação está atrelada ao destaque de um patrimônio – no caso, público – para o desenvolvimento das suas atividades de interesse social. Nesse sentido, as fundações instituídas pelos Poderes Públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios integram a estrutura da Administração Pública indireta brasileira, dos respectivos entes, ao lado das autarquias, das empresas públicas e das sociedades de economia mista (CR/88, art. 37, XIX).

Voltadas para o desenvolvimento de atividades de relevante interesse social, as fundações dependem de lei complementar definindo as suas respectivas áreas de atuação, além de lei específica autorizativa (CR/88, art. 37, XIX). Voltaremos aos temas adiante, em tópicos específicos.

Como regra, as fundações instituídas pela Administração Pública possuem personalidade jurídica de Direito Privado, sendo regidas, precipuamente, pelo Direito Privado (CCB/2002, arts. 62 a 69), com os temperamentos próprios decorrentes da figura do instituidor, no caso, a Administração Pública, e dos interesses públicos a serem perseguidos pelas entidades fundacionais. É o caso, por exemplo, da Fundação Banco do Brasil, consoante já entendeu o Egrégio Supremo Tribunal Federal². Daí se falar, com propriedade, em regime misto ou híbrido, convivendo as fundações, portanto, com o influxo simultâneo de normas de Direito Público e de Direito Privado, emergindo, dessa confluência, o seu regime jurídico.

Nada obstante tais considerações, a doutrina e a jurisprudência predominantes, inclusive com manifestação do E. STF, em vista da realidade prática administrativa brasileira, admitem a existência de fundações com personalidade jurídica de Direito Público.

Nesse caso, são regidas, fundamentalmente, por um regime jurídico próprio das autarquias. Por tal razão, são consideradas, em essência, autarquias, sendo também chamadas de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais. É o caso, por exemplo, da Fundação Nacional de Saúde, que embora tenha o nome de fundação, o E. STF já entendeu que se trata essencialmente de autarquia³.

Essas breves noções que integram o conhecimento jurídico convencional sobre o tema são importantes para o desenvolvimento dos pontos adiante relacionados.

2 Nesse sentido, confira-se o MS nº 24.427, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30.08.06, *Diário da Justiça*, Brasília, 24 nov. 2006.

3 RE nº 215.741, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30.03.1999. Em recente manifestação, o E. STF reafirmou o entendimento mencionado. Confira-se: 1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. 2. A norma questionada aponta para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas. 3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 191-4/RS. Rel. Ministra Carmem Lúcia. *Diário da Justiça da União*, Brasília, de 6 mar. 2008.

3 Da necessidade de prévia lei complementar federal, estadual, distrital-federal ou municipal definindo as áreas de atuação das fundações instituídas pela Administração Pública

Desde logo, vale dizer que a criação de fundações, no âmbito da Administração Pública, em qualquer nível da federação brasileira, supõe a prévia edição de lei complementar, de iniciativa do respectivo Chefe do Poder Executivo, definindo as áreas de atuação das entidades fundacionais a serem criadas, nos termos do art. 37, XIX, parte final, *c/c* art. 61, *caput*, ambos da Constituição da República de 1988.

A rigor, trata-se de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, eis que se cuida da criação de uma entidade voltada para o desempenho de atividades próprias da Administração Pública, cuja direção superior é da Chefia do Poder Executivo (CR/88, art. 84, II). Significa dizer que é o Chefe do Poder Executivo quem presumidamente sabe a melhor forma de gestão das atividades administrativas estatais, não cabendo essa valoração inicial a nenhum outro núcleo orgânico de Poder, sob pena de violação ao princípio constitucional fundamental da separação e independência dos Poderes (CR/88, art. 2º).

Ademais, quando estivermos diante de fundações de Direito Público, como já mencionado – autarquias, na essência –, há previsão expressa no art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição da República de 1988, pois não faz sentido que o Chefe do Poder Executivo possa provocar, privativamente, a criação de cargos para as fundações autárquicas e não o possa fazer em relação à criação das próprias entidades.

Avançando, frise-se que não se trata de lei complementar nacional, na medida em que se cuida da criação de entidade componente da Administração Pública indireta, de qualquer um dos entes políticos da federação. Assim, a criação de fundações, no âmbito da Administração Pública, supõe a prévia edição de lei complementar, de qualquer um dos entes da federação⁴, de ini-

4 Nesse sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 63.

ciativa dos respectivos Chefes dos Poderes Executivos, definindo as áreas de atuação das entidades fundacionais a serem criadas, nos termos do art. 37, XIX, parte final, da Constituição da República de 1988, e do magistério da doutrina sobre o tema⁵.

Tratando-se de fundações regidas pelo Direito Público, é desnecessária a edição da lei complementar aludida pelo art. 37, XIX, tendo em vista a natureza autárquica de tais entidades. Se for assim, a própria lei criadora da fundação autárquica irá definir a sua área de atuação. Logo, somente se exige lei complementar definindo as áreas de atuação das fundações instituídas pela Administração Pública com personalidade jurídica de Direito Privado⁶.

A respeito dessas áreas de atuação, dada a relevância do assunto, vale investigar o tema no item seguinte.

4 Os objetivos institucionais das fundações instituídas pela Administração Pública

Na fundação instituída pela Administração Pública e regida pelo Direito Privado, deve-se observar que as suas finalidades institucionais estão previstas genericamente na disciplina constante dos arts. 62 a 69 do Código Civil brasileiro de 2002.

Assim, a fundação criada pelo Poder Público, nos moldes do CCB/2002, terá personalidade jurídica de Direito Privado, de modo que o seu regime jurídico será o de Direito Privado, com

5 Confira-se, por todos, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 176

6 No Estado do Rio de Janeiro, confira-se a Lei Complementar nº 118, de 29 de novembro de 2007: Art. 1º - Fica a atividade de saúde enquadrada, para os fins do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, como área de atuação passível de exercício por fundação pública de direito privado. Art. 2º - O Poder Executivo poderá instituir, mediante autorização legislativa específica, fundações públicas sem fins lucrativos com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio e receitas próprias e autonomia gerencial orçamentária e financeira para o desempenho da atividade prevista no art. 1º desta Lei Complementar. Art. 3º - Caberá à lei autorizativa de criação da fundação pública de direito privado dispor sobre seu regime jurídico e indicar as bases de seu estatuto. § 1º - O pessoal da fundação pública será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sua admissão deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e a sua demissão deverá respeitar processo administrativo que resguarde ampla defesa e contraditório. § 2º - Nos concursos públicos, é assegurado percentual de vagas à pessoa com deficiência, conforme o disposto no artigo 37, Inciso VIII, da Constituição Federal. Art. 4º - Fica proibida a demissão imotivada dos servidores contratados pelo regime celetista. Art. 5º - A Fundação Pública de direito privado estará sujeita à fiscalização do sistema de controle interno próprio de cada Poder e do Tribunal de Contas do Estado. Art. 6º - A aquisição de bens e serviços pela Fundação Pública submeter-se-á às disposições da Lei das Licitações e Contratos Administrativos Art. 7º - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

os temperamentos próprios da presença do Estado e dos interesses públicos na atuação fundacional, como visto acima.

Nada obstante, pode e deve o respectivo ente federativo, por meio de lei, delimitar outras áreas específicas para as fundações públicas. Nesse contexto, deve o administrador público definir, prévia e adequadamente, o campo de atuação das fundações a serem criadas, nos termos da lei complementar, conforme previsto no art. 37, XIX, da Constituição da República de 1988 e acima aludida.

Com efeito, deve detalhar a amplitude da gestão pública pretendida, que, se envolver atos de império ou coerção decorrente do exercício da função de polícia administrativa (ordem de polícia, consentimento de polícia, alvarás de licenças e autorizações, fiscalização e sanção de polícia), a forma jurídica adequada para o desenvolvimento descentralizado de tais atividades será a autárquica, devendo-se criar uma autarquia.

De outro lado, se a atividade desenvolvida pela entidade a ser criada não demanda atos de império, não tem natureza empresarial e se apresenta de relevante interesse social, como no caso dos serviços de saúde, educação, cultura, esporte, lazer e assistência social, seria possível a criação de uma fundação, com personalidade jurídica de Direito Privado, para a execução dos serviços aludidos.

Logo, não é possível que uma fundação instituída pela Administração Pública, com personalidade de Direito Privado, exerça atividades institucionais que envolvam o poder de império ou o uso da coercitividade estatal e, nem tampouco, atividades econômicas em sentido restrito, quais sejam, aquelas fundamentalmente voltadas para a percepção de lucros e posterior divisão dos mesmos entre seus sócios ou acionistas.

Frise-se que, no caso de uma fundação, não há que se falar em lucro, mas sim, em superávit, a ser revertido para o aprimoramento da atuação institucional da entidade e, não, para a divisão entre seus instituidores e dirigentes, sob pena de distorção da configuração fundamental do instituto das fundações criadas pela Administração Pública.

Nesse sentido, para se evitar controvérsias, deve-se definir detalhadamente os objetivos da entidade que se pretende criar,

para, então, saber se é o caso de criação de autarquia, empresa estatal ou fundação.

5 Da necessidade de lei ordinária federal, estadual, distrital-federal ou municipal autorizando a criação das fundações instituídas pela Administração Pública

Independentemente das providências formais e substanciais acima mencionadas, vale frisar que as fundações com personalidade jurídica de Direito Privado, instituídas pela Administração Pública, não são criadas por lei.

Todavia, a lei ordinária específica, em cada nível da federação, deve autorizar a sua criação, definindo as bases fundamentais do seu regime jurídico híbrido, em vista da presença da Administração Pública e dos interesses públicos envolvidos (CR/88, art. 37, XIX)⁷.

Nesse contexto, não é correta a criação de uma fundação pública, com personalidade jurídica de Direito Privado, por meio de lei. Significa dizer que a lei ordinária autoriza a instituição, pela Administração Pública, da fundação com personalidade jurídica de Direito Privado. Após, elabora-se o estatuto regente da fundação, e, posteriormente, leva-se o mesmo a registro no Registro Civil de Pessoas Jurídicas competente.

6 O regime jurídico das licitações e contratações das fundações públicas

Nesse ponto, deve-se inicialmente proceder à distinção entre as fundações instituídas pela Administração Pública, com personalidade jurídica de Direito Público e de Direito Privado, para melhor elucidação do regime jurídico das licitações e contratações firmadas pelas entidades fundacionais.

7 No Estado de Sergipe, confira-se a Lei nº 6.346/2008. No Estado do Rio de Janeiro, confira-se a Lei nº 5.164/2007.

Em se tratando de fundações com personalidade jurídica de Direito Público, deverão ser observadas as regras gerais da Lei Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública, na medida em que se constituem, na essência, repita-se, autarquias.

Cuidando-se de fundações com personalidade jurídica de Direito Privado, poderá ser adotado, por meio de ato normativo próprio, a ser expedido pela entidade fundacional, um regime licitatório simplificado, observados os princípios regentes das atividades administrativas do Estado (CR/88, art. 37, *caput c/c* Lei nº 8.666/93, arts. 3º e 119).

Na ausência de regulamento próprio, é recomendável que se preveja a utilização prioritária, sempre que possível, da licitação na modalidade pregão, tendo em vista as vantagens decorrentes da maior simplicidade e celeridade do citado procedimento de contratação, como é sabido⁸.

Outra previsão, bastante salutar, seria a utilização, sempre que possível, do sistema de registro de preços, enquanto técnica simplificada de facilitação das contratações administrativas (CR/88, art. 37, XXI, *c/c* Lei nº 8.666/93, art. 15, II)⁹, com a possibilidade de expedição de ato normativo pelo Chefe do Poder Executivo, com a viabilidade de extensão aos serviços, como já entendeu como possível o C. Superior Tribunal de Justiça¹⁰ e o C. Tribunal de Contas da União¹¹. Frise-se que a sistemática já foi adotada em algumas unidades da federação brasileira¹².

8 Sobre o tema, ver nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

9 Sobre o tema, vale conferir o texto de Diana Brandão Maia Mendes de Sousa, constante de obra coletiva publicada sobre os 15 (quinze) anos da Lei Geral de Licitações e Contratações Administrativas intitulado *Aspectos relevantes e atuais do sistema de registro de preços*. Curitiba: Governet, 2008. p. 43 - 53.

10 Nesse sentido, confira-se o RMS nº 15.647-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.03.2003. Ver, também, nosso *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

11 Confira-se a Decisão/TCU-Plenário nº 668/2005, relatada pelo Excelentíssimo Senhor Auditor, Augusto Sherman Cavalcanti, para afirmar a possibilidade de utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP) para contratação de serviços, a exemplo de operadora de plano de saúde, e de excluir a contratação de obras, por meio dessa sistemática; Acórdão/TCU-1ª Câmara nº 817/2005, Rel. Ministro, Valmir Campelo.

12 A disciplina constante da Lei nº 5.164/2007, do Estado do Rio de Janeiro, tratando das fundações públicas na área da saúde, prevê o sistema de registro de preços como a regra geral, sempre que possível. Confira-se: (...) Art. 25 - Para aquisição de bens e serviços, as Fundações submeter-se-ão às disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, podendo elaborar regulamento especial, nos termos do art. 119, da Lei Federal nº 8.666/93, observados os princípios que regem a Administração Pública. §1º - As contratações de bens e serviços a que se refere o caput deste artigo deverão ser efetivadas, preferencialmente, pelo sistema de registro de preços, nas seguintes hipóteses: I - quando pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários para o desempenho de suas atribuições; III - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente

7 O regime jurídico dos contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as fundações públicas

A disciplina jurídica do contrato de gestão, de modo a concretizar o disposto no art. 37, § 8º, da Constituição da República de 1988, constitui-se em um dos pontos centrais da criação de novas fundações pela Administração Pública. Não custa lembrar que a norma aludida foi inserida por meio da EC nº 19/98, que instituiu a Reforma Constitucional da Administração Pública.

Assim, consoante a dicção constitucional, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato a ser firmado entre os respectivos administradores e o Poder Público, tendo por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou a entidade.

Essa disciplina contratual deve ser veiculada por meio de lei ordinária, a ser expedida por quaisquer dos entes da federação, podendo, inclusive, estar inserida na lei autorizativa da criação das fundações, acima aludida.

No que tange ao objeto do contrato de gestão, a lei deve disciplinar o prazo de duração do contrato, os instrumentos de controle e os respectivos critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes, remuneração do pessoal, além de outros detalhamentos pertinentes, à luz da realidade de cada entidade federativa (CR/88, art. 37, § 8º, I a III).

Assim, o Poder Público contratará a prestação de serviços pelas fundações, definindo metas objetivas de desempenho a serem realizadas pelas entidades, a partir de informações previamente disponibilizadas. Sob o aspecto formal, o contrato de gestão será sempre escrito fundado nas normas gerais de Di-

te o quantitativo a ser demandado pela Administração; § 2º - A Fundação Estatal será responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços, observadas as disposições legais e regulamentares. § 3º - A não adoção do sistema de registro de preços nas hipóteses previstas no parágrafo primeiro deste artigo deverá ser justificada e motivada no respectivo processo administrativo. § 4º - As Fundações poderão elaborar um registro de preço único para os bens e serviços comuns às três entidades mencionadas nesta Lei ou aderir a registros de preços já existentes, conforme determina a Lei nº 4.928/2006, que "institui o Sistema Estadual de Compra de Medicamento Hospitalar e dá outras providências".

reito Público, devendo explicitar, objetivamente, os parâmetros de qualidade, eficiência e transparência esperados por ocasião do atendimento dos usuários dos serviços. Essas obrigações, como se sabe, decorrem diretamente dos princípios constitucionais da publicidade e eficiência na prestação dos serviços públicos (CR/88, art. 37, *caput*).

Conseqüentemente, deve o aludido pacto fixar as atribuições e responsabilidades dos dirigentes, de um lado e, de outro, especificar os planos operativos propostos para as fundações, que deverão detalhar as metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução. Nesse particular, destaca-se, mais uma vez, o princípio constitucional da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), agora na perspectiva da obrigação de planejar adequada e proporcionalmente o conteúdo do contrato de gestão, tanto em termos de qualidade das atividades a serem desenvolvidas quanto em relação à quantidade de tempo em que os serviços serão prestados.

Assim, como regra, os prazos dos aludidos pactos serão de, no máximo, 05 (cinco) anos, independentemente da previsão das condições de prorrogação, renovação, alteração, suspensão e rescisão, incluindo, ainda, as regras para sua renegociação total e parcial.

Ainda na linha do planejamento, na perspectiva da sua execução, é necessária a previsão contratual de adoção de práticas de planejamento sistemático das ações das fundações, mediante instrumentos de programação física e financeira, de acordo com as metas pactuadas.

Por seu turno, os recursos para o custeio dos serviços realizados pelas fundações serão fixados a partir da definição de preços pelo conjunto de serviços prestados, previstos no contrato de gestão. Conseqüentemente, os repasses a serem efetuados pelo Poder Público só ocorrerão na medida do estrito cumprimento das metas pactuadas no contrato de gestão. Nada obstante, não devem os repasses admitir contingenciamentos pelo Poder Público.

Na perspectiva do incentivo à eficiência dos serviços prestados pelas fundações, a partir do cumprimento do planejamento previamente elaborado, deverá o contrato de gestão estipular, de maneira proporcional, os limites e os critérios para remunera-

ção, as vantagens e os prêmios, de qualquer natureza, a serem pagos aos dirigentes e aos empregados das entidades fundacionais, no exercício de suas funções, observando-se os parâmetros compatíveis de remuneração com os praticados pelo mercado de trabalho, segundo o grau de qualificação exigido e os setores de especialização profissional.

Sob o crivo do controle e fiscalização da execução do contrato de gestão, deverá o mencionado pacto instituir e indicar uma comissão de acompanhamento e avaliação do seu conteúdo. Nesse contexto, os critérios fiscalizatórios deverão ser previamente disponibilizados às fundações contratadas, por meio de documento específico, com os parâmetros objetivos de avaliação do desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade.

Ainda sob o prisma da obrigação de transparência, destaque-se a necessidade de previsão de publicação anual, na imprensa oficial, das demonstrações financeiras, elaboradas em conformidade com os princípios fundamentais de contabilidade, bem como a ampla divulgação, por meios físicos e eletrônicos, dos relatórios de execução, pareceres da comissão de acompanhamento e avaliação do contrato de gestão e o desempenho das metas fixadas.

Também é relevante a disciplina da previsão periódica da prestação de contas das fundações, notadamente por meio da utilização de comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado dos respectivos demonstrativos financeiros, consolidando-se, ao final de cada exercício, os referidos resultados.

Caso as metas pactuadas no contrato de gestão não sejam cumpridas, abrir-se-á o devido processo legal administrativo, para que as fundações apresentem as justificativas cabíveis, devendo o Poder Público, posteriormente, decidir pelas medidas de saneamento a serem adotadas, avaliando, ao final, pela manutenção ou não do pacto, na medida da gravidade do descumprimento contratual¹³.

13 Nesse particular, confira-se a disciplina constante da Lei nº 5.164/2007, do Estado do Rio de Janeiro, com objeto similar, notadamente os arts. 26 a 34.

Destarte, esse instrumento negocial, de natureza constitucional, idealizado para conferir maior agilidade e eficiência no desempenho das atividades administrativas, só vai se justificar se houver um regime jurídico essencial que defina os parâmetros normativos básicos para a formulação do planejamento, das metas, das responsabilidades e dos resultados a serem atendidos pelas fundações, por meio do referido pacto administrativo. Daí, pois, a necessidade de prévio detalhamento legal das bases gerais do seu conteúdo.

8 A estrutura orgânica das fundações e a participação dos segmentos sociais interessados

As fundações devem contar, ao menos, no que tange à sua estrutura orgânica, além do seu necessário quadro de pessoal, com um Conselho Curador, um Conselho Fiscal e uma Diretoria Executiva, com os seus respectivos desdobramentos orgânicos. Assim, a lei que autoriza a criação das fundações pode e deve prever as competências, os limites e as possibilidades de atuação desses órgãos fundacionais.

Nada obstante, parece consentânea com a Constituição da República de 1988 a previsão de participação, nos aludidos órgãos, de representantes de usuários dos serviços e empregados das fundações, dando-se concretude ao princípio constitucional da participação.

Destarte, embora a Constituição da República não mencione expressamente o princípio da participação dos cidadãos nas decisões estatais relevantes, a norma é uma decorrência lógica do princípio do Estado Democrático de Direito brasileiro (CR/88, art. 1º, *caput*), cuidando-se de princípio constitucional implícito no ordenamento constitucional pátrio¹⁴.

O princípio da participação, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em trabalhos pioneiros sobre o tema,

¹⁴ Com o mesmo entendimento, PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 83. Destacando-o como princípio constitucional fundamental, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 159.

condiciona-se ao atendimento do binômio motivação para participar (pressuposto subjetivo)¹⁵ e a admissão à participação (pressuposto objetivo). O primeiro requisito é ligado à atitude do homem diante do poder, ao passo que o segundo é vinculado à existência de instituições que garantam a participação¹⁶.

Significa dizer que para que haja participação deve o cidadão ter desenvolvido a sua consciência cívica a respeito da relevância da sua manifestação, o que se opera pela educação adequada. Da mesma forma, os canais de acesso participativo junto ao Estado devem ser eficientes.

Nesse contexto, dentre as variáveis do princípio da participação, merece destaque, como nos ensina J.J. Gomes Canotilho, a democracia participativa entendida como o conjunto de estruturas processuais que ofereçam aos cidadãos reais possibilidades de compreender a democracia e participar ativamente dos processos decisórios, na medida em que "(...) o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política"¹⁷.

Como bem destacado por Caio Tácito, o Direito Público contemporâneo vem se modificando para aproveitar e absorver as manifestações participativas dos cidadãos, realçando o princípio da cidadania e projetando o indivíduo e as sociedades empresárias – entendam-se aí, também, outros grupos organizados – como colaboradores fundamentais para o atendimento dos diversos interesses públicos, com vistas à realização plena da democracia¹⁸.

Na didática síntese de Odete Medauar, o princípio da participação viabiliza a identificação dos interesses públicos, de maneira compartilhada, entre o Estado e a sociedade, relacionando-se com as práticas administrativas ligadas ao consenso, à negociação e à conciliação de interesses¹⁹.

15 *O homem e a política*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 03 - 58.

16 *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 11 - 13.

17 *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 282 - 283.

18 *Direito administrativo participativo*. In: _____. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17 - 24. v. 3.

19 *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 230.

Com efeito, a doutrina que tratou especificamente do tema é firme no entendimento a respeito da insuficiência dos mecanismos convencionais inerentes à democracia representativa, notadamente porque a representação política, na realidade, constitui-se em representação de interesses, em especial dos grupos sociais e economicamente mais organizados²⁰.

Destarte, vem se formando o consenso doutrinário a respeito da necessidade de efetivo envolvimento dos agentes privados nos processos estatais decisórios, por meio de estruturas processuais fundadas no diálogo, de modo a incrementar a carga de legitimidade das decisões públicas relevantes²¹.

Essa participação, cujos formatos participativos ainda se encontram em construção no ordenamento jurídico, vem merecendo profundos estudos e se consubstancia na necessária aproximação entre a vontade dinâmica do cidadão e a escolha pública relevante.

A participação direta cidadã é necessária por uma série de razões. Em primeiro lugar, porque ela confere legitimidade à decisão pública relevante, no sentido de concretizar um interesse público efetivamente desejado pelo grupo social, numa sociedade de recursos escassos, realizando o princípio da legitimidade (CR/88, art. 1º, *caput* c/c art. 70, *caput*)²².

Em segundo lugar, porque ela atende à necessidade de uma sociedade plural, que tem como nota uma pluralidade de interesses e valores relevantes, muitas vezes divergentes e contrapostos (CR/88, art. 1º, V)²³. Por tais razões, esses interesses devem ser colhidos, ordenados, ponderados e priorizados pelo aparato estatal, de modo a otimizá-los, alcançando a justiça social possível.

20 Nesse sentido, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120 - 123.

21 Neste sentido, *Ibid.*, p. 128.

22 Em sentido semelhante, *Ibid.*, p. 129 - 130.

23 No magistério doutrinário de CARLOS AYRES BRITTO: (...) Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que *ninguém é cópia fiel de ninguém*, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra os seres humanos é negar suas individualizadas preferências. Em BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216 - 217.

Em terceiro lugar, porque a participação nas decisões públicas relevantes é uma expressão do valor de liberdade consagrado, em diversificadas passagens, na matriz constitucional, e que se traduz na escolha das necessidades, dos meios e dos fins públicos a serem atendidos (por exemplo, CR/88, art. 1º, IV, art. 3º, I, art. 5º, *caput*). Cuida-se, portanto, da liberdade de participação dos processos estatais de escolhas públicas relevantes, decorrência da própria dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III).

Em quarto lugar, porque participação é um mecanismo viabilizador da eficiência e concretude da decisão pública relevante, na medida em que conta, na sua concepção, com a intervenção dos grupos sociais que serão afetados pela decisão, possibilitando-se a eficácia da deliberação social (CR/88, art. 5º, LXXVIII c/c art. 37, *caput*).

Na Constituição da República de 1988, por exemplo, pode-se compendiar como projeções específicas do princípio da participação direta cidadã, além das normas constitucionais aludidas, a previsão fundamental de que todo poder emana do povo, que pode e deve exercê-lo de maneira direta (CR/88, art. 1º, parágrafo único), por meio de grupos sociais intermédios (CR/88, art. 5º, XVII a XXI), a participação na atividade processual estatal (CR/88, art. 5º, LV), na condução das relações econômicas de trabalho (CR/88, art. 8º e ss.), na organização do Estado (CR/88, art. 18, §§ 3º e 4º), no controle da atividade financeira estatal (CR/88, arts. 31, § 3º e 74, § 2º), nas atividades administrativas estatais (CR/88, art. 37, § 3º), no processo legislativo (CR/88, art. 61) e nas relações tributárias (CR/88, art. 150, § 5º), bem como nos serviços públicos de saúde, assistência social, educação (CR/88, arts. 198, III, 204, II, 205, 206).

Por tal razão, há em doutrina quem sustente a existência de um direito constitucional genérico de participação, de modo que a ausência de normatividade infraconstitucional não pode constituir obstáculo à efetividade da participação nas decisões estatais relevantes²⁴.

24 Nesse sentido, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154 - 155.

Nesse contexto, costuma-se apontar a previsão acima citada e constante do art. 37, § 3º, da CR/88, com a redação dada pela EC nº 19/98, que teve por finalidade incrementar a idéia participativa e aproximar o cidadão das atividades administrativas do Estado, cabendo a cada uma das entidades políticas da federação editar as suas normas concretizadoras do princípio da participação, a partir das respectivas realidades²⁵. Cabe remarcar, ainda, que a previsão constitucional em exame não esgota as possibilidades participativas dos administrados²⁶.

Em sede infraconstitucional, vale citar como exemplos de normas que consagram a participação direta dos agentes interessados nos processos decisórios estatais, a Lei nº 9427/96, art. 4º, § 3º, a Lei nº 9472/97, art. 42, Lei nº 9478/97, art. 19, a Lei nº 9784/99, arts. 31 a 35 e a Lei nº 10.233/2001, entre outras.

Do marco regulatório constitucional e infraconstitucional aludido, bem se percebe que a participação deve ser incentivada de modo a conferir efetiva transparência e legitimidade das decisões públicas relevantes nas matérias que envolvam as atuações institucionais das fundações.

9 O regime jurídico do pessoal das fundações públicas

Desde logo, cabe diferenciar o regime de pessoal das fundações instituídas pela Administração Pública a partir da sua personalidade jurídica de Direito Público ou de Direito Privado.

Com efeito, tratando-se de fundações com personalidade jurídica de Direito Público, o regime jurídico do pessoal componente dos seus quadros será o mesmo da Administração Pública Direta, como regra, o regime estatutário, na medida em que se cuidam de autarquias, em essência.

25 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 64.

26 Em sentido semelhante, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 162. No que tange às parcerias negociais, especialmente a participação popular na prestação de serviços públicos, via concessões e permissões, confira-se a acertada dicção de JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 447. Ver, também, nossa *Regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 249 - 251.

No ponto, vale realçar que ainda se encontra pendente de julgamento definitivo no E. STF, mas com a eficácia suspensa, a norma do *caput* art. 39, da Constituição da República de 1988, com a redação dada pela EC nº 19/98, que viabilizou a criação do regime jurídico dual (estatutário e celetista) na Administração Pública brasileira, tendo em vista a não-observância do devido processo legal legislativo para a edição da Emenda à Constituição aludida²⁷.

Nada obstante, tratando-se de fundações com personalidade jurídica de Direito Privado, o regime jurídico do pessoal componente dos seus quadros será aquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, com os temperamentos próprios decorrentes da presença do Poder Público na atuação das fundações e dos interesses públicos a serem perseguidos por essas entidades.

É dizer que o regime de pessoal será o celetista, sem prejuízo da necessidade de concurso público de provas ou de provas e títulos para ingresso nos quadros das fundações. Daí a impossibilidade de acumulação de empregos, fora das hipóteses constitucionais, a reserva de vagas para as pessoas portadoras de deficiência, dentre outras limitações decorrentes do influxo das normas regentes da Administração Pública na estrutura das fundações (CR/88, art. 37).

Além dessas limitações, não parece possível a vinculação da remuneração desses empregados públicos das fundações à remuneração percebida pelo Secretário de Estado da pasta aos quais as citadas entidades se vinculam, na medida em que a Constituição da República de 1988 veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público (CR/88, art. 37, XIII).

Relembre-se que, caso as fundações a serem criadas dependam de recursos orçamentários do Poder Público para o desenvolvimento das suas atividades, haverá a incidência da LRF, por força do que dispõe o art. 1º, § 1º, da LC nº 101/2000, incluindo-se os limites de despesas com pessoal.

27 Sobre o tema, confira-se a ADIn nº 2135-4, Rel. Min. Ellen Gracie.

A solução que se pode alvitrar é que a fundação tenha recursos próprios para o financiamento das suas atividades, ou seja, que não advenham do orçamento do Poder Público, caso em que não se submeterá às regras de controle da LRF.

Dentro dessas limitações, as fundações poderão organizar seu quadro de pessoal, a partir de plano de empregos, carreira e salários, de acordo com um planejamento diretor de desenvolvimento de recursos humanos, na forma do disposto no Estatuto, sendo possível a instituição de sistema misto de remuneração, o qual deverá contemplar, ao lado do salário fixo, prêmio de desempenho individual e de equipes, sob avaliação permanente²⁸.

10 O regime jurídico dos bens das fundações públicas

Como dito, a idéia de fundação está atrelada ao destaque de um patrimônio para o desenvolvimento das suas atividades de interesse social, abrangendo bens móveis e imóveis. Frise-se que é pressuposto para a criação da fundação a existência de patrimônio próprio, necessário e suficiente para o início do desenvolvimento das suas atividades institucionais de interesse social, sem o qual não será possível a sua instituição e nem mesmo o registro do seu Estatuto Social.

Assim, para a criação da fundação pelo Poder Público, como regra, não poderá a entidade federativa ceder os seus bens necessários ao desenvolvimento das atividades da entidade a ser criada, devendo proceder à respectiva doação de tais bens, salvo nos casos em que as cessões, justificadamente, sejam acompanhadas das respectivas doações dos bens necessários à criação das fundações.

Dito isso, cabe dizer, também, que o regime dos bens das fundações variará na medida em que ostentem personalidade jurídica de Direito Público ou de Direito Privado. No primeiro caso, serão bens públicos, tendo em vista que, como já dito,

28 Em sentido semelhante, a disciplina constante da Lei nº 5.164/2007, do Estado do Rio de Janeiro, com objeto similar, notadamente os arts. 22 a 24.

tratam-se de autarquias. Logo, seus bens são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e não estão sujeitos à oneração. No segundo caso, seus bens serão privados, sem prejuízo da previsão legal, na lei que autoriza a criação das fundações de Direito Privado, da incidência de algumas limitações, como, por exemplo, a impenhorabilidade dos seus bens, o que se justificará pelos fins de interesse público a serem perseguidos pelas fundações aludidas.

Feitas essas breves considerações gerais a respeito do regime jurídico das fundações instituídas pela Administração Pública, passa-se, adiante, a verificar algumas aplicações específicas das entidades fundacionais, na perspectiva dos serviços públicos de saúde e de educação.

11 A criação de fundação, pelo Poder Público, para a prestação de serviços públicos de saúde

A análise jurídica envolve a criação de fundação com a finalidade de gestão dos serviços públicos de saúde. Cabe inicialmente enfatizar que a forma de gestão e execução dos serviços públicos de saúde situa-se no âmbito da discricionariedade do administrador público (CR/88, art. 2º, c/c art. 84, II).

Assim, poderá o administrador público, desde geri-los diretamente, por meio dos próprios órgãos e entidades da Administração Direta ou Indireta, até se utilizar da terceirização para a execução dos serviços de saúde, consoante o permissivo constitucional traçado no art. 197, da CR/88²⁹.

29 Neste sentido, confira-se o ensinamento de Marcos Juruena Villela Souto: (...) No caso específico da 'saúde', a própria Lei Maior admitiu a utilização de 'terceiros', sendo o art. 197 norma especial em relação à generalidade do art. 175 – ainda que os regimes de prestação não fossem distintos. É claro que a terceirização deve envolver cuidados, especialmente no que concerne à moralidade administrativa, deve abranger serviços específicos, não sendo meio de se alocar toda e qualquer mão-de-obra na estrutura estatal; deve ser vantajosa (economicidade), em relação à manutenção de um quadro permanente, sendo certo que tal vantagem não é apenas a financeira, mas, principalmente, a técnica, viabilizando a contratação de especialistas de fora da Administração; o preço deve ser global, abrangendo o complexo de materiais e recursos humanos, não devendo a Administração intrometer-se nos critérios internos de remuneração ou de divisão de tarefas, mas, tão-somente, exercer um controle finalístico, sendo legítimo exigir um padrão de qualidade, tal como uma experiência e/ou formação mínima dos profissionais envolvidos e um resultado em termos de produtividade, por exemplo (número de atendimentos, permanência mínima no hospital). Em SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 358.

Tal discricionariedade não significa um poder ilimitado conferido ao administrador público, que deverá nortear-se, sempre, pelos princípios previstos no art. 37, *caput*, da CR/88 e, a partir de então, optar pela melhor forma de gestão e execução dos serviços de saúde, com vistas, em especial, ao atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade (art. 37, *caput*, c/c art. 70, *caput*, ambos da CR/88).

Com efeito, não podem, por exemplo, as fundações prestarem serviços de saúde à iniciativa privada, como se fossem sociedades empresárias atuantes no campo da saúde suplementar, ou seja, empresas operadoras de planos de saúde, que atuam, como sabido, com finalidade lucrativa, o que seria incompatível com as finalidades fundamentais das entidades fundacionais.

12 Fundação municipal prestadora de serviços de educação e assunção das atividades pela União Federal

Outro aspecto jurídico controvertido diz respeito às repercussões sobre o pessoal componente do quadro funcional de fundação municipal de ensino superior, em ocorrendo a federalização do ensino superior desenvolvido pela mencionada entidade.

Antes de se adentrar ao tópico principal do presente exame, é importante situar o papel constitucional dos Municípios diante da obrigação de assegurar os serviços públicos de educação, hoje inseridos no título da Constituição da República que cuida da Ordem Social (CR/88, art. 193 e ss.).

Sobre o tema, tive a oportunidade de desenvolver estudo específico sobre a matéria, constante de obra já publicada, e que, pela pertinência, pede-se vênua para o destaque das principais idéias antes desenvolvidas³⁰.

Os serviços públicos de educação, notadamente os vinculados ao ensino fundamental, estão intimamente ligados à dignidade constitucional da pessoa humana (CR/88, art. 3º, I), daí

30 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A regulação jurídica dos serviços públicos de educação: aspectos contemporâneos da municipalização do ensino fundamental. In: _____. *Temas de licitações e contratos da administração pública: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

porque a Constituição da República de 1988 o previu como o primeiro direito fundamental, de cunho social, inerente ao cidadão (CR/88, art. 6º, *caput*).

Nesse sentido, visando conferir efetividade ao comando constitucional fundamental mencionado, a CR/88 previu várias normas estruturadoras do sistema de serviços públicos vinculados à educação. Com efeito, estabeleceu como competência privativa da União a edição de normas gerais a respeito das diretrizes e bases da educação nacional (CR/88, art. 22, XXIV); como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a obrigação de proporcionarem os meios de acesso à educação (CR/88, art. 23, V), prevendo, inclusive, a cooperação entre os entes políticos da federação brasileira (CR/88, art. 23, parágrafo único); aos Municípios, conferiu-se a possibilidade, em parceria com os Estados, de promoverem programas de educação atrelados ao ensino fundamental (CR/88, art. 30, VI).

Não obstante as ditas normas estruturantes, a relevância dos serviços públicos da educação fez com que a CR/88 inserisse um capítulo, dentro do Título da Ordem social (CR/88, art. 193 e ss.), específico para o tratamento da educação (CR/88, arts. 205 a 214).

Destarte, previram-se, em especial, como diretrizes principiológicas da educação, o dever de todos os entes políticos de promoverem a igualdade de condições para acesso e permanência na escola (CR/88, art. 206, I), bem como a garantia do padrão de qualidade do ensino (CR/88, art. 206, VII).

Avançando, previu-se como direito público subjetivo difuso dos cidadãos o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (CR/88, art. 208, parágrafo 1º), reforçando a obrigação constitucional da União, dos Estados e dos Municípios de organizarem, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino (CR/88, art. 211, *caput*).

Especificamente em relação aos Estados e Municípios, previu-se a atuação concorrente de ambas as esferas políticas de poder no ensino fundamental, muito embora a atuação prioritária em tal categoria de ensino tenha sido conferida aos Municípios, ao passo que os Estados devem atuar, também, no ensino médio (CR/88, art. 211, parágrafos 2º e 3º).

É de se frisar, por oportuno e relevante, que, embora a competência seja concorrente em matéria de ensino fundamental aos Estados e Municípios, a CR/88 previu a cooperação específica entre os citados entes federativos, com vistas à universalização do ensino obrigatório, no qual se inclui o ensino fundamental (CR/88, art. 211, parágrafo 4º).

Em sede infraconstitucional, diversificados diplomas legislativos visam dar concretude ao direito subjetivo de acesso adequado aos serviços públicos de educação, notadamente os afetos ao ensino fundamental, valendo citar, por relevante, a Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Destarte, o dito diploma legal prevê, em diversificadas passagens, as obrigações dos entes políticos da federação, notadamente dos Estados e Municípios em relação ao ensino fundamental (Lei nº 9394/96, arts. 4º, I, II e VII, 5º, §§ 1º e 2º, 9º, I, III e IV, 10, II, III e VI, 11, I, V e parágrafo único, 32, 68, II, 69, parágrafo 1º e 5º, 70, 71, 72, 73, 74 e parágrafo único, 75, parágrafo 1º, 2º, 3º e 4º, 76 e 87, parágrafo 3º e 6º).

Assim, fixa competir aos Estados a atuação prioritária no ensino médio (Lei nº 9.394/96, art. 10, VI) e, aos Municípios, a prestação predominante do ensino fundamental (Lei nº 9.394/96, art. 11, V), prevendo-se, inclusive, a possibilidade de integração dos Municípios ao sistema estadual de ensino ou a parceria com os Estados visando à criação de um sistema único de educação básica (Lei nº 9.394/96, art. 11, parágrafo único).

Da breve análise sistemática e teleológica das normas constitucionais e infraconstitucionais mencionadas, é possível extrair que os serviços de educação, em especial, os afetos ao ensino fundamental, são indispensáveis à dignidade constitucional da pessoa humana (CR/88, art. 3º, I), constituem direito subjetivo público difuso essencial dos cidadãos (CR/88, art. 6º, *caput*, c/c art. 208, parágrafo 1º) e devem ser prestados fundamentalmente pelos Estados e Municípios (CR/88, arts. 205 a 214), com atuação prioritária dos Municípios, dentro do regime de cooperação traçado na Constituição e nas Leis (CR/88, art. 30, VI, c/c art. 211, parágrafo 4º), como decorrência do princípio federativo brasileiro (CR/88, art. 18, *caput*).

A cooperação entre Estados e Municípios, por seu turno, é medida constitucional de grande prudência, tendo em vista a assimetria fática e jurídica existente entre os diversos entes políticos da federação, em especial os Municípios, daí a opção constitucional pelo federalismo de cooperação.

Na hipótese em exame, o Município resolveu criar uma fundação para a prestação de serviços voltados ao ensino superior. Remarque-se que tal opção não lhe é constitucionalmente vedada, desde que esteja cumprindo, de maneira adequada, suas obrigações inerentes ao sistema de ensino fundamental, no qual, como visto, deve atuar prioritariamente.

Todavia, examina-se a pretensão de transferir a gestão das atividades mencionadas à União Federal, de modo a atuar, ao que tudo indica, de maneira mais especializada no ensino fundamental, consoante o sistema constitucional acima delineado.

Feitas tais considerações, e, como demonstrado acima, é a natureza da fundação - e, via de consequência, o regime jurídico de seu pessoal - que determinará o desfecho da questão. É dizer que a natureza do vínculo funcional instituído no âmbito da mencionada fundação é que determinará o deslinde da controvérsia.

Em se tratando de fundação de natureza autárquica, como visto, embora se tenha o nome jurídico de fundação, essencialmente, cuida-se de autarquia, com a incidência, portanto, como regra geral, do regime jurídico próprio dos seus servidores estatutários. Sendo o caso de fundação com personalidade jurídica de direito privado, o regime jurídico funcional de seus agentes é o celetista.

De qualquer sorte, a federalização pretendida supõe a existência de lei municipal disciplinando todos os seus aspectos, inclusive em relação ao quadro de pessoal da mencionada entidade, no caso de ocorrência da delegação pretendida.

Destarte, em se tratando de fundação de natureza autárquica, com regime estatutário, poderá se operar a extinção dos cargos ou declaração de suas respectivas desnecessidades (CR/88, art. 41, parágrafo 3º). Ainda, em havendo previsão na lei de federalização das atividades da entidade, é possível a cessão dos servidores municipais à União, durante o prazo da de-

legaçoão pretendida, com o respectivo ônus financeiro recaindo sobre a União.

Em sendo o regime jurídico do pessoal de cunho celetista, da mesma maneira, poderá ocorrer a extinção dos respectivos contratos de trabalho ou, em havendo previsão na lei de federalização das atividades da entidade, cessão dos empregados à União, durante o prazo da delegação pretendida, com o respectivo ônus financeiro recaindo sobre a União.

No que tange à duração da cessão de servidores, parece-me que a fixação do prazo é fundamental, pois é da sua essência a transitoriedade, já que não se pode conceber parcerias administrativas com prazo indeterminado, por força do princípio da legalidade e eficiência das atividades administrativas (CR/88, art. 37, *caput*). É o que se infere, aliás, da aplicação analógica do art. 57, parágrafo. 3º, da Lei nº 8.666/93.

Ademais, ainda que assim não fosse, a cessão dos servidores ou empregados, sem prazo certo, transmudaria-se em transferência definitiva dos agentes públicos, forma de provimento derivado que o E. STF já declarou inconstitucional, por violação ao princípio do concurso público³¹, o que não se pode admitir.

13 Parceria entre entidade da federação, universidade pública e “fundação de apoio”, ambas de outro ente federativo, para a prestação de serviços na área de educação

Cabe indagar acerca da possibilidade jurídica de parceria entre entidade da federação, universidade pública (autarquia) e “fundação de apoio”, ambas de outro ente federativo, para a prestação de serviços na área de educação. Cite-se, por exemplo, os serviços de elaboração de diagnóstico (verificação e identificação dos problemas) do índice de alfabetização e a apresentação de prognósticos (soluções possíveis para o problema) para a

31 Confira-se: (...) A transferência de servidores públicos para outros cargos, inclusive para aqueles situados na ambiência de outros Poderes do Estado, desde que não precedida de aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, importa em modalidade inconstitucional de provimento no serviço público, pois, em última análise, viabiliza a investidura do agente estatal em cargo diverso daquele para o qual foi originariamente admitido. (Adin nº 1329-7 – AL, Rel. Min. Celso de Mello. j., em 03.08.95).

erradicação do analfabetismo, nos limites territoriais do ente federado.

Tal quadro fático, embora real no Brasil, é efetivamente atentatório à dignidade da pessoa humana, já que o serviço público de educação, notadamente o ensino fundamental, como cediço, é componente incontroverso do núcleo mínimo existencial que informa o ser humano (CR/88, art. 1º, III).

Assim, cabe assentar que essa atividade, como regra, não parece se enquadrar no conceito jurídico de compra. Com efeito, não se trata de aquisição de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente (Lei nº 8.666/93, art. 6º, III). E assim me parece, seja pela natureza da atividade, seja pelo caráter de continuidade que informa a mesma, ou seja, ainda, porque o núcleo fundamental da prestação do sujeito passivo da relação obrigacional importa num fazer, cujo dar é mera consequência. Diferente na obrigação de dar, cujo núcleo essencial da prestação é entregar o bem da vida pretendido pelo credor³².

Logo, o que parece, é que o objeto em exame cuida de serviço técnico profissional especializado, ou seja, atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 6º, II), consubstanciada em planejamento educacional, correspondente à elaboração de diagnóstico (verificação e identificação dos problemas) do índice de alfabetização e à apresentação de prognósticos (soluções possíveis para o problema) para a erradicação do analfabetismo, nos limites territoriais do ente federado. Nesse contexto, não se pretende, na linha do magistério doutrinário aludido, qualquer transferência de domínio de um bem para a entidade federativa contratante, mas sim a execução de um serviço, cuja técnica e experiência pertencem à parceira do ente federativo.

32 Nesse sentido, Marçal Justen Filho: (...) A única solução reside em considerar que as compras se caracterizam quando existir obrigação de dar; haverá serviço quando a obrigação for de fazer. A diferenciação não é própria do direito administrativo, mas retrata concepções tradicionais do direito civil. Em termos vulgares, é claro que o “dar” é uma modalidade de “fazer”. Juridicamente, porém, as duas categorias não se confundem. Há obrigação de dar quando o devedor se obriga a transferir a posse ou o domínio de um bem. Já a obrigação de fazer envolve atividade de outra ordem, podendo traduzir-se ou não em atividade pessoal do devedor. Sob um certo ângulo, o conceito de obrigação de fazer encontra-se por exclusão relativamente ao de obrigação de dar. Todas as prestações positivas impostas a um sujeito, que não tenham por objeto a transferência do domínio ou da posse de um bem, caracterizam obrigação de fazer. Em JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 100.

Em geral, tais serviços técnicos especializados (Lei nº 8.666/93, art. 13, I) são geralmente prestados por universidades públicas – que, tradicionalmente, no Brasil, ostentam a natureza jurídica de autarquias – que se utilizam das chamadas “fundações de apoio”, como intermediadoras das parcerias nesse sentido.

A justificativa para a intermediação de parcerias dessa natureza se dá porque as denominadas “fundações de apoio”, por serem pessoas jurídicas de Direito Privado, não se submetem ao regime jurídico de Direito Público a que estão vinculadas as universidades públicas, tendo em vista a sua natureza autárquica, especialmente em relação aos controles desempenhados pela Administração Direta, muitas vezes comumente exorbitantes do legítimo controle finalístico ou de resultado (eficiência) de tais entidades.

Nesse sentido, confira-se o magistério doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello que, de longa data, já anunciava as vicissitudes dos controles excessivos da entidade política sobre a criatura autárquica:

(...) São pessoas, isto é, titulares em nome próprio de direitos e obrigações, poderes e deveres, prerrogativas e responsabilidades. Sendo personalidades de *direito público*, qualificam-se precisamente por serem sujeitos de interesses públicos estatais. Em razão de sua personalidade, os negócios que a lei lhe confiou ao criá-la e definir-lhe os fins, bem como os interesses que prosseguirá, para bem atender ao comando legal, são seus, *são próprios*, no mais pleno sentido da palavra. Do mesmo modo, todos os poderes em que tem sido investida pela lei, assim como os órgãos que constituam, os bens que possua ou venha a adquirir e reversamente os deveres, responsabilidades ou obrigações que contraia são diretamente pertinentes a ela. Eis, pois, que a autarquia tem administração própria, órgãos próprios, patrimônio próprio, recursos próprios, negócios e interesses próprios, direitos, poderes, obrigações, deveres e responsabilidades próprios. Tudo o que, em razão de sua criação, for integrado no âmbito de sua capacidade jurídica, pertence-lhe, assiste-lhe, de tal modo que, em defesa de suas atribuições e direitos, pode opor-se à própria Administração Central, quando esta, injuri-

dicamente, pretenda desconhecer prerrogativas da autarquia, conferidas pela lei, seja invadindo sua esfera de competências, seja excedendo-se nos atos de controle legalmente instituídos, seja sonogando-lhe quaisquer de seus direitos. Isto seria não só um corolário natural da personalidade jurídica da autarquia, mas, o que é ainda mais importante, do próprio Estado de Direito, no qual também o Poder Público submetesse à ordem jurídica que instituiu³³.

Todavia, tal quadro fático, presente na realidade administrativa brasileira, não justifica a utilização de uma “fundação de apoio”, pessoa jurídica de Direito Privado, regida por normas de Direito Privado (CCB/2002, arts. 62 a 69), para viabilizar uma verdadeira “fuga do regime de Direito Público” na formatação da parceria público-pública. Idealizar esse formato jurídico significa admitir que uma ilegalidade (excesso de controles e vulneração da autonomia autárquica) possa justificar outra, qual seja, a afronta ao regime jurídico predominante de Direito Público nas parcerias firmadas pelo Estado, consoante se infere do art. 37, *caput* da CR/88 e das normas infraconstitucionais pertinentes, em especial a Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública.

Essa advertência encontra respaldo na doutrina que se preocupou com o uso indevido das chamadas “fundações de apoio”, consoante se infere do magistério de Marcos Juruena Villela Souto. Confira-se:

(...) Com tais características, embora com aparente qualidade de entidades de direito privado, disciplinadas pelo Código Civil, tais fundações pareciam ter o objetivo de suprir as necessidades de abastecimento e demais bens e serviços que, se contratados diretamente pela Administração, se submeteriam ao regime jurídico de direito público previsto na Lei de Licitações. (...) Assim, embora tais entidades não estejam sujeitas à obrigatoriedade de precederem licitação os seus contratos de compras (e outros), se eles se destinarem ao abastecimento de entidades da Administração Pública, com

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 61 - 62.

emprego de recursos oriundos dos cofres destas entidades, poder-se-á interpretar que houve uma simulação com o objetivo de fraude ao regime de direito público, reputando-se, pois, nulo o contrato; há, ainda, o risco de ser considerado crime.³⁴

Logo, não sendo o caso de prestação dos serviços aludidos diretamente pelas chamadas “fundações de apoio”, em razão do desenvolvimento de seu específico objeto de atuação, não se apresenta constitucional, legal e legítima a intermediação na hipótese em tela, sob pena de violação ao regime jurídico de Direito Público que informa as parcerias administrativas do Estado, na forma do art. 37, *caput*, da CR/88. Por conseguinte, devem os serviços pretendidos serem prestados diretamente pela universidade pública ao ente federativo, que, para tanto, deverá celebrar parceria disciplinando a execução dos serviços, sendo a hipótese, como regra, de convênio de cooperação (Lei nº 8.666/93, art. 116).

Nada obstante, caso os serviços pretendidos, ainda que desenvolvidos por universidade pública, também sejam passíveis de competição no mercado, posto que prestados por entidades privadas – com fins lucrativos ou não – haverá, como regra, o dever de realizar licitação (CR/88, art. 37, XXI c/c Lei nº 8.666/93).

No caso da realização de procedimento licitatório, ou mesmo na hipótese de parceria mediante convênio, no que aplicável, será indispensável, dentre outros elementos, em primeiro lugar, a justificativa pormenorizada, por parte da entidade licitante ou conveniente, indicando as razões pelas quais os serviços pretendidos não podem ser prestados diretamente pela própria entidade federativa, por força dos princípios constitucionais da razoabilidade, eficiência, economicidade e motivação dos atos e procedimentos administrativos estatais (CR/88, arts. 5º, LIV, 37, *caput*, 70, *caput* e 93, X).

A diligência se legitima na medida em que, salvo melhor juízo, as atividades pertinentes à avaliação de desempenho dos

34 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 278 - 279.

alunos da rede pública de ensino, com os seus desdobramentos atinentes, inserem-se dentre aquelas atividades próprias e rotineiras da Administração Pública, no âmbito da prestação direta dos serviços públicos de educação, não se justificando, ao que tudo indica, a contratação almejada nessa hipótese. Daí, pois, a necessidade de motivação adequada.

Em segundo lugar, como a prestação de serviços dessa natureza envolve, também, como regra, implicações na área de tecnologia da informação, é recomendável a prévia manifestação do órgão ou entidade responsável pela tecnologia da informação no âmbito da entidade federativa licitante ou conveniente, manifestando-se sobre a pretensão da respectiva entidade, indicando, em especial, a descrição adequada do sistema de informação para o atendimento da necessidade da entidade, os eventuais requisitos de capacitação técnica a serem exigidos no edital, a possibilidade de prestação dos serviços pretendidos pela entidade federativa, pelo seu próprio órgão ou entidade tecnologia da informação, além de outros requisitos de natureza técnica cujo conteúdo seja recomendável a inserção no edital da licitação.

Em terceiro lugar, a licitação não deve ser deflagrada sem a existência de projeto básico ou termo de referência adequado, com o orçamento detalhado em planilhas que reflitam a composição de todos os custos unitários, nos termos do art. 7º, parágrafo 2º, II da Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, o não-atendimento dessa específica diligência pela entidade federativa viola o princípio do planejamento, que impõe a existência de projeto básico ou termo de referência adequado, com o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, nos termos da norma aludida.

Não cabe, pois, na definição dos serviços pretendidos, a previsão de custos genéricos e globais, sem que se possa mensurar as quantidades e os custos específicos unitários que informam a contratação que se pretende levar a efeito, sem qualquer definição objetiva das unidades e quantidades para os itens orçados. É dizer que deve a entidade federativa licitante ou conveniente efetuar o dimensionamento objetivo e específico dos custos e quantitativos unitários envolvidos.

Significa dizer: não pode a autoridade administrativa, na condução do procedimento licitatório, deixar de observar as normas pertinentes ao planejamento da licitação, que se expressam por meio de um projeto básico ou termo de referência adequado. No tema, já tive oportunidade de dizer em trabalho específico sobre o regime jurídico do projeto básico que

(...) A necessidade de um projeto básico para a realização de obras e serviços da Administração Pública é aspecto específico de um contexto muito maior, ou seja, a indispensabilidade do prudente, eficiente e razoável planejamento das atividades administrativas estatais. Sendo a licitação procedimento formal e estando a sua dinâmica procedimental detalhadamente fixada na Lei de Licitações, não pode a autoridade administrativa, por ocasião da elaboração do Edital, deixar de observar ou se afastar das prescrições legais, principalmente pelo caráter predominantemente de ordem pública de tais normas, sob pena de nulidade do processo licitatório. De outro lado, a necessidade de conformação do Edital à Lei de Licitações, pelo administrador público, gera para o particular interessado em participar da licitação o direito de exigir a estrita adequação do Edital aos preceitos legais, consoante se infere do art. 4º do Estatuto Licitatório. Não significa dizer que a licitação, enquanto procedimento, seja um fim em si mesma, pois seu objetivo fundamental é selecionar a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que atenda a todas as necessidades da Administração Pública (CR/88, art.37, XXI). E para o atendimento das necessidades da Administração Pública, o licitante deve saber, exatamente, o que o Poder Público pretende contratar, o que só é possível, frise-se, com a clara, objetiva, precisa e incontroversa definição do objeto da licitação. Nesse sentido, apresenta-se fundamental a adequada descrição do objeto licitatório no Edital da licitação, de modo que o licitante, ao analisá-lo, possa, de plano, saber, exatamente, qual é a necessidade do Poder Público e verificar a sua possibilidade de atendimento, a partir do preenchimento dos requisitos fixados no Edital, apreciar a viabilidade econômica e jurídica da contratação, estimar os custos envolvidos, além de outros aspectos, daí a nuclear preocupação da Lei de Licitações com a adequada e clara descrição do objeto licitatório, conforme se infere nitidamente dos arts. 6º, IX, art.

14, 40, I e § 2º, 47, 55, I, entre outros. Tal se justifica porque a deficiência na descrição do objeto da licitação enseja a formulação de proposta deficiente pelo licitante, eis que não revestida do conhecimento preciso da pretensão do Poder Público. Conseqüentemente, gera uma contratação e execução contratual deficiente e de insucesso, em última análise, frustrando-se o interesse público que fundamentou a própria licitação. O que foi exposto se aplica a qualquer licitação, independentemente do seu objeto. Com maior razão, portanto, quando se tratar de obras e serviços de alta complexidade técnica e vulto econômico. Daí ser o projeto básico o instrumento legalmente fixado para a adequada caracterização de obras e serviços de maior complexidade, funcionando como verdadeira bússola, quer para Administração Pública – que deverá pautar seu julgamento objetivo das propostas a partir das exigências do projeto básico – seja para o licitante, que poderá nortear seguramente sua proposta com fundamento em descrição precisa, clara e detalhada do objeto da licitação, bem como se insurgir contra qualquer subjetivismo ou arbítrio na apreciação das propostas por parte da entidade licitante. Na abalizada doutrina de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR³⁵, *verbis*: “(...) Neste mister, aos órgãos administrativos é imposto o uso de instrumentos técnicos que, ordenados segundo determinada cronologia, terão a função de assegurar padrão mínimo de nitidez e certeza na definição e na especificação do objeto. Padrão este essencial à observância dos princípios regentes da licitação, sobretudo os da igualdade, da moralidade e do julgamento objetivo. Sem o projeto básico da obra ou do serviço, o ato convocatório da licitação será deficiente para lastrear a formulação de propostas pelos licitantes, porquanto precário na caracterização completa e exata do que pretende a Administração, cedendo espaços à dubiedade e à subjetividade.” Por tais motivos é que o projeto básico se apresenta como requisito indispensável à validade do procedimento licitatório, e a sua ausência ou deficiência gera a nulidade da licitação e da ulterior contratação, bem como a responsabilidade pessoal de quem tiver lhe dado causa, conforme preceitua o disposto no art. 7º, §§ 2º

35 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 74.

e 6º da Lei de Licitações. Portanto, o êxito na realização da obra ou prestação do serviço depende, indissociavelmente, da precisa descrição de seu objeto, o que só se realiza com a apresentação pela Administração Pública de um projeto básico adequado. (...) Todavia, a descrição pormenorizada da Lei de Licitações acerca do *iter* para a concretização do projeto básico, a par de sua multidisciplinariedade, eis que constituído de elementos financeiros, técnicos, ambientais e jurídicos, revela a específica função do Direito de nortear o seu aspecto formal e disciplinar os seus efeitos fatuais, na hipótese de vício ou inexistência do planejamento licitatório, o que sobreleva a importância de seu estudo sob o ponto de vista jurídico³⁶.

Frise-se, por oportuno, que as considerações aludidas não dizem respeito ao controle propriamente dito dos preços a serem contratados pela entidade federativa, o que extrapolaria o âmbito de controle jurídico, mas sim em relação à observância dos critérios fixados pelo ordenamento jurídico licitatório para a definição dos preços e, por conseguinte, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (CR/88, art. 37, XXI). Essas balizas, como cediço, constituem típico controle de legalidade (CR/88, arts. 37, *caput* e 132 c/c Lei nº 8.666/93, art. 7º, parágrafo 2º, II).

Remarque-se, também, que a afirmação genérica de início do ano letivo, salvo melhor juízo, não justifica a urgência na contratação, na medida em que os serviços pretendidos dizem respeito ao acompanhamento e avaliação dos serviços públicos de educação prestados pela entidade federativa. Assim, nada impede – e o bom senso, fundado no princípio constitucional da razoabilidade (CR/88, art. 5º, LIV), até recomenda – que essas avaliações sejam ou possam ser feitas no decorrer do ano letivo.

A alegação de urgência, nesses casos, para evitar o controle de legalidade e economicidade prévios, de maneira refletida e ponderada, no tempo adequado, traduz-se em caso de “emergência provocada”, que compromete o exame de juridicidade próprio

36 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos da administração pública: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49 - 60.

do órgão jurídico, segundo a ordem de recebimento dos autos dos processos administrativos, o que deve ser vedado, posto que nefasto ao interesse público. Sobre o tema, já tive a oportunidade de dizer, em trabalho específico sobre o papel da consultoria jurídica nas licitações e contratações administrativas, que:

(...) a Advocacia Pública, tem por missão constitucional pre-cípua, a representação judicial, a consultoria e o assessoramento jurídico dos entes políticos da federação (CR/88, arts. 131 e 132). Da mesma maneira, foi visto que a Constituição da República consagra, como direito fundamental do cidadão, o devido processo legal administrativo, que deve ter duração razoável (CR/88, art. 5º, LIV c/c LXXVIII). Tais normas têm por finalidade fazer com que os atos estatais, em geral, e os processos administrativos licitatórios, em particular, estejam plenamente conformes aos ditames previstos em lei, em atendimento aos princípios constitucionais regentes das atividades administrativas estatais. O princípio constitucional da celeridade processual administrativa está intimamente relacionado à atividade consultiva atribuída ao Advogado Público. Com efeito, no âmbito das atividades consultivas, em boa parte desenvolvidas no bojo do processo administrativo licitatório, é que o princípio em foco terá grandes possibilidades de efetivação prática, com a conformação dos atos decisórios estatais à legalidade, à legitimidade e à justiça. Isto porque a lei, especialmente em matéria de licitações, é o ponto de partida e chegada do administrador, daí o detalhamento na descrição dos comportamentos a serem seguidos pelo Estado, concretizando o verdadeiro devido processo legal em sede administrativa³⁷. Nesta ordem de idéias, pode-se dizer que o ponto fundamental de exame jurídico do Advogado Público se centra no edital regente do certame. Destarte, autorizada a despesa e elaborado o edital, que, geralmente, segue um padrão previamente definido pelos órgãos técnicos da entidade licitante, submete-se a sua análise ao órgão jurídico da entidade. Isto porque, sendo o edital um ato administrativo que retrata os anseios da Administração Pública numa contratação eficiente e economicamente vantajosa

37 Nesse sentido, confirmam-se: SOUTO, Marcos Juruena Villela. In: _____. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 16.

(em última análise, um interesse da sociedade), deve, também, estar em conformidade com a Lei de Licitações, que estabelece limitações à discricionariedade do administrador público no formato processual da licitação e da contratação. Daí a lei estabelecer – como também visto anteriormente – que as minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devam ser previamente examinadas e aprovadas pela consultoria jurídica da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 38, § único). Neste sentido, sendo a licitação um procedimento formal, o não cumprimento da referida exigência pode ensejar a nulidade da licitação e da posterior contratação. Por tal motivo, a submissão ao órgão jurídico da minuta do edital e do contrato, depois de dada a publicidade do edital aos licitantes, pode trazer como conseqüência a nulidade do procedimento licitatório a partir da publicação, devendo-se, pois, submeter o edital ao órgão jurídico e remarcar a licitação, em contraveniência ao princípio da celeridade processual administrativa em estudo. *Todavia, vale alertar que, em sede do exame jurídico a cargo do Advogado Público, o princípio da celeridade processual administrativa não significa pronunciamento jurídico conclusivo e exauriente a qualquer tempo e a qualquer custo.* Significa dizer, a manifestação em tempo incompatível – como, por exemplo, um dia ou horas – sem a adequada instrução processual, muito comum em diversas entidades federativas, efetivamente prejudica a mínima e necessária reflexão jurídica e prospectiva exigida do Advogado Público, cujo pronunciamento subsidiará a decisão final do administrador público. Conseqüentemente, pode ensejar – e normalmente ensejará – um efeito prático contrário ao objetivo fundamental do princípio da celeridade processual administrativa, que é a decisão estatal – cuja atribuição incumbe aos administradores públicos – apressada e divergente dos interesses públicos envolvidos. A problemática foi bem colocada pela então Procuradora Geral do Estado do Espírito Santo, Dr^a. CRISTIANE MENDONÇA³⁸, ao averbar que: (...) A advocacia pública é mar aberto para aqueles que gostam de nadar na dúvida. A cada momento de sua atuação, o advogado estatal

38 Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Vitória: PGE/ES, 2005. v. 4.

depara com um sem-número de problemas jurídicos distintos e inusitados de alta complexidade, que precisam ser resolvidos – normalmente em curto espaço de tempo – em prol da coletividade e do interesse comum. Muitas vezes não há sequer o tempo necessário para que a empreitada reflexiva conclua o seu ciclo. A sociedade – última destinatária dos serviços executados pelo aparelho estatal – espera uma solução! É dizer, não interessa ao licitante e ao administrado a decisão rápida – aparente e formalmente tempestiva – se o seu conteúdo é impreciso, ambíguo, contraditório ou imotivado. Isto porque, o tempo da decisão, aparentemente maximizado em sede de processo administrativo, não escapará da compensação temporal no âmbito do processo judicial, retirando-se a eficácia do princípio celeridade processual administrativa, o que é de todo indesejado. Daí porque devem ser rechaçadas, na medida do possível, as urgências administrativas provocadas, mais voltadas ao atendimento de interesses pessoais dos requerentes – e, portanto, ilegais e ilegítimas – do que propriamente ao atendimento de qualquer situação emergencial dotada de relevante interesse público. No ponto, nem mesmo se leva em consideração as ‘urgências administrativas’ que decorrem das ‘ineficiências administrativas’ no desempenho da própria atividade administrativa pelo Estado o que, infelizmente, ainda é realidade assente em muitas unidades da federação brasileira. É o caso, por exemplo, da falta de controle dos prazos de término dos contratos da Administração Pública, demandando uma análise jurídica de aditamentos contratuais que, muitas vezes, só se apresentam vantajosos ao Erário formalmente, vicissitudes que devem ser extirpadas da rotina de algumas Administrações Públicas no Brasil. *Uma das soluções que se alvitra, sem a pretensão de esgotamento do tema, é que haja, assim como ocorre no âmbito do Poder Judiciário, um prévio juízo caracterizador da situação emergencial por parte do Advogado Público incumbido de certo exame jurídico no procedimento de licitação e da contratação administrativa. Assim, o caso concreto revelaria, a partir da adequada motivação por parte do administrador público, um quadro de emergência manifesta – periculum in mora administrativo – a justificar a mais rápida atuação consultiva própria dos Advogados Públicos. Noutro reverso, não configurada a urgência jurídica ale-*

gada pela autoridade administrativa competente, a partir de manifestação fundamentada do Advogado Público vinculado ao processo, o princípio da celeridade processual administrativa se efetivaria nos mesmos termos dos demais processos que envolvam as demais pretensões administrativas, afastando-se a emergência que, quando inexistente, compromete verdadeiramente a efetividade do princípio em exame. Frise-se que não se pretende sustentar que o Advogado Público, no exercício do seu *munus* constitucional, se substitua ao administrador público na decisão política, eis que a sua atuação é técnica, portanto, despolitizada. A urgência a ser examinada será de ordem jurídica - iminência de consumação de prescrição ou decadência administrativa, por exemplo - que se inclui, por evidente, no seu rol de atribuições funcionais. *A sugestão alvitrada, ao que parece, nem mesmo necessita de expressa e específica previsão legal neste sentido, pois que decorre da natureza constitucional das próprias funções do Advogado Público, na medida em que atua no controle geral da legalidade e legitimidade dos procedimentos de contratação administrativa, encontrando respaldo, ainda, na própria Lei Geral de Licitações³⁹ e constituindo lugar comum nas diversificadas Leis Orgânicas estruturadoras da carreira.* Como averba DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: (...) Destarte, o Advogado ou Procurador do Estado, também neste caso, tanto quanto qualquer outro servidor público, não se pode esquivar, sob pretexto algum, de se opor a toda ordem que, por ciência e consciência próprias, tenha como atentatória à lei e ao Direito, ainda porque, este espaço *inviolável* se lhe estaria, desde logo, garantido, acima de qualquer outro motivo, pelo *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da Constituição). Como *quarta regra, a fortiori* e, sobretudo, por se tratar de um dever constitucionalmente decorrente, o Advogado investido em *Procuratura constitucional especificamente destinada ao controle da juridicidade do segmento da Administração junto à qual atua*, tem o dever ético e funcional de se opor a todo ato da autoridade administrativa, seja de que nível provier, que lhe pareça, em ciência e consciência, atentatório à lei e

39 Lei nº 8.666/93, art. 38, parágrafo único.

ao Direito, ainda porque, enquanto no exercício da advocacia, inexistente qualquer hierarquia entre advogados, juizes, parlamentares ou administradores públicos, isso porque, se assim não fosse, *não teriam independência para exercer sua função constitucionalmente essencial*.⁴⁰ É dizer, se o Advogado Público, no legítimo exercício das suas funções, se manifesta juridicamente sobre o mais, que é a legalidade e legitimidade do procedimento licitatório em si, pode realizar ao menos, neste particular, o juízo de urgência jurídica do exame pretendido, de modo a resguardar o princípio jurídico da celeridade processual administrativa aludido, estando a dita atuação preliminar em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio. É nesse campo propício que o princípio constitucional da celeridade processual administrativa tende a ganhar concretude e efetividade, sendo, neste aspecto, como ressaltado, fundamental o resguardo do papel do Advogado Público enquanto guardião da legalidade, legitimidade, justiça e tempestividade dos atos e decisões administrativas estatais praticadas nos certames licitatórios⁴¹.

A desconsideração dessas premissas comprometerá o procedimento licitatório, a contratação ou o respectivo convênio para a execução do objeto em exame, ensejando a manifesta invalidade jurídica do mesmo.

14 Conclusões

O equacionamento das principais questões jurídicas envolvendo a aplicabilidade prática das fundações instituídas pela Administração Pública passa, como regra geral, como se pretendeu demonstrar, pela definição dos seus regimes jurídicos, que podem ser predominantemente públicos ou privados.

E, assim, o enfrentamento dos temas envolvendo a criação e a definição do regime jurídico das fundações pressupõe a adequada aplicação do instituto, à luz dos princípios jurídicos regen-

40 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada. In: _____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 215.

41 Ver nosso SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Manual de técnica de parecer jurídico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 39 - 42.

tes das atividades administrativas do Estado e das normas de Direito Privado que informam as entidades fundacionais.

É certo que essas pessoas jurídicas não poderão ser utilizadas como instrumento de fuga do regime jurídico de Direito Público que informa e tutela as atividades administrativas estatais.

Nada obstante, essas e outras tantas questões pertinentes às fundações instituídas pelo Poder Público ainda se encontram abertas, demandando grandes esforços na orientação dos diversos entes públicos pela opção e formato dessas pessoas jurídicas, de grande importância social e jurídica, sempre com vistas à promoção da dignidade da pessoa humana, valor e objetivo fundamentais que devem orientar os rumos da Administração Pública brasileira.

15 Referências

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-4/RS. Rel. Ministra Carmem Lúcia. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADin nº 2135-4, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 24.427, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30.08.06, *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 nov. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 215.741, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30.03.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin nº 1329-7 – AL, Rel. Min. Celso de Mello. j., em 03.08.95.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 15.647-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.03.2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão/TCU-1ª Câmara nº 817/2005, Rel. Ministro Valmir Campelo.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão/TCU-Plenário nº 668/2005, relatada pelo Excelentíssimo Senhor Auditor Augusto Sherman Cavalcanti

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Da posição, na administração indireta, da fundação de direito irivado instituída pelo Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 121, p.58 - 81, jul./set. 1975.

_____. *As fundações de direito privado instituídas pelo Estado*. Rio de Janeiro: Rio, 1973.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia de Estado revisitada. In: _____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 215.

_____. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *O homem e a política*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUSA, Diana Brandão Maia Mendes de et al. Aspectos relevantes e atuais do sistema de registro de preços. In: GIMENES, Emerson Ademar; COELHO, Luana Xavier Pinto; MONTEIRO, Vitor Trigo (Orgs.). *Licitações e contratos: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Governet, 2008.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Manual de técnica de parecer jurídico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: _____. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3.

1.9

O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA

LEANDRO MELLO FERREIRA*

SUMÁRIO: 1 Delimitação do objeto principal. 2 As formas de prestação dos serviços públicos de saúde na Constituição da República de 1988. 3 Direitos fundamentais: fundamento da interpretação constitucional e, por conseguinte, da atuação da Administração Pública. 4 Legislação regulamentadora do SUS e as formas de prestação dos serviços de saúde. 5 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca das novas formas de prestação dos serviços de saúde: julgamento da Medida Cautelar na ADI n° 1.923-5/DF. 6 Eficiência administrativa e experiência. 7 A contribuição decisiva do Colendo Tribunal de Contas da União no desenvolvimento das novas formas de prestação dos serviços de saúde. 8 Conclusões. 9 Referências.

1 Delimitação do objeto principal

A análise jurídica que será desenvolvida neste estudo tem por escopo principal verificar em que termos a participação da iniciativa privada nos serviços de saúde é aceita pelo ordenamento jurídico. Não competindo ao autor, nessa seara, apontar se deve adotar essa ou aquela política pública, mas estabelecer com qual amplitude aquela alternativa juridicamente se abre à administração pública.

Trata-se, portanto, de pesquisa científica que, por isso mesmo, não desprezará, antes buscará incluir os aspectos fáticos e axiológicos que influem na construção do direito.

* Procurador do Estado do Espírito Santo, PGE/Procuradoria de Consultoria Administrativa (PCA). Especialista em Processo e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

2 As formas¹ de prestação dos serviços públicos de saúde na Constituição da República de 1988

Introdutoriamente, tudo recomenda examinar o texto constitucional para se verificar as determinações máximas que regem a prestação dos serviços públicos em geral.

Em verdade, não são muitas as indicações constitucionais sobre a forma de prestação dos serviços aos administrados², destacando-se o seguinte dispositivo (art. 175):

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Vê-se que o dispositivo estabelece expressamente e sem condicionantes específicas a possibilidade de o Poder Público contratar com terceiros a execução dos serviços públicos. Mesmo que se considere a interpretação restritiva, cristalizada na regulamentação dada pela Lei Federal nº 8.987/95, de que esses serviços seriam aqueles prestados aos usuários mediante tarifa³,

1 Adota-se aqui o termo “forma” em sentido análogo ao empregado no art. 10, da Lei Federal nº 8.666/93, sendo a execução direta aquela efetuada por servidores integrantes do quadro da administração pública e execução indireta a que terceiros, em especial da iniciativa privada, são contratados pelo poder público para execução da obra, bem ou serviço.

2 Comparativamente, a Constituição da República se ateu com muito maior atenção ao estabelecimento dos direitos a serem assegurados aos cidadãos – o que, como logo se verá, é inteiramente coerente com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º).

3 Contribuição marcante para uma clara visualização das distinções entre os regimes jurídicos das “terceirizações” e das “concessões”, com amplo painel doutrinário e, ainda, atenção especial com os critérios para implementação das primeiras, encontra-se em estudo do Eminentíssimo administrativista e destacado Procurador do Estado do Espírito Santo Horácio Augusto Mendes de Sousa: cf. O Contrato de prestação de serviços públicos: análise da possibilidade de adoção e distinção para a concessão In: _____. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 133 - 177.

não se pode desconsiderar em absoluto o norte que aponta – possibilidade da administração pública contratar terceiros, iniciativa privada inclusa obviamente, para a execução de serviços públicos.

Merece referência, nesse passo, a determinação do art. 37, II, de que a investidura em cargos e empregos públicos dependerá de aprovação em concurso público. Não se pode, parece claro, extrair daí a necessidade de os serviços públicos serem prestados, seja exclusivamente ou preferencialmente, por ocupantes de cargos públicos⁴. Basta lembrar que, no mesmo artigo, há a previsão de serviços serem contratados pela Administração Pública, por meio de licitação (inciso XXI).

Vê-se, com esse singelo exemplo, que isolar os dispositivos constitucionais impossibilita qualquer interpretação segura e que se preste a direcionar a atuação administrativa.

Continuemos a análise, pois, cuidadosamente.

Adentrando agora no regime constitucional dos serviços de saúde, importa anotar desde logo que esses possuem espectro muito mais amplo do que a assistência aos enfermos. Exemplo significativo da extensão do conceito de serviços de saúde são as atribuições dadas ao Sistema Único de Saúde (art. 200).

O dever do Estado de assegurar acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (art. 196) será cumprido por meio de sua regulamentação, fiscalização e controle, “devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física e jurídica de direito privado” (art. 197).

Está claro aqui que a participação das entidades privadas nos serviços públicos de saúde poderá ocorrer apenas na sua

4 O fato de a Constituição da República e a legislação infraconstitucional preverem a implantação de políticas que valorizem e qualifiquem os servidores públicos é sinal evidente do reconhecimento da importância dos recursos humanos na prestação dos serviços públicos. Trata-se de corolário lógico do princípio da eficiência. Se os serviços forem executados diretamente pelo Estado, com seus próprios servidores, necessariamente esses deverão estar submetidos a regime que pretenda assegurar sua qualificação e eficiência. Mas tudo isso não indica a preferência constitucional generalizada pela forma direta de execução dos serviços públicos, tendo em vista que também a execução indireta pressupõe servir à concretização do referido princípio.

execução, não nas atividades típicas de Estado de regulamentação, fiscalização e controle⁵.

Também não oferece maiores dúvidas que a expressão “e, também”, não deve ser levada a extremos, pois caso contrário se poderia concluir que *necessariamente* a execução dos serviços de saúde teria de ser feita pelas duas formas (direta e indireta). Ou seja, não se pode atribuir ao “também” o sentido de “junto, juntamente”⁶.

Então, essa expressão tem de denotar uma equiparação axiológica, isto é, estabelece a ausência de preferência entre essas opções de forma de execução, a serem combinadas segundo as circunstâncias fáticas que indiquem a melhor realização dos direitos fundamentais da população. Ou seja, o significado do advérbio examinado equivaleria a “igualmente”.

Ignorar esse sentido na redação do dispositivo corresponderia afirmar a inutilidade do termo ali empregado, o que, por sua vez, não poderia levar à conclusão contrária de que há preferência de uma forma de execução sobre a outra.

Em suma: ou no art. 197 há uma equiparação expressa ou nada se pode afirmar sobre uma preferência na forma de execução dos serviços de saúde.

Sendo a assistência à saúde livre à iniciativa privada (art. 199 e art. 5º, XIII), poderão “instituições privadas participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (§ 1º do art. 199).

5 A abrangência do conceito de execução será determinada por exclusão, restringindo-se a não invadir a seara da regulamentação, fiscalização e do controle. Nesse passo, insurge oportuno consignar nossa divergência para com a posição doutrinária da Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que pretende equiparar o conceito de “gestão” de serviços de saúde com aquelas atividades privativas do Estado (cf. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 123). A nosso ver, carece de fundamentação semântica, sistemática e teleológica o salto interpretativo perpetrado. Com apoio nas considerações que se seguirão no texto, não há qualquer dificuldade para se conceber a juridicidade de um hospital público gerido pela iniciativa privada e que tenha sua regulamentação (estabelecimento de normas genéricas), seu controle (poder de direcionar a atividade administrativa à satisfação do interesse público) e fiscalização (cobrança dos resultados e da moralidade) conservados aos agentes públicos representantes do Estado.

6 Esses são os sentidos indicados para “também” pelo BORBA, Francisco S. (Org.). *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 1334: 1) igualmente; 2) além disso, outrossim; 3) na verdade, além do mais; 4) aliás; 5) junto, juntamente; 6) “mesmo que isso não aconteça”; 7) pudera. Não resta dúvida de que apenas os significados 1 e 5 poderiam se adequar com a sentença em que se encontra o termo.

A interpretação conjunta da primeira parte desse § 1º com o artigo 197, antes comentado, esclarece sobremaneira a participação “complementar” das instituições privadas nos serviços de saúde, pois, como visto, é apenas na execução dos serviços de saúde que se poderá dar a participação.

O caráter complementar decorreria, portanto, em primeiro lugar, da voluntariedade da participação das entidades privadas – pois não podem ser obrigadas a participar – e, num segundo momento, da limitação da área de atuação que lhes está permitida.

Além disso, o sistema público de saúde não poderia ser organizado pressupondo a participação de entidades privadas em sua execução, porque pode ocorrer, de em determinada época e lugar, não haver entidades interessadas, o que comprometeria a efetiva implantação dos serviços públicos.

No entanto, não raras vezes se pretende dar ao termo “complementar” o significado de “excepcional e temporariamente”, “em último caso”, isto é, como se nele estivesse a intenção de dar prioridade à prestação e execução dos serviços de saúde diretamente pelo Estado⁷.

Contudo, data vênia, essa interpretação não possui respaldo no sistema de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República, como ainda se explicitará mais detalhadamente, assim como encontra óbices em uma análise exegética, poderíamos dizer, convencional do dispositivo.

Isso porque se observa, em sua segunda parte, a indicação expressa de uma preferência na contratação *latu sensu* de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos em detrimento das de caráter empresarial, com fins lucrativos.

Ora, quando a Constituição quis indicar uma preferência, ela expressamente o fez. Defender a existência de outra preferência subentendida, e ainda no mesmo dispositivo em que há uma expressa, afronta, sem fundamentos que a legitime, regra clássica

7 Nas razões da Petição Inicial da ADI nº 1.923-5/DF, cujo julgamento da medida cautelar será mais a frente objeto de nossa análise, verifica-se que se pretendeu interpretar o conceito de “complementar” previsto na Constituição à luz do sentido estabelecido no art. 24, da Lei Federal nº 8.080/90, o qual também avaliaremos detidamente no momento oportuno, o que caracteriza uma inversão completa da hermenêutica constitucional, merecendo desde logo integral repúdio.

de interpretação, segundo a qual onde o legislador (constituente) não impôs restrição não cabe ao intérprete restringir.

Por outro lado, ainda que se aceitasse uma indicação de preferência em favor da execução direta na expressão “de forma complementar”, não se poderia automaticamente aceitar ser esse o sentido de todo o regime jurídico do sistema de saúde, pois, para isso, seria necessário fundamentar, primeiro, por que sua literalidade prevaleceria perante a do outro dispositivo, e, ainda, como resistiria a uma interpretação conjunta mais ampla.

De fato, em nenhum outro artigo da Seção II, do Título VIII da Constituição, está presente o termo “complementar”, ou equivalente, ausente inclusive e especialmente do art. 197, como visto, que é o que estabelece expressamente as formas possíveis de execução das ações e serviços de saúde.

Assim, por tudo já visto, parece-nos insustentável o argumento de uma preferência implícita entre as formas direta e indireta de execução dos serviços de saúde.

O mais seguro, realmente, é trabalhar com uma paridade axiológica, ou, mais simplesmente, uma indiferença, fundada numa interpretação sistemática coerente e que convive harmonicamente com a literalidade de cada dispositivo envolvido.

Maieuticamente, podemos resumir assim a questão: as instituições privadas poderão participar do SUS? Sim. Quando? Quando se mostrarem mais eficientes. Eficientes para quê? Para concretizarem os objetivos da República.

A esta altura, a inserção do tema na perspectiva da realização dos direitos fundamentais como objetivo legitimador de toda atividade administrativa se impõe.

3 Direitos fundamentais: fundamento da interpretação constitucional e, por conseguinte, da atuação da administração pública

Ninguém desconhece que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir do texto da Constituição, de modo que esta influa e conforme com a norma jurídica infraconstitucional a ser captada/construída pelo intérprete. Igualmente, nenhuma

interpretação seria legítima se considerasse uma norma constitucional isoladamente.

Tudo isso, mesmo o positivismo jurídico mais extremado aceitaria, pois o próprio Hans Kelsen propôs em linhas gerais essa ordenação⁸.

Contudo, mais recentemente juristas pátrios e estrangeiros consagrados superaram as limitações desse modo interpretativo, que contribuía para um olhar estático e nivelado das normas constitucionais.

Estático porque propugnava a indiferença da Ciência do Direito para com a justiça e a dignidade humana, interessando-lhe primordialmente as relações normativas abstratas. Por sua vez, nivelado por não reconhecer a devida prioridade dos direitos fundamentais sobre as demais normas constitucionais e legais.

Inoportuna a descrição da evolução do pensamento jurídico, pois o que importa, aqui, é descrever como se apresenta hodiernamente o reconhecimento do axioma da dignidade da pessoa humana como alicerce dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico, inclusive da própria República.

O jusfilósofo Miguel Reale⁹, com autoridade ímpar, estabelece as seguintes conclusões:

“É que esse postulado da razão prático-jurídica legitima-se com base na necessidade da sobrevivência das comunidades interna e internacional, o que implica a existência de uma ordem jurídica isenta afinal de contradições. A bem ver, a preservação das comunidades não é senão consequência daquele que podemos considerar o modelo ético-jurídico supremo, que é o *valor incondicionado da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores*. [...]

8 “A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma de escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma de escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar”. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 388.

9 Fontes e modelos do direito. In: _____. *Teoria tridimensional do direito: teoria da justiça, fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2003. p. 308 - 310.

[...] Em geral, tais enunciados hermenêuticos ligam-se, directa ou indirectamente, à existência de determinados valores, como o da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, e, já agora, o do respeito aos bens da natureza (valor ecológico), valores esses que podemos considerar invariantes axiológicas, as quais vão adquirindo, ao longo do processo histórico, tamanha intangibilidade que chegam a parecer inatas.

Pelas mesmas razões podemos admitir a existência de invariantes axiológico-jurídicas, tais como as relativas aos <<direitos fundamentais do homem>>, em função dos quais são constituídos modelos hermenêuticos que disciplinam soberanamente a convivência social, sendo-lhes atribuída uma hierarquia valorativa em relação aos demais.”

Então, o primado da dignidade da pessoa humana é pressuposto da sobrevivência de uma sociedade, dele derivando valores alçados à condição de direitos fundamentais do homem, com carácter universal e perene, sendo-lhes atribuída prioridade na hierarquia dos valores existentes (insta lembrar que, para o Professor Miguel Reale, todas as normas jurídicas são constituídas de um valor, nos termos da Teoria Tridimensional do Direito, de modo que a hierarquia de valores corresponderá a uma hierarquia entre as normas).

Talvez o mais profundo estudioso da eficácia dos direitos fundamentais no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, apresenta oportunas considerações¹⁰:

“Importante, ainda, é a constatação de que o preceito em exame (art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988) fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas suas funções, razão pela qual – como assevera Gomes Canotilho – inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais. Neste sentido, é possível falar de uma dupla significação de eficácia vinculante dos direitos fundamentais. [...].

10 *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 389 - 393.

Por esse motivo é que se aponta para a necessidade de todos os poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que apresente justificativa que as autorize. Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. [...]

Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, nesse sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. [...]

No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais.”

No âmbito do Direito Administrativo destaca-se a obra de Gustavo Binenbojm¹¹, que colacionando lições de doutrinadores de escol, assim se posiciona:

“Assim é que Clèmerson Merlin Clève, reconhecendo a primazia da dignidade humana sobre o Estado, afirma

11 *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 72.

enfaticamente: '(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstituindo'.

No terreno específico do direito administrativo, coube a Marçal Justen Filho o papel pioneiro de redefinir não apenas alguns de seus institutos, mas a própria disciplina a partir da ótica dos direitos fundamentais. Confira-se: 'O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e à organização e ao funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho'.

Concorda-se plenamente com o fato de que a vinculação primeira e mais importante da Administração Pública diz respeito aos direitos fundamentais, expressão jurídica máxima da dignidade da pessoa humana."

Mais à frente reafirma¹²:

"Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional."

Portanto, as funções, os poderes, as competências e as atribuições estatais possuem seu fundamento na preserva-

12 *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142 - 143.

ção da dignidade da pessoa humana - axiológico, portanto -, sendo instrumentos destinados a realizar os direitos fundamentais individuais e sociais¹³, sempre com observância dos princípios de um Estado democrático de direito, razão pela qual a administração pública deve direcionar sua atividade no intuito supremo de assegurá-los, pois, como afirmado pelo Professor Juarez Freitas, “*importa extrair os efeitos da premissa de que o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário*”¹⁴.

Diante dessas premissas verdadeiramente axiomáticas do moderno constitucionalismo, e aplicando-as ao objeto da presente análise, apresenta-se claro que nem mesmo de preceitos constitucionais devem ser extraídas normas que tenham por finalidade cultivar o poder estatal, isto é, garantir privilégios ao ente público sem relação com suas próprias finalidades, vale insistir, a realização dos direitos fundamentais e a preservação do Estado democrático de direito¹⁵.

Meros jargões como “fortalecer o Estado”, “valorizar os órgãos públicos”, ou qualquer outro fetiche pelo estatal não possuem ressonância na Carta de 1988. Somente a vinculação aos direitos fundamentais, a ser demonstrada em argumentação racional, legitima as escolhas legislativas e administrativas do poder público.

Assim, não podemos admitir que seja um objetivo autônomo da República Federativa do Brasil (ademais, não elencado no art. 3º, de sua Constituição) o fomento da execução direta

13 Sendo a atividade administrativa em essência um dos meios para concretização das normas constitucionais, considerá-la como um contínuo processo é ao menos uma sugestiva analogia. Por isso, insurge legítima a aplicação, *mutatis mutandi*, das atuais contribuições da ciência processual, também fundadas no neoconstitucionalismo, representada em uma de suas vertentes pelo “Formalismo Valorativo”, que, ultrapassando as décadas de preciosismos formais, vai considerar a finalidade dos atos processuais, com suas implicações axiológicas, como o verdadeiro objeto de preocupação dos aplicadores do direito. Por todos, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Por outras vias, singularmente geniais, o saudoso mestre José Joaquim Calmon de Passos atingiu conclusões semelhantes, cf. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

14 *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54 - 55.

15 Nos termos em que definimos no texto, não nos parece que estejamos incorrendo nos exageros combatidos pelo Eminentíssimo Prof. Humberto Ávila em contundente artigo recém-publicado, digno de profunda meditação. Cf. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.17, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009.

dos serviços públicos pelo Estado¹⁶. Pelo contrário, a adoção dessa alternativa só se legitimará quando fundada no direito à Boa Administração Pública¹⁷, que nada mais é que aquela administração que realiza os direitos fundamentais com eficiência.

Veja, por exemplo, que o desenvolvimento das atividades de enriquecimento, industrialização e comercialização de minérios nucleares é restrito exclusivamente à execução direta pelo Estado (art. 22, XXIII). Seu fundamento é, sem dúvida, a incolumidade física da sociedade, incluído aí seu meio ambiente, tendo em vista os riscos que a atividade acarreta¹⁸.

No mesmo sentido, diversas funções públicas exigem a atribuição de certas garantias aos cidadãos que as irão desempenhar, para que o próprio direito fundamental à boa administração pública seja atendido (v. g., os cargos de carreira da magistratura).

16 Em estudo crítico do presente estado de coisas em nossa Nação, arremata, com a segurança e coragem que lhe é peculiar, o Professor Ives Gandra Martins: "O certo é que o mundo moderno vive o novo e intenso drama de saber que pela informática, as estruturas estatais poderiam ser menores; os servidores públicos poderiam ser reduzidos, as funções essenciais para manutenção da ordem e da segurança, melhor aparelhadas e remuneradas; assim como o Estado oferecer à sociedade melhores condições de competitividade, pondo a seu serviço mecanismos mais ágeis de combate ao abuso do poder econômico e garantindo o direito do consumidor, sobre oferecer melhores condições em atividades essenciais, como saúde e educação, objetivos maiores de todos os governos. *Não deveriam ser objetivo do Estado o fortalecimento de suas estruturas e de privilégios em benefício de seus detentores, mas – o que é elementar dizer – servir à sociedade.*" (destaque nosso). *A queda dos mitos econômicos*. São Paulo: Pioneira Thomson, 2004. p. 54.

17 Interessante registrar o reconhecimento europeu expresso desse direito como fundamental, embora não vejamos necessidade alguma de sua previsão literal para que se o reconheça no corpo de nossa Constituição, ao menos como corolário lógico do princípio da eficiência, indispensável à efetivação dos direitos fundamentais: "Em consequência, a prestação de serviços por parte da Administração não é considerada uma prestação de qualidade, sobretudo se realiza uma inevitável comparação com organizações complexas do setor privado. [...] Sendo assim, os numerosos processos de reforma e modernização da Administração Pública que se tem implementado há mais de uma década [...] tem gerado o que a doutrina vem identificando como uma nova cultura da gestão pública. [...] Pois bem, é neste marco da 'nova cultura da gestão pública' que se localiza a relativamente inovadora formulação do direito ao bom governo ou à boa administração, objeto de atenção e estudo nos últimos tempos. É mais, não pode deixar de se citar sua consideração como direito fundamental no âmbito da União Européia, segundo prevê o artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União ou como construção doutrinária de relevância prática." (tradução livre – original em espanhol). MORENO, Pedro T. Nevado-Batalha. *Ciudadanos y administración. el derecho al buen gobierno, reflexiones desde una perspectiva administrativa. Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 44, p. 230 - 231, 2007.

Relato formidável de uma experiência europeia concreta e dos resultados animadores dessa "nova cultura da gestão pública" é o levado a cabo por Maurício Rojas, então membro do Parlamento da Suécia e professor universitário de história econômica, sobre as mudanças ocorridas nesse país, equivocadamente ainda visto por muitos como modelo a ser seguido de Estado Beneficente. Cf. *A Suécia depois do modelo sueco: do Estado beneficente ao Estado possibilitador*. Tradução: Roberto Fendt, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2007.

18 Não obstante, entendem alguns que a regulamentação, fiscalização e controle pelo Estado seriam suficientes para garantir a segurança da exploração privada.

Sobre esse ponto, novamente precisas as palavras do Professor Juarez Freitas¹⁹:

“Tendo em conta o visto, eis proposições que se afiguram relevantes para a concretização do direito fundamental à boa administração pública: (a) Há carreiras essenciais ao funcionamento do Estado e à discricionariedade administrativa proporcionalmente exercida, o que determina regime peculiar de natureza institucional, com autêntica autonomia. (b) Somente pessoa jurídica de direito público pode exercer competências privativas da administração, uma vez que se inserem no âmbito indelegável da ‘utilização de poderes de soberania’[...] Mais: apenas servidor de carreira, ocupante de cargos de provimento efetivo, pode executar funções peculiares à fiscalização, haja vista que suas tarefas são de cunho permanente [...] e, ao pressuporem ‘utilização de poderes de soberania’ [...], exigem, por simetria, o arrimo estatutário de um ‘status especial’ [...]”

De qualquer forma, o que importa nesses exemplos é mostrar que a realização de um direito fundamental deverá ser sempre o objetivo, a finalidade soberana de qualquer norma de conduta da atividade administrativa, sob pena de inconstitucionalidade (seja com redução de texto, seja por meio de interpretação conforme os direitos fundamentais).

Assim, a interpretação dos dispositivos constitucionais que regulamentam a forma de prestação dos serviços públicos de saúde deverá ter por objetivo otimizar a realização do direito fundamental ao mínimo existencial, à dignidade humana.

O dever do Estado, portanto, é o de prover da forma mais eficiente os serviços de saúde, sendo de somenos importância a forma de sua execução (ressalvando sempre que o princípio da eficiência não afasta, antes atrai, os demais princípios que regem a Administração Pública, ou seja, o da moralidade, da impessoalidade e da transparência, assim como presta reverência ao Estado de direito).

19 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 121.

Bem reproduz o que aqui dissemos o art. 2º da Lei Federal a seguir analisada:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. [...]”

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”

4 Legislação regulamentadora do SUS e as formas de prestação dos serviços de saúde

A Lei Federal nº 8.080/90 é a que estrutura o Sistema Único de Saúde. Seus dispositivos seguem as diretrizes estabelecidas no texto constitucional sem inovações substantivas. A sua maioria estabelece competências e atribuições distribuídas entre os entes políticos das três esferas (Federal, Estadual e Municipal) – com especial atenção às funções de regulamentação, fiscalização e controle –, além de dispor sobre gestão financeira do sistema e do seu planejamento orçamentário.

Por sua vez, as normas que tratam especificamente sobre a prestação dos serviços de saúde são as seguintes:

“Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). [...]”

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 16. À *direção nacional* do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: [...]

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde; [...]

Art. 17. À *direção estadual* do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: [...]

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; [...]

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional; [...]

Art. 18. À *direção municipal* do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; [...]

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).”

Percebe-se facilmente que o art. 24 destoa dos demais dispositivos da Lei, os quais certamente não indicam qualquer preferência sobre a forma de execução dos serviços de saúde, diretamente pelo Estado ou por meio da contratação da

iniciativa privada, no que seguiram *in totum* a imparcialidade constitucional.

Merece, portanto, a devida atenção o art. 24.

Primeiramente, devemos reconhecer que ele prescreve uma condição para a participação complementar da iniciativa privada no SUS – o que não decorre de mandamento nem possui fundamento constitucional, como visto –, qual seja, a de que as disponibilidades do Sistema sejam “*insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área*”.

A “disponibilidade” referida, s. m. j., é de natureza orçamentária, ou seja, na ausência de recursos para implementar diretamente a assistência à saúde se poderá recorrer à iniciativa privada.

Surge aqui uma indagação: se há carência de recursos, como se pagará as entidades privadas contratadas para executar os serviços? A resposta óbvia é a de que o ente público não precisa se encontrar em completa bancarrota para poder se valer do permissivo legal sob comento. Ter-se-ia de aceitar suficiente para esse desiderato, então, que diante das circunstâncias e estimativas orçamentárias do momento a execução direta de determinados serviços de saúde (com os custos diretos e indiretos, de implantação, manutenção e atualização, iminentes e futuros) se apresentasse mais sacrificante ao orçamento geral do que a contratação da iniciativa privada.

Por outro lado, na prestação dos serviços públicos o aspecto qualitativo exige absoluta atenção também. A eficiência administrativa não depende apenas das vantagens econômicas de uma ou de outra forma de execução dos serviços. Na verdade, na maioria dos casos, é justamente a qualidade que assinalará a efetiva ou não realização dos direitos fundamentais.

De modo que, um ente público poderá ter recursos para executar os serviços diretamente, mas não o suficiente para garantir a qualidade deles, em comparação com o que, por hipótese, se poderia alcançar com a execução indireta.

Também por hipótese, poderia ocorrer de a prestação direta ser efetivamente mais vantajosa, econômica e qualitativamente que a indireta, sendo óbvia a necessidade de se

adotar aquela, não em razão da previsão do art. 24, mas da força normativa do princípio da eficiência e da boa administração.

Ora, essa sempre presente necessidade de a administração pública ponderar as circunstâncias orçamentárias e a demanda concreta para efetivação dos direitos fundamentais exclui peremptoriamente o estabelecimento rígido de uma preferência na forma de se prestar os serviços públicos de saúde, como havíamos afirmado anteriormente.

Conclui-se, portanto, que a preferência prevista no art. 24, além de não possuir respaldo na Constituição da República, é inútil do ponto de vista prático, já que substancialmente a conduta administrativa será determinada pela realização dos direitos fundamentais, não por formalista norma infraconstitucional.

Somente serviria a referida preferência legal numa hipótese remotíssima de perfeita igualdade de circunstâncias e resultados estimados entre a execução direta e indireta.

Por fim, insurge oportuno consignar que grande parte da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência nacional, apontam como condicionante a regular adoção da execução indireta de quaisquer serviços públicos que não haja cargos públicos previstos em lei, especialmente se estiverem suficientemente ocupados por servidores efetivos, com atribuições idênticas ao do serviço a ser contratado – por força dos princípios da harmonia entre os poderes e da eficiência.

Corroborando esse entendimento, no âmbito do SUS, a seguinte determinação legal:

“Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no *art. 198 da Constituição Federal*, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.”

5 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca das novas formas de prestação dos serviços de saúde: julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1.923-5/DF

A ADI nº 1.923-5/DF foi ajuizada em face da Lei Federal nº 9.637/98, que regulamentou a criação das Organizações Sociais e o respectivo Contrato de Gestão. Na oportunidade do julgamento da medida liminar pleiteada, finalizado quase dez anos após o ajuizamento da Ação, a questão da forma da prestação dos serviços de saúde, dentre outros serviços públicos, foi abordada expressamente por alguns Ministros.

Essas posições são marcos importantes acerca do assunto, impondo, sem dúvida, alta consideração.

Antes, mister se faz reconhecer o enquadramento das OSs e das OSCIPs, não obstante a diferença existente entre seus regimes jurídicos, num mesmo movimento de aprimoramento da atividade administrativa, conforme defendido por Gustavo Justino de Oliveira²⁰:

“Com efeito, tanto os contratos de gestão firmados com os entes de colaboração como os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIPs têm a mesma natureza jurídica: acordos administrativos colaborativos, ajustados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos.

São acordos utilizados para viabilizar a concertação administrativa e têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, estando presente em ambos os casos a atividade de fomento por parte do Estado.

As distinções entre o contrato de gestão das organizações sociais e os termos de parceria das OSCIPs decorrem muito mais do regime jurídico específico dessas qualificações, do que da natureza jurídica de acordo propriamente dito.”

Ao final de seu estudo, conclui:

²⁰ *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 277 - 278 e 291 - 292.

“Para que seja possível tornar a ação estatal eficaz, eficiente e efetiva, colocou-se em evidencia a necessidade de a Administração Pública renovar o modo de inter-relação dos órgãos e dos entes que compõem o seu aparato, sobretudo por meio da utilização de formas e instrumentos consensuais.[...]

A disseminação do contratualismo no setor público, notadamente com o emprego do contrato de gestão, tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo de gestão pública aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos.”

Portanto, as considerações expostas nos votos a seguir transcritos se aplicam também às contratações de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) para co-participação nos serviços públicos de saúde.

O Relator, Ministro Ilmar Galvão, ainda em 1999, sustentou²¹:

“De ver-se, primeiramente, que os artigos 196 e 197 da CF se limitam a impor ao Estado o dever de garantir o direito de todos à saúde, mediante a implantação de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Não impõem ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça desse modo; tampouco, eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, como previsto no art. 199, ‘caput’ e § 1º.”

Por sua vez, o Ministro Sepúlveda Pertence foi ainda mais incisivo:

21 Indeferiram a liminar seguindo a linha do Relator: Moreira Alves, Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

“O art. 197 da Constituição, apontado como padrão da argüida inconstitucionalidade, ao contrário, dispõe: [...]”

Conseqüentemente, não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização, e ao controle estatais.”

Por outro lado, o Ministro Eros Grau se posicionou pela inconstitucionalidade da previsão legal de celebração de parcerias com terceiros na prestação de serviços públicos, sobretudo saúde e educação.

Na verdade, é preciso esclarecer que seu entendimento se baseia na tese que defende em sua obra clássica “*A ordem econômica na Constituição de 1988*”, na qual estabelece interpretação particular, defendida também no âmbito do STF (ADIs 1.007 e 1.266), a merecer rápida apresentação. Afirma ele que na sistemática constitucional vigente os serviços de saúde e educação seriam públicos inclusive quando prestados por pessoas privadas no seu exercício de liberdade de profissão – se enquadrariam na classificação de serviços públicos não privativos (que não dependem de concessão, autorização ou permissão do poder público para serem prestados)²².

Interessante, entretanto, que as conseqüências dessas premissas seguiram surpreendente²³ caminho no julgamento em questão. Segue a passagem central de seu voto original²⁴:

“Quem prestigiasse a busca da intenção ou vontade do legislador – método de interpretação que a nova hermenêutica despreza – diria que essa lei, na crista do chamado neoliberalismo, instrumenta a redução do tamanho

22 Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 123 -125.

23 Surpreendente porque nos parece mais razoável concluir que sendo considerados públicos os serviços privados de saúde, automaticamente se aboliria o argumento de que a execução direta teria prioridade sobre a indireta por ser pública – também a indireta o seria –, restando como diferencial entre ambos os setores apenas a gratuidade aos usuários em um (serviços de saúde financiados pelo SUS) e a onerosidade em outro (rede privada propriamente dita).

24 Embora posteriormente ao voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau tenha modificado seu voto para indeferir a liminar, ele fez questão de ratificar os argumentos anteriormente apresentados, razão pela qual permanece o interesse em sua análise.

do Estado, na redefinição do seu papel. O legislador teria sido inspirado por uma “vontade de reforma do Estado”. Sucede, para azar dos que pretendem substituir o Estado pela sociedade Civil (‘rectius’, pelo mercado), que essa redução e essa redefinição são incompatíveis com a Constituição do Brasil, cujos artigos 1º, 3º e 170 permanecem íntegros, sem que nenhuma emenda nela introduzida os tenha afetado.”

Identificamos três dificuldades principais nesse raciocínio: 1ª, ignora a noção de que a “redução” do Estado na prestação direta dos serviços públicos não retira, antes tende a fortalecer, seu poder-dever de gerenciamento; 2ª, restringe a “reforma do Estado” a uma mera intenção do legislador, desconsiderando disposições expressas na Constituição e na legislação infraconstitucional; e 3ª e mais importante, restou diferido para o julgamento de mérito da ADI a fundamentação de como e por que a “redução” apontada afronta de forma “a priori”, absoluta e necessária os direitos fundamentais (arts. 1º, 3º e 170).

Diferentemente, o Ministro Gilmar Mendes se atentou para essas questões e lhes deu tratamento rigoroso, que pode ser resumido pelos seguintes excertos:

- “No Brasil, a redefinição do papel do Estado e sua reconstrução têm importância decisiva em razão de sua incapacidade para absorver e administrar com eficiência todo o imenso peso das demandas que lhe são dirigidas, sobretudo na área social. O esgotamento do modelo estatal intervencionista, a patente ineficácia e ineficiência de uma administração pública burocrática baseada em um vetusto modelo weberiano, assim como a crise fiscal, todos observados em grande escala na segunda metade da década de oitenta, tornaram imperiosa a reconstrução do Estado brasileiro nos moldes já referidos de um Estado gerencial, capaz de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas.

Trata-se, portanto, de uma redefinição do papel do Estado, que deixa de ser agente interventor e produtor direto de bens e serviços para se concentrar na função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social.”

- “Dentre esses programas e metas, assume especial importância o programa de ‘publicização’, que constitui a ‘descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura, e pesquisa científica”.
- “Após uma história de burocracias, de ênfases nos atos e nos processos – que, reconheça-se, ainda não foi totalmente superada -, a Administração Pública no Brasil adentrou o século XXI com vistas aos resultados, à eficiência e, acima de tudo, à satisfação do cidadão”.

Não há como negar a correspondência dessas considerações com o que desenvolvemos nos tópicos anteriores.

Por último, é interessante consignar que a principal preocupação externada pelos Ministros que votaram pelo deferimento total ou parcial da liminar pleiteada foi a possibilidade de se contratar as OSs sem licitação pública (art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93), ou seja, a afronta seria aos princípios da isonomia, impessoalidade, transparência, probidade, etc., não a um suposto monopólio estatal na prestação direta do direito fundamental à saúde.

6 Eficiência administrativa e experiência

A tese central deste estudo se encerrou no tópico anterior e, embora correlacionada, não depende em nenhuma maneira das reflexões que pretendemos agora suscitar.

Queremos levantar a relação entre eficiência administrativa e experiência.

Antes, é interessante contemplar o papel essencial que a experiência exerce na realidade: desde a adaptação biológica ao meio ambiente; passando pelo âmbito do progresso do conhecimento humano – não sem retrocessos lamentáveis, é verdade – e da dinâmica da atividade empresarial que, na busca pela produção dos bens e serviços que melhor atendam às preferências dos consumidores, se aprimora na diuturna lida com a tentativa e erro, sucesso e insucesso; da sedimentação dos

costumes sociais, tendente a extirpar aqueles maléficis ao convívio harmônico dos indivíduos; até o desenvolvimento do direito posto, permanentemente em alteração no intuito de se promover uma melhor regulação social.

Parece que nada se apresenta no mundo perfeitamente acabado; o melhor, o mais benéfico, nunca é estabelecido na primeira tentativa.

No âmbito da dogmática jurídica, o problema da experiência se apresenta com toda sua complexidade na interdependência entre validade, vigência e eficácia das normas²⁵.

Se a experiência é assim reconhecida como determinante em tantos setores, por que a administração pública deve ficar arraigada a certas construções que não se mostraram eficientes? A descoberta do *modus operandi* ótimo da administração pública em certa atividade não estaria também dependente de experiências concretas que indicassem o caminho do aprimoramento?

É claro que não estamos pugnando pelo retorno a uma descompromissada discricionariedade administrativa, pois o leque de opções aceitas pelo ordenamento jurídico não significa que o administrador encontra-se inteiramente livre para escolher a que lhe convir.

Ora, não resta dúvida que cabe aos agentes públicos fundamentar a eleição de determinada alternativa com os elementos que indicam suas vantagens em detrimento das outras possibilidades permitidas abstratamente pelo sistema jurídico.

De certo, portanto, a discricionariedade administrativa não equivale a arbítrio, justamente porque no processo de concretização daquilo que está estabelecido no plano normativo/abstrato incidem os princípios constitucionais, em especial, no caso, o princípio da eficiência, que irá nortear a escolha da solução diante do objetivo concreto, sendo aquela, obviamente, que se

25 A dificuldade em se atribuir vigência, ou mesmo validade, a normas postas que não tenham obtido um mínimo de eficácia social é reconhecida pelos juristas mais eminentes, inclusive positivistas célebres. Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 197 - 198 e KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 237, onde conclui: "Por outro lado, também não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada 'desuetude'."

mostrar capaz de apresentar o melhor resultado com o menor custo.

Nesse sentido, são oportunas as lições de abalizada doutrina²⁶:

“Em outras palavras, a discricionariedade administrativa precisa, como nunca, apresentar-se motivadamente vinculada ao sistema, já que, no plano concreto, bem observada, nenhuma escolha administrativa se mostra indiferente. Convém evocar, desde logo, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘(...) a discricção administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto’. (grifo nosso).

Contudo, esse ideal do princípio da eficiência, o melhor com o menor custo, dificilmente será alcançado sem um processo de experiências concretas.

Isso porque a história revela a inclinação do ser humano em melhor executar suas obrigações que são influenciadas (não determinadas, claro) pelos estímulos das circunstâncias em torno e das condicionantes formais de seus atos.

Perceba-se que estamos chamando a atenção para o elemento essencial para a efetivação de qualquer política pública, o indivíduo humano. O Estado, o sistema, nada fazem. Só aquele – sozinho ou conjuntamente com seus semelhantes, sempre identificáveis – é que pode ser o sujeito das atividades administrativas²⁷.

26 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 11.

27 Não se pode confundir o individualismo metodológico nas ciências humanas com uma apologia do egoísmo – erro que infundáveis discussões estéréis provocou. Com habitual maestria, Ludwig Von Mises dissecou a questão: “Inicialmente, devemos dar-nos conta de que todas as ações são realizadas por indivíduos. Um conjunto opera sempre por intermédio de um ou de alguns indivíduos cujas ações estão relacionadas ao conjunto de forma secundária. É o significado que os agentes individuais, e todos que são afetados pela sua ação, atribuem a uma ação que determina o seu caráter. É o significado que distingue uma ação como ação de um indivíduo e outra como ação do Estado ou da municipalidade. É o carrasco, e não o Estado, que executa um criminoso. É o significado daqueles interessados na execução que distingue, na ação do carrasco, uma ação do Estado. Um grupo de homens armados ocupa um local. É o significado daqueles envolvidos nesta ocupação que atribui não aos soldados e oficiais, mas à sua nação. Se investigarmos o significado das várias ações executadas pelos indivíduos, necessariamente aprenderemos tudo sobre as ações dos conjuntos coletivos. Porque um coletivo social não tem existência e realidade fora das ações de seus membros individuais. A vida de um coletivo é vivida nas ações dos indivíduos que constituem o seu corpo. Não há coletivo social concebível que não seja operativo pelas ações de alguns indivíduos. A realidade de um todo social consiste em dirigir e liberar ações específicas por parte dos indivíduos. Portanto, a maneira de compreender conjuntos coletivos é através da análise das ações individuais. [...] Quem pretende iniciar o estudo da ação humana a partir de entidades coletivas esbarra num obstáculo insuperável, qual seja, o fato de que um indivíduo pode pertencer ao mesmo tem-

Desconsiderar completamente aspectos intrínsecos do homem, como a primazia de sua liberdade, de sua capacidade intelectual, valorativa e criadora – com toda a sorte de sucessos e mazelas que podem deles decorrer –, considerando-o apenas como uma quantidade dentre outras nos cálculos dos custos de uma política pública, será uma falsificação da realidade que acarretará em fracassos estrondosos nos resultados reais dessas equações – exatamente o que se verificou *ad nauseam* no século passado, em grande parte do mundo, com os deprimentes programas de planificação social.

Além desse aspecto, vamos dizer, antropológico, várias outras dificuldades concretas sugerem cautela na aplicação prática do ideal da eficiência administrativa.

Merece toda nossa atenção, nesse ponto, as considerações sobre o princípio da eficiência elaboradas pelo Prof. Humberto Ávila²⁸. Antes, contudo, convém esclarecer que ele atribui ao dever de eficiência administrativa o caráter de postulado normativo aplicativo, pois diferentemente dos princípios, que são normas imediatamente finalísticas, os postulados não impõem a promoção de um fim e sim estruturam a aplicação do dever de promover um fim, assim como também não prescrevem imediatamente comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação (p. 9).

Assim, a eficiência não é um fim da administração pública, mas o modo como ela deve se conduzir para atingir as diversas finalidades previstas no sistema constitucional.

Em suas palavras: “*o dever de eficiência estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue*” (p. 19). Apesar de termos grande simpatia para com a esquematização dos diversos tipos de normas

po, e na realidade pertence – com exceção das tribos mais primitivas –, a várias entidades coletivas. Os problemas suscitados pela coexistência de um grande número de entidades sociais e seus antagonismos recíprocos só podem ser resolvidos pelo individualismo metodológico.” (*Ação humana: um tratado de economia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p. 44 - 46).

28 Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

proposta pelo Prof. Humberto Ávila, nesse trabalho preferimos manter a terminologia principiológica clássica.

Não obstante, as conclusões que alcança ao fim de impressionantes raciocínios são de inteira pertinência com o tema da relação entre eficiência administrativa e experiência.

De fato, é imprescindível perguntar: qual seria o nível de eficiência juridicamente exigível de determinada ação administrativa?

Analisar a relação de adequação entre meios e fins (nos termos deste trabalho, adequação entre as formas de prestação dos serviços públicos e a efetivação dos direitos fundamentais) – sob os três seguintes aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza) – responde aquela pergunta no sentido de que a administração tem o dever de escolher um meio que promova de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o que é distinto de se poder exigir (juridicamente e não politicamente, frise-se) a adoção do “mais intenso”, “melhor” e “mais seguro”.

Defendo essa posição com argumentos rigorosos, valendo transcrição *ipsis litteris*:

“Em primeiro lugar, nem sempre é possível – ou mesmo plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a administração. A administração pública ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim.

Em segundo lugar, o princípio da separação dos poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade da administração seria previamente reduzida, se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções. Cada Poder deve conservar uma prerrogativa de avaliação (*Einschätzungs prerogative*).

Em terceiro lugar, a própria existência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que sejam exami-

nadas todas as circunstâncias do caso concreto. A imediata exclusão de um meio que não é o ‘mais intenso’, o ‘melhor’ e o ‘mais seguro’ para atingir o fim impede a consideração de outros argumentos que podem justificar a sua escolha.”

Na esteira desses ensinamentos, parece razoável ponderar que somente em casos de complexidade mediana poderá ser determinada *a priori* – por dedução lógica ou exclusivamente com base em projeções matemáticas, vale dizer, sem prévia experiência concreta – a mais eficiente opção administrativa.

É claro que não se pode desconsiderar as experiências verificadas ao longo da história para se insistir nos erros já superados. Além do mais, os êxitos alcançados, em qualquer sociedade que seja, devem ser prestigiados.

Também não se pode perder de vista a responsabilidade redobrada decorrente da gerência de recursos públicos.

Mas naquelas situações em que se apresentem demandas legítimas para as quais ainda não se alcançou uma solução administrativa que as atenda a contento, eficientemente, só a zelosa, porém inovadora ação concreta, possibilitará que se caminhe para a satisfatória realização dos direitos fundamentais.

Pode-se mesmo ligar as prévias estimativas de custo a esse referido zelo administrativo, ou seja, como requisito a auxiliar a delimitação das alternativas legítimas.

Nesse passo, identificamos as novas experiências nacionais na prestação de saúde pública como legítimas representantes desse incontornável ímpeto, dignamente humano, de aprimoramento – sendo exemplos significativos as terceirizações, as Fundações Públicas com regime de direito privado, as OSCIPs e Organizações Sociais.

Por seu turno, não deve ser esquecido jamais que a opção administrativa e sua execução, em qualquer hipótese, deverão observar os princípios da legalidade (juridicidade), moralidade, impessoalidade e demais exigências de um Estado democrático de direito.

7 A contribuição decisiva do Colendo Tribunal de Contas da União no desenvolvimento das novas formas de prestação dos serviços de saúde

Por diversas vezes o Colendo Tribunal de Contas da União já se manifestou favoravelmente às políticas públicas de parceria com Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público para prestação dos serviços de saúde, como se pode verificar nos Acórdãos nº 1.146/03, 2.578/04 e 1.840/05.

Entretanto, merece atenção toda especial a contribuição do TCU no próprio desenvolvimento dessas novas formas de prestação dos serviços de saúde, o que se deu muito antes do comentado julgamento no Supremo Tribunal Federal, além de, pode-se mesmo afirmar, ter tido importante influência na análise do Pretório Excelso.

Trata-se do Acórdão nº 112/1995, de lavra do Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Nele se analisava a regularidade da prestação de contas referente ao Contrato de Gestão firmado entre a União e o Serviço Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (SSAAPS), entidade de direito privado a qual a Lei Federal nº 8.246/1991 reconheceu capacidade para gerir a Rede Sarah de Hospitais.

Incidentalmente à análise das contas, enfrentou-se com vulgar realismo as causas do fracasso da gestão dessa rede hospitalar, até a promulgação daquela Lei sob a responsabilidade da Fundação Pública das Pioneiras Sociais, verificado na má qualidade dos serviços prestados aos cidadãos.

Essa Fundação, criada em 1960, teve grande êxito em suas atividades durante seus primeiros anos, porém:

“Trinta anos depois, o funcionamento eficaz, eficiente e econômico apresentado em seus primeiros anos de existência se havia tornado impraticável, por força do complexo de constrangimentos formalistas e pouco racionais impostos à administração das entidades da administração indireta [...] A motivação declarada dessas normas restritivas foi coibir abusos e desmandos, [entretanto], constituiu uma falsa solução [...]. O principal resultado desse conjunto de restrições foi o rebaixamento do nível de produtividade da maioria das enti-

dades governamentais da administração indireta, sem que se tenha obtido [...] a elevação dos níveis de moralidade e da austeridade na gestão pública. A publicidade, a transparência dos atos administrativos e o fortalecimento das estruturas de controle interno e externo garantem a moralidade e a austeridade, sem comprometer a eficiência, a eficácia e a economia da gestão pública. [...] Ao remover aqueles óbices formalistas, a lei transferiu a ênfase do controle, do plano da fiscalização do processo, para o da verificação dos resultados alcançados com a execução do contrato.”

Ao final, deliberou o TCU no sentido de recomendar aos Ministérios competentes que propiciassem o “desenvolvimento dos programas compreendidos no contrato de gestão previsto na Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991”.

Além do brilhantismo do Voto, digno de nota que suas conseqüências práticas foram determinantes para a implantação das OSs, e OSCIPs, tendo em vista que ano após ano os resultados do contrato de gestão com o SSAAPS eram verificados e aprovados, vindo esse sucesso marcar presença no julgamento da ADI nº 1.923-5/DF.

De fato, o Ministro Gilmar Mendes invocou, dentre outros dados concretos, a excelência dos serviços dos Hospitais da Rede Sarah como prova da eficiência do modelo de gestão “publicizado” a que se referiu em seu voto. E foi justamente essa experiência concreta levada ao conhecimento do Ministro Eros Grau que o sensibilizou a alterar seu voto para indeferir a liminar.

Pode-se presenciar, nesse caso, a força da realidade sobre a conformação do direito. Oportunas as belas palavras do próprio Ministro Eros Grau, consignadas em sua retratação:

“O ministro Gilmar Mendes traz novos e substanciais dados da realidade dos quais eu não tinha conhecimento quando votei. [...] Naquele momento em que votei talvez pudesse me valer da velha expressão: “o que não está nos autos não está no mundo”. Mas a verdade é que isso não pode ser tomado ao pé da letra e agora tenho conhecimento de circunstâncias que estão no mundo da vida e devem ser consideradas. Como já disse, nós não interpretamos apenas os textos, mas os textos e a realidade [...]”.

Cabe aqui ressaltar que embora as decisões do STF e do TCU referidas tratem das relações entre administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos, não se pode afirmar a ausência de autorização constitucional e legal para a contratação de serviços de saúde com empresas. Muito pelo contrário, como assinalamos insistentemente, somente justificativa fundada nos direitos fundamentais pode excluir *a priori* determinada forma de prestação dos serviços públicos de saúde, o que não encontramos²⁹.

8 Conclusões

As pretensões metodológicas deste estudo foram bastante singelas, almejando apenas manter em vista as premissas essenciais do tridimensionalismo jurídico, vale dizer, a de que o direito é composto por fato, valor e norma, e que esses elementos se influenciam mutuamente.

Esses simples parâmetros exigiram detida exegese do direito posto, ao tempo que facilitaram o reconhecimento da importância das situações fáticas na concreta aplicação das normas, no caso específico, na atuação da administração pública. O elemento axiológico proveio do pujante constitucionalismo moderno, que nos forçou a submeter todo o sistema jurídico envolvido aos ditames dos direitos fundamentais, alicerçados no princípio autofundante da dignidade humana.

Entretanto, é preciso reconhecer que o próprio tema tratado facilitou a visualização desses elementos, pois os serviços de saúde possuem regime jurídico constitucional bem delimitado, ainda que sucinto, coerente em si e com as demais regras e princípios da Constituição. A ausência de antinomias possibilitou a demonstração, numa análise eminentemente literal/sistemática, de que a execução de serviços de saúde pela iniciativa

29 Não se desconhece que já ocorreu de o Colendo Tribunal de Contas da União ter se valido da distinção entre atividades fim e meio para considerar algumas contratações de serviços de saúde como inconstitucionais. Contudo, como pretendemos demonstrar em trabalho vindouro, a inconstitucionalidade de certas terceirizações não decorrem do simples fato de se tratar de atividade fim, ou por haver uma preferência normativa pela forma de prestação direta, mas porque na contratação efetuada não se observou requisitos essenciais como, por exemplo, planejamento, estruturação do órgão para o bom desempenho das atividades de regulamentação, controle e fiscalização, respeito à impessoalidade, etc.

privada é plenamente admitida, sendo temerária a interpretação do regime jurídico do sistema público de saúde à luz do termo “complementar” do art. 199.

A análise do art. 24, da Lei Federal nº 8.080/90, por sua vez, foi empreendida substancialmente por meio da verificação de suas possibilidades reais de aplicação, à luz, sobretudo, do princípio da eficiência. Ao final, traçamos algumas considerações acerca da relação desse princípio com as experiências concretas da atividade administrativa, tema a exigir trabalhos específicos de maior fôlego.

Já a importância do reconhecimento do influxo dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico residuiu, para os fins deste estudo, em três pontos: i) corroborar as exegeses apresentadas; ii) excluir de antemão qualquer contra-argumentação que pretenda atribuir uma preferência abstrata pela execução direta dos serviços de saúde sem considerar a primazia dos direitos fundamentais; iii) mostrar que, sendo a dignidade humana o valor preponderante da República e, em razão disso, vedado qualquer privilégio ao poder público que não preste reverência a essa verdade, o regime constitucional vigente – que abre opções expressas à administração pública para concretizar os serviços de saúde –, não pode ser alterado por legislação infraconstitucional, nem sofrer interpretação restritiva sem pertinência com a realização dos direitos fundamentais.

O destino grandioso dos direitos fundamentais é justamente restabelecer uma base, ainda que estreita, de convergência entre todas as infundáveis perspectivas da ciência jurídica: têm de ser suprapartidários, anti-ideologismos, resistentes à ganância desenfreada e ao anelo de poder; têm de defender o que há de mais nobre na sensibilidade humana, o amor à dignidade do próximo, sem se deixar avassalar por discursos retóricos; têm de exigir a razão norteando nossas atividades, sem encerrá-las num artificialismo lógico – e a missão do jurista é trabalhar para que assim seja.

9 Referências

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

BORBA, Francisco S. *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Ives Gandra. *A queda dos mitos econômicos*. São Paulo: Pioneira Thomson, 2004.

MISES, Ludwig Von. *Ação humana: um tratado de economia*. 2. ed. Tradução Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

MORENO, Pedro T. Nevado-Batalha. Ciudadanos y administración, el derecho al buen gobierno: reflexiones desde una perspectiva administrativa. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 44, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito In: _____. *Teoria tridimensional do direito: teoria da justiça, fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

ROJAS, Maurício. *A Suécia depois do modelo sueco: do Estado beneficente ao Estado possibilitador*. Tradução Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de O contrato de prestação de serviços públicos: análise da possibilidade de adoção e distinção para a concessão In: _____. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

1.10

REPERCUSSÕES PARA O FISCO ESTADUAL DOS EFEITOS PROSPECTIVOS DAS DECISÕES QUE RECONHECEM INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA TRIBUTÁRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MARCELO MARTINS ALTOÉ *

1 Introdução. 2 Questões relevantes a serem tratadas no STF. 3 Os modelos de controle de constitucionalidade, a natureza jurídica dos provimentos judiciais, e os efeitos daí decorrentes. 4 A inconstitucionalidade de norma tributária, os requisitos da segurança jurídica e do excepcional interesse social, e os reflexos para o Fisco e para os contribuintes. 5 Solução apontada. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 Introdução

Como é cediço, a partir da edição da lei n° 9.868/99¹, o Supremo Tribunal Federal recebeu expressa autorização para declarar, na análise do caso *sub examen*, a eficácia temporal da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de dada norma positivada.

É bem de ver que não obstante tal previsão legislativa ter se dado em matéria que trata do procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade, nosso Excelso Pretório já tem consolidado o entendimento que o controle temporal da eficácia da decisão de norma inconstitucional também pode ocorrer no controle difuso de constitucionalidade².

Nesses termos, e considerando que se encontra pendente de julgamento naquele órgão do Poder Judiciário, relevan-

* Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade Direito de Vitória – FDV. Graduado em Direito e especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Graduando em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor da graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Auditor do Estado do Espírito Santo. Advogado.

1 Artigo 27, da Lei n° 9.868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

2 RE 197.917/SP

tes questões que envolvem a discussão quanto à inconstitucionalidade de normas tributárias que, caso sejam favoráveis aos contribuintes, importarão em centenas de milhões de reais aos cofres públicos, cumpre-nos, neste incipiente ensaio, apresentar algumas reflexões sobre o tema que iremos nos confrontar.

2 Questões relevantes a serem tratadas no STF

Algumas destas controvérsias tributárias postas à apreciação da Suprema Corte interessam diretamente aos Estados, pois o debate gira em torno de eventual inconstitucionalidade de norma tributária estadual em confronto com a Constituição Federal, ou entre aquela e as normas gerais de tributos estaduais, cuja obediência tem determinação também constitucional.

No caso do Estado do Espírito Santo, vale destacar, exemplificativamente, determinados questionamentos formulados pelos contribuintes, que o Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso ou concentrado, irá pronunciar ou não a inconstitucionalidade da norma tributária, a saber:

- a) A possibilidade ou não do contribuinte exportador, que acumula créditos tributários relativos ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações – ICMS, poder transferir a terceiros o crédito acumulado, como permitido pela chamada Lei Kandir³, que não é absorvido pelas operações

3 Reza o artigo 25 da Lei Complementar 87/96: Para efeito de aplicação do disposto no art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado. § 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento:

I - imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito. (destaque nosso)

internas ou por conta da não circulação de mercadoria no território nacional, sem as restrições impostas pela legislação estadual⁴, que cria requisitos para que tal operação se realize;

b) A incidência ou não do ICMS nas operações de leasing, sem opção de posterior transferência à propriedade do arrendatário, onde se deve ressaltar que o entendimento que vem predominando no Supremo Tribunal Federal⁵ é pela inexistência de operação relativa à circulação da

4 Subseção V: Do Recebimento e Utilização de Crédito Acumulado por Empresas que Realizarem Projeto Econômico Considerado de Interesse para o Desenvolvimento do Estado

Art. 136-A. As empresas que realizarem projeto econômico relativo à implantação de empreendimento novo, expansão, diversificação da capacidade produtiva ou revitalização de unidade paralisada, poderão receber, em transferência, créditos acumulados nos termos do art. 53, § 2.º, II, e § 4.º, da Lei n.º 7.000, de 27 de dezembro de 2001, devidamente reconhecidos pelo Secretário de Estado da Fazenda, podendo utilizá-los para liquidar, mediante compensação, o imposto devido:

I - na importação de máquinas, equipamentos, peças, partes e componentes, destinados a integrar o seu ativo permanente imobilizado;

II - relativo ao diferencial de alíquotas, na aquisição de máquinas, equipamentos, peças, partes e componentes, destinados a integrar o seu ativo permanente imobilizado; ou

III - nas operações próprias com mercadorias resultantes do processo de industrialização, até o limite de oitenta por cento do saldo devedor mensal.

§ 1.º Os estabelecimentos de que trata o caput, que receberem créditos em transferência, poderão retransferi-los a fornecedores industriais localizados neste Estado, quando da aquisição de máquinas, equipamentos, peças, partes e componentes, destinados a integrar o seu ativo permanente imobilizado, até o limite do imposto destacado na nota fiscal que acobertar a respectiva operação de fornecimento.

§ 2.º Para os efeitos de que trata o caput, o projeto econômico deverá ser submetido à apreciação do Secretário de Estado da Fazenda.

Art. 136-B. Os estabelecimentos exportadores que possuírem saldos credores acumulados do ICMS, em face do disposto no art. 53, § 2.º, II, e § 4.º, da Lei n.º 7.000, de 2001, regularmente escriturados, somente poderão transferi-los, após o reconhecimento do crédito pelo Secretário de Estado da Fazenda:

I - às empresas referidas no art. 136-A;

II - a fornecedores localizados neste Estado, quando da aquisição de máquinas, equipamentos, peças, partes e componentes, destinados a integrar o seu ativo permanente imobilizado, até o limite do imposto destacado na nota fiscal que acobertar a respectiva operação de fornecimento;

III - entre si, para os fins de que trata o art. 136-A, ou utilizá-los para liquidar, mediante compensação, o imposto devido:

a) na importação de máquinas, equipamentos, peças, partes e componentes, destinados a integrar o seu ativo permanente imobilizado;

Art. 136-C. O disposto nesta subseção não se aplica às operações realizadas com combustíveis líquidos e gasosos, derivados ou não de petróleo, lubrificantes ou energia elétrica.

5 "A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de *leasing* não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto – diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil – é sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas." (RE 461.968, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-5-07, DJ de 24-8-07). No mesmo sentido: RE 194.255-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-08, DJE de 15-8-08; AC 1.930-REF-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 28-10-08, DJE de 6-2-09.

mercadoria, o que conclui pela não sujeição tributária ao imposto estadual⁶;

- c) O direito ou não do contribuinte à restituição do ICMS pago antecipadamente, por força do regime da substituição tributária⁷, quando se verifique que o valor final da operação de fato da mercadoria ou do serviço possui base de cálculo inferior àquela que foi presumida. Existem, no Supremo Tribunal Federal, duas ações diretas de inconstitucionalidade⁸ que tratam do tema e, em ambas, há cinco votos pela inconstitucionalidade da vedação à restituição, e cinco voto a favor, cabendo ao Ministro Carlos Aires Britto o voto final de desempate.
- d) O sujeito ativo do crédito tributário decorrente das operações de importação de mercadorias. Problema dos mais atuais, e reconhecidamente preocupante em relação ao Estado do Espírito Santo, há direta divergência de entendimento no próprio Supremo Tribunal Federal de quem é o Estado credor do ICMS neste tipo de operação, pois, não obstante ser indubitoso que a hipótese de incidência deve ocorrer no momento do desembaraço aduaneiro, e o crédito tributário ser em favor do Estado destinatário da mercadoria, a dúvida reside em quem é, efetivamente, este destinatário, se o importador ou o estabelecimento

6 O entendimento inicial do STF era favorável ao reconhecimento da hipótese de incidência: "De acordo com a Constituição de 1988, incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Desnecessária, portanto, a verificação da natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação, o qual não se encontra ao alcance do Fisco nacional. O disposto no art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96 aplica-se exclusivamente às operações internas de *leasing*." (RE 206.069, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-9-05, DJ de 1º-9-06)

7 § 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

8 A primeira foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2675, proposta pelo de Pernambuco, por conta do artigo 19, inciso II, da Lei Estadual n.º 11.408/96, que possui a seguinte redação: Art. 19. É assegurado ao contribuinte-substituto o direito à restituição: do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação. A segunda Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2777 foi proposta pelo Estado de São Paulo, por conta do artigo 66-BB, inciso II, da Lei Estadual n.º 6.374/89, trazida pelo artigo 3º da Lei n.º 9.176/95, que possui a seguinte redação: Artigo 66-B. Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária: II – caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.

que irá utilizar o produto adquirido do estrangeiro. Nem sempre o importador é quem utilizará a mercadoria. E, então, se faz necessário ressaltar as figuras da importação direta e a importação por conta e ordem de terceiros, ambas operações outrora fortalecidas por conta do FUN-DAP. Como amplamente noticiado, os Estados de São Paulo e do Espírito Santo celebraram um acordo onde ficou estabelecido que, caso empresas importadoras paulista se utilizem de uma trading capixaba numa operação de conta e ordem, o ICMS será integralmente repassado ao Estado paulista. O que pouco se diz é que, na realidade, o debate necessário é de interpretação constitucional, haja vista que o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea a[1][1], é absolutamente impreciso quando determina que o imposto cabe ao Estado destinatário da mercadoria. Eventual conflito federativo dessa natureza deveria ser solucionado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de sua competência originária[2][2], e com eventual modulação de sua decisão.

Problemática diversa, mas intrinsecamente ligada à atribuição dos efeitos, refere-se ao posicionamento que o Estado deve adotar quando, em procedimento judicial transitado em julgado, o contribuinte obtiver decisão favorável reconhecendo a inconstitucionalidade de dada norma tributária que, posteriormente, é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional. Não obstante o problema merecer tratamento detalhado, a meu ver, não resta outra alternativa que não seja a utilização da ação anulatória⁹.

9 O Prof. Ovídio Baptista da Silva preocupou-se em manifestar o seu entendimento quanto à viabilidade da utilização do mecanismo judicial em análise, em texto denominado de "Sobrevivência da *querela nullitatis*", publicado no volume 333 da Revista Forense (página 115), onde ensina que "a suposta onipotência do legislador não pode furtar-se às leis da lógica e da razão, a ponto de transformar em válidas sentenças absolutamente nulas, por graves defeitos de forma". (...) "como disse Calamandrei, o emprego de uma ação ordinária declaratória da nulidade será indispensável e o sistema jurídico que a excluir cometerá pecado mortal contra a razão e a lógica. Por outro lado – é uma consequência necessária da natureza dessas nulidades –, a utilização da ação autônoma declaratória (ou desconstitutiva) da nulidade, não estará sujeita a nenhum prazo preclusivo".

3 Os modelos de controle de constitucionalidade, a natureza jurídica dos provimentos judiciais, e os efeitos daí decorrentes

O sistema de controle de constitucionalidade das normas jurídicas é uma das formas de se alcançar a estreita compatibilização entre a jurisdição constitucional e o regime democrático¹⁰.

Como cediço, os modelos de controle de constitucionalidade são o difuso ou incidental e o concentrado ou abstrato.

O exercício do controle de constitucionalidade das normas cabe ao Poder Judiciário. A atual Constituição dispõe indiretamente sobre o modelo, pois deduz, a partir de uma interpretação geral, que o permissivo para o controle incidental de constitucionalidade se encontra na regra do inciso XXXV, do artigo 5º (inafastabilidade da proteção judiciária), e na regulação das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.

O controle concentrado/abstrato visa à proteção não de direitos subjetivos, mas da própria integridade da ordem jurídica, com a invalidação de atos normativos incompatíveis com a Constituição, que legitimou diversas entidades para instaurar o procedimento, o que implicou certa democratização do controle.

Nova inovação ocorreu com a Emenda Constitucional nº 03/93, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, que possibilita a pacificação de questões constitucionais controversas, promovendo segurança jurídica.

Vale destacar que os dois sistemas de controle, normalmente destinados à proteção de direitos fundamentais e da própria democracia, foram introduzidos no País durante a vigência de regimes autoritários. É óbvio que uma jurisprudência constitucional comprometida com a democracia e os direitos fundamentais será tida por regimes autoritários como ameaça, podendo, caso não cerceada, contribuir para o seu enfraquecimento.

Há uma tendência, nos dias atuais, de fortalecer o modelo concentrado/abstrato em detrimento do difuso/incidental. A tendência do controle concentrado/abstrato tinha ares democráti-

10 MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 305 - 317.

cos, pois ampliava o rol de legitimados a provocar o controle. Para MORO¹¹, o que se verificou foi a intenção não de aprimorar o sistema de defesa da Constituição, mas de instituir mecanismos que garantam a rápida solução de controvérsias constitucionais, por meio de sua submissão imediata ao STF.

Não há dúvidas de que a celeridade e a eficácia na resolução de controvérsias constitucionais apresentam como ponto positivo a rapidez do julgamento. Entretanto, propicia decisões precipitadas ou não devidamente amadurecidas sobre controvérsias constitucionais, ampliando o risco de decisões equivocadas.

Por tal motivo, o sistema difuso/incidental é menos sujeito a equívocos, já que possibilita ampla revisão e interpretação por diversos julgadores, culminando no amadurecimento da controvérsia constitucional, sendo, assim, mais confiável e democrático do que o aberto/concentrado.

Não podemos olvidar que o modelo concentrado/abstrato tem maior efetividade, pois as decisões proferidas em tais casos possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, evitando demandas repetitivas e favorecendo a aplicação isonômica do Direito.

MORO¹² entende que o melhor seria a ampliação da eficácia das decisões proferidas em controle difuso e incidental. Poder-se-ia, por exemplo, por simples legislação infraconstitucional, outorgar ao STF a faculdade de, em ações individuais que envolvessem demandas de massa, proferir decisões de caráter coletivo, atingindo não só os demandantes, mas todos aqueles que se encontrassem em igual situação. Tal técnica poderia resolver a crise do excesso de demandas no STF.

Entende, também, que o controle concentrado/abstrato deveria ocorrer apenas quando a necessidade de decisão com eficácia potenciada estivesse aliada à necessidade de decisão rápida, em nível suficiente para compensar o incremento do risco de decisão errada, decorrente da supressão de instâncias.

11 MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 308.

12 *Ibid.*, p. 310.

Pois bem.

O controle difuso teve origem na Constituição americana de 1787, na qual a constatação da incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a constitucional tinha por consequência a nulidade do ato, sendo declarada a sua inconstitucionalidade com a produção de efeitos retroativos, o que determinava sua subtração do ordenamento desde o momento de sua indevida edição.

Por sua vez, o controle concentrado, de origem austríaca, teve seu berço na Constituição daquele país, em 1920, sendo a incompatibilidade entre a norma constitucional e infraconstitucional motivo de invalidade desta, produzindo efeitos irretroativos, permanecendo eficazes as relações jurídicas constituídas sob a égide da lei inconstitucional.

Portanto, segundo esses modelos, o que determina os efeitos da decisão, se retroativos ou não, é a sua natureza jurídica, tanto em relação ao ato inconstitucional quanto por seu pronunciamento jurisdicional, vez que a natureza jurídica deste decorre daquele.

Mesmo no Brasil, onde se previu a harmônica existência dos dois modelos de controle de constitucionalidade, a verificação da natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconhece a inconstitucionalidade de dada norma é ponto crucial para entender se a decisão terá efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.

Isso porque os pronunciamentos declaratórios objetivam reconhecer a existência ou não de atos, fatos e relações, certificando-lhes certeza jurídica. Tal decisão nada mais faz do que confirmar aquilo que já existia, pois não foi o pronunciamento judicial que criou, extinguiu ou modificou aquele ato, fato ou relação. Dessa forma, a decisão, por corolário lógico, deve ter efeitos retroativos.

Já os pronunciamentos constitutivos, sejam positivos ou negativos, objetivam criar, modificar ou extinguir dada relação jurídica. É por força, e a partir do comando decisório, que uma relação jurídica é criada, modificada ou extinta. Por isso, os efeitos da decisão devem ser prospectivos, vez que incidente sobre uma nova situação jurídica decorrente da decisão de mérito.

Sem adentrar em maiores discussões, incompatíveis com o trabalho, nosso Excelso Pretório advoga o entendimento de que, em regra, as normas inconstitucionais devem ser declaradas nulas, com a perda de seus efeitos desde o momento apto a produzi-los. Reconhece, dessa forma, que o provimento jurisdicional tem natureza declaratória, a ensejar, conseqüentemente, efeitos retroativos. Inspirou-se, portanto, na *judicial review* norte-americana.

Com efeito, a atribuição de efeitos prospectivos à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de norma, com fulcro no permissivo legal previsto no artigo 27¹³, da Lei n° 9.868/99, aparenta, *prima facie*, uma quebra desse singelo corolário traçado, pois possibilita a atribuição de efeitos *ex nunc* a pronunciamento de cunho declaratório.

Na realidade, o STF recebeu autorização para controlar os efeitos da decisão que reconhece inconstitucionalidade, de forma a não permitir que esse reconhecimento seja mais danoso do que a própria manutenção do texto inconstitucional no ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que a mitigação do radicalismo quanto à atribuição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi decorrente de uma tendência mundial de reconhecer a necessidade de atenuar os modelos propostos, de acordo com situações específicas.

Foi o que ocorreu nos Estados Unidos, ao entenderem que os efeitos a serem produzidos se pautam pela política judicial adotada, baseada em critérios de justiça e razoabilidade¹⁴, não manifestados em princípio ou norma constitucional.

O mesmo ocorreu em diversos países europeus que, diante do realismo jurídico e da justiça pragmática¹⁵, acabaram por adotar, com temperamentos, suas correntes, dotando os órgãos

13 Cuja constitucionalidade é questionada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 2154, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, e de n° 2258, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ambas de relatoria do Ministro Menezes Direito, e ainda não julgadas pelo STF.

14 Detalhadamente analisada em: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 57.

15 *Ibid.*, p. 71 - 84.

competentes com discricionariedade para aplicar entendimento diverso.

4 A inconstitucionalidade de norma tributária, os requisitos da segurança jurídica e do excepcional interesse social, e os reflexos para o fisco e para os contribuintes

Comentamos que a atribuição de efeitos prospectivos à decisão objetiva permitir o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, sem que esse reconhecimento provoque danos maiores do que a permanência da norma inconstitucional no sistema.

Ao Supremo Tribunal Federal fica a responsabilidade de realizar, nos termos da lei, a moldura temporal dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, em se tratando de controle concentrado, e os demais juízos, em se tratando de controle difuso.

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro¹⁶, “busca-se, com esse modelo de *justiça discricionária*, garantir a segurança de determinadas relações jurídicas constituídas sob a égide de normas prescritas do ordenamento positivo presidido pelo estatuto supremo dotado de rigidez constitucional”.

Essa discricionariedade fica vinculada à proteção da *segurança jurídica* ou do *excepcional interesse social*. Entretanto, não podemos olvidar, notadamente em relação ao excepcional interesse social, que se trata de preocupante signo dotado de vagueza¹⁷, a facilitar o enquadramento do caso analisado pelo órgão julgador, visando excepcionar a regra e atribuir efeitos prospectivos.

Tal preocupação, a nosso ver, não só se justifica, como é propositadamente normatizada, especialmente na análise da inconstitucionalidade de normas tributárias, ou com reflexos tributários.

16 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 39.

17 Em se tratando de processo comunicacional do conhecimento científico, por meio da linguagem, está deve ser rigorosa, evitando os signos vagos e ambíguos, por parte do sujeito cognoscente que, sobre determinado objeto, emite enunciados para o sujeito destinatário. Sobre o tema: ALTOE, Marcelo Martins. *Direitos versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Isso porque o reconhecimento da inconstitucionalidade de normas nesta seara, a ensejar vultosas restituições aos contribuintes, ou considerável perda de arrecadação, diante da inexigibilidade do pagamento, da possibilidade de compensação ou da transferência do crédito tributário, certamente será motivo de requerimento por parte das procuradorias competentes, da aplicação dos efeitos prospectivos.

Tal pleito, inclusive, já vem sendo analisado e formulado ao STF. O primeiro deles ocorreu no julgamento da ADIN n° 1.102-2¹⁸, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, antes mesmo da edição da Lei n° 9.868/99, em que se discutia a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária patronal incidente sobre a remuneração dos gerentes, administradores e autônomos, onde o Ministro-Relator Maurício Corrêa deu procedência ao pedido, mas atribuindo efeitos prospectivos à decisão, sendo vencido, nesse aspecto.

O Município do Rio de Janeiro vem, reiteradamente, requerendo aplicação dos efeitos prospectivos à decisão que proclamou a inconstitucionalidade da progressividade do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU. Nos julgamentos¹⁹, os Ministros do Supremo não analisaram os efeitos da decisão, na medida em que esta reconheceu a não recepção da norma infraconstitucional (de 1984) diante da Carta Magna, não havendo, nesse caso, juízo de inconstitucionalidade a ensejar aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão.

O julgamento mais recente, e de extraordinário efeito financeiro, refere-se ao reconhecimento da inconstitucionalidade²⁰ com efeitos prospectivos²¹ dos artigos 45 e 46, da Lei n°

18 D.J.U. 17/11/95

19 AI-AgR 589789/RJ, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJ 07-12-2006; AI-AgR 589281/RJ, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJ 10-11-2006; AI-AgR 582280/RJ, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJ 06-11-2006; AI-AgR 453071/RJ, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJ 13-10-2006; RE-AgR 395902/RJ, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJ 25-08-2006.

20 RE 556.664, publicado no DJE de 14/11/2008. Este Acórdão foi o precedente para a edição da Súmula vinculante n° 8: "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5° do Decreto-Lei n° 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". Tais dispositivos foram posteriormente revogados pela Lei Complementar n° 118.

21 A atribuição dos efeitos prospectivos foi definida no julgamento do RE 559.882-9, cuja publicação ocorreu também no DJE de 14/11/2008. Processos desta matéria foram sobrestados, após aprovação de Questão de Ordem proposta pelo Ministro Gilmar Mendes.

8.212/91²², que rezava sobre decadência e prescrição, prevendo o prazo de 10 (dez) anos para constituição do lançamento previdenciário e cobrança do crédito dessa natureza.

Vale destacar que alguns doutrinadores vêm apresentando hipóteses nas quais estariam presentes os pressupostos para aplicação dos efeitos prospectivos. Luiz Roberto Barroso²³, por exemplo, acredita ser possível imperar a teoria da nulidade em caso de decisão que trata da “boa-fé de terceiros e da teoria da aparência”, “irredutibilidade de vencimentos”, “proteção da coisa julgada” e “vedação do enriquecimento sem causa”.

Muito embora o STF tenha poucos casos já apreciados de pedido de aplicação de efeitos *ex tunc*, vimos que a sorte está lançada. Argumentos em prol do Fisco ou dos contribuintes são naturalmente antagônicos, mas consistentes. Somente a casuística permitirá concluir pela correção do julgamento, mediante a real verificação dos requisitos ensejadores da aplicação dos efeitos que reconhecem a inconstitucionalidade.

Por um lado, o Fisco advoga a necessidade de atribuição dos efeitos retroativos em matéria tributária, quando a decisão importa em inexigibilidade ou restituição de tributo pago indevidamente, sob a justificativa do excepcional interesse social a ser resguardado, e a insegurança jurídica que tais decisões trazem à relação entre fisco-contribuinte.

O excepcional interesse social encontra-se intrinsecamente ligado ao aspecto financeiro da tributação, que se trata, no Direito Financeiro, de receita pública derivada que de maneira mais eficiente possibilita a arrecadação necessária para que o Estado cumpra com suas funções constitucionais²⁴.

22 Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.

23 BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15 - 25.

24 Sobre o dever tributário: ALTOÉ, Marcelo Martins. *Direitos versus dever tributário*: colisão de direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75 - 86.

Argumento complementar ao anterior, utilizado pelo Fisco para o preenchimento do requisito do interesse social excepcional, impedido do efeito retroativo, leva em consideração que o tributo pago indevidamente foi utilizado também em benefício do contribuinte.

Esse pagamento, mesmo que indevido – segundo a tese fazendária – foi utilizado em prol da sociedade e, conseqüentemente, beneficiou também o contribuinte que otimizou o seu dever fundamental de pagar tributos, que é o preço arcado pelo cidadão para inserção numa sociedade livre e organizada²⁵.

Todos aqueles que se inserem numa dada sociedade têm o dever de participar do custo social necessário para a sua sobrevivência, e aquele que se furta a essa obrigação, ao passo que se beneficia pela sua integração a esse mesmo corpo social, deve ser considerado, segundo a taxação defendida por JOHN RAWLS²⁶, de “passageiro clandestino”.

No próprio modelo americano há inúmeros precedentes nesse sentido. Lembra SIQUEIRA CASTRO²⁷ que a Suprema Corte Americana, em inúmeros casos, deixa de reconhecer aos contribuintes de tributos arrecadados, com base em leis depois consideradas inconstitucionais, o direito de reaverem importes já recolhidos ao erário, antes da suspensão judicial da eficácia da lei tributária.

O requisito da segurança jurídica comporta ainda maiores complicações. Deontologicamente considerado, é um direito e uma garantia fundamental dos cidadãos, realçados, no campo da tributação, as relações jurídicas entre o Fisco e o contribuinte.

A segurança jurídica determina a estabilização de tal relação de tensão, no que toca aos negócios jurídicos ocorridos, como bem assevera CANOTILHO:²⁸

“o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas vigentes, se ligam os efeitos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.”

25 Para aprofundamento do tema, imperiosa é a leitura de: NABAIS, J. Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

26 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 295 - 296 e 635.

27 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 60.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 376.

A tese fazendária sustenta que essa mesma proteção deve ser aplicada às suas necessidades no campo da tributação. A segurança jurídica deve ser fomentada não somente em relação ao contribuinte que realizou o pagamento de um dado tributo, futuramente reconhecido como inconstitucional, e à época vislumbra a estabilidade deste negócio jurídico, mas também em relação aos sujeitos ativos da obrigação tributária que sofrerão os efeitos deste reconhecimento, no que se refere à instabilidade decorrente das novas relações jurídicas daí decorrentes, por força da devolução das quantias.

De forma diametralmente oposta, existem entendimentos, como o de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA²⁹, no sentido de que os efeitos prospectivos somente poderão ser utilizados para proteger interesses do cidadão, e não do Fisco, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

Consideram, ainda, que o interesse social a ser preservado é o interesse público primário, e não o da Administração, sendo aquele o refletor da soma dos direitos individuais pautados em preceitos normativos com caráter de direitos fundamentais.

A equiparação do interesse público ao da Administração, tendo por fundamento que as determinações dos eleitos legitimadamente pelo povo refletem os dizeres da sociedade, não possui mais respaldo.

Defensor destacado desse entendimento é JORGE REIS NOVAIS³⁰:

De facto, em Estado de Direito, mesmo que não se defenda a concepção liberal segundo a qual o interesse público não é mais que a soma dos vários interesses particulares protegidos por normas de direitos fundamentais (Bleckmann), o interesse público não pode ser instrumentalizado contra um poder de disposição, tão amplo quanto possível, que a ordem jurídica deve atribuir aos indivíduos na prossecução dos seus direitos fundamentais.

29 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A atribuição de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária em face da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 135, p. 38 - 45, 2006.

30 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 296.

Pertinente também é a colocação alçada por OCTAVIO CAMPOS FISCHER³¹:

“A Constituição tem por *telos* a realização dos direitos fundamentais (de todas as dimensões/gerações), de forma que qualquer interpretação que prestigie uma ‘Razão do Estado’ é carecedora de legitimidade. (...) Portanto, a única interpretação que pode legitimamente ser sacada do poder de restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade é aquela que prestigia os direitos fundamentais. (...) e a não restituição de um tributo importa, indiscutivelmente, na ofensa ao direito de propriedade.”

Cumpra registrar que não é possível desconsiderar a boa-fé do contribuinte que adimpliu o tributo, inobstante o próprio Poder Público ter inserido no ordenamento norma inconsistente com a Constituição, fato esse corriqueiramente comum em nosso ordenamento, numa tormentosa e maquiavélica legislação tributária em que instruções normativas são contrárias às leis, e essas contrárias à Carta Magna, e apenas uma discreta parcela de contribuintes discutem tais arbitrariedades.

A não devolução da quantia paga indevidamente, seja por meio da repetição do indébito, da compensação ou da transferência do crédito, geraria o enriquecimento ilícito por parte do Estado, e violação, segundo esta tese, da boa-fé do contribuinte que realizou o pagamento da exação na crença da validade da norma tributária criada pelo próprio Estado, bem como a violação ao seu direito fundamental de propriedade, pois a coercitiva tributação invade a esfera patrimonial do particular.

O instrumento da justiça social inspirado na apropriação de recursos privados para as finalidades públicas necessárias ao bem-estar social não pode servir de arcabouço para minimizar os efeitos da invalidade das normas tributárias inconstitucionais, em razão da impossibilidade do injusto justificar o justo.

Quanto ao requisito da segurança jurídica, para os que advogam em favor dos contribuintes, esse direito fundamental com

31 FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 317.

caráter de princípio somente deveria ser utilizado em favor dos cidadãos, e não em favor do Fisco, na medida em que se trata de um direito e uma garantia fundamental daquele, a ser utilizado em desfavor do excesso do poder deste.

Ademais, argumentam ainda que não é possível olvidar que o Estado brasileiro, quando sofre derrota judicial que importe em perda de receita pública, valha-se do expediente de criar nova exação, a suprir tal perda arrecadatória, *ex vi*, a CPMF e as contribuições da LC 110/01.

De toda forma, considerando a tendência do Supremo Tribunal Federal, os precedentes americanos em matéria fiscal e o aparente atendimento ao requisito do excepcional interesse social, a tendência é a de que os contribuintes irão, o quanto antes, discutir a constitucionalidade do tributo, depositando judicialmente os valores discutidos, para assim poderem reaver importes que não devem integrar a receita pública.

É crucial uma mudança de postura dos contribuintes no que toca à cômoda situação de aguardar o desfecho de ação em que se discute a inconstitucionalidade do tributo, para só então propor sua ação, pois a célere discussão evita o argumento, muito utilizado para moldura temporal prospectiva, da validade inquestionável da norma, enquanto não verificada sua incompatibilidade constitucional. Ou seja, afasta qualquer argumento que não há o porquê restituir o pagamento espontaneamente realizado, até mesmo porque entendemos não ser possível uma norma inválida ser considerada constitucional.

5 Solução apontada

Como relatado, argumentos não faltam em relação à atribuição ou não dos efeitos retroativos em matéria tributária. A adequação aos requisitos obrigatórios do excepcional interesse social e a segurança jurídica são visualizados antagonicamente entre os interessados.

Interessante notar que a atribuição dos efeitos retroativos não é um fato jurídico que decorra obrigatoriamente em prejuízo ao contribuinte, como se pôde observar no caso da revogação da isenção do recolhimento da Contribuição para o Financiamento

da Seguridade Social sobre as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, prevista no artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91, pelo artigo 56, da Lei nº 9.430/96. O debate no Superior Tribunal de Justiça resultou na edição da Súmula 276³², favorável aos contribuintes.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da lei revogadora da isenção, por reconhecer a inexistência de hierarquia entre lei ordinária e complementar. Por conta disso, os contribuintes requereram a modulação dos efeitos da decisão³³, para não atribuir efeitos retroativos, pelo fato de estar configurado o requisito da segurança jurídica.

A segurança jurídica estaria configurada pela estabilização da discussão judicial, tanto que a matéria foi sumulada pelo órgão judicial responsável pela uniformização da legislação federal.

Por outro lado, o Fisco entende que tal estabilização nunca existiu, não obstante a Súmula do STJ, visto que a matéria, de cunho eminentemente constitucional – hierarquia de leis – somente obteria pacificação após pronunciamento da Suprema Corte.

32 SÚMULA 276: "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado". Julgando a AR 3.761-PR, na sessão de 12/11/2008, a primeira Seção deliberou pelo CANCELAMENTO da Súmula n. 276.

33 Mas não obtiveram êxito. A conclusão do julgamento no RE377457 foi a seguinte: Em conclusão, o Tribunal, por maioria, desproveu dois recursos extraordinários, e declarou legítima a revogação da isenção do recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social sobre as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, prevista no art. 6º, II, da LC 70/91, pelo art. 56 da Lei 9.430/96 ("Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.") — v. Informativos 436, 452 e 459. Considerou-se a orientação fixada pelo STF no julgamento da ADC 1/DF (DJU de 16.6.95), no sentido de: a) inexistência de hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, espécies normativas formalmente distintas exclusivamente tendo em vista a matéria eventualmente reservada à primeira pela própria CF; b) inexigibilidade de lei complementar para disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional. Com base nisso, afirmou-se que o conflito aparente entre o art. 56 da Lei 9.430/96 e o art. 6º, II, da LC 70/91 não se resolve por critérios hierárquicos, mas, sim, constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma dessas espécies normativas. No ponto, ressaltou-se que o art. 56 da Lei 9.430/96 é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (CF, art. 146, III, b, a contrario sensu, e art. 150, § 6º) que importou na revogação de dispositivo inserto em norma materialmente ordinária (LC 70/91, art. 6º, II). Concluiu-se não haver, no caso, instituição, direta ou indireta, de nova contribuição social a exigir a intervenção de legislação complementar (CF, art. 195, § 4º). Vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio que davam provimento aos recursos, para que fosse mantida a isenção estabelecida no art. 6º, II, da LC 70/91. Em seguida, o Tribunal, por maioria, rejeitou pedido de modulação de efeitos. Vencidos, no ponto, os Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski, que deferiam a modulação, aplicando, por analogia, o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99. O Tribunal também rejeitou questão de ordem que determinava a baixa do processo ao STJ, pela eventual falta da prestação jurisdicional, vencidos o Min. Marco Aurélio, que a suscitara, e o Min. Eros Grau. Por fim, o Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, relator, para permitir a aplicação do art. 543-B do CPC, vencido o Min. Marco Aurélio. Não participou da votação nas questões de ordem o Min. Joaquim Barbosa, ausente naquele momento. RE 377457/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.9.2008. (RE-377457)

Portanto, a nosso ver, o ponto nevrálgico para definir a possibilidade de atribuição dos efeitos prospectivos é, na análise do caso concreto – e somente nele – a averiguação de argumentação apresentada pelo requerente do efeito.

De igual modo, faz-se imperioso que o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar o efeito, ofereça argumentação contundente para a utilização desta excepcionalidade, demonstrando as razões pelas quais restarão configurados os requisitos do excepcional interesse social e a segurança jurídica.

O não-atendimento a esta teoria da argumentação macula a decisão, a ponto de duvidar da própria imparcialidade do julgador. A remota possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos em matéria tributária deve se dar, unicamente, quando ficarem indubitavelmente comprovados os danos irreparáveis às finanças públicas, e que não há outras formas de compensar tal perda de receita, como pode ocorrer em decorrência dos crescentes aumentos de arrecadação de outros tributos, ou na instituição de novos ou aumento dos já existentes.

Certamente não foi o caso do julgamento que atribui parcialmente efeitos não retroativos ao reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91. Como se verifica no voto do Ministro Gilmar Mendes, não houve qualquer apresentação argumentativa para utilização dos requisitos necessários para a modulação, senão vejamos:

“(…)

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativa, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se já ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Portanto, reitero o voto pelo desprovisionamento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém, com a modulação dos efeitos *ex nunc*, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.”

A falta de argumentação fica ainda mais caracterizada pela notícia veiculada no próprio site do STF³⁴:

Notícia veiculada no site do STF em 12 de junho do corrente ano:

“Essa proposta de modulação, inédita no âmbito do Supremo, foi feita pelo presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, e *tem o poder de garantir a necessária segurança jurídica na resolução da matéria. A Procuradoria da Fazenda Nacional havia se pronunciado, durante o julgamento de ontem, alegando que a questão envolve cerca de R\$ 96 bilhões – entre valores já arrecadados ou com vias de cobrança pela União com base nas leis declaradas inconstitucionais.*”

Lê-se na notícia do dia anterior, em que se iniciou o julgamento e se interrompeu para exame da sugestão do Procurador da Fazenda Nacional:

‘Fazenda Nacional. O Procurador da Fazenda Nacional disse, durante o julgamento desta tarde, que as contribuições em debate se direcionavam para a seguridade social, e não para financiar gastos correntes da União. Segundo ele, exatamente o fato de ter como objetivo o ‘socorro dos mais necessitados’ justificaria que fosse editada lei específica, fixando novo prazo. Porém, se o STF entendesse pela inconstitucionalidade dos dispositivos, o procurador da Fazenda pediu que a decisão dos Ministros só passasse a valer a partir de agora, e não retroagisse à data da edição das leis.

34 VELOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 9, 2008.

O procurador revelou que a questão envolve cerca de R\$ 96 bilhões – entre valores já arrecadados ou com vias de cobrança pela União, que se encontram nas situações previstas nesses dispositivos.

Mesmo que não seja possível alcançar, na análise de todos os casos, o modelo da razão prática, idealizada por ALEXY³⁵ na teoria da argumentação jurídica, por outro lado, dúvidas não pairam quanto à impossibilidade de aceitação de decisão dessa natureza.

Não se pode perder de vista que a atribuição dos efeitos prospectivos é uma exceção, e como tal, a argumentação a ser apresentada pela parte requerente, com a subsunção aos requisitos obrigatórios para seu deferimento, torna-se ainda mais peculiar. É necessário esforço argumentativo para deferimento de medidas dessa natureza.

Da mesma forma, pronunciamento judicial favorável à atribuição desse excepcional efeito de norma declarada inconstitucional deve demonstrar os motivos pelos quais se obteve tal conclusão, mediante argumentação suficiente da aceitação das razões ofertadas pelo requerente. Pensamento diverso é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

6 Conclusões

- a) a histórica distinção entre os efeitos decorrentes da natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade, qual seja, efeitos retroativos por força do conteúdo declaratório, ou efeitos não retroativos por força do conteúdo constitutivo negativo da decisão, não tem mais relevância prática na decisão dos efeitos a serem atribuídos;
- b) outros critérios são determinantes para a moldura temporal, notadamente os valores em jogo no caso concreto;
- c) em se tratando da inconstitucionalidade de norma tributária, o entendimento que o requisito do excepcional inte-

35 O autor desenvolve um modelo visando assegurar um máximo de racionalidade e razão prática do direito. Sobre o tema, ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Tradução Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 2004. (17-19 – Criação judicial; 159-177 – Sistema jurídico e razão prática).

resse social estaria necessariamente presente, seja em razão do contribuinte que pagou indevidamente o tributo também ter sido beneficiado do proveito daquele produto, seja em razão do interesse público, não é suficiente para atribuição dos efeitos;

- d) também não é possível determinar a não utilização dos efeitos, sob a justificativa de um critério de natureza pessoal, qual seja, a boa-fé;
- e) é imperioso que a análise da atribuição dos efeitos prospectivos seja realizada casuisticamente, não havendo uma fórmula ou critérios prévios a ensejar sua aplicação ao seu afastamento;
- f) o ponto crucial é a apresentação de argumentação jurídica suficiente para demonstrar o atendimento aos requisitos do excepcional interesse social e segurança jurídica, único meio para a obtenção do efeito pretendido, que deve permear não só o requerimento do interessado como também a decisão judicial neste sentido.

7 Referências

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2 ed. Tradução Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALTOÉ, Marcelo Martins. *Direitos versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GERA, Renata Coelho Padilha. *A natureza da inconstitucionalidade e dos provimentos jurisdicionais que a reconhecem e os seus efeitos*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2005.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Controle de constitucionalidade*. Vitória: [s.n.], 2003

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NABAIS, J. Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 263 - 336.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A atribuição de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária em face da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 135, p. 38 - 45, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

VELOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 7 - 16, 2008.

1.11

A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O VALOR DA ASSINATURA MENSAL COBRADA NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO

PEDRO SOBRINO PORTO VIRGOLINO*

1 Introdução. 2 Do elemento material da regra matriz de incidência tributária do ICMS-comunicação. 3 Da caracterização do serviço de telefonia e da incidência do ICMS-comunicação nas atividades de telecomunicação. 4 Da atividade meio e atividade-fim no serviço de telecomunicação sob o enfoque da jurisprudência do STJ. 5 Nossa posição sobre a incidência de ICMS sobre o serviço de assinatura mensal. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

A Constituição Federal, em seu artigo 155, II, confere competência tributária para os Estados instituírem o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). A competência tributária pode ser entendida como a faculdade de, por meio de lei, criar tributos. Essa faculdade não é ilimitada. Ao contrário, deve observar os parâmetros e os limites estabelecidos na Constituição Federal, em especial, e em diversas outras fontes normativas, *ex vi* do disposto no art. 6º, do Código Tributário Nacional.

“Art. 6º A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e observado o disposto nesta Lei.”

* Mestrando em Ciências Contábeis – Contabilidade Administrativa e Planejamento Tributário na Fucape Business School. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Procurador do Estado do Espírito Santo.

O dispositivo legal em questão é meramente didático, expressa uma imposição normativa inerente à própria natureza do Sistema Tributário Nacional. Sua supressão não tornaria a atividade legiferante de instituição de tributos ilimitada. É a própria Constituição Federal que legitima o exercício do legislador em matéria tributária, portanto, tal atividade deve-se ater aos limites da competência traçados constitucionalmente, sob pena de, caso desrespeitados, ser inválida a norma instituidora da exação¹.

Em se tratando da competência para instituir impostos (no que se inclui o ICMS), ressalvado os casos previstos no art. 154, da CF, a Constituição traça, de forma expressa, os fatos que podem ser objeto da exação, ou, em outros termos, as circunstâncias que podem ser tomadas pelo legislador como fatos geradores do tributo (ou, utilizando o conceito defendido na obra do ilustre tributarista Paulo de Barros Carvalho, os “elementos da regra matriz de incidência tributária”²).

O conceito e o sentido das palavras empregadas pela Constituição ao definir o âmbito constitucional da incidência tributária devem ser respeitados pelo legislador infraconstitucional ao criar o imposto, sob pena de desnaturar o tributo e desrespeitar o limite da competência traçada na Lei Maior.³ Nesse contexto, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 110, define que a lei tributária não pode alterar o sentido dos institutos de direito privado utilizados pela Constituição Federal.

“Art. 110 A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas

1 Segundo lição de Luiz Emydio: “O poder de tributar decorre diretamente da Constituição. Daí o art. 145 da Constituição de 1988 dizer que a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios podem instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria, e os arts. 148 e 149 permitirem à União instituir empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais. [...] a própria existência do Direito Tributário depende de estar o Estado, no desempenho de suas atividades tributária, submetido à lei, pelo que o poder de tributar não pode ser exercido através da força. Se o for, não há por que se falar em Direito Tributário e nem em Estado de Direito.” ROSA JUNIOR, Luiz Emydio F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 269.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

3 Neste Sentido é a lição de Hugo de Brito Machado: “em decorrência da supremacia constitucional, tem-se como primeira das limitações constitucionais da competência tributária o que temos denominado o âmbito constitucional do tributo, que é precisamente a matéria fática colocada pela Constituição Federal à disposição do legislador de cada uma das entidades tributantes.” MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 251.

Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Assim, toda a interpretação das normas tributárias deve partir do arcabouço traçado na Lei Maior, como meio de se chegar ao real sentido e alcance das hipóteses de incidência dos tributos.

Pretende-se neste trabalho buscar analisar se o ICMS incide sobre o valor pago de assinatura mensal nos serviços de telefonia, avaliando a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Para tanto, será estudado o sentido do conceito “serviços de telecomunicação” empregado na Constituição Federal, em seu art. 155, II, como forma de responder se o valor da assinatura está inserido na hipótese de incidência tributária definida constitucionalmente para esse tributo.

2 Do elemento material da regra matriz de incidência tributária do ICMS-comunicação

Na lição de Geraldo Ataliba:

“Hipótese de incidência é a descrição legislativa (necessariamente hipotética) de um fato a cuja ocorrência *in concreto* a lei atribui a força jurídica de determinar o nascimento da obrigação tributária.”⁴

No caso do ICMS, a Constituição traça, no art. 155, II, os contornos da hipótese de incidência do tributo. Dispõe o art. 155, II, da CF:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

4 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 76.

O ICMS pode incidir sobre operações de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Esse último é que nos interessa, pois é o objeto do presente estudo.

A hipótese de incidência do ICMS-comunicação, assim definida na Constituição, é a prestação de serviços de comunicação. Inicialmente, é crucial consignar que o imposto não incide sobre a comunicação em si mesma, mas sim, sobre a prestação de serviço de comunicação. Portanto, não é a existência da comunicação que faz nascer a obrigação tributária. É necessário que o fato emane de uma relação negocial de prestação de serviço. Prestar serviço, por sua vez, consiste na realização de obrigação de fazer efetivada por alguém em favor de terceiro. Em igual sentido são as colocações de Edison Aurélio Corazza, para quem: “O fato transporte ou comunicação somente será determinante da incidência do imposto estadual se for objeto do contrato, do negócio firmado entre tomador e prestador do serviço.”⁵

Ao discorrer sobre o fato gerador do ISS, em lição que pode ser aplicada ao elemento material do ICMS-comunicação, José Eduardo Soares de Melo defende que a prestação de serviço compreende “um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de “fazer”, de conformidade com os postulados e diretrizes do direito privado.”⁶

A prestação de serviço tem cunho necessariamente bilateral, pressupondo a existência de uma relação jurídica que una, de um lado, o prestador, e do outro, o tomador do serviço. Não há prestação de serviço, para fins de incidência tributária, no fato da pessoa realizar atividade para si mesma. Edison Aurélio Corazza destaca que “o termo ‘prestação’ pressupõe obrigação ou dever jurídico, que necessariamente exige a existência de um segundo sujeito no outro pólo da relação, o titular do direito subjetivo de exigir o cumprimento da prestação; por isso, não há e nem pode haver ‘prestação’ de

5 CORAZZA, Edison Aurélio. Provimento de acesso à Internet: caracterização como prestação de serviços de comunicação ou de outra natureza. In: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coord.). *Tributação nas telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 120.

6 MELO, José Eduardo Soares de. *ISS: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.37

serviço a si mesmo, no sentido jurídico do termo. Diz-se que o serviço, para fins de tributação, é necessariamente prestado em favor de outro, porque os ‘serviços prestados a si próprio’ não esteriorizam riqueza, muito menos capacidade contributiva. O ‘auto-serviço’ não apresenta conteúdo econômico-financeiro apto a exteriorizar capacidade contributiva, e, como tal, não representa fato tributável.”⁷ Agrega-se à exigência de bilateralidade da relação jurídica a necessidade do serviço ter caráter oneroso.

No ICMS-comunicação, a prestação se volta à realização de serviço de comunicação. Perfilando o sentido do termo “comunicação”, José Eduardo Soares de Melo, ao destacar que o conceito constitui o aspecto fundamental da materialidade do ICMS-comunicação, afirma que são dois os sentidos do vocábulo, um comum e um técnico-jurídico.⁸ É a esse segundo sentido que deve o intérprete atentar para definir as hipóteses tributárias do ICMS.

A comunicação é um processo que envolve a transmissão de mensagem, por algum meio, de um emissor para um receptor. Nas palavras de Maucir Fregonesi, comunicação, dentro de sua estrutura clássica, corresponde à troca de mensagem entre um emissor e um receptor, por meio de um código.”⁹

São elementos essenciais numa relação comunicacional: a) remetente (ou emissor); b) mensagem; c) destinatário; d) canal ou meio pelo qual se transmite a mensagem; e e) destinatário ou receptor.

Prestar um serviço de comunicação “é exercer, mediante pagamento, uma atividade, em favor de terceiros, que tenha por objeto o fornecimento de meios que permitam a comunicação, é envidar, como fim e remuneradamente, esforços para que a mensagem do emissor seja transmitida ao receptor e por ele recebida.”¹⁰

7 CORAZZA, Edison Aurélio. Provimento de acesso à Internet: caracterização como prestação de serviços de comunicação ou de outra natureza. In: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coord.). *Tributação nas telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 118.

8 MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 131.

9 FREGONESI, Maucir. ICMS e as atividades-meio da prestação de serviço. In: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coord.). *Tributação nas telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 270.

10 *Ibid.*, p. 129.

3 Da caracterização do serviço de telefonia e da incidência do ICMS-comunicação nas atividades de telecomunicação

O serviço de telefonia é modalidade de serviço de telecomunicação, cujo sentido jurídico-legal é descrito no art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), *in verbis*:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

Prestar serviço de telecomunicação, nos dizeres da lei, é realizar qualquer atividade que possibilite a oferta de telecomunicação, essa entendida como a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de mensagem.

A telecomunicação é espécie do gênero comunicação, portanto, a sua prestação dá ensejo à incidência do ICMS-comunicação. Mas não é qualquer ato voltado à consecução da atividade de telecomunicação que se insere na hipótese de incidência do imposto em questão.

A atividade realizada pelas prestadoras de telecomunicação envolve uma série de atos preliminares ou concomitantes, que, embora necessários para a realização da comunicação, não se caracterizam como efetiva prestação de serviço de comunicação. Não se pode esquecer que o ICMS tem como fato gerador a realização de serviço de comunicação, que consiste em prover os meios para a transmissão de mensagem entre emissor e receptor. O critério temporal da hipótese tributária do ICMS-comunicação corresponde ao momento da prestação onerosa do serviço de comunicação (Art. 12, VII, da LC 87/96). Maucir Fregonesi afirma que, como consequência do previsto nesse dispositivo legal, “a relação jurídica obrigacional tributária somente se perfectibiliza após o estabelecimento do liame comunicacional

entre duas ou mais pessoas, por um terceiro (a prestadora do serviço de telecomunicação), a título oneroso.”¹¹

Assim, como resultado, não dá origem à obrigação tributária do ICMS-comunicação a realização das atividades preliminares, e, de modo geral, todas as atividades meio, necessárias à prestação do serviço de comunicação, nessas incluídas, como exemplo, a execução de serviços de engenharia, de instalação, de manutenção, suporte técnico, etc, que não se confundem com a atividade-fim, que é o serviço de comunicação propriamente dito.

4 Da atividade meio e atividade-fim no serviço de telecomunicação sob o enfoque da jurisprudência do STJ

O Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar sobre a matéria em razão de diversas ações propostas por prestadoras de serviço de telecomunicação que se insurgiram contra o disposto no art. 1º, do Convênio 68/98. A Cláusula 1ª do Convênio 69/98 possui a seguinte redação:

“Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.”

A abrangência de seus termos oportunizava ao Fisco pretender incluir no âmbito de incidência do ICMS diversas atividades que não configuravam propriamente serviço de telecomunicação, inclusive atividades preparatórias ou meio para a realização do serviço.

11 FREGONESI, Mauric. ICMS e as atividades-meio da prestação de serviço. In: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coord.). *Tributação nas telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 276.

O tribunal, então, em seus julgados iniciais, firmou entendimento de que o ICMS, nos seus contornos definidos pela LC nº 87/96, somente incide sobre a atividade-fim de prestação de serviço de telecomunicação, e não em relação às atividades-meio, considerando que por atividade-fim se entende a efetiva transmissão da mensagem de seu emissor para o destinatário. A título de exemplo, colhe-se ementa de julgado proferido pela Corte, que considerou não incidir ICMS sobre serviço de instalação da linha.

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. CONVÊNIO 69/98. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA FIXA. SERVIÇO INTERMEDIÁRIO AO DE COMUNICAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS.

1 As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como “serviço de telecomunicação” propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS.

2 Fundamentos adotados nos termos dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça (REsp 451166/DF, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 20/4/2006 e REsp 601056/BA, 1ª Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 3/4/2006).

3 Recurso Especial da TELEMIG conhecido e provido.

(REsp 796.177/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 08/02/2008 p. 642)¹²

A linha de raciocínio adotada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a seguinte: a) por força do disposto nos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), o ICMS somente incide sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados (atividade-fim); b) entende-se como serviço de comunicação a transmissão de mensagens, de modo oneroso (art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações); c)

12 BRASIL. REsp 796.177/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 08/02/2008 p. 642. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=icms+e+telecomunica%E7%30&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=35#>. Acesso em: 20 mar. 2009.

de tal modo, o imposto não incide sobre o valor cobrado pelas atividades preparatórias, anteriores ou concomitantes (atividades-meio), que não correspondam à transmissão da mensagem propriamente dita; e d) são exemplos de atividade-meio: a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços.

Como visto, a Corte Superior, num primeiro momento, de forma indistinta incluiu entre o rol de atividades-meio, e, portanto, não ensejadoras de ICMS, o valor pago de assinatura mensal.

Contudo, em julgado posterior, o Superior Tribunal de Justiça deixou assentado que o valor da assinatura mensal se inclui na base de cálculo do ICMS-comunicação, quando nela está incluído o número mínimo de pulsos ou de minutos a ser realizado pelo tomador do serviço. Abaixo segue ementa de julgado nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LC Nº 87/96. HABILITAÇÃO. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. LEGITIMIDADE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

- 1 É cabível mandado de segurança contra norma tributária de aplicabilidade imediata capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes.
- 2 As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como “serviço de telecomunicação” propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar nº 87/96 a cláusula primeira do Convênio nº 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.
- 3 Impossibilidade de ser reconhecido direito líquido e certo à não-incidência do ICMS sobre “serviços suplementares e facilidades adicionais”, sem que haja explicitação de quais operações a recorrente entende estarem inseridas em conceitos por demais vagos.
- 4 Incide ICMS sobre a cobrança de assinatura básica residencial, que se constitui em verdadeira remuneração do serviço de telefonia, já que sua previsão legal é de

estabelecer valor mínimo que justifique a viabilidade econômica do serviço com a contrapartida de franquia de utilização.

5 Recurso especial provido em parte.

(REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008)¹³

Os fundamentos da decisão podem ser encontrados no seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro-Relator Castro Vieira:

“Desse modo, há de afastar-se a incidência do ICMS sobre os serviços preparatórios para a utilização da via telefônica, *in casu*, acesso, adesão, ativação, habilitação e disponibilidade do serviço, quando houver cobrança específica. Cabe analisar a hipótese de incidência sobre assinatura.

O vocábulo *assinatura* comporta duas acepções diversas. Uma que se assemelha à habilitação, adesão, ou seja, quando alguém contrata um serviço e passa a ser dele um novo usuário, nesse caso não há de se entender a possibilidade de incidência do ICMS-comunicação. Entretanto, há outra definição, a chamada *assinatura básica mensal*, cobrada pelas empresas prestadoras de serviço de telefonia com base na Resolução nº 85, de 30.12.1998, da Anatel, que a define como ‘valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço’. A *assinatura básica* confere ao consumidor a franquia mínima de utilização e serve de contrapartida de garantia da viabilidade do próprio negócio. Seu amparo está no artigo 93, VII, da Lei nº 9.472, de 16.07.1997. Temos assim que a legislação pátria contempla valor pago por todos os consumidores de telefonia que remuneram o serviço de co-

13 BRASIL. Ementa do REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1022257&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 20 mar. 2009.

municação dentro da franquia básica – valor mínimo para manutenção do sistema. O preço final do serviço é definido pelo valor desta, mais a utilização do serviço que ultrapassar a franquia e eventuais outros serviços adicionais que o consumidor utilizar. Desse modo, não deve afastar-se a incidência do ICMS sobre essa parcela, já que se correria o risco de afastar por completo a receita gerada aos Estados pelo serviço, na eventualidade de que todos os consumidores utilizassem apenas a franquia estabelecida. Essa natureza bifásica do preço dos serviços telefônicos deve ser reconhecida e tem, inclusive, natureza contratual, pois a legislação permite que o contrato de serviço de telefonia preveja obrigação de remunerar a empresa com tal verba, enquanto ao consumidor é assegurado um crédito de pulsos ou minutos a ser utilizado por mês.”¹⁴

A decisão foi objeto de recurso de embargos de declaração, onde o contribuinte invocou que não deveria ser cobrado ICMS sobre o valor da assinatura mensal, uma vez que, no seu caso, a assinatura não incluía franquia mínima de pulsos. A Corte acolheu os embargos para afastar a incidência do ICMS. Firmou-se, assim, no STJ, o entendimento que o valor da assinatura não se insere na base de cálculo do ICMS, quando não abrangente da franquia mínima de pulsos. Esse é o atual posicionamento da Corte Superior.

Portanto, podemos dizer que a Corte segue, em linhas gerais, o entendimento de que o ICMS-comunicação não incide sobre as atividades preparatórias ou meio para a realização do serviço de telecomunicação. Em relação à incidência do tributo sobre o valor cobrado de assinatura mensal pela empresa de telefonia, esse sodalício faz a seguinte diferenciação: a) no caso da assinatura básica em que não haja previsão de franquia de minutos para ligações locais, o valor pago serve para cobrir os custos de se tornar acessível ao usuário o serviço de telecomunicação (sendo remuneração pela mera disponibilização do meio),

14 BRASIL. Voto do ministro Castro Meira no REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800090044&dt_publicacao=17/03/2008. Acesso em: 20 mar. 2009.

de modo que não incide o ICMS; e b) tratando-se de assinatura básica que compreenda, além de viabilização da comunicação, franquia mínima de ligações, nessa hipótese há efetivo serviço de comunicação a ser objeto de tributação.

É curioso observar que, embora esse seja o posicionamento adotado nos acórdãos do Tribunal, representando o entendimento derradeiro da Corte, os fundamentos defendidos pelos Ministros em seus votos não são propriamente os mesmos.

Nos votos da Ministra Denise Arruda, do Ministro Francisco Galvão e do Ministro José Delgado, proferidos no julgamento do Recurso Especial nº 754393, a razão para afastar a incidência do ICMS sobre o valor pago de assinatura mensal partiu da simples premissa de que o fato gerador do ICMS só se configura com a realização da transmissão da mensagem, e que a assinatura básica é valor cobrado que garante o acesso ao serviço telefônico, independentemente de ser utilizado ou não, representando os preparativos para a utilização do serviço, sendo a remuneração cobrada pelas despesas com os serviços de instalação e manutenção do sistema de redes e de aparelhos que a concessionária está obrigada a realizar para que o serviço de comunicação esteja sempre disponível.

Somente no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, nesse mesmo julgado, foi realizada, de forma expressa, a distinção entre assinatura com e sem franquia de minutos, para fins de cobrança de ICMS. Destacando-se, também, o voto vencido do Ministro Teori Albino Zavascki, para quem o valor cobrado de assinatura compõe o preço do serviço de telecomunicação, fazendo parte da base de cálculo do ICMS-comunicação.

5 Nossa posição sobre a incidência de ICMS sobre o serviço de assinatura mensal

A assinatura em si não é um serviço, mas sim consiste na contraprestação paga pelo usuário por um serviço prestado pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada a realizar serviço de telecomunicação.

Assim, o que se deve avaliar, para fins de verificar a incidência do ICMS, é se o serviço remunerado pelo pagamento da assinatura pode ou não ser conceituado como serviço de comunicação, configurando ou não elemento material da hipótese de incidência desse imposto. O valor da assinatura será tomado em conta somente num segundo momento para, caso verificado o implemento do fato gerador, ser base de cálculo do tributo a ser pago.

A hipótese de incidência do ICMS-comunicação é definida no art. 155, II, da CF:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Em âmbito infraconstitucional, a matéria é tratada no art. 2º, da LC 87/96:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

[...]

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

O elemento temporal da regra matriz de incidência está definido no art. 12, VII, da LC 87/96:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

O conceito legal de serviço de telecomunicação, como antes visto, está definido no art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações.

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

O serviço de telecomunicação pode ser prestado sob o regime jurídico de direito público ou privado. Para o primeiro caso, sua prestação é objeto de concessão ou permissão, enquanto que o serviço prestado sob o regime privado é objeto de autorização.

“Art. 63 Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64 Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.”

Considera-se, por exemplo, como serviço prestado sob o regime público a telefonia fixa (serviço telefônico fixo comutado). É de direito privado o serviço de telefonia móvel celular (SMP), realizado mediante autorização.

No caso de prestação de serviço de telecomunicação sob o regime de direito público, a sua remuneração se dá por meio de

pagamento de tarifa fixada pela Anatel ou livremente pela concessionária ou permissionária, a depender da situação jurídica.

“Art. 103 Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

§ 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.

§ 2º São vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 81 desta Lei.

§ 3º As tarifas serão fixadas no contrato de concessão, consoante edital ou proposta apresentada na licitação.

§ 4º Em caso de outorga sem licitação, as tarifas serão fixadas pela Agência e constarão do contrato de concessão.

Art. 104 Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime a que se refere o *caput*, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência.

§ 2º Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 105 Quando da implantação de novas prestações, utilidades ou comodidades relativas ao objeto da concessão, suas tarifas serão previamente levadas à Agência, para aprovação, com os estudos correspondentes.

Parágrafo único. Considerados os interesses dos usuários, a Agência poderá decidir por fixar as tarifas ou por submetê-las ao regime de liberdade tarifária, sendo vedada qualquer cobrança antes da referida aprovação.”

No caso dos serviços prestados mediante autorização, o preço é livremente definido pelas prestadoras, *ex vi* do art. 129, da LGT.

“Art. 129 O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.”

Independente do regime jurídico do serviço de telecomunicação prestado, a assinatura é conceituada como o valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição permanente do serviço de telecomunicação.

Trazemos à baila a previsão constante no Regulamento que disciplina o serviço telefônico fixo comutado, modalidade de serviço de telecomunicação prestado no regime público. Essa modalidade de serviço é disciplinada pelo Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado aprovado pela resolução nº 424/05, da Anatel. Esse regulamento define assinatura em seu art. 3º, XXIV:

“Art. 3º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

(...)

XXIV - tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço;”

A disposição é praticamente repetida no art. 2º, XVII, do Regulamento de Tarifação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral – STFC Aprovado pela Resolução 424/05 Anatel:

“Art. 2º Para os fins deste Regulamento, aplicam-se, além daquelas constantes da regulamentação, as seguintes definições:

[...]

XVII – Tarifa de Assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada, para fruição contínua do serviço;”

Esse mesmo Regulamento dispõe que o plano tarifário prevê franquia mensal de minutos de ligação para os seus assinantes.

“Art. 18 O plano básico do STFC na modalidade local prestado no regime público é constituído dos seguintes itens tarifários:

I - Tarifa de habilitação;

II – Tarifa de assinatura;

III - Tarifa de mudança de endereço; e

IV - Tarifas de utilização.

§ 1º A tarifa de habilitação classifica-se, conforme a classe do assinante, em residencial, não residencial, tronco e especial.

§ 2º A tarifa de assinatura classifica-se, conforme a classe do assinante, em residencial, não residencial, tronco e especial.

§ 3º O assinante da classe residencial do plano básico da concessionária do STFC local tem direito a uma franquia mensal de 200 (duzentos) minutos tarifados, que podem ser utilizados nas chamadas locais entre acessos do STFC, não cumulativos para outro período de apuração.

§ 4º O assinante da classe não residencial ou tronco do plano básico da concessionária do STFC local tem direito a uma franquia mensal de 150 (cento e cinqüenta) minutos tarifados, que podem ser utilizados nas chamadas locais entre acessos do STFC, não cumulativos para outro período de apuração.

§ 5º A franquia concedida ao assinante da classe tronco, cujos acessos estão instalados em um mesmo endereço, é apurada observando-se a quantidade dos referidos acessos.”

Em relação ao serviço de telecomunicações prestado sob o regime privado, do qual colhemos, a título de exemplo, o serviço móvel pessoal (telefonia celular), o conceito de assinatura segue a mesma linha que o adotado no serviço prestado sob o regime público. Dispõe o art. 3º, VIII, do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - SMP, aprovado pela Resolução 477/2007 da Anatel:

“Art. 3º Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

[...]

VIII - Assinatura: valor fixo mensal devido pelo Usuário por ter ao seu dispor o SMP nas condições previstas no Plano de Serviço ao qual, por opção, está vinculado;”

Observa-se que, tanto para os serviços prestados sob o regime público como para os realizados no regime privado, a assinatura é definida de igual forma, qual seja: como valor pago pelo usuário para ter à sua disposição, de forma constante, o serviço de telecomunicação contratado. A única diferença que se nota é que a regulamentação define, para o serviço prestado sob o regime público, que o assinante possui um número determinado de franquia mensal. Com isso, no valor a ser pago pela assinatura está incluído o custo dessa operação disponível, e a correspondente contraprestação pelo serviço. Já no caso do serviço prestado sob o regime privado não há imposição de franquia mensal. De modo que o valor pago de assinatura mensal, dentro da sistemática impositiva pelo regulamento, não implica na correspondente fruição de certo número de ligações. Nada impede, contudo, que as operadoras criem planos onde seja cobrado um valor fixo, à semelhança da assinatura, prevendo um número de chamadas ou minutos mensais a que o usuário tem direito de realizar.

Dados os contornos da assinatura mensal cobrada pelas empresas de telefonia, resta saber se o serviço por ela remunerado é fato gerador do ICMS-comunicação.

De antemão, voltamos a alertar que, como visto alhures, o ICMS não é cobrado pela comunicação em si, mas sim sobre a prestação de serviço de comunicação. Lembremos que a comunicação é um processo mediante o qual dada mensagem é transmitida de um emissor para um receptor. O serviço de comunicação, porém, não se limita ao momento em que se processa uma transmissão específica. Não é possível dizer que o negócio realizado pela prestadora de serviço de telecomunicação nasce e se exaure com o transmitir da mensagem.

Ao se dizer que o fato gerador do ICMS é a transmissão efetiva da mensagem está se incorrendo no equívoco de confundir a comunicação, objeto do serviço, com o serviço em si. O que se tributa não é a comunicação (ato), mas a prestação do serviço (atividade).

Nesse sentido, o intérprete deve buscar analisar as características específicas de cada serviço de comunicação, observando seus contornos próprios, para fins de definir os elementos da hipótese de incidência do ICMS em cada caso.

Deve-se cotejar se a atividade em si se insere no âmbito de abrangência do serviço de comunicação (no que será tida como atividade-fim), ou se é atividade apenas meio para a realização desse serviço.

Sobre o serviço de telecomunicação, esse se configura como uma gama de atividades que dão ensejo à comunicação, permitindo que seja realizada a transmissão, emissão ou recepção de mensagens de qualquer natureza.

Não é correto o entendimento de que o serviço de telefonia somente é prestado quando o usuário (assinante) realiza uma chamada telefônica. Há serviço de telecomunicação no momento em que o usuário passa a dispor dos meios para transmitir e receber mensagens, mediante a atividade da prestadora que o mantém conectado à rede de comunicações, tornando-o acessível por diversas pessoas (possibilidade de receber chamadas) e conferindo-lhe, correlativamente, acesso a estas mesmas pessoas (possibilidade de realizar chamadas).

Portanto, a assinatura não remunera serviço-meio, ou preparatório ao serviço de telefonia (comunicação). Ela se distingue de outros valores pagos à prestadora por atividades, efetivamente, preliminares e destacáveis do serviço de telecomunicações. A assinatura é contraprestação paga pela atividade-fim realizada pela prestadora de serviço de telecomunicações, pois visa remunerar o acesso do usuário ao meio pelo qual é realizada a comunicação.

Não se confunda atividade-meio com o meio pelo qual é realizada a atividade. O serviço de telecomunicação é justamente o oferecimento, remunerado, dos meios para que haja a transmissão de mensagem entre o emissor e o receptor. Logo, o serviço

se inicia no momento em que a prestadora disponibiliza o acesso entre emissor e receptor, que, no caso da telefonia, dá-se pelo provimento da rede de telecomunicações. Esse acesso é o meio pelo qual se realiza a atividade de telecomunicação.

Portanto, independente da assinatura incluir ou não franquias mínimas, o seu valor irá ser computado na base de cálculo do ICMS-comunicação, por se tratar de remuneração de serviço de telecomunicação propriamente dito e não de mera atividade-meio.

6 Conclusão

Com base em tudo que foi exposto, podemos concluir o seguinte:

- 1 O ICMS-comunicação tem como hipótese de incidência a prestação de serviço de comunicação;
- 2 A comunicação é o processo de transmissão de mensagem entre emissor e receptor. A relação comunicacional pressupõe a existência dos seguintes elementos: a) remetente (ou emissor); b) mensagem; c) destinatário; d) canal ou meio pelo qual se transmite a mensagem; e, e) destinatário ou receptor.
- 3 Prestar um serviço de comunicação é exercer uma atividade remunerada, em favor de terceiros, que tenha por objeto o fornecimento de meios que permitam a comunicação, é, portanto, a prática que visa possibilitar a transmissão de mensagem do emissor ao receptor.
- 4 Não dá origem à obrigação tributária do ICMS-comunicação a realização das atividades preliminares, e, de modo geral, todas as atividades meio necessárias à prestação do serviço de comunicação, nessas incluídas, como exemplo, a execução de serviços de engenharia, de instalação, de manutenção, suporte técnico, etc, que não se confundem com a atividade-fim, que é o serviço de comunicação propriamente dito.
- 5 O serviço de comunicação, porém, não se limita ao momento em que se processa uma transmissão específica.

Não é possível dizer que o negócio realizado pela prestadora de serviço de telecomunicação nasce e se exaure com o transmitir da mensagem.

- 6 Há serviço de telecomunicação no momento em que o usuário passa a dispor dos meios para transmitir e receber mensagens, mediante a atividade da prestadora que o mantém conectado à rede de comunicações, tornando-o acessível por diversas pessoas (possibilidade de receber chamadas) e conferindo-lhe, correlativamente, acesso a estas mesmas pessoas (possibilidade de realizar chamadas).
- 7 A assinatura é a contraprestação paga pelo usuário à prestadora em razão desta disponibilizar o acesso à rede de telecomunicações, o que já contempla realização de serviço de telecomunicação.
- 8 Assim, assinatura é contraprestação paga pela atividade-fim realizada pela prestadora de serviço de telecomunicações. Logo, seu valor deverá ser computado na base de cálculo do ICMS-comunicação.

7 Referências

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

BRASIL. Ementa do EDcl no REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1022257&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Ementa do REsp 796.177/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 08/02/2008 p. 642. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=icms+e+telecomunica%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=35#>. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Ementa do REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1022257&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Ementa do REsp 754393/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=754393&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#>. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto proferido pela Ministra Denise Arruda no REsp 754393/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500878551&dt_publicacao=16/02/2009. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto proferido pelo Ministro Castro Meira no BRASIL. Ementa do EDcl no REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800090044&dt_publicacao=12/02/2009. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto do ministro Castro Meira no REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800090044&dt_publicacao=17/03/2008. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin no REsp 796.177/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 08/02/2008 p. 642. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501535910&dt_publicacao=08/02/2008. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto proferido pelo Ministro José Delgado no REsp 754393/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500878551&dt_publicacao=16/02/2009. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no REsp 754393/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500878551&dt_publicacao=16/02/2009. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki no REsp 754393/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500878551&dt_publicacao=16/02/2009. Acesso em: 20 mar. 2009.

BRASIL. Voto proferido pelo Ministro Teori Francisco Galvão no REsp 754393/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500878551&dt_publicacao=16/02/2009. Acesso em: 20 mar. 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORAZZA, Edison Aurélio. Provimento de Acesso à Internet. Caracterização como prestação de serviços de comunicação ou de outra natureza. In: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coord.). *Tributação nas telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FREGONESI, Maucir. ICMS e as atividades-meio da prestação de serviço. In: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coord.). *Tributação nas telecomunicações*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACHADO, Hudo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, José Eduardo Soares de. *ISS: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *ICMS: teoria e prática*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSA JUNIOR, Luiz Emydio F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

1.12

ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROPRIEDADE*

RODRIGO CARDOSO FREITAS **

Sumário: 1 A propriedade e a garantia de inviolabilidade. 2 A propriedade na ordem econômica e social. 3 A propriedade privada. 4 A função social da propriedade. 5 Referências.

1 A propriedade e a garantia de inviolabilidade

Dispõe o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que é garantida a inviolabilidade do direito de *propriedade*, nos mesmos moldes que também é garantida a inviolabilidade dos direitos à *vida*, à *liberdade*, à *igualdade* e à *segurança*.¹ Tal garantia, reforçada no inc. XXII², do mesmo art. 5º, expõe a preocupação constitucional de inserir o direito de propriedade dentre os direitos consagrados logo no *caput* do dispositivo que trata dos direitos e garantias fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, §1º)³, equiparando-o, ao menos topologicamente, aos direitos e garantias intrínsecos ao ser humano.

A referida preocupação, aliás, também é visível no inc. LV, do mesmo art. 5º, quando indica a necessidade de incidência da proteção da *liberdade* e dos *bens* por meio da garantia do *devido processo legal*⁴, cláusula que não possui apenas sentido formal, mas também substancial (material) que demonstra, novamente,

* A propriedade será analisada apenas segundo o sistema constitucional brasileiro.

** Professor na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Universidade Federal do Espírito Santo - UFES e Escola da Magistratura do Espírito Santo - EMES. Mestre pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP

1 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

2 "XXII - é garantido o direito de propriedade;" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

3 "§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

4 "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

o vínculo protetivo existente entre os direitos de propriedade e a liberdade.⁵⁻⁶

A garantia constitucional exposta, contudo, não é recente. O direito de propriedade é historicamente protegido no sistema constitucional brasileiro.

A Constituição do Império de 1824 já prescrevia que o direito de propriedade era garantido em sua plenitude, ressaltando apenas que, se o bem público exigir o uso, mediante o emprego da propriedade do cidadão, será este indenizado previamente, conforme as regras previstas em lei⁷. Referida Constituição, segundo Alessandra Gotti Bontempo, “insere-se no ciclo ‘constitucionalista’, que se seguiu às grandes declarações de direitos do século XVIII, no processo de ‘positivação’ dos direitos fundamentais”, devendo ser “compreendida e analisada à luz da doutrina liberal, que produziu efeitos no Brasil ainda no tempo da regência de D. João.”⁸

A Constituição da República de 1891, de igual forma, consignava que o direito de propriedade era mantido em toda a sua plenitude, exceto em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. Prescrevia, também, que as minas pertenciam aos proprietários do solo, podendo a lei estabelecer limitações à exploração deste ramo de indústria.⁹

5 Segundo Nelson Nery Júnior, “genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 30).

6 André Ramos Tavares aduz que o devido processo legal, “aplicado no âmbito material diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 648).

7 “*Constituição do Império de 1824 - Art. 179*. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação”. (BRASIL. *Constituição [do] Império (1824)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

8 Expõe a autora que “os direitos consagrados na Constituição de 1824, em sua grande maioria direitos individuais oponíveis ao Estado, buscavam assegurar a liberdade, a propriedade e a segurança e, conseqüentemente, limitar e controlar o poder do Estado, que deveria respeitar os direitos fundamentais e se pautar nos termos da legalidade. Diz, ainda, que “não obstante inspirada pelo discurso ‘liberal’ vigente à sua época, a Constituição de 1824 foi pioneira ao prever, em seu art. 179, direitos sociais, tais como a garantia dos socorros públicos (XXXI), a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII) e colégios e universidades onde seriam ensinados os elementos das ciências, belas artes e artes (XXXIV)” (BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 29 - 32).

9 *Constituição de 1891 - Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação*

Conforme expõe Paulo Bonavides, a referida Constituição ainda não utilizava a expressão direitos fundamentais ou individuais, “embora o individualismo do Estado liberal lhe inspirasse todo o texto, e toda a declaração de direitos gravitasse, por inteiro, ao redor dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.”¹⁰

Já a Constituição de 1934 garantia o direito de propriedade, salientando que tal direito não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar, podendo a lei discriminar hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização, além da possibilidade da intervenção em caso de perigo iminente, ressalvado o direito à indenização. Essa Carta Magna foi influenciada pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919)¹¹, sendo considerada moderna e inovadora por mencionar que o direito de propriedade não poderia ser exercido *contra o interesse social ou coletivo*, disposição tida como precursora do princípio da função social da propriedade.^{12,13}

por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria” (BRASIL. *Constituição [da] República (1891)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

- 10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 529.
- 11 Paulo Bonavides, contudo, ressalta: “O constitucionalismo social – aquele que nas relações do indivíduo com o Estado, e vice-versa, faz preponderar sempre o interesse da sociedade e o bem público – teve, em termos de positividade, o berço de sua formação, ou sua base precursora, conforme a história e os textos nos relatam e atestam, em duas Constituições da América Latina: a da Venezuela, de 1811, e a do México, de 1917. (...) No entanto, em países do chamado Primeiro Mundo, essas duas grandes Cartas, movimentos do nosso passado constitucional, ficaram deslembreadas em apontamentos e referências históricas de enumeráveis publicistas e autores de nomeada, que já escreveram sobre o tema. (...) Num paralelo comparativo, em matéria de constitucionalismo primogênito, a Constituição da Venezuela esteve para a de Cadiz assim como a do México para a de Weimar.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341).
- 12 *Constituição de 1934* - Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (BRASIL. *Constituição [da] República (1934)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).
- 13 Alessandra Gotti Bontempo leciona que “a Constituição de 1934 rompeu com o anterior modelo de Estado liberal, desenhado pelas Constituições anteriores, e delineou um Estado Social, incorporando o chamado ‘sentido social do Direito’, sob a influência das Constituições mexicana, de 1917, e alemã de Weimar, de 1919.(...) Os rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro de 1934 podem ser constatados até mesmo no rol dos direitos e garantias individuais, previstos, com algumas inovações, no art. 113. O caput deste artigo assegurava, além da clássica inviolabilidade dos direitos à liberdade, à propriedade e à segurança individual, o direito à subsistência. (...) É de se notar também a repercussão do viés social da Constituição de 1934 na configuração de direitos clássicos, como o direito de propriedade. Este direito era garantido pela Constituição de 1934, embora ficasse subordinado ao interesse social ou coletivo (art. 113[17]).” (BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 38 - 40).

A Constituição de 1937, contudo, apesar de também garantir o direito de propriedade, deixou de mencionar a necessidade de compatibilização do seu exercício com o interesse social ou coletivo, ressaltava apenas a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização, podendo a lei fixar os limites que regulariam o exercício da propriedade. Por tal razão, Alessandra Gotti Bontempo salienta que a disposição “representou, no campo dos direitos econômicos e sociais consagrados pela Constituição de 1934, um certo retrocesso, na medida em que deixou de prever a sujeição da ordem econômica aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna.”¹⁴⁻¹⁵

A Constituição de 1946, de igual forma, garantiu o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, prescrevendo também que, em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderiam “usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”¹⁶ Referida Constituição, porém, voltou a sinalizar para o aspecto social, expondo que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”, podendo a lei promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.¹⁷⁻¹⁸

14 *Constituição de 1937* - Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício; (BRASIL. *Constituição [da] República (1937)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

15 Expõe Alessandra Bontempo que a Constituição de 1937, conhecida como “polaca”, “foi inspirada pela Constituição Polonesa de 1935, tendo mitigado os direitos e garantias individuais” (BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 42).

16 *Constituição de 1946* - Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. (BRASIL. *Constituição [da] República (1946)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

17 *Constituição de 1946* - Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. (BRASIL. *Constituição [da] República (1946)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

18 “No tocante aos direitos sociais, a Constituição de 1946 seguiu e incorporou a tradição de Weimar em dar proeminência ao social” (BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 38 - 40).

A Constituição de 1967, seguindo a mesma linha da anterior, garantia o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Consignou, ainda, a possibilidade de utilização da propriedade particular em caso de perigo iminente, assegurado o direito a indenização ulterior.¹⁹ Por fim, fez referência à função social da propriedade como sendo um princípio da ordem econômica e social, objetivando a realização do que denominou de justiça social.²⁰⁻²¹ Essas disposições foram mantidas após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969,²² que apenas ressalvou a possibilidade de pagamento de desapropriações mediante títulos de dívida pública no caso do seu artigo 161 (da EC nº 1/69).²³

-
- 19 *Constituição de 1967* - Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).
- 20 *Constituição de 1967* - TÍTULO III - *Da Ordem Econômica e Social* - Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).
- 21 Segundo Alessandra Bontempo, “a ordem econômica e social, disciplinada no Título III, da Constituição de 1967, recebeu um tratamento mais liberal, restringindo as hipóteses de intervenção no domínio econômico. Inovou, porém, ao possibilitar a desapropriação, mediante pagamento de prévia e justa indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária.” (BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Jurua, 2005. p. 38 - 40).
- 22 “Art. 161 - A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. § 1º - A lei disporá sobre volume anual ou periódico das emissões dos títulos, suas características, taxas dos juros, prazo e condições do resgate. § 2º - A desapropriação de que trata este artigo é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o acima disposto, conforme for estabelecido em lei. § 3º - A indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro. § 4º - O Presidente da República poderá delegar as atribuições para a desapropriação de imóveis rurais por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias. § 5º - Os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade sujeita a desapropriação na forma deste artigo”. (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).
- 23 *Emenda Constitucional nº 1, de 1969* - Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

Como visto, o nosso ordenamento jurídico constitucional, histórica e tradicionalmente, garante o direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais, de eficácia imediata, nos mesmos moldes dos direitos intrínsecos ao ser humano, notadamente por ser a propriedade considerada uma extensão da personalidade humana²⁴, inerente às necessidades do homem que vive em comunidade, sendo associada, por tal razão, ao próprio direito de liberdade.^{25_26_27_28}

24 “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resultante da revolução francesa, proclamou, em 1789, que a propriedade é um direito sagrado e inviolável, considerando-a uma exteriorização da própria pessoa e da sua cidadania (art. 17)” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 4. p. 164).

25 Segundo Arruda Alvim, a propriedade no século XIX se mostrava como uma espécie de garantia de liberdade, ou mesmo de condição do próprio sentido da própria liberdade (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Função social da propriedade. Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba: Juruá, v. 1, p. 12, 2006.).

26 Consigna Arruda Alvim: “Toda disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno de duas realidades: a liberdade e, nesse espaço de liberdade, o exercício da atividade econômica através dos contratos e, paralelamente, a garantia do direito de propriedade. Isto é, foi a maneira através da qual a burguesia assumiu o domínio da sociedade e a continuação desse domínio na sociedade se deu justamente através do domínio dos corpos legislativos; e, mais ainda, em seqüência a isto, com o domínio da ordem jurídica, tal como ela resolveu moldar essa ordem jurídica para que esse ordenamento viesse a assegurar continuamente o prevalecimento dos seus interesses. É claro que aqui estou utilizando-me de uma linguagem crítica, uma vez que a linguagem historicamente usada na Revolução Francesa e depois, foi uma linguagem laudatória da liberdade, da igualdade, mas que se despreocupava com diferenças substanciais – que não tinham espaço para serem corrigidas em face, apenas, da igualdade formal –, e, que se acentuaram no século XIX, exatamente o que não ocorre hoje, em que a igualdade formal subsiste, mas deixa em inúmeros pontos de prevalecer cegamente, assumindo o seu lugar a tentativa de lograr uma igualdade substancial. Falava-se, também, em fraternidade, quer dizer, a mensagem emblemática, bonita, humanitária, da Revolução Francesa, e que, na realidade, não se realizou no plano histórico. Em verdade, essa Revolução, se teve aspectos positivos, e que se agregaram definitivamente à civilização contemporânea, teve também efeitos negativos profundos. Chega-se a um ponto na exposição que, a meu ver, é sobremaneira importante sublinhar: ela influenciou não só na estrutura do Direito Privado, como também influenciou na estrutura do Direito Processual Civil. Como é que a burguesia dominou, ou, mais precisamente, como manteve o seu domínio, ao longo ou verticalmente sobre todo o organismo público? A burguesia tinha profunda desconfiança dos juizes, uma vez que os juizes eram egressos da antiga nobreza; teve ela, então, que conviver com uma magistratura oriunda, em boa parte, da antiga classe dominante. A forma através da qual a burguesia conseguiu dominar foi exatamente através do instrumento da lei, e, dentro do sistema jurídico, criando a noção de que a lei não podia sequer ser interpretada, num primeiro momento, ou, então, sucessivamente, que havia de comportar, apenas, interpretação literal. Não havia espaço ou liberdade de atuação maior para os magistrados. De outra parte, como expressão do espaço deferido à vontade dos sujeitos na ordem jurídica e o papel exercitado por essa vontade, no campo dos contratos, nós encontramos, no artigo 1.134 do Código Civil francês, o mandamento de que o contrato é lei entre as partes. Isto teve um significado – o mais importante, talvez, ao lado do direito de propriedade –, tal como se encontra definido no Código Civil francês. É preciso ter presente que a burguesia não deixou espaço maior para a magistratura e, paralelamente, predominou de forma absoluta na feita das leis. Este é um ponto muito importante para se entender bem as mutações que vieram a ocorrer no mundo, durante o século XIX, e, especialmente, tendo como momentos sucessivos de cristalização as referências à primeira e à segunda guerras mundiais, mercê de cujos impactos alteraram-se os valores do individualismo que, em largo espaço, resultou substituído pelo valor do social” (ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 815, p. 19 - 20, set. 2003).

27 Sobre a relação entre propriedade e liberdade, vide: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p.79; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5, p. 81; BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 109 e OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 122 - 123.

28 Francisco Eduardo Loureiro consigna: “Após perder o caráter divino do direito antigo, a propriedade ganhou novo fundamento no século XVIII, que inspirou o constitucionalismo liberal. Transformou-se na

A garantia constitucional exposta demonstra que o direito de propriedade goza de um regime jurídico peculiar, inerente aos chamados “direitos de defesa”, de natureza pública, caracterizados, segundo balizada doutrina, “por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”.²⁹

Tais direitos, segundo referida doutrina, “objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.”³⁰⁻³¹ Primordialmente, “vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos. O Estado está jungido a não estorvar o exercício da liberdade dos indivíduos, quer material, quer juridicamente.”³²

Aludidos direitos possuem, ainda, outra característica: segundo a referida doutrina, o direito “pode ainda se expressar pela pretensão de que não se eliminem certas posições jurídicas. O direito fundamental assume conteúdo de garantia orientada a que ‘o Estado não derogue determinadas normas’. O direito fundamental produz como efeito a proibição a que o Estado elimine posições jurídicas concretas - atua, por exemplo, como proibição a que se extinga o direito de propriedade de quem adquiriu certo bem segundo as normas então vigentes. Opera, igualmente, como proibição a que o Estado remova posições

garantia fundamental de liberdade do cidadão, contra a intervenção do Estado, sob o pálio do contrato social de Rousseau. Basta ver que tanto no Bill of Rights da Virgínia de 1776, quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elevam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como direitos naturais, inerentes e imprescindíveis da pessoa humana.(...) A tendência predominante, porém, é no sentido de constituir a propriedade expressão e garantia da individualidade humana. É condição de existência e de liberdade de todo homem que, sem ela, não poderia obter desenvolvimento intelectual e moral.” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 9 - 11).

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 256. Vide, ainda: FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 140 e 200.

30 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 256.

31 Vale citar, ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 386.

32 MENDES, op. cit. p. 256.

jurídicas em abstrato, como a possibilidade de transmitir a propriedade de determinados bens.”^{33,34}

2 A propriedade na ordem econômica e social

Não obstante o panorama exposto quanto à garantia do direito de propriedade dentre as garantias fundamentais previstas no art. 5º, da Constituição Federal em vigor, em especial da liberdade, a Carta Magna avançou tanto no aspecto econômico quanto no aspecto social. Já no próprio inciso XXIII, do artigo 5º, ou seja, imediatamente após a garantia da propriedade prevista no inciso XXII, a Carta Magna consignou que o instituto deve cumprir sua função social³⁵. Disposição semelhante, como já exposto, somente foi positivada a partir da Constituição de 1934, cujo art. 113, nº 17, consignou que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social e coletivo.

Contudo, foi no seu Título VII, relativo à “Ordem Econômica e Financeira”, que a Constituição em vigor confirmou expressamente a potencialidade do instituto para atender anseios econômicos e sociais. Inicialmente, expôs em seu art. 170 que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, *tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)*”, observados os princípios da *propriedade privada* e da *função social da propriedade*, além dos demais princípios descritos no mesmo artigo.³⁶

33 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 256 - 257.

34 Segundo Reis Friede, a Constituição assegura o direito de propriedade em seu sentido mais amplo, “correspondendo a uma vedação de procedimento em contrário por parte do Poder Público, ostenta um aspecto objetivo, na medida em que impede a extinção do instituto do direito patrimonial; e um outro, subjetivo, visto que impede que o titular de um direito patrimonial possa ser simplesmente privado do seu correspondente direito particular e pessoal” (FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 313).

35 “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

36 “Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tra-

A Constituição de 1946 já havia consignado que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, sendo assegurado a todos trabalho que possibilite existência digna, bem como que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social.³⁷ Já a Constituição de 1967, seja em sua redação original, seja com a sua redação conferida pela EC nº 1, de 1969, prescrevia que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos princípios da liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão ao abuso do poder econômico.^{38,39}

Entretanto, apesar do avanço econômico e social no que se refere ao direito de propriedade, somente na Constituição atualmente em vigor é que foram expressamente consignados os contornos da função social da propriedade, classificada em urbana e rural, indicando tanto as características quanto o regime jurídico inerente ao aspecto social da propriedade. Esta, sem dúvida, é a inovação mais significativa, não apenas por, de fato, implementar uma funcionalidade distinta da anteriormente em vigor (preponderantemente individual e patrimonial), mas, sobretudo, por criar condições objetivas para tal implementação, mediante a participação do Poder Público.

tamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

37 "Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos" (BRASIL. *Constituição [da] República (1946)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

38 "TÍTULO III - Da Ordem Econômica e Social. Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros" (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

39 Nesse sentido: GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrin. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 94, n. 833, p. 98, 2005.

Pela primeira vez, no nosso ordenamento constitucional, a Carta em vigor explicou, ainda que voltado para um regime jurídico público (constituído para a concretização de uma política pública para os imóveis urbanos e rurais), o que é – ou como é possível extrair o significado – de função social. Quanto à propriedade urbana, expõe que ocorre o cumprimento da função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor urbano, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes⁴⁰; quanto à propriedade rural, diz o texto constitucional que há o cumprimento da sua função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, ao aproveitamento racional e adequado, à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis a preservação do meio ambiente, à observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e à exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.⁴¹

A Constituição diz, ainda, quais são os meios para que os entes públicos possam coagir o cumprimento da função social, prevendo sanções para o caso de inércia do proprietário: no caso da propriedade urbana, pode o ente público municipal, nos termos do Estatuto da Cidade, do Plano Diretor Urbano e de lei municipal específica, exigir tal cumprimento, sob pena de, sucessivamente, determinar o parcelamento ou edificação compulsórios, implementar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e, por fim, desapropriar a propriedade com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com

40 “Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

41 “Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais;⁴² no caso da propriedade rural, pode a União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.^{43_44}

Mesmo sendo possível verificar a manifestação do princípio da função social em institutos constantes das Cartas anteriores,

42 “Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

43 “Art. 184 - Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

44 Ao expor que a CF, nos incisos XXII e XXIII, do art. 5º, garante o direito de propriedade e determina o cumprimento da função social, Toshio Mukai indaga: “mas qual é o significado dessa expressão no texto constitucional? Ele garante o direito de propriedade, mas, logo em seguida, diz que a propriedade atenderá sua função social. No meu entender, significa que ninguém pode usar da sua propriedade prejudicando outrem e, mais, muitas vezes o legislador pode até exigir do proprietário algo no interesse da coletividade, no interesse dos padrões urbanísticos da cidade, ou no interesse da proteção ambiental, e ele é obrigado a suportar isso. No meu entender, a função social da propriedade tem o seguinte significado: ninguém pode usar da sua propriedade solitariamente, o uso da propriedade é solidário com toda a comunidade. E indo mais adiante, o texto constitucional, pela primeira vez, não deixou ao legislador ordinário dizer o que significa a função social da propriedade; ele já dispôs o significado da função social da propriedade, de um lado no campo urbano e, de outro lado, no campo rural. No urbano, no artigo 182, onde, no parágrafo segundo, ele diz que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Então, no meio urbano, fica autorizado o poder público municipal, a exigir, através de normas contidas no plano diretor, que podem ser de cunho urbanístico ou de cunho ambiental, que o proprietário construa, utilize a sua propriedade dentro dos padrões que ele determinar. E no artigo 186, também diz a Constituição o que significa a função social da propriedade rural: ela é cumprida quando a propriedade atenda simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis (essa expressão adequada é muito importante no texto constitucional) e preservação do meio ambiente. Quer dizer, dentro da função social da propriedade rural, a questão do meio ambiente, a proteção do meio ambiente, é de fundamental importância” (MUKAI, Toshio. A proteção do meio ambiente e o direito de propriedade sob a perspectiva da Constituição Federal. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, 2., 1999, São Paulo. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrode-estudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel1.htmno>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

como no caso da usucapião⁴⁵⁻⁴⁶, da desapropriação, da requisição e do tombamento, nunca houve uma regulamentação constitucional semelhante à constante da Carta de 1988, que, apesar de não esgotar a órbita de aplicação do princípio, especialmente no que se refere às relações puramente privadas, indica importante conformação constitucional do direito de propriedade aos interesses relacionados à ordem econômica, especificamente, para as atividades econômicas e desenvolvimento de políticas urbana e rural.

As Constituições anteriores merecem o crédito de, paulatinamente, por influência de constituições estrangeiras e de aspectos econômicos, políticos e sociais, também tratarem da propriedade em um nível distinto dos direitos fundamentais, demonstrando a possibilidade de, mesmo protegendo o instituto, especialmente contra a intervenção pública, utilizá-lo com propósitos de satisfação das ansiedades sociais, em busca do bem-estar e da justiça social.

Todavia, inegavelmente, foi a Constituição em vigor que não apenas firmou tal tendência (qual seja, de manter a garantia de inviolabilidade, principalmente perante o ente público, utilizando o instituto para propósitos sociais e econômicos), mas também por atingir certa esfera da liberdade do proprietário, implementando e regulamentando a possibilidade de o proprietário ser até mesmo obrigado – comando positivo⁴⁷ – a dar função social à sua propriedade (parcelamento ou edificação compulsórios, ou seja, contra a vontade/liberdade do proprietário - art. 182, CF),

45 Nesse sentido: FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

46 “O princípio da função social da propriedade, por força da imposição constitucional, antes mesmo do Projeto de Código Civil vir a se transformar em lei, já se impunha não apenas na área rural, mas em área urbana, como se vê desta Ementa de Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em interessantíssimo caso de ação reivindicatória de proprietários de um loteamento tomado por uma favela (LIMA, Getúlio Targino. Apontamentos a respeito do direito de propriedade. In: LOTUFO, Renam. (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 182).

47 Segundo Arruda Alvim, “historicamente, consideram-se nos poderes do proprietário, o direito de nada fazer, em quaisquer circunstâncias, em nome de um poder absoluto e quase que incontestável” (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v.11. (no prelo). Contudo, salienta o jurista que o tratamento constitucional da função social da propriedade permite a edição de lei impondo a convocação do proprietário para agir quanto à sua propriedade.

sob pena de sofrer as sanções elencadas pela própria Carta (art. 182, § 4º, I, II e III).⁴⁸

Primordialmente, referidas disposições são voltadas, como já exposto, para regulamentar a atuação pública na esfera privada, impondo obrigações e limites para eventual intervenção. Contudo, o significado da postura constitucional é mais amplo, consolidando a possibilidade de utilização da propriedade como instrumento da ordem econômica e social, seja nas relações entre o público e o privado, seja nas relações puramente privadas.⁴⁹⁻⁵⁰

A Constituição em vigor manteve a linha de proteção do direito que deve ser preservado no mesmo patamar dos direitos fundamentais à vida, à segurança, à igualdade e à liberdade (art. 5º, *caput*). Contudo, sensível à realidade do seu tempo, avançou ao consignar que tal direito protegido também deve servir a propósitos econômicos e sociais.

3 A propriedade privada

A Constituição em vigor, como exposto, além de garantir a inviolabilidade da propriedade, elencou a propriedade privada como um princípio que norteia a atividade econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujo ob-

48 BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. Entendimento manifestado durante as aulas ministradas na Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

49 José Afonso da Silva leciona que, diante do conjunto de disposições constitucionais que regulam a garantia da propriedade e o cumprimento de sua função social, a propriedade não pode mais ser considerada como uma instituição de Direito Privado, mas apenas como uma instituição da ordem econômica. Diz o autor que a previsão da propriedade privada na ordem econômica demonstra que não poderá mais ser considerada "puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 271).

50 "Quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, deseja-se aludir à distinção entre eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Existe eficácia vertical na vinculação do legislador, do administrador e do juiz aos direitos fundamentais. Há eficácia horizontal – também chamada de 'eficácia privada' ou de 'eficácia em relação a terceiros' ('Drittwirkung', na expressão alemã) – nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares, também existe relação de natureza vertical" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 76).

jetivo é assegurar a todos a existência digna.⁵¹ Referida disposição não existia nas Constituições anteriores.^{52, 53, 54}

Tal previsão Constitucional, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, busca realizar os objetivos traçados mediante o equilíbrio do sistema econômico, especialmente entre o modo capitalista adotado, amparado na apropriação privada dos meios de produção, e preceitos voltados para uma socialização que garanta dignidade a todos e justiça social. Ressalta o autor, entretanto, que, “dentro do modo capitalista de produção, tais objetivos constituem um desafio, pois tendo o lucro como fator determinante, com a conseqüente acumulação e concentração da riqueza, o sistema capitalista gera gritantes desigualdades sociais, difíceis de serem evitadas sem a intervenção do Estado. Por outro lado – continua o jurista –, o socialismo radical elimina a propriedade privada e esmaga, a pretexto de promover a igualdade, as liberdades fundamentais.” É por tal razão que entende o jurista que a aplicação dos preceitos constitucionais, com a atuação do Executivo e a intervenção legislativa, “é que irá propiciar a plena realização dos objetivos a que se propõe a Constituição econô-

51 Para Isabel Vaz há um núcleo mínimo de propriedade privada, cujo desiderato é a proteção da dignidade da pessoa humana e do acesso à educação, cultura, segurança, moradia e outras garantias constitucionais. (VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993. p. 48). Vladimir da Rocha França, por seu turno, diz que “a Constituição confere à propriedade uma concepção mais ampla, determinando juridicamente a sua limitação positiva (até onde vai o conteúdo) e, a sua limitação negativa (até onde vêm os podem vir as incursões dos outros), procurando orientá-la como um instrumento de bem-estar social.” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Função social da propriedade na Constituição Federal*. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, v. 2, n.1, p. 14 - 19, 1995).

52 Constava da Constituição de 1967 e da EC n. 1/69, respectivamente: “TÍTULO III - *Da Ordem Econômica e Social*. Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. “Título III - DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo” (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

53 A propriedade privada, conforme ensinamentos de Pontes de Miranda, “é instituição, a que as Constituições dão o broquel da garantia institucional”, não havendo uma definição imutável da propriedade e “nem seria possível enumerar todos os direitos particulares em que se pode decompor, ou de que transcendentemente se compõe, porque da instituição apenas fica, quando reduzida, a simples e pura patrimonialidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda n° 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 5, p. 396-397). No mesmo sentido de Pontes de Miranda: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1, p. 110 e 163.

54 Nesse sentido: GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrin. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 94, n. 833, p. 98, 2005.

mica, devendo-se a todo custo evitar o capitalismo selvagem e o socialismo radical”.⁵⁵

Ao reconhecer a propriedade privada como um princípio da ordem econômica, entende José Afonso da Silva que a Constituição adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada, sendo a propriedade importante instrumento para atingir o fim especificado na Carta, qual seja: o de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Destaca o jurista, entretanto, que, ao servir a tais propósitos econômicos, a propriedade privada deve perder seu sentido puramente individual, especialmente diante do princípio da função social também arrolado como princípio da atividade econômica pela Carta Magna (art. 170, III), devendo ser relativizados o conceito e o significado de propriedade para cumprir tal vocação, assumindo o papel de instituto típico da ordem econômica. Por tal razão, leciona o autor que o caráter absoluto da propriedade “foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social.”^{56,57}

Analisando o princípio da propriedade privada sob outra ótica, Álvaro M. R. Bourguignon leciona que, ao prever o princípio da propriedade privada, indica a Constituição que a propriedade é primordialmente privada, sendo protegida como tal, especialmente perante o Poder Público, sendo possível extrair algumas conseqüências dessa conclusão.⁵⁸ Se a propriedade é, em regra, privada, ou seja, não é pública, expõe o jurista, por exemplo, que deve a própria

55 Consigna, ainda, que “os excessos da concepção liberal é que foram os responsáveis pelo intervencionismo estatal na economia, culminando com a apropriação dos meios de produção pelo Estado, e eliminando a propriedade privada. (...) De outra parte, a experiência socialista radical parece ter falhado nos seus objetivos, pois, nos últimos anos, o que se tem visto na Rússia e na China são fatos que revelam a necessidade da redução do papel do Estado como agente econômico, admitindo-se a prática de certas instituições próprias do modelo capitalista e de uma economia de mercado.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1234).

56 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 271 e 812.

57 André Ramos Tavares, seguindo o mesmo pensamento, destaca a necessidade de compatibilização entre os preceitos constitucionais pertinentes à garantia dos direitos individuais de propriedade e os princípios da propriedade privada e da função social, de ordem econômica, também consignando que “a propriedade não pode mais ser considerada em seu caráter puramente individualista” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 610).

58 BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. Ensinamentos manifestados durante o magistério na Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

Carta Magna descrever, excepcionalmente, quais as hipóteses de bens públicos – ou de possibilidade de aquisição.⁵⁹

E a Constituição em vigor assim procede, por exemplo, quando consigna, em seu art. 20, que são bens da União: I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; e XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.⁶⁰

59 Segundo Celso Ribeiro Bastos, "o Texto Constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, deixa claro que a propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais do Texto Constitucional, que assim repele modalidades outras de resolução da questão domínial como, por exemplo, a coletivização estatal" (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 193).

60 *Foi a Constituição de 1934 que dispôs pela primeira vez sobre os bens dos entes públicos*: "Art. 20 - São do domínio da União: I - os bens que a esta pertencem, nos termos das leis atualmente em vigor; II - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro; III - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças. Art. 21 - São do domínio dos Estados: I - os bens da propriedade destes pela legislação atualmente em vigor, com as restrições do artigo antecedente; II - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular" (BRASIL. *Constituição [da] República (1934)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008). *A Constituição de 1937 repetiu as mesmas disposições nos seus artigos 36 e 37. Já Constituição de 1946, todavia, assim prescrevia*: "Art. 34 - incluem-se entre os bens da União: I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; II - a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro. Art. 35 - incluem-se este os bens do Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e fez no território estadual" (BRASIL. *Constituição [da] República (1937)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008). *Já a Constituição de 1946 assim prescrevia*: "Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: I - a porção de terras devolutas indispensável à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico; II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem

A Carta Magna também dispõe, em seu art. 26, que incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; e IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Leciona Álvaro M. R. Bourguignon que a existência de disposição expressa acerca de quais são os bens públicos (ou quais podem ser) manifesta o espectro do princípio da propriedade privada, que pode ensejar ainda outros reflexos, tais como a possibilidade de aquisição por usucapião de *res nullius* ou bens adéspotas, bem como a necessidade de a Constituição prever as hipóteses excepcionais de intervenção pública na propriedade privada.⁶¹

A questão relativa à possibilidade de aquisição de *res nullius* por meio de usucapião parte da premissa de que os bens públicos não podem ser objeto de usucapião, sendo certo que, não existindo registro ou comprovação de propriedade anterior, sig-

mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; III - a plataforma submarina; IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; V - os que atualmente lhe pertencem. Art. 5º - Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior". (BRASIL. *Constituição [da] República (1946)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008). *A Constituição de 1967 assim prescrevia*: "Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: I - a porção de terras devolutas indispensável à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico; II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; III - a plataforma submarina; IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; V - os que atualmente lhe pertencem. Art. 5º - Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior". (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008). *A EC n1/69, assim prescrevia*: "Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: I - a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais; II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituam limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; III - a plataforma continental; IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; V - os que atualmente lhe pertencem; e VI - o mar territorial. Art. 5º - Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que nêles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior" (BRASIL. *Constituição [da] República (1967)*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008).

61 BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. Ensinamentos manifestados durante o magistério na Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

nifica que tal propriedade não é, como regra – por força do princípio da propriedade privada –, pública, sendo, portanto, apta à aquisição originária pela usucapião.⁶²

Por outro lado, a Constituição Federal elenca hipóteses de intervenção pública na propriedade privada, tal como ocorre, p.e., com a desapropriação, prevista no inciso XXIV, do art. 5º, que dispõe: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”⁶³⁻⁶⁴

A Constituição prevê também a chamada “desapropriação-sanção”⁶⁵, na hipótese de descumprimento da função social da propriedade urbana, expondo que “é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (art. 182, § 4º).

62 Ao comentar os “requisitos reais” para a usucapião, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald prescrevem que “decisões recentes permitem a usucapião das terras que ainda não foram registradas em nome de alguém. São reputadas *res nullius* (coisa de ninguém) ou terras adéspotas; portanto, bens excluídos da propriedade pública e apropriáveis pelo particular” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 266).

63 Foi com amparo em tal entendimento que Alvaro M. R. Bourguignon apresentou a proposta de enunciado no 1º encontro das Jornadas de Direito Civil, realizado no Conselho da Justiça Federal (STJ). A proposta foi aprovada, dando ensejo ao seguinte enunciado: Enunciado C/JF nº 82 - Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

64 Luiz Paulo Cotrin Guimarães manifesta entendimento no sentido de que somente a Constituição Federal pode prever as hipóteses de perda da propriedade privada para o poder público (GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrin. Perda da propriedade imóvel por inadimplência fiscal conforme o novo Código Civil. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini. *Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal*. São Paulo: Federal, 2006. p. 167).

65 A desapropriação pode decorrer da existência de situação fática, devidamente justificada, capaz de tipificar, na forma da lei, utilidade ou necessidade pública, bem como interesse social, sem qualquer vínculo com o comportamento do proprietário (art. 5º, XXIV, CF), razão pela qual não será, nessas hipóteses, considerada sanção. Contudo, no caso de descumprimento da função social, situação vinculada a um comportamento (omissivo ou comissivo) do proprietário, a sanção prevista em lei poderá ser justamente a desapropriação (arts. 182, IV, “c”, e 184, CF).

No caso de descumprimento da função social da propriedade rural, prevê a Carta Magna a possibilidade de desapropriação-sanção, pela União e por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (art. 186).

Vale mencionar, também, a hipótese de intervenção pública na propriedade prevista no art. 243, que prescreve que as glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. A mesma sanção será aplicada para todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, sendo revertido em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.⁶⁶⁻⁶⁷

Ainda podem ser citadas as hipóteses de intervenção pública na propriedade privada, prevista no art. 5º, XXV, de requisição no caso de iminente perigo público, tendo a Constituição permitido o uso de propriedade particular pela autoridade competente, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano⁶⁸, bem como de tombamento em prol do patrimônio cultural

66 "Art. 243 - As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único - Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e revertido em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias". (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

67 GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrin. Perda da propriedade imóvel por inadimplência fiscal conforme o novo Código Civil. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini. *Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal*. São Paulo: Federal, 2006. p. 167.

68 "XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

brasileiro, que poderá afetar as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico,⁶⁹ e de limitações ou restrições em prol do equilíbrio do meio ambiente, como, por exemplo, definir, em todas as unidades da Federação, “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.”⁷⁰

Todo o exposto demonstra a importância e o prestígio concedido pela Constituição à propriedade privada, instrumento para a concretização dos objetivos sociais e econômicos, além da especial proteção perante a Administração Pública, sem desmerecer a propriedade pública - também amparada pela cláusula geral de inviolabilidade (art. 5º, *caput* e incisos XXII e LIV) – e, mesmo que, excepcionalmente, as hipóteses de intervenção pú-

69 “Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro 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: (...) § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (...) § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

70 “Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

blicas voltadas para a satisfação de necessidades ou utilidades públicas, bem como do interesse social.⁷¹

4 A função social da propriedade

A doutrina moderna destaca que a evolução do direito de propriedade pode ser avaliada segundo seus aspectos estrutural e funcional, verificáveis dos primórdios à modernidade, da legislação esparsa e codificada até no patamar constitucional. A referida evolução do direito demonstra a importância conferida inicialmente aos elementos estruturais da propriedade, utilizados para expressar ampla ingerência do seu titular sobre seus bens, até mesmo a título de manifestação de liberdade, especialmente perante o Estado.

Nada obstante, as mudanças políticas, econômicas e sociais, vivenciadas especialmente no último século, fizeram com que tais elementos estruturais utilizados anteriormente para manifestar o caráter amplo e absoluto do direito de propriedade, passassem a submeter-se, de forma gradativa, a delimitações voltadas para a satisfação de um interesse público e social, ganhando destaque o aspecto funcional, especialmente porque deixou de ser considerado em um sentido individual e egoístico, passando a expressar um caráter social e conformador.

Esse destaque pode ser visualizado nos últimos textos constitucionais brasileiros. Conforme já narrado anteriormente, desde a Constituição de 1934 já era possível verificar a existência da função social da propriedade como princípio, especialmente ao consignar que o direito de propriedade não pode ser exercido contra o interesse social.⁷² A referida previsão seguiu a ideologia inerente à terceira fase histórica da evolução constitucional brasileira, que, segundo Paulo Bonavides, foi inaugurada pela

71 Art. 5º, XXIV, CF.

72 *Constituição de 1934* - Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (BRASIL. Constituição (1934). *Constituição [da] República*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2008).

referida Constituição, influenciada pelas Constituições de Weimar (1919) e Bonn (1949).^{73,74,75}

Segundo Paulo Bonavides, “com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagram um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes.”⁷⁶

O princípio da função social da propriedade também foi manifestado na Constituição de 1946, que dispôs, no Título relativo à ordem econômica e social, a incidência dos princípios da justiça social, bem como que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”, podendo a lei promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para

73 Leciona o jurista que “quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldades em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderantemente na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentos presos ao constitucionalismo alemão do corrente século.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 361 e 366).

74 Ao comentar as alterações do Direito das Coisas, Arruda Alvim expõe os reflexos decorrente do momento histórico: “O que se acentua é que o núcleo, ou a disciplina fundamental do direito das coisas, inclusive no liberalismo econômico, regeu-se por normas de ordem pública. Sucessivamente, mantendo-se constante esse regramento, passou-se a interferir no perfil do direito de propriedade (utilidade, âmbito do direito de construir, necessidade de licenças, etc.), principalmente por meio do que usualmente se designa por limitações ao direito de propriedade, que se mostraram crescentes, encontrando essa tendência momento histórico marcante com as Constituições mexicana, de 1917, e, especialmente, pela influência universal da alemã (Weimar), de 1919. Esse Estado do Bem-Estar Social reclamou outra noção do direito de propriedade, a demonstrar uma relação entre o sistema político e o direito de propriedade, e a inserir claramente a noção de deveres do proprietário, com o que passou a ter exemplo claro de direito subjetivo, com deveres para o seu titular. A Constituição de Weimar marcou o fim do Estado Liberal, inaugurando o Estado Social de Direito, com a implicação da promessa do Bem-estar Social. (...) A diversidade de concepções existentes a respeito do instituto pode ser compreendida a partir de um exame perfunctório do mesmo e dos momentos históricos nos quais houve contribuições à sua, por assim dizer, ‘feição’ atual. (...) Pode dizer-se, sem medo de errar, que a configuração do instituto da propriedade recebe, direta e profundamente, influência dos regimes políticos, em cujos sistemas jurídicos é concebida e pelos quais é esse direito abrigado” (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v.11. (no prelo).

75 No mesmo sentido, consigna Rosa Maria de Andrade Nery que “os artigos 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição Federal, ali estão por inspiração da Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), que no art. 153, in fine, estabeleceu, por inspiração dos civilistas Martin Wolffe e Otto von Gierke, os princípios de que ‘a propriedade obriga’ (Eigentum verpflichtet) e da ‘função social da propriedade’ (Gebrauchnach Gemeinen Besten)” (ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)*, uma análise histórico e cultural. Tese de livre docência apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004. p. 281 - 282).

76 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 366.

todos.⁷⁷ José Cretella Júnior, inclusive, expõe qual foi a mentalidade na inclusão da referida disposição na Constitucional Federal:

Em 1º de maio de 1946, perante a Comissão Constitucional, o Senador e Professor Ferreira de Souza teceu oportunas considerações sobre a desapropriação e o direito de propriedade, assinalando a passagem do 'individual' para o 'social': *"se há conceito que vem sofrendo, nos últimos tempos, certas modificações aceitas por todos aqueles que se preocupam com os problemas da justiça social, é o da propriedade. Não estamos mais nos velhos tempos da propriedade quirritária, nem naqueles em que ela se definia como direito de usar, gozar, e abusar de uma coisa qualquer. Foram-se os tempos, a época em que a propriedade era considerada um atributo individual, destinado à satisfação de prazeres ou necessidades individuais. Hoje, sociólogos e juristas estão de acordo em que a propriedade, se não era uma necessidade social, tem agora essa função. Sem se atentar nessa feição social, ela se tornaria instituto quase injustificável. Eis as razões pelas quais minha emenda evitou a expressão em toda sua plenitude, o que só se compreenderia no regime anterior, da propriedade absoluta. Por outro lado, o Anteprojeto da Egrégia Subcomissão só admitiu dois casos de desapropriação, os quais vou chamar clássicos: a desapropriação por necessidade pública e a por utilidade pública. As expressões necessidade e utilidade pública têm sentidos fartamente conhecidos por todos os senhores representantes e absolutamente inalteráveis do campo do direito. Diz-se necessidade pública quando a desapropriação visa à possibilidade de um serviço público qualquer, um serviço do Estado, uma utilidade do Estado ou de que o Estado se encarregue para bem dos indivíduos. Essas restrições, inteiramente compreensíveis no regime anterior, não podem mais pretender o monopólio do instituto da desapropriação. Devemos estabelecer uma desa-*

77 "Constituição de 1946 - Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos" (BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição [da] República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2008).

*propriação que não seja nem por necessidade do Estado em si, como órgão diretor da sociedade em geral, nem mesmo por utilidade pública, para qualquer serviço do Estado. Mas devemos também possibilitar a desapropriação, sempre que necessária à ordem social, à vida social. Vamos citar dois casos: na sociedade puramente individualista, que compreende a propriedade como um direito absoluto, admite-se a propriedade dos bens que não produzem e recebem valorização do próprio Estado ou do Estado coletivo. Evidentemente, essa propriedade improdutiva, que o proprietário não explora no sentido de transformá-la numa utilidade geral, criando riqueza para a coletividade, é um peso para a sociedade. O proprietário tem, em seu favor, toda a proteção da lei e da autoridade; recebe as conseqüências do enriquecimento resultante do trabalho real e da própria ação do Estado e nada lhe dá em virtude desse mesmo direito. Deve ser possível ao Estado, em casos especiais, desapropriá-la, a fim de tornar a propriedade uma utilidade, uma riqueza social, seja porque vá dividi-la entre os que pretendem cultivá-la, seja para outro fim de ordem coletiva” (Revista de direito administrativo, 29:6, nota 5). Se, pois, o proprietário negligencia o bem que lhe pertence, (a) abandonando-o, (b) inaproveitando-o, (c) conservando-o improdutivo, (d) não o explorando, (e) explorando-o abaixo das reais possibilidades, ocorre a hipótese da intervenção estatal, mediante a desapropriação, que, retirando a propriedade do *dominus* negligente, a transfere para quem possa dar-lhe a destinação social prevista.⁷⁸*

O Constituinte da Carta de 1946, contudo, apesar da ideologia manifestada, não fez constar no texto constitucional outras referências para uma melhor compreensão do princípio, situação que se repetiu na Constituição de 1967 e na EC nº 1/69, que, seguindo a mesma linha, prescreveram a função social da propriedade como sendo um princípio da ordem econômica e social, ob-

78 CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 1, p. 188 - 189.

jetivando a realização de uma justiça social⁷⁹, mas também sem indicar maiores detalhes para sua operacionalização.⁸⁰⁻⁸¹⁻⁸²

Mesmo sofrendo a influência externa quanto à evolução dos direitos fundamentais, ainda não havia durante a maior parte da vigência das referidas Constituições ambiente propício para um avanço mais considerável acerca da funcionalização da propriedade⁸³. Somente com a mudança dessa realidade social, viven-

79 *Constituição de 1967* – “TÍTULO III - *Da Ordem Econômica e Social* - Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição [da] República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2008).

80 “Art. 161 - A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. § 1º - A lei disporá sobre volume anual ou periódico das emissões dos títulos, suas características, taxas dos juros, prazo e condições do resgate. § 2º - A desapropriação de que trata este artigo é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o acima disposto, conforme for estabelecido em lei. § 3º - A indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro. § 4º - O Presidente da República poderá delegar as atribuições para a desapropriação de imóveis rurais por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias. § 5º - Os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade sujeita a desapropriação na forma deste artigo” (BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição [da] República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2008).

81 *Emenda Constitucional nº 1, de 1969* – “Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 22 - É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior” (BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição [da] República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2008).

82 Nesse sentido: GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 94, n. 833, p. 97 - 103, 2005.

83 Vale ressaltar que a situação exposta não é peculiar apenas ao sistema constitucional brasileiro, coincidindo com o ocorrido em outros países que, apesar de ter a manifestação do princípio no patamar constitucional, também não apresenta regulamentação detalhada a fim de que seja descrita a sua exata compreensão. Por oportuno, segue a redação de alguns dispositivos constitucionais: “*Constituição Argentina de 1949*. “Art. 38 - La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establece la ley com fines común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva” (ARGENTINA. *Constituição (1949)*. Disponível em: <www.lucheyvuelve.com.ar/DOCUMENTOS/const.html>. Acesso em: 15 nov. 2008). *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Art. 14 - A propriedade obriga. E seu uso deve servir ao mesmo tempo ao bem-estar geral. *Constituição da Quarta República Francesa* Preâmbulo: “(...) Todo o bem, toda empresa, cuja exploração tenha ou venha a adquirir caráter de serviço público nacional ou de monopólio de fato, se converterá em propriedade da coletividade”. *Constituição mexicana*. Art. 27, § 3º - “A Nação terá em todo o tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades ditadas pelo interesse público, assim como o direito de regular, em benefício social, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação” (MÉXICO. *Constituição (1917)*. Disponível em: <www.youcatan.com.mx/especiales/constitucion/tit_primero1.asp>. Acesso em: 15 nov. 2008).

ciada nas décadas subseqüentes às referidas Cartas, é que se tornou possível um avanço maior, impulsionado também pelo aumento significativo da população brasileira – seguido de um considerável deslocamento dessa população das áreas rurais para os centros urbanos –, bem como pelos crescentes conflitos rurais e urbanos envolvendo a propriedade.⁸⁴

Nesse ambiente social, a Constituição de 1988 avançou quanto ao aspecto funcional da propriedade, tratando do assunto em momentos distintos e de forma estruturada. Inicialmente, a Constituição prescreveu em seu art. 5º, inc. XXIII, ou seja, dentre os direitos e garantias fundamentais, que a propriedade deve cumprir sua função social. Posteriormente, consigna no inc. III, do art. 170, a função social da propriedade dentre os princípios gerais da atividade econômica. Em seguida, regulamenta o cumprimento da função social da propriedade urbana ou rural nos arts. 182, 184 e 186, prevendo, inclusive, sanções para o caso de descumprimento do comando constitucional.

Como visto, após garantir a inviolabilidade do direito individual e fundamental de propriedade (art. 5º, *caput*, e inc. XXII), a Constituição consigna a necessidade de a propriedade atender a uma função social (art. 5º, inc. XXIII). Tal previsão, mesmo diante de uma visão mais restritiva decorrente da rigidez do regime jurídico pertinente ao direito de propriedade, indica que o referido direito, apesar de inviolável, está suscetível de delimitações decorrentes dos princípios da ordem econômica (art. 170) e das políticas urbanas (art. 182) e fundiárias (art. 184 e ss), de forma a compatibilizar a amplitude das faculdades inerentes ao direito às balizas⁸⁵ ou moldes ditados pela própria constituição, sempre visando “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, bem como a operacionalização do desenvolvimento urbano, fundiário e da reforma agrária.

Assim, apesar do direito fundamental (e individual) de proteção da propriedade (art. 5º, *caput*, e inc. XXII), tal direito, diante

84 Sobre os conflitos decorrentes das ocupações de terra, vide: DUTRA, Carlos Alberto dos Santos. *As ocupações de terra e a produção do direito*. São Paulo: Scortecci, 2002.

85 Expressão utilizada por Arruda Alvim. (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao Livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

(e em razão) da função social prevista no mesmo artigo (art. 5º, inc. XXIII), pode sofrer fiscalização pública visando exigir que esta mesma propriedade sirva aos preceitos econômicos e políticos da própria Carta Magna (arts. 170, 182 e 184). Em consequência, o poder público, legitimado também pela função social exigida no art. 5º, XXIII (e não apenas pelo próprio princípio econômico da função social da propriedade, previsto no art. 170, III), pode promover a intervenção no domínio econômico (propriedade individual/privada que se insere no processo produtivo)⁸⁶, bem como exigir do proprietário o cumprimento das disposições legais pertinentes ao atendimento da política urbana ou rural, sob pena de até mesmo sofrer desapropriação-sanção nessa última hipótese.

A previsão da necessidade de a propriedade atender a uma função social, contida imediatamente após a previsão de garantia do direito, serve, na concepção exposta, como ligação entre o direito individual fundamental e a necessidade de conformação do conteúdo da propriedade perante interesses econômicos e políticos, voltados para a sociedade.⁸⁷

A disposição constitucional prevista no art. 5º, XXIII, indica, ainda, um elemento conformador da própria *compreensão* do direito de propriedade consagrada no direito privado, a fim de *reduzir* o sentido absoluto e individualista de seus elementos estruturais conferido historicamente ao instituto. Nesse sentido, mesmo não tendo a Constituição estabelecido, no referido inciso, parâmetros objetivos para a análise da *conformação* da estrutura e do conteúdo do direito de propriedade, a previsão da necessidade de a propriedade garantida atender a uma função social representa a necessidade de se observar uma qua-

86 Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 812 e CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1236.

87 "O direito de propriedade, garantido no art. 5º, XXII, está imantado pela consideração do valor da função social que há de conformar e presidir o desempenho do exercício desse direito, conforme o inciso XXIII do mesmo dispositivo. (...) Deve-se, em relação aos incisos XXII e XXIII, do art. 5º, ter presente que, por se constituírem direitos fundamentais, são regras que se aplicam imediatamente, ou seja, tiveram, desde logo, os juízes e jurisdicionados como destinatários, ainda que a hipótese do inc. XXIII constitua um direito de cada um e de todos, no sentido de que tenham direito a uma conduta do proprietário que não infrinja a função social da propriedade" (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

lificação funcional prestigiada pela lei quanto à utilização dos bens.^{88,89} É o que expõe a doutrina:

A par de consagrar a garantia institucional do direito de propriedade no art. 5º, XXII – é garantido o direito de propriedade –, o texto estabelece, logo no inciso seguinte, que a propriedade atenderá a sua função social. A função social da propriedade – e, portanto, sua vinculação social – assume relevo no estabelecimento da conformação ou limitação do direito. Não são poucas as dificuldades que enfrenta o intérprete na aplicação do art. 5º, XXII, da Constituição, tendo em vista que essa garantia institucional deve traçar limite à ação legislativa, mas ao mesmo tempo é por ela (ação legislativa) conformada. Há de se indentificar um conceito de propriedade adequado que permita assegurar a proteção do instituto.⁹⁰

Luis Paulo Cotrim Guimarães, inclusive, destaca que a função social e o direito de propriedade não são antagônicos, pois a função social da propriedade “possui contornos nitidamente peculiares, como reflexo do sistema jurídico-político de cada nação”, traduzindo-se pela “afirmação do próprio direito de propriedade”. Diz o jurista: “Enfim, da compreensão da intitulada função social, em sua conotação jurídica, traduz-se, em verdade, mais como um ‘dever de cuidado’ sobre a propriedade individual do que como uma visão sociológica direcionada à idéia de coletivização progressiva daquele direito. Nossa Carta Política exprime, assim, a propriedade privada como um dos alicerces fundamentais da ordem econômica (art. 170, II), como reprodução exata do modelo político adotado, sem descuidar, entretanto, de sua função social (art. 170, III).” E conclui: “O direito constitucional

88 “Por função social da propriedade há que se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que a sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidos a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *A reconstrução do direito privado: a tutela da posse na constituição e no projeto do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 845 - 846).

89 Diz Kildare Gonçalves Carvalho que, “ao dispor que ‘a propriedade atenderá a sua função social’, o artigo 5º, XXIII, da Constituição, a desvincula da concepção individualista do século XVIII. A propriedade, sem deixar de ser privada, se socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade uma maior utilidade, dentro da concepção de que o social orienta o individual” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 737).

90 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 422.

não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas condena a utilização do bem de maneira puramente egoística, sem levar em conta o interesse alheio e o da sociedade.”⁹¹⁻⁹²

Vale ressaltar que o princípio da função social, nessa concepção, assume papel de destaque em um sistema normativo infraconstitucional “aberto” vigente atualmente, em razão do novo Código Civil, rico em conceitos vagos e indeterminados e desprovido da mesma segurança ou previsibilidade (precisão jurídica) inerente ao sistema “fechado” anteriormente em vigor.⁹³ A função social, nesse sistema, representa um princípio que acaba qualificando determinadas situações jurídicas que envolvem as relações privadas, conferindo legitimidade às soluções adotadas.^{94,95}

A referida exigência de atendimento da função social, como qualificação constitucional do direito de propriedade (incisos XXII e XXIII), pode ter sua manifestação prevista de forma imediata por meio da norma infraconstitucional (como ocorre, por exemplo, na usucapião, na desapropriação judicial privada, etc), ou pode, ainda, ser vislumbrada nas situações concretas, de forma imediata, dependente, preponderantemente, das particularida-

91 GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 94, n. 833, p. 97 - 103, 2005.

92 Arruda Alvim explica que “a função social é um valor assumido pelo texto constitucional e é, primordialmente, dirigido ao legislador, dado que é a lei que há de realizar a função social da propriedade.” Por tal razão, diz o autor que muitos negam “que essa função social seja suscetível de ser operada no interior do direito de propriedade” desfiando-o; mas, são usuais as expressões de que a função social permeia o direito de propriedade.” E conclui: “Em realidade, a propósito desta discussão, o que parece verdadeiro é que as restrições que possam ser opostas ao direito de propriedade, e, desde que lastreadas na função social, afetam legitimamente o direito de propriedade, e, em rigor, o permeiam” (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

93 Sobre o assunto, vide: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 540.

94 Sobre a qualificação decorrente da função social, vale conferir: GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 94, n. 833, p. 97 - 103, 2005.). Nesse sentido: FREITAS, Rodrigo Cardoso. Breves anotações sobre o conceito de posse. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 394, p. 565, 2007.; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A posse qualificada pelo trabalho ou moradia diante da teoria objetiva e da função social. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba: Jurua, n. 4, 2008; e FREITAS, Rodrigo Cardoso. Posse e detenção: uma distinção relativa?. In: ASSIS, Araken de et al. (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

95 Quanto aos reflexos do princípio da função social em um sistema rico em cláusulas abertas, merece destaque o entendimento manifestado por Teresa Arruda (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 530).

des do caso concreto, da argumentação das partes e de uma compreensão mais ampla do princípio pelo Poder Judiciário.⁹⁶

Expondo essas possibilidades, expõe Luiz Guilherme Marinoni: “Quando pensa em eficácia imediata, afirma-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio das normas e dos princípios de direito privado. Além disso, as normas constitucionais poderiam servir para a concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado. (...) Mas, segundo os teóricos da eficácia imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente sobre as relações entre particulares. Além de normas de valor, teriam importância como direitos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociais ou mesmo contra indivíduos que tenham posição de supremacia em relação a outros particulares. Outros, chegando mais longe, admitem a sua incidência imediata também em relação a pessoas ‘comuns’. O que importa, nessa última perspectiva, é que se dispensa a intermediação do legislador – e assim as regras de direito privado – e se elimina a idéia de que os direitos fundamentais poderiam ser tomados apenas para preencher as normas já abertas pelo legislador ordinário”.⁹⁷

Justamente diante da possibilidade de aplicação imediata de certos direitos fundamentais, Luiz Guilherme Marinoni destaca “a necessidade de se pensar na incidência dos direitos fundamentais sobre os particulares, em vez da sua simples incidência sobre o Poder Público, decorre da transformação da sociedade e do Estado.” E afirma: “Hoje o Estado não pode mais ser visto como ‘inimigo’, como acontecia à época do Estado liberal, pois tem a incumbência de projetar uma sociedade mais justa, regulando as atividades dos próprios particulares. De modo que os direitos fundamentais não têm razão para incidir apenas sobre as relações entre os particulares e o Estado, deven-

96 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 77 - 78.

97 *Ibid.*, p. 77.

do também repercutir sobre as relações travadas apenas entre particulares.”⁹⁸

É por tal razão que Arruda Alvim destaca “o fenômeno da constitucionalização do direito civil, que permite especialmente em casos complicados, *hard cases*, retraçar o perfil de determinados institutos do direito civil à luz da Constituição Federal, ou, mesmo, a aplicação direta do texto constitucional, que digam respeito a direitos fundamentais, com a ineficácia de texto infraconstitucional”. Contudo, atento às particularidades do regime jurídico constitucional e infraconstitucional do direito de propriedade, adverte o jurista, “dever-se-á, em tais casos, preservar ao menos o valor econômico para o proprietário da propriedade atingida”.⁹⁹

Há que se mencionar, ainda, que o inciso XXIII, do art. 5º, da Carta Magna, também indica a possibilidade da existência de condicionante para a própria garantia de inviolabilidade do direito de propriedade prevista no *caput* e no inc. XXII, do mesmo dispositivo. Seguindo esse o entendimento, somente seria garantida a inviolabilidade do direito fundamental de propriedade caso esta esteja atendendo à sua função social, ou seja, deve ocorrer a conjugação dos dois incisos para a conclusão de que a proteção constitucional é inerente à propriedade que cumpre a sua função social.

O significado exposto, contudo, apesar de ter respaldo doutrinário¹⁰⁰ e até jurisprudencial¹⁰¹, exige a compreensão do princí-

98 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 77.

99 ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

100 André Ramos Tavares afirma que o cumprimento da função social da propriedade é o “fundamento para o reconhecimento e garantia do direito de propriedade em sua plenitude”. Diz o autor: “a propriedade só está garantida, como tal, na Constituição brasileira, nos termos do inciso XIII, que prescreve: ‘a propriedade atenderá a sua função social’” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 610).

101 AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECRETO EXPROPRIATÓRIO - TUTELA ANTECIPADA - GARANTIA DE MANUTENÇÃO DE POSSE - I - A Constituição Federal garante o direito de propriedade desde que esta atenda a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). Desta forma, somente mediante prova inequívoca de inadequação da terra para fins de desapropriação é que poderá se obstar os procedimentos tendentes à desapropriação, sob pena de obstaculização do efetivo desenvolvimento da política da reforma agrária. II - Se o Relatório Técnico de Vistoria de Levantamento de Dados levado a efeito pelo INCRA é conclusivo no sentido de improdutividade do imóvel, nos termos do artigo 6º, da Lei 8.629/93, merece reparos a decisão que concedeu tutela antecipada aos autores para garantir a manutenção da posse do imóvel expropriado. III - Ausência de requisito previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil. IV - Agravo provido. (TRF4ª R. - AI 1998.04.01.078690-1 - RS - 3ª T. - Relª Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère - Maioria - DJU 28.07.1999, p. 282).

pio da função social segundo os significados expostos anteriormente, como forma de verificação do cumprimento da função e, em conseqüência, de merecimento da proteção constitucional. Assim, para a incidência da proteção, seria imprescindível verificar o cumprimento da função social da propriedade segundo os ditamente descritos pela própria Constituição (arts. 170, 182, 184 e 186), ou a qualificação constitucional incidente sobre as situações jurídicas concretas apresentadas ao Judiciário.¹⁰²

No que se refere à função social da propriedade prevista no artigo 170, inc. III, da CF, a estruturação constitucional é semelhante à narrada anteriormente. A Constituição em vigor prescreve a propriedade privada e a função social da propriedade, nesta seqüência, como princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. O princípio da função social está previsto no inc. III, imediatamente ao princípio da propriedade privada, contido no inc. II, ambos do art. 170.¹⁰³

Ao comentar tal disposição, Eros Grau expõe que a “inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 – mas, além disso, de subordinar o

102“A propriedade contemporânea se encontra arrimada em dois princípios jurídicos que conduzem à sua compreensão como faculdade do sujeito ativo de exigir a abstenção dos sujeitos passivos na ingerência da coisa, para possibilitar suas faculdades reais na mesma, bem como do dever desse sujeito, agora na condição passiva do adimplemento, volver o domínio em prol do coletivo, funcionalizando-o, de modo que o bem atenda o fim social que lhe é destinado. A abertura do conceito perseguido advém pelo preenchimento axiológico pelos dois princípios que concorrem na sua construção, a informá-lo diretamente. O princípio da garantia da propriedade, como acesso e defesa da propriedade individual privada e seu livre exercício, trazendo em seu bojo valores individualistas, aceitos pelo princípio da liberdade em seus limites e o princípio da função social da propriedade, exacerbador do pluralismo, informado pelo princípio da igualdade, que fazendo contraponto ao anterior, relativiza o individualismo pelo interesse público e social. Ambos princípios restam positivados em nossa Constituição, no artigo 5º, respectivamente nos incisos XXII e XXIII, enquanto princípios especiais, densificadores dos que lhe são mais abstratos (estruturantes, fundamentais e gerais) e densificados pelos que lhes são menos abstratos (especialíssimos e regras). Nessa medida, decorre que a propriedade não atende ao seu fim social quando sua destinação é incompatível com o interesse coletivo, devendo essa ser redirecionada. Tendo em vista que o interesse individual também tem abrigo em nosso sistema, não cabe seja simplesmente ignorado e, sim, compatibilizado” (ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 182 - 183).

103Diz Arruda Alvim que “o art. 170, em seus incisos II e III, coloca a propriedade privada e a sua correlata função social como princípios da ordem econômica, de modo que se possa disciplinar a propriedade também sob o peso desse valor correlacionadamente com a ordem econômica, impor restrições e sanções no caso de descumprimento” (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

Nessa linha de pensamento, José Afonso da Silva leciona que a função social como princípio da ordem econômica legitima a atuação empresarial voltada para o desenvolvimento nacional, desde que a liberdade de iniciativa seja voltada para a efetiva consecução dos fundamentos, fins e valores da ordem econômica, que asseguram a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social.¹⁰⁶ Tal princípio compatibiliza os preceitos constitucionais, na medida em que cria harmonia entre a proteção individual da propriedade, inerente, em regra, à propriedade privada, e os objetivos econômicos constitucionais¹⁰⁷, permitindo a intervenção pública na economia voltada para o aspecto social (dignidade e justiça), bem como a edição de norma regulamentando tal aspecto social.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹⁻¹¹⁰

104 GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 247.

105 Nesse sentido: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 188.

106 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 814.

107 Diz o autor: "Como direito individual, o instituto da propriedade, como categoria genérica, é garantido, e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade de que haja o atendimento de sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social" (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 611).

108 SILVA, op. cit., p. 814.

109 Sobre a função social da empresa, vide art. 173 da Constituição Federal: "Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8 - 71).

110 Não houvesse a previsão constitucional do princípio econômico da função social, a propriedade privada poderia, em tese, servir a dois propósitos distintos, quais sejam, um individual, que até poderia ser considerado egoístico, voltado apenas aos desejos do titular do direito, sem qualquer preocupação com a realidade econômica, política e social que o cerca, sendo, de certa forma, expressão máxima da liberdade, típica do proprietário em certos momentos históricos; ou um social, que pode ser considerado solidário, voltado para a satisfação dos desejos da comunidade, preocupado com a realidade econômica, política e social que o cerca, restringindo, de certa forma, a liberdade do titular do direito.

Assim, restaria criada a harmonia entre preceitos e interesses individuais e privados, relativos ao direito de propriedade e próprios de uma economia livre de mercado, com aqueles pertinentes à necessidade de se criar oportunidades para todos, com dignidade e justiça social.¹¹¹

A Constituição prevê a função social da propriedade, por fim, nos artigos 182, 184 e 186, da CF, que tratam da política urbana, agrícola e fundiária, bem como da reforma agrária. Os referidos dispositivos são inovadores e estão direcionados para o estabelecimento de uma política pública (principalmente em nível municipal e federal) para os imóveis urbanos e rurais, descrevendo, de forma estruturada, a possibilidade – *rectius*: necessidade – de uma intervenção pública na concretização da função social nas situações previstas constitucionalmente, regulamentando, inclusive, as sanções possíveis para o caso de não-atendimento de seus preceitos.¹¹²

111 Já entendeu o STJ que “a apreensão de máquinas de diversão eletrônica para perícia unitária, quando as suas características e as de jogos nela inseridos insinuam provável nocividade ao interesse público, configura ato administrativo de polícia válido e eficaz, porque realizado com intuito de assegurar a proteção aos seus usuários e, como consequência, de preservar a ordem pública e o interesse coletivo, em harmonia com a função social da propriedade, do trabalho e da livre iniciativa.” (STJ - RMS 14454-RJ - PROC. 2002/0016623-6 - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 23.09.2002, p.226). Por outro lado, entendeu o TRT da 15ª Região que o “dono da obra que contrata empreiteiro inidôneo, cujo trabalhador acidentado atua na obra sem registro, responde subsidiariamente por obrigação decorrente de acidente de trabalho, por culpa in eligendo e in vigilando, aplicação da regra geral de responsabilidade civil insculpida no art. 186 do CC/02, inclusive como meio de frear a informalidade no setor da construção civil, prejudicial aos trabalhadores, à margem de qualquer proteção social.” Tal entendimento também foi fundamentado no princípio da função social: “Afinal, não só o trabalho, mas também a propriedade possui função social (art. 5º, XXIII, da CF/88), visando à construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Brasileira (art. 3º, I, da CF/88).” (TRT15ª R - Proc. 0004-2004-045-15-00-9-RO - Ac. 51545/05 - 11ª C - Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini - DOESP 21.10.2005). Semelhantemente, entendeu o TRT da 2ª Região, ao expor que “ainda que não configure assédio moral, porquanto ausente a situação de cerco, o caráter continuado das agressões verbais e humilhações praticadas por superior, com gritos, xingamentos e revista de pertences, caracteriza método de gestão por injúria que importa indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF; 186 e 927 do NCC)”, consignando que “tal modalidade de tratamento despótico dirigido à empregada caracteriza tirania patronal incompatível com a dignidade da pessoa humana, com a valorização do trabalho e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art. 5º, XIII, art. 170, caput e III).” (TRT2ª R. - RO 02216200506802006 - Ac. 20070399390 - SP - 4ª T. - Rel. Desemb. Ricardo Artur Costa e Trigueiros - DJ 01.06.2007).

112 Consigna Arruda Alvim que, “em relação aos arts. 182 a 191, tais textos, já no plano constitucional, concretizam, em suas linhas matrizes, em certa escala, a significação de *função social*, que se desdobra em normatividade de nível inferior à constitucional. Nesses textos se estabelecem os referenciais constitucionais da propriedade urbana e rural. (...) Quanto à propriedade urbana, é de se lembrar que a Constituição Federal possibilita ao Poder Público Municipal, por lei (v. na nota 4), exigir do dono de propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento, sucedendo-se a edificação compulsória, tributação progressiva e, finalmente, a chamada desapropriação-sanção (art. 182, §4.º, incs. I, II, III, CF). (...) No que tange à propriedade rural, é mister ressaltar o conteúdo do art. 184, o qual estabelece competir à União a desapropriação para fins de reforma agrária do imóvel que não estiver cumprindo sua função social. Os principais referenciais a respeito do cumprimento da função social da propriedade rural encontram-se delineados no art. 186, da Constituição, tendo sido regulamentados pela Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 (cujo objeto foi o de dispor 'sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no

Quanto aos imóveis urbanos, a Carta Magna traçou o contorno do que seria a função social da propriedade, consignando que a função social da propriedade é atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor Urbano, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, § 2º).¹¹³

A Constituição dispôs, ainda, que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei (Lei Federal – Estatuto da Cidade), tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, podendo o ente público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor (Lei Municipal), exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I) parcelamento ou edificação compulsórios; II) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;¹¹⁴ e III) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e

Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. (...) Vários textos desta última Lei 8.629/93 tornam *menos vaga* a expressão *função social* enquanto referidos à propriedade agrária, concretizando a noção dos referenciais do art. 186, da CF. Apontam-se como *ingredientes* da função social da propriedade agrária, além do aspecto *econômico* ou *produtivo*, os aspectos *social* – *caracterizado* pelo bem-estar que devem as relações econômicas da propriedade agrária gerar para os que nela trabalham e para a sociedade em geral e *ambiental*. Em relação ao último aspecto, resultam vedados *atos predatórios* ao ecossistema, e, bem assim, está exigido comportamento voltado para assegurar o aproveitamento racional e adequado do solo rural, bem como a utilização racional dos recursos naturais disponíveis. (...) Se, de uma parte, a legislação torna *menos vaga* a expressão *função social da propriedade*, a partir dos seus mandamentos, de outra, isso ressalta que salvo casos residuais e manifestos de mau uso da propriedade para além desses mandamentos, não pode haver interferência no direito de propriedade, em relação ao exercício do referido direito, inclusive o seu uso, pelo proprietário. Em outros termos, ao mesmo tempo em que esses mandamentos implicam modelar restritivamente o perfil do direito de propriedade (e, o respectivo exercício, v. g., art. 1.228, § 2º), também significam, no seu reverso, uma expressão da garantia da propriedade que a esse modelo se encontra amoldada” (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

113 § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

114 A constitucionalidade da cobrança de alíquotas de IPTU progressivas já foi declarada sob o fundamento de que a compatibilidade entre o direito de propriedade com a sanção decorrente da não-observância do princípio da função social: Súmula STF nº 668 - É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (art. 182).¹¹⁵

A função social da propriedade rural, por sua vez, é, segundo a Constituição Federal de 1988, o atendimento, simultâneo, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei (Lei Federal), aos seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Referidas disposições constitucionais estabeleceram um regime jurídico positivado e capaz de atender à nova realidade da propriedade urbana e rural, antevendo a inevitável necessidade de uma intervenção estatal para a compatibilização do exercício do direito fundamental da propriedade, com os anseios mais evidentes ou sensíveis da sociedade em nível urbano ou rural, buscando evitar o exercício do direito despregado do contexto ao qual se integra.

A técnica utilizada pela Constituição para atender tal escopo é indicar os meios para a identificação do que seja função social, segundo os instrumentos mais próximos da comunidade. Nos centros urbanos, diz a Constituição, como já afirmado, que a função será definida no principal instrumento de ordenação das cidades, qual seja, o Plano Diretor Urbano (PDU). Nas cidades com mais de vinte mil habitantes, onde é obrigatório (art. 182), o PDU dirá como a propriedade atende à sua função social. Nos imóveis rurais, diante da necessidade de intervenção principalmente da União, a função será definida segundo

115 Quanto ao Estatuto da Cidade, expõe Arruda Alvim: "O art. 2º, da Lei 10.257/2001 é representativo dos fins a serem atingidos em relação à propriedade urbana ---- por meio da progressiva remodelação das cidades ----, e, paralelamente, ao que deve ser corrigido. O plano diretor deverá materializar ou espelhar concretamente o que o legislador municipal julgar ser necessário para concretizar a função social, o que deverá variar materialmente, em certa escala, de cidade para cidade (art. 182, § 3º, CF). E, o § 4º, desse mesmo texto, atribui também ao Plano Diretor a descrição da hipótese, e à lei específica (em relação a área naquele incluída), a função corretiva, em relação ao uso ou não uso, mas sempre tendendo ou em conformidade com a nota da função social, colocando à disposição do legislador os instrumentos coercitivos dos §§ 1º e 4º, desse mesmo art. 182, havendo a respeito, ainda, a regulamentação constante do Estatuto da Cidade" (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

as normas federais de regência do meio ambiente, das relações de trabalho, etc.

Ao assim dispor, a Constituição identifica o que é função social sob uma ótica que exige a intervenção pública, seja para fixar, por meio da lei municipal ou federal, a exata compreensão do aspecto funcional, seja outorgando poderes e deveres aos entes públicos para coagirem o cumprimento do propósito constitucional. Conseqüentemente, mesmo tendo a Constituição garantido a inviolabilidade do direito individual de propriedade, prevendo que essa, em regra, é privada, deve essa mesma propriedade, por força da mesma Constituição, servir à sua função social, segundo os moldes legalmente previstos, atendendo à realidade social.

Se, por exemplo, é crescente a população urbana, a Carta Magna introduziu instrumentos eficazes para a intervenção pública municipal, visando ordenar tal crescimento, sendo certo que, somente a partir das disposições previstas na Constituição em vigor é que se tornou possível tal interferência na esfera de liberdade do proprietário. Antes, conforme ensinamentos de Álvaro M. R. Bourguignon, desejando o proprietário fazer alguma coisa com seus bens, teria que verificar a conformidade de sua vontade com a lei. Contudo, permanecia intocável a sua liberdade, ou seja, teria a opção de praticar ou não certa conduta.^{116_117}

Antes da promulgação da Constituição de 1988, se o proprietário desejasse edificar uma casa em seu imóvel urbano, por exemplo, teria que verificar a conformidade do ato desejado com a lei que regula a postura e obras urbanas. Contudo, estando ou não em conformidade, restariam incólume as opções do proprietário, quais sejam, praticar ou não o ato desejado. Ou seja, seria

116 BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. Ensinamentos manifestados durante o magistério na Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

117 Com tal fundamento, entendeu o STF que "o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: CF, art. 5º, XXII e XXIII.", não havendo que se falar em direito adquirido no caso de requerimento de alvará de construção quando já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. No mesmo sentido: "CF, ART. 37 § 6º - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO. I - Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao poder público. II. - R.E. não conhecido" (STF - RE 140436/SP - 2ªT - Rel. Min. Carlos Velloso DJ 06.08.1999).

ampla a liberdade do proprietário. A partir da Constituição de 1988, entretanto, foi introduzida a possibilidade de o ente público intervir nessa esfera de liberdade e exigir, compulsoriamente, que o proprietário pratique o ato aventado, desde que prevista tal exigência no PDU e em lei municipal específica, observadas as disposições gerais previstas na Lei Federal (Estatuto da Cidade).¹¹⁸

Após essa regulamentação do princípio da função social pela Carta de 1988 (arts. 182, 184 e 186), havendo previsão no Plano Diretor Urbano da necessidade de os imóveis situados em uma determinada zona urbana atenderem à finalidade residencial, com o propósito de ordenar o desenvolvimento da cidade, poderia – ou deveria – o Município, mediante lei específica para tal área, determinar aos proprietários que não estão cumprindo tal finalidade que o façam sob pena de, sucessivamente, serem notificados para a edificação compulsória, terem que pagar o IPTU progressivo ou, por fim, sofrerem a desapropriação-sanção. Antes da Constituição, contudo, isso não seria possível, tanto em razão da falta de previsão constitucional quanto pelo regime jurídico peculiar do direito de propriedade.¹¹⁹

Quanto aos imóveis rurais, a situação é semelhante, sendo atualmente possível a aplicação da desapropriação-sanção, para fins de reforma agrária, em caso de descumprimento dos

118 Maria Clara Mello Motta leciona que "o próprio caráter absoluto do instituto jurídico da propriedade das primeiras declarações liberais sofreu paulatina evolução, passando pela aplicação da teoria do abuso do direito, das limitações negativas, das imposições positivas até a função social, sem mencionar o estágio da propriedade socialista. Ora, dessa evolução resultou a superação da noção de propriedade como direito natural, substituída pela concepção de direito atual, pela qual a faculdade do titular de usar, gozar e dispor de seus bens é estabelecida por lei 'que fixa o conteúdo desse direito (que é) institucionalmente garantido pela Constituição'. A moderna doutrina, portanto, abandonando a perspectiva meramente civilista, considera a propriedade sujeita à disciplina do direito público, com sede fundamental em normas constitucionais, que lhe impõem sérias limitações (MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 55 - 56).

119 Segundo Kildare Gonçalves Carvalho, "a função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum: enquanto as obrigações de não fazer impostas ao proprietário se acham ligadas ao poder de polícia, as obrigações de fazer decorrem da função social da propriedade. (...) Mencione-se, ainda, que a função social da propriedade vai além das limitações que lhe são impostas em benefício de vizinhos, previstas no Código Civil, pois que elas visam ao benefício da comunidade, do bem comum, do interesse social" (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 737).

preceitos legais de regência do meio ambiente, das relações de trabalho, dentre outras, descritas no art. 186, da CF.¹²⁰⁻¹²¹⁻¹²²

Essa situação exposta, prevista nos referidos artigos, está voltada para regular as relações jurídicas em uma ótica vertical, ou seja, envolvendo uma relação de possível intervenção de um ente público na esfera patrimonial e da liberdade do proprietário privado, partindo da preponderância do aspecto público das normas reguladoras da função social, como, por exemplo, o PDU e a legislação de regência de meio ambiente, trabalho, etc, sem desconhecer que, de forma indireta, a função social implementada atinge as relações jurídicas privadas.

Ao se exigir que o proprietário dê ao seu bem uma função social, deseja a Constituição que, mesmo sendo privada – ou seja, sem ser necessária a transformação da propriedade em

120 Nesse sentido, consigna Arruda Alvim: "Historicamente, consideram-se nos poderes do proprietário, o direito de nada fazer, *em quaisquer circunstâncias*, em nome de um poder absoluto e *quase que incontrastável*; mas, ao menos em face da possibilidade de lei editada em nome da *função social da propriedade*, não se apresenta rigorosamente exata a afirmação, nos dias contemporâneos, *em diversas situações*, porquanto, em relação à esfera rural, pode-se dizer existir *uma convocação do proprietário* para o aproveitamento dos bens imóveis. E, em relação à esfera urbana, tendo-se em vista o disposto no art. 182, da Constituição Federal, como, no Estatuto da Cidade, essa convocação pode também concretizar-se. Se essas são duas hipóteses *nítidas* de previsão normativa, tem-se 'lido' nas expressões *função social da propriedade* a possibilidade de uma 'convocação' mais ampla do proprietário, independentemente de norma ordinária" (ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. v. 11. (no prelo).

121 Nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CÍVEL PÚBLICA POR DANOS AO MEIO AMBIENTE E OBRIGAÇÃO DE FAZER - EXIGÊNCIA DE REFLORESTAMENTO DE RESERVA LEGAL EM 20% DA ÁREA DE IMÓVEL RURAL - FATO CONSTITUTIVO - INCONTROVERSÉSIA - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE - PRINCÍPIOS ELENCADOS NA POLÍTICA - DIREITO DE PROPRIEDADE E DEFESA DO MEIO AMBIENTE - PREJUÍZO MAIOR AO MEIO AMBIENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. O PROPRIETÁRIO TEM OBRIGAÇÃO DE REFLORESTAR 20% DA ÁREA DE SUAS TERRAS, QUANDO PROCESSUALMENTE INCONTROVERSO NOS AUTOS A SUA UTILIZAÇÃO INTEGRAL, "EX. VI" DO PARÁGRAFO 2. DO ARTIGO 16 DO CÓDIGO FLORESTAL (LEI N. 4.771, DE 15 DE SETEMBRO DE 1965). 2. TENDO EM VISTA A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA, O RESPEITO ÀS NORMAS ERIGIDAS PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE NÃO FERRE O DIREITO DE PROPRIEDADE. O INSTRUMENTO DE QUE SE VALE O PODER PÚBLICO PARA ALCANÇAR O BEM COMUM E O DIREITO, E A PROTEÇÃO SÓ E POSSÍVEL COM A RELATIVA LIMITAÇÃO À PROPRIEDADE PARTICULAR, CONCILIANDO O DIREITO REAL E ABSOLUTO DE LIVREMENTE USAR E GOZAR, COM O DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DA SÁDIA QUALIDADE DE VIDA. (TJPR - AC 0105697900 - 5ª Câmara Cível - Rel. Des. Ivan Bortoleto - Jul. 05.03.2002) Vide, ainda: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Condenação para demarcar 20% de propriedade rural para reflorestamento - Admissibilidade - Inteligência do § 2º, do artigo 16, do Código Florestal, que decorre do direito sobre a terra - Trata-se de defesa do meio ambiente, que emerge da função social da propriedade prevista na Constituição Federal, não ferindo o direito de propriedade alegado - Precedentes - Decisão mantida - Recurso não provido. (TJSP - AC 199.066-5 - Jaboticabal - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Aloísio de Toledo Cesar - J. 03.12.2002 - V.U.).

122 O STF já declarou que "a própria Constituição da República, ao impor ao poder público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio a necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (CF, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184, da Lei Fundamental." (STF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 17.11.1995) DTZ110306.

pública –, tal propriedade sirva aos propósitos sociais manifestados, em conjunto, por outros particulares. A exigência da função social, nos moldes previstos nos artigos 182 e 186, da CF, certamente afetará as relações privadas subjacentes.

Tudo que foi exposto demonstra que, no nível constitucional, é atualmente possível determinar os contornos da função social da propriedade prevista nos artigos 5º, inc. XXIII, 170, inc. III, 182, 184 e 186, bem como estabelecer um regime jurídico aplicável perante as relações envolvendo o poder público ou puramente as relações privadas. Demonstra, ainda, o destaque concedido ao aspecto social da propriedade, conformado, como visto, dos seus elementos estruturais.

5 Referências

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Algumas notas sobre a distinção entre posse e detenção. In: CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira et al. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 815, 2003.

_____. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Função social da propriedade: palestra proferida no II Simpósio Nacional de Direito Civil. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba, n. 1, 2006.

_____. Texto introdutório ao livro III: do direito das coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 11. (no prelo).

ARGENTINA. *Constituição (1949)*. Disponível em: <www.lucheyvuelve.com.ar/DO-CUMENTOS/const.html>. Acesso em: 15 nov. 2008

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1930. v. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Coleção Estudos de Direito de Processo. Eurico Tullio Liebman, 40).

BRASIL. *Constituição (1824)*. Constituição [do] Império. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2008.

BRASIL. *Constituição (1891)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2008.

BRASIL. *Constituição (1934)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2008.

BRASIL. *Constituição (1937)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2008.

BRASIL. *Constituição (1946)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2008.

BRASIL. *Constituição (1967)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2008.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2008.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *Vade mecum Saraiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1992. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

DUTRA, Carlos Alberto dos Santos. *As ocupações de terra e a produção do direito*. São Paulo: Scortecci, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41 – 46.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba, n. 1, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Função social da propriedade na Constituição Federal. *Revista Jurídica In Verbis*, Natal, v. 2, n.1, p.14 - 19, 1995.

FREITAS, Rodrigo Cardoso. Breves anotações sobre o conceito de posse. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v.103, n. 394, 2007.

_____. A posse qualificada pelo trabalho ou moradia diante da teoria objetiva e da função social. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba: Juruá, n. 4, 2008.

_____. Posse e detenção: uma distinção relativa? In: ASSIS, Araken et al. (Coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional de teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrin. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 94, n. 833, p. 98, 2005.

_____. Perda da propriedade imóvel por inadimplência fiscal conforme o novo Código Civil. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Org.). *Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal*. São Paulo: Federal, 2006. p. 167 – 176. v.1.

LIMA, Getúlio Targino. *A posse agrária sobre bem imóvel*. São Paulo: Saraiva, 1992.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 4.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MUKAI, Toshio. A proteção do meio ambiente e o direito de propriedade sob a perspectiva da Constituição Federal. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, 2., 1999, São Paulo. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/ambiental3/painel1.htmno>>. Acesso em 13: nov. 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES, Tito Lívio. *Da posse*. 2. ed. São Paulo: EUD, 1977.

_____. *Da posse*. 3. ed. São Paulo: Interlex, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.5.

_____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v.10.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.5.

ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: notas sobre uma possível eficácia dos direitos sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 7, jan./jun. 2006.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 6, jul./dez. 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al. (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A reconstrução do direito privado: a tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



2

PARECERES

2.1

PAGAMENTO DE RPV E CONSIDERAÇÕES ACERCA DO VALOR TOTAL DA EXECUÇÃO

ANDERSON SANT'ANA PEDRA

PROCESSO: 43401708. Parecer PGE/SCJ abr. 2009. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: INCAPER

SUMÁRIO: 1 Pagamento de credores por RPV cujo valor total ultrapasse 4.420 VRTE. Possibilidade. Individualização e não fracionamento de execução. 2 Considerações finais.

Senhor Procurador Chefe,

Trata-se de consulta formulada pelo Ilustríssimo Assessor Jurídico do INCAPER, Dr. PEDRO CEOLIN, que em síntese conclusiva apresenta:

... pede-se a essa D. Procuradoria Setorial pronunciar-se e emitir orientação no sentido de como deverá o INCAPER proceder ante o *conflito* na aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º e “caput” do art. 100 da CF/88, tendo de um lado, o enunciado da Orientação Jurisprudencial nº 9, Pleno, do C.TST e o art. 7º da Instrução Normativa nº 32, do E. Órgão Especial, do C. TST e, de outro, as prescrições da Lei Estadual nº 7.674/03, publicada para os fins e efeitos da disposição inserta no art. 87, “caput” e Parágrafo único do ADCT, acrescentado pelo art. 3º da EC 37/02.” (fl. 09);

Em outras palavras, em nosso *sentire*, a dúvida que emerge do ilustre colega do INCAPER é como deve ser tratado o “*valor total da execução*”, tendo em vista os enunciados normativos acima citados e as Requisições de Pequeno Valor (RPV) que contemplarem uma pluralidade de credores, cujo valor total da RPV ultrapasse aparentemente o limite objetivo trazido pela Lei Estadual nº 7.674/2003 (4.420 VRTE).

É o relatório.

Registra o consulente à folha 03, com inspiração romana, que “*na clareza cessa a interpretação*”, pois para ele os enunciados normativos que balizam a sua consulta, num primeiro momento, são “*claros, simples, fáceis de entender e aplicar*”.

Rogando vênia ao consulente, preferimos ombrear com o professor FERRAZ JR., que ao tratar do problema da interpretação do direito, assevera com vigor que “*é hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação*”.¹

Entendemos que a parêmia latina *in claris cessat interpretatio*² não tem qualquer aplicabilidade, pois qualquer lei, qualquer enunciado normativo, claro ou ambíguo, comporta interpretação, sendo dever do aplicador do direito a interpretação a fim de concretizá-lo.³

Ultrapassada essa questão propedêutica, buscar-se-á responder às seguintes questões:

- 1 possibilidade de individualização dos créditos para pagamento parte por RPV e parte por precatório;⁴
- 2 valor da RPV compreendendo as parcelas fiscais e previdenciárias;⁵

Essas situações serão abordadas de *per si* a fim de se alcançar melhor didática, bem como para facilitar a aquiescência, ou não, de Vossa Senhoria.

Vamos a elas!

1 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 68.

2 Ou, *in claris non fit interpretatio*.

3 PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.116. Em idêntico sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 27 e 196; FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 22; RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 468.

4 Essa provocação é de maior amplitude da que a formulada pelo consulente. Esta abrange aquela.

5 *Muito embora essa indagação não esteja contemplada no bojo da consulta, entendemos oportuno seu enfrentamento, mormente pelas últimas decisões do C. TRT 17ª Região que ao final serão trasladadas.*

1 Pagamento de credores por RPV cujo valor total ultrapasse 4.420 VRTE. Possibilidade. Individualização e não fracionamento de execução

De início, o que se mostra necessário para a visualização da *quaestio* é o art. 100, § 4º, da CRFB, que assim prescreve:

Art. 100. ...

...

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, *bem como fracionamento, re-partição ou quebra do valor da execução*, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

Inicialmente, esse dispositivo, incluído pela EC 37/02, gerou bastante discussão nas ações em que apresentavam credores plúrimos, entendendo, alguns, num primeiro momento, que o valor total da execução deveria compreender o somatório de todos os credores, pouco importando se os valores individuais dos credores estivessem compreendidos naquilo que o constituinte derivado intitulou de “pequeno valor”, cuja execução iria ser efetivada à margem do sistema precatorial.

Essa discussão ganhou ainda mais fôlego no Estado do Espírito Santo por conta da redação da Lei nº 7674/2003⁶, que tem em seu texto:

Art. 2º Consideram-se de pequeno valor as obrigações não-superiores a R\$ 6.011,20 (seis mil, onze reais e vinte centavos) correspondentes a 4.420 (quatro mil quatrocentos e vinte) – Valores de Referência do Tesouro Estadual - VRTEs, atualizando-se automaticamente esse valor pela variação da VRTE.

Parágrafo único. *As obrigações de pequeno valor serão consideradas, tomando em conta o valor total da execução.*

6 “Define, no âmbito da Administração Pública do Estado do Espírito Santo, os créditos de pequeno valor para os fins previstos nos §§3º e 5º do artigo 100 da Constituição Federal.”

Contudo, essa discussão atualmente encontra-se dissipada pela jurisprudência do TST, que considera a execução com diversos credores, por RPV ou por precatório e RPV, como sendo uma individualização (ou particularização⁷) da execução e não um fracionamento, senão vejamos:

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 09 – PLENO TST

PRECATORIO. PEQUENO VALOR. INDIVIDUALIZAÇÃO DO CRÉDITO APURADO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA PLÚRIMA. EXECUÇÃO DIRETA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. DJ 25.04.2007.

Tratando-se de reclamações trabalhistas plúrimas, a aferição do que vem a ser obrigação de pequeno valor, para efeito de dispensa de formação de precatório e aplicação do disposto no § 3º do art. 100 da CF/88, deve ser realizada considerando-se os créditos de cada reclamante.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 32/2007 – TST⁸

Art. 7º Na hipótese de reclamação plúrima será considerado o valor devido a cada litisconsorte, expedindo-se, simultaneamente, se for o caso:

- a) requisições de pequeno valor em favor dos exeqüentes cujos créditos não ultrapassam os limites definidos no art. 3º desta Instrução; e
- b) requisições mediante precatório para os demais credores.

Parágrafo único. Os honorários advocatícios e periciais serão considerados parcela autônoma, não se somando ao crédito dos exeqüentes para fins de classificação do requisitório de pequeno valor.

Não é demais lembrar que o STF palmilha no mesmo sentido, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO ATIVO

7 Expressão utilizada pelo STF.

8 "Uniformiza procedimentos para a expedição de Precatórios e Requisições de Pequeno Valor no âmbito da Justiça do Trabalho e dá outras providências." Instrução datada de 19 de dezembro de 2007 e publicada no DJU de 14.01.2008.

FACULTATIVO. PRECATÓRIO. PARTICULARIZAÇÃO DOS CRÉDITOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - *Não viola o art. 100, § 1º e § 4º, da Constituição Federal, a particularização dos créditos individuais do litisconsórcio ativo facultativo para pagamento por requisição de pequeno valor.* II - *Agravo regimental improvido.*⁹

Execução contra a Fazenda Pública: obrigação divisível: *litisconsórcio facultativo: desmembramento do processo para que os litisconsortes com crédito classificado como de pequeno valor possam receber sem a necessidade de precatório.* Recurso extraordinário: descabimento: ausência, no caso, de violação do art. 100, § 4º, da Constituição. 1. O acórdão recorrido, à luz da legislação infraconstitucional, reconheceu que o direito pleiteado pelos litisconsortes é divisível, razão pela qual o litisconsórcio é facultativo. 2. De outro lado, a execução continuará sob o rito do precatório em relação aos litisconsortes com créditos não classificados como de pequeno valor. 3. “A vedação de fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução – § 4º – se justifica a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida para obrigações de pequeno valor e, em parte, mediante expedição de precatório, o que não ocorre no caso.” (RE 484.770, 1ª T., 06.06.2006, Pertence, DJ 01.09.2006).¹⁰

Assim, quanto a essa discussão – fracionamento dos créditos –, crê-se que não há mais o que falar, estando a matéria pacificada pelos Tribunais Superiores, que apontam pela possibilidade da execução ser efetuada por RPV quando o valor total da execução ultrapassar o valor trazido pela Lei Estadual nº 7.674/2003, mas se referir a vários credores, e cada um desses, isoladamente, não esteja executando valor superior a 4.420 VRTEs.

A tal entendimento chega-se de forma harmoniosa quando se interpreta que a expressão “*valor total da execução*” a que alude a Lei Estadual nº 7674/2003, em seu art. 2º, parágrafo úni-

9 RE-AgR 543622/RS. 1ª Turma. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julg.: 23.10.2007. DJ: 23.11.2007, p. 78. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20 nov. 2007.

10 RE 523199/RO. 1ª Turma. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julg.: 26.04.2007. DJ: 22.06.2007, p. 40. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20 nov. 2007.

co, trata-se, na verdade, do “valor total da execução” por cada credor de forma individualizada, e não num “valor total” que compreenda o somatório dos créditos de todos os credores.

*VALOR DA RPV COMPREENDENDO AS PARCELAS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIAS*¹¹. LEI ESTADUAL 7.674/2003 – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE DETERMINA CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA QUANTIFICAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR – NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO VALOR DE TODA A EXECUÇÃO, INCLUINDO O DEVIDO A TÍTULO DE IRRF E DE INSS INCIDENTE SOBRE O VALOR BRUTO A SER RECEBIDO PELO RECLAMANTE. IMPOSIÇÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOBSERVÂNCIA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

De forma paralela ao que foi anteriormente afirmado, cumpre consignar que no “valor total da execução” de cada credor devem estar compreendidas aí as parcelas fiscais e previdenciária.

Registre-se que aqui não está se tratando da individualização do *quantum* em ação plúrima consoante demonstrado no tópico anterior, mas sim do cômputo do valor a ser pago no que tange às quantias ao INSS e ao Imposto de Renda, como que se esses não fizessem parte da execução de um único Exeqüente.

O que está aqui a se enfrentar é a dicção dos arts. 1º e 2º, da Lei Estadual nº 7674/2003, que identificam os conceitos de “obrigação de pequeno valor” e “valor total da execução”, senão vejamos:

Art. 1º - Nas demandas judiciais de que resultem condenações de pagamento de quantia certa em desfavor do Estado do Espírito Santo, suas autarquias e fundações constituídas sob o regime do direito público, o pagamento das obrigações de pequeno valor será efetuado mediante depósito em conta-corrente, junto ao Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTES, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz competente, ao Secretário de Estado da Fazenda, independentemente de precatório.

11 Que não seja a parcela patronal.

Art.2º - Consideram-se de pequeno valor as obrigações não superiores a R\$ 6.011,20 (seis mil, onze reais e vinte centavos) correspondentes a 4.420 (quatro mil, quatrocentos e vinte) – Valores de Referência do Tesouro Estadual – VRTEs, atualizando-se automaticamente esse valor pela variação da VRTE.

Parágrafo único. *As obrigações de pequeno valor serão consideradas tomando em conta o valor total da execução.*

A Lei Estadual nº 7674/2003 contém disposição expressa no sentido de que deve ser tomado em consideração o valor total da execução, o que se coloca, s.m.j., como *obstáculo intransponível* para RPV considerando o *quantum debeat* como sendo o valor líquido de 4.420 VRTE.

Isso porque a Lei Estadual nº 7674/2003 enuncia *não só um critério quantitativo* para delimitação do que seja passível de consideração como obrigação de pequeno valor. Pelo teor do parágrafo único, do art. 2º, da Lei Estadual nº 7674/2003, podemos afirmar que o legislador estadual delimitou um *critério objetivo* para *identificação* de obrigação de pequeno valor. Ou seja, *obrigação de pequeno valor para a Fazenda Pública Estadual é aquela correspondente ao valor total da execução, limitada a 4420 vezes o valor de referência do Tesouro Estadual.*

Percebe-se que a delimitação do que seja obrigação de pequeno valor se faz, então, pela *conjugação de dois preceitos normativos* da Lei Estadual nº 7.674/2003. Em primeiro lugar, o *caput* do art. 2º, que enuncia o aludido critério quantitativo, limitando obrigação de pequeno valor ao montante equivalente a 4420 vezes do valor de referência do Tesouro Estadual. Em paralelo, o *parágrafo único, do mesmo art. 2º*, enuncia que tal limite deverá ter em consideração o *valor total* da execução.

Enfim, entende-se que o legislador estadual capixaba, ao definir obrigação de pequeno valor, escolheu critérios objetivos não só para a sua quantificação (4420 VRTE – art. 2º, caput) como também para a sua identificação (valor total da execução – parágrafo único, do art. 2º). Determinar a execução direta no caso concreto, sem incluir no limite traçado para OPV os descontos dos valores devidos a título de IR e de contribuição previ-

*denciária*¹², representa desconsiderar a opção feita pelo legislador estadual, medida que tem repercussões não só no plano da legalidade estrita, como também tem implicações de natureza constitucional.

Os descontos fiscais e previdenciários decorrem de lei, sendo os tributos prestações pecuniárias compulsórias. Como destaca a melhor jurisprudência: “os recolhimentos previdenciários e fiscais são compulsórios, nos termos da legislação vigente, e de responsabilidade do empregado”.¹³

Adotar outro entendimento significaria que ao Executado ficou imputado o ônus relativo ao imposto de renda e à contribuição previdenciária devida ao Reclamante (art. 20, da Lei 8.212/91), demonstrando-se, assim, uma imensa e censurável benevolência do Juízo, violando o princípio da legalidade.

Indo mais além, pode-se, inclusive, afirmar que adotar a tese de que pelo “valor total da execução” estivessem compreendidas aí as parcelas fiscal e previdenciária seria praticamente criar uma isenção (*in concreto*) ao trabalhador (Exequente) do recolhimento dos tributos por ele devidos, já que o ônus dessa responsabilidade estaria recaindo para o Executado.

Os tribunais superiores vêm adotando o entendimento aqui defendido, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FRACIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - O art. 17 da Lei nº 10.259/01 estabelece que estando o valor do crédito executivo dentro do limite de 60 salários mínimos (*valor este que abrange todas as verbas devidas, até mesmo as custas e os honorários advocatícios*), o pagamento deve ser realizado em até 60 dias, não sendo admitido o fracionamento. Precedentes.

II - Ultrapassado o valor teto fixado em lei, é facultado ao credor requerer o quantum integral por precatório ou renunciar ao excedente do crédito. Precedentes.

¹² Que não seja a parcela patronal.

¹³ TRT 4ª Região. 00846-2004-014-04-00-2 (RO) – Relator: Beatriz Sanvicente – D.J. 03/08/2005.

Agravo regimental desprovido.¹⁴

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO SEM A NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. LIMITE PREVISTO NO ARTIGO 17, PARÁGRAFO 1º COMBINADO COM O ARTIGO 3º DA LEI Nº 10.259/01. EXCLUSÃO DA VERBA HONORÁRIA E DAS CUSTAS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE.

- 1 Os créditos em demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios previdenciários, cujos valores de execução não excederem a 60 salários mínimos por autor, poderão, por opção de cada um dos exequêntes, ser pagos no prazo de até 60 dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.
- 2 O limite de 60 salários mínimos *tem incidência sobre os valores de execução que, por certo, compreendem não só o valor efetivamente devido ao segurado, mas também os valores a serem suportados pela autarquia previdenciária, a título de honorários advocatícios e de custas processuais*. Precedente.
- 3 *A dispensa do precatório só será possível quando os valores da execução, incluídos os honorários advocatícios, não excederem o limite de 60 salários mínimos, sendo vedado o seu fracionamento.*
- 4 Recurso provido.¹⁵

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FRACIONAMENTO. PAGAMENTO VIA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I- A Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, em seu art. 17, parágrafo 1º, combinado com o artigo 3º, caput, estabeleceu que estando o valor do crédito executivo dentro do limite

14 5ª Turma, STJ, AgRg no REsp nº 754853/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 12.09.2005, p. 366. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 21 jan. 2008.

15 6ª Turma, STJ, REsp nº 736261/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2005, p. 494. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 21 jan. 2008.

de 60 salários mínimos, o pagamento deve ser realizado em até 60 dias, não sendo admitido o fracionamento da condenação.

II- *O valor de execução, para fins de enquadramento no limite legal acima, compreende o valor efetivamente devido ao segurado, bem como os valores a serem suportados pelo INSS a título de honorários advocatícios e de custas processuais.*

III- Não há de se falar em dispensa do precatório, haja vista que o valor da execução é superior ao limite de 60 salários mínimos.

IV- Recurso especial provido para determinar que o pagamento da totalidade do crédito do segurado seja efetuado mediante a expedição de precatório.¹⁶

O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE MINAS GERAIS também já se posicionou sobre o tema quando do julgamento do AP 0548.1992.043.03.00-9, senão vejamos a ementa abaixo:

PRECATÓRIO. DÍVIDA DE PEQUENO VALOR. RENÚNCIA PARCIAL DO CREDOR. LIMITES. Pode o credor, por autorização legal, renunciar a parte do seu crédito para que fique no patamar fixado pelo legislador como de pequeno valor, dispensando precatório.

Sobre esse valor, arcará com a contribuição previdenciária, parte do empregado, e com o imposto de renda, que se tratam de obrigações legais sobre o valor bruto que recebe, impostergáveis.

O devedor arcará, também, com a contribuição do INSS, parte do empregador, que é obrigação acessória sua, não sendo diminuível do valor limite.¹⁷

Do Acórdão observa-se, ainda, espancando qualquer dúvida acerca da temática enfocada:

16 6ª Turma, STJ, REsp nº 718811/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 29.06.2007, p. 494. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 21 jan. 2008.

17 TRT 3ª Região, Rel. Juiz Paulo Araújo, DJ 21.04.2005, p. 10. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br>.

Por outro lado, as *obrigações previdenciárias e tributárias que constituem obrigações do credor, não podem ser transferidas para o devedor e, menos ainda, colocadas fora do valor limite para fins da renúncia prevista na lei*, de modo que o credor receba o teto máximo e com nada contribua, transferindo todos os seus encargos para o devedor. Caso em que estará recebendo mais do que o devido e renunciando a menos do que a lei prevê, uma vez que receber sem tributação significa receber mais do que com tributação.

Jogando uma pá de cal sobre essa questão veio recentemente o E. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO, assim se manifestar:

Crédito de Pequeno Valor. Verbas Previdenciárias e Fiscais. A lógica do parágrafo 4º do artigo 100 da Constituição Federal é impedir que o titular de crédito sujeito a precatório divida o respectivo montante de modo a que uma das partes se enquadre no conceito de dívida de pequeno valor, para então se beneficiar, pelo menos quanto a essa parte, da execução pela via direta.

Assim, as verbas previdenciárias e fiscais constituem verbas acessórias dos créditos trabalhistas devidos ao reclamante, não podendo ser considerados como direito autônomo para fins de execução como crédito de pequeno valor, sem necessidade de precatório.¹⁸

Crédito de Pequeno Valor. Verbas Previdenciárias e Fiscais. A lógica do parágrafo 4º do artigo 100 da Constituição Federal é impedir que o titular de crédito sujeito a precatório divida o respectivo montante de modo a que uma das partes se enquadre no conceito de dívida de pequeno valor, para então se beneficiar, pelo menos quanto a essa parte, da execução pela via direta.

Assim, as verbas previdenciárias e fiscais constituem verbas acessórias dos créditos trabalhistas devidos ao reclamante, não podendo ser considerados como direito autônomo para

18 TRT 17ª Região. Proc.: 01179.1999.007.17.00.8 – AP. Rel. Des. GERSON FERNANDO DA SYLVEIRA NOVAIS, publ.: 11/03/2009.

fins de execução como crédito de pequeno valor, sem necessidade de precatório.¹⁹

Assim, por determinação legal decorrente do disposto na Lei 7.674/2003, e pelos excertos acima trasladados, devem os valores do IR e da contribuição previdenciária (parcela segurado) serem descontados do valor bruto a ser recebido pelo Exeqüente, limitando-se o valor total da execução a 4.420 VRTEs, *ai incluídas* as citadas parcelas fiscais e previdenciárias.

2 Considerações finais

Diante do acima exposto, manifesto pela aplicabilidade da OJ Nº 009 e da IN nº 32, ambos do C. TST, no sentido de que nas RPVs o valor total da execução deva ser considerado por credor, consoante vem entendendo inclusive o STF, e que, neste valor, estejam compreendidas as contribuições previdenciária (parcela trabalhador) e fiscal, em outras palavras, *por credor* o montante a ser pago pelo Estado não pode ultrapassar 4.420 VRTEs, devendo ser desconsiderado para fins de irresignação a quantidade de credores²⁰ que estejam compreendidos numa única RPV ou processo judicial.

A consideração superior.

Vitória-ES, 30 de abril de 2009.

ANDERSON SANT'ANA PEDRA

Procurador do Estado

19 TRT 17ª Região. Proc.: 00253.1996.006.17.00.0 - AP. Rel. Des. GERSON FERNANDO DA SYLVEIRA NOVAIS, publ.: 24/04/2009.

20 Fala-se aqui em ações plúrimas e não de substituição processual. Em caso de substituição processual vem se insurgindo este subscritor em face das RPVs apresentadas contra o Estado do Espírito Santo com fulcro na seguinte decisão:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FRACIONAMENTO. EXECUÇÃO. PEQUENO VALOR.

1 Esse Tribunal firmou entendimento no sentido de que é possível o fracionamento de execução de sentença para expedição de requisição de pequeno valor, apenas quando tratar-se de litisconsórcio facultativo ativo e não de ação coletiva intentada por legitimado extraordinário ou substituto processual. Precedentes.

2 Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF, 2ª Turma, RE-AgR 452261/DF, Min. Eros Grau, Dj 25-05-2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2008.)

2.2

ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DE MINUTA DE PROJETO DE LEI QUE AUTORIZA O ESTADO DO ESPÍRITO SANTO A ADQUIRIR MICROCOMPUTADORES DESTINADOS AOS PROFISSIONAIS EFETIVOS DO MAGISTÉRIO DA REDE ESTADUAL DE ENSINO

BRUNO COLODETTI

PROCESSO: 39523969. Parecer: PGE/CEI nº 03/2008. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Secretaria de Estado da Educação.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Análise. 3 Necessidade de aferição da real eficácia do meio utilizado: princípio da eficiência da administração pública. 4 Conclusão.

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DO CEI:

1 Relatório

Vieram os autos encaminhados a este Centro de Estudos e Informações Jurídicas (fls. 16 e 15 – verso) objetivando investigação acerca da constitucionalidade de minuta de projeto de lei, que visa a autorizar o Estado do Espírito Santo a adquirir microcomputadores destinados a profissionais efetivos do magistério da rede pública estadual de ensino. Eis a transcrição literal da citada minuta:

Projeto de Lei nº XX

Art. 1º. Fica o Estado do Espírito Santo, por meio da Secretaria de Estado da Educação, autorizado a adquirir até 8.000 (oito mil) microcomputadores novos, destinados aos profissionais efetivos do magistério da rede estadual de ensino em atividade.

Parágrafo 1º: Os computadores serão custeados da seguinte forma:

- a) 50% (cinquenta por cento) pela Secretaria de Estado da Educação;
- b) 50% (cinquenta por cento) pelo servidor.

Parágrafo 2º: A parte do servidor será descontada em folha de pagamento, a partir do mês seguinte ao recebimento do computador, em até 24 (vinte e quatro) parcelas fixas, sem nenhum acréscimo adicional.

Art. 2º. Cada servidor somente poderá ser beneficiado com 01 (um) microcomputador, independentemente do número de cargos que possuir.

Art. 3º. As despesas decorrentes da presente Lei, no valor total de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), correrão a conta de dotação orçamentária consignada no orçamento da Secretaria de Estado de Educação para o exercício financeiro do ano de 2008.

Art. 4º. Os critérios para a concessão do benefício, tipo e configuração dos equipamentos a serem adquiridos serão regulamentados pelo Poder Executivo no prazo de 60 (sessenta) dias contados a partir da publicação desta Lei.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Esse texto normativo já foi objeto de análise por esta PGE, em parecer confeccionado pelo Ilustre Procurador do Estado Dr. Robespierre Foureaux Alves, que concluiu pela sua inconstitucionalidade material, sob a argumentação de que as suas disposições violam os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade (fls. 08/12).

Ao exercer o juízo de aprovação do indigitado entendimento, a Subprocuradora-Geral para Assuntos Administrativos sugeriu o encaminhamento destes autos ao CEI, para uma avaliação mais aprofundada da questão constitucional levantada pela SCA (fl. 16), sugestão que foi acatada pela Exma. Procuradora Geral do Estado (fls. 15 – verso).

É o relatório, no que basta.

2 Análise

Como já visto no relatório, o ilustre Procurador do Estado Dr. Robespierre Foureaux Alves, ao analisar a minuta de projeto de lei ora em debate, opinou pela sua inconstitucionalidade, por vislumbrar, na hipótese, ofensa aos princípios da impessoalidade e da igualdade contidos na Carta de Outubro.

Para averiguar tal incompatibilidade constitucional é que os presentes autos foram remetidos a esta setorial. É dentro desse panorama que se encaixará a análise de constitucionalidade material que se segue¹:

Regra geral, o princípio da igualdade pode ser manipulado pelo aplicador do direito com três finalidades:

- (a) como suporte exegético, para arrimar interpretação que pode ser sacada do próprio texto legal;
- (b) para estender à determinada categoria ou situação um benefício, ampliando, para tanto, o disposto de forma expressa em texto de lei;
- (c) para suprimir determinado benefício/gravame ilegítimamente imputado, restringindo ou expungindo determinada previsão legal.

A primeira forma de utilização é técnica afeta à promoção da denominada *igualdade perante a lei*, ou seja, a igualdade que deve reinar na aplicação da lei, atividade que se dá notadamente no exercício da função administrativa².

Já as duas últimas são técnicas afetas à promoção da *igualdade na lei*. Aqui o princípio da igualdade atua como contraponto de validade do produto da atividade legislativa, de modo que eventual

1 É preciso pontuar que o objeto da análise que se segue é restrito. Vale dizer: a presente disquisição, por força das disposições normativas que regem a competência desta setorial (CEI), está centrada na questão constitucional suscitada no parecer predecessor. Assim é que questionamentos legais que comportam a aferição da adequação da lei em nascimento ao regime jurídico dos servidores estaduais, à legislação orçamentária e ao estatuto das licitações refogem do escopo desta investigação.

2 "A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela não de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 10)

descompasso da norma com o conteúdo de tal axioma resolver-se-á em controle de constitucionalidade ou de legalidade³.

Indo além quanto à questão das técnicas de promoção da isonomia na lei, temos que a segunda forma de manejo da igualdade (alínea “b”) é técnica que, nos termos do sistema político-constitucional pátrio, é, de certo modo, estranha à atividade de interpretação do Direito, especialmente aquela oriunda do Poder Judiciário quando do enfrentamento das questões ligadas à remuneração e demais benefícios pecuniários devidos aos servidores públicos, na medida em que esse não pode funcionar como “legislador positivo” (veja, a propósito, a jurisprudência do STF no pormenor). Por sua vez, a última forma de manejo do citado princípio (alínea “c”) é técnica de controle de validade das leis nos moldes clássicos, onde o operador do direito atua como “legislador negativo”⁴.

Conquanto tal distinção soe um pouco arbitrária, na medida em que criar norma é também aplicar direito (no caso, Direito Constitucional, especialmente as normas de fôrma), e vice-versa, ela serve de cabedal instrumental para definir que, no presente caso, estamos analisando a *igualdade na lei*, segundo a técnica exposta na alínea “c” pré-citada, o que denota que aqui nos ocupamos do controle de validade da minuta do projeto de lei citado, a fim de decidir a sua pertinência no ordenamento jurídico, a partir da análise da legitimidade do *discrímén* lançado pela norma em testilha.

Tollitur quaestio, passemos a enfrentar a questão central dessa peça: a discriminação prevista no projeto de lei em análise é juridicamente censurável?

O contraponto de tal análise deve ser, obviamente, o mencionado parecer da SCA inauguralmente colacionado aos autos, que elencou, após invulgar exposição doutrinária, os fundamentos que levaram à conclusão pela invalidez do ato normativo em tela.

3 Por isso, a meu sentir, tem-se amparo para afirmar que as técnicas de promoção da igualdade perante a lei são técnicas de exegese do Direito, enquanto as técnicas de promoção da igualdade na lei são técnicas de aferição de validade de normas jurídicas.

4 Em verdade, a distinção “legislador negativo x legislador positivo” é um verdadeiro lugar-comum (*topoi*), utilizado de forma preordenada para validar a inação do Judiciário em questões que envolvem os direitos pecuniários do servidor público em grande escala, mas cuja prevalência é inegável na prática forense, apesar de ser, no atual panorama, um tanto *démodé*.

Segundo tal entendimento, a minuta que objetifica o vertente processo possui a pecha de anti-isonômica porque:

- (a) “é indubitoso que o Poder Público pretende dispensar tratamento diferenciado a uma categoria de servidores públicos, qual seja, a de professores efetivos, já que exclui do espectro de incidência subjetiva da lei todos os demais servidores que integram os quadros da Administração Pública Direta e Indireta”;
- (b) “[...] é impossível vislumbrar a existência de razoabilidade ou proporcionalidade entre o critério diferenciador escolhido e o fim público almejado pelo Estado”, seja porque “a informação de que cerca 32% (trinta e dois por cento) dos professores não têm computador [...] não tem qualquer base empírica ou estatística”, seja porque não são levadas em consideração “as condições socioeconômicas dos agentes públicos, de forma a só conceder o benefício àqueles que efetivamente não podem adquirir o equipamento somente com recursos próprios”, bem como “a circunstância de o professor já possuir um microcomputador em casa”.

Tem-se, em súmula, que o parecer dantes exarado entende que a ofensa à isonomia reside tanto no critério de discriminação adotado (não estendeu o benefício/auxílio em tela a todos os servidores estaduais) quanto na ausência de correlação lógica (razoável e proporcional) entre esse critério e a finalidade pública a ser atingida pela aplicação da norma.

Postas as coisas nessa ordem, rogamos a devida vênia, para discordar desse entendimento, ainda que tal divergência seja apenas parcial em alguns pontos. Vejamos.

Da mesma forma que o parecerista predecessor, também reputo aplicáveis ao caso sob estudo as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca dos critérios de aferição da compatibilidade de uma dada discriminação legal com o princípio constitucional da igualdade⁵.

Segundo o citado doutrinador, em sua obra clássica, “[...] *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações,*

5 Até porque ninguém escreveu melhor sobre o tema, tanto no aquém-mar quanto no além-mar.

pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é o traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”⁶. Mais adiante complementa essa noção, ensinando que “[...] as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*”⁷.

Empregando tais noções ao caso sob exame, a primeira conclusão a que se chega é que o incipiente projeto de lei não pode ser considerado inconstitucional pelo simples fato de que seu tratamento normativo não beneficiará todos os servidores públicos estaduais⁸.

Como visto na lição doutrinária que superdita os argumentos jurídicos deste parecer, não é, no mais das vezes, no elemento diferenciador colhido dos fatos e das pessoas que residirá violação ao princípio da igualdade. A inobservância à igualdade deve ser buscada, em verdade, na correlação entre esse elemento e a finalidade a ser buscada pelo legislador.

E não poderia ser diferente, uma vez que o desiderato primacial das leis é justamente dar tratamento diferenciado a certas situações, pela imputação de conseqüências jurídicas específicas. Ou seja, toda lei visa a promover diferenciações entre pessoas, fatos e atos, conferindo-lhes eficácia jurídica singular, de modo a alcançar os seus objetivos.

Esse atributo conatural às leis encontra-se presente com maior destaque no campo do regime jurídico dos servidores estatais, no qual o Poder Público detém liberdade mais acentuada

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

7 *Ibid.*, p. 17.

8 Essa interpretação fica patente nos seguintes trechos: “É indubitoso que o Poder Público pretende dispensar tratamento diferenciado a uma categoria de servidores públicos, qual seja, a de professores efetivos, já que exclui do espectro de incidência subjetiva da lei todos os demais servidores que integram os quadros da Administração Pública Direta e Indireta. [...]. Entretanto, o critério diferenciador eleito no projeto de lei para conferir tratamento privilegiado é ser servidor público efetivo ocupante do cargo de professor, nada mais. Basta ostentar essa condição jurídica especial para fazer jus à aquisição de um microcomputador arcando com apenas 50% (cinquenta por cento) do preço em 24 (vinte e quatro) parcelas sem qualquer acréscimo”.

para moldar as relações jurídicas que travam com seus agentes. Via de conseqüência, as diferenciações postas em lei nessa seara não são inválidas por serem, tão-somente, diferenciações, mas apenas quando violem frontalmente a logicidade que se espera dos atos normativos ou os princípios positivados na Carta Política.

Tanto isso é verdade que apenas em específicas hipóteses é que a análise pura e simples do fator de *discrímen* possibilita concluir pela invalidez de normas jurídicas por malferimento à isonomia. Sobre os casos em que o elemento de discriminação pode, isoladamente, arrimar conclusões acerca da existência de tratamento anti-isonômico, cabe citar a seguinte lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO; *in verbis*:

Sob este segmento, colocaremos em pauta dois requisitos, a saber: a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar; b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes. (*Op. cit. p. 23*)

Nesse passo, não se amoldando o caso dos autos aos vícios supracitados, não há que se ter como ilegítima a minuta em apreço só pelo fato de o tratamento diferenciado (e benéfico) nela veiculado não abranger todos os servidores estatuais.

Porém, o raciocínio desenvolvido pelo parecer dimanado pela SCA é muito mais elaborado.

Decerto, a suposta ausência de correlação lógica ou racional entre o específico tratamento jurídico construído e a finalidade pública a ser atingida também configura óbice levantado pela manifestação às folhas 08/12.

Todavia, a questão pode ser apreendida sob outro prisma.

Realmente, a finalidade do auxílio financeiro em foco é garantir padrão de excelência ao ensino público estadual. Esse objetivo é claramente albergado pela Constituição Federal no inciso VII, do art. 206, da Carta de Outono:

CF/88

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

VII - garantia de padrão de qualidade.

Assim, é necessário que o Poder Público adote medidas visando a conferir ao ensino público um padrão satisfatório de qualidade. Esse é o programa de ação que deve capitanear a criação e a implementação das políticas públicas no setor.

Destrinchando os termos da minuta e de sua justificativa, tem-se que foi para alcançar esse sobranceiro objetivo, qual seja, de buscar qualidade no ensino público, é que se apartou o servidor ativo do magistério efetivo dos demais servidores estaduais (traço diferenciador), a fim de lhe conceder auxílio financeiro para adquirir os computadores de uso “pessoal” (tratamento diferenciado).

É nesse quadrante que se divisa, no plano abstrato das leis, a adequação lógica entre o fator de discriminação, o tratamento específico dispensado e o fim público a ser alcançado.

De fato, o padrão de qualidade de ensino, em tempos que tais, necessita da constante busca pela inclusão digital dos alunos. A concreção desse objetivo depende, por sua vez, do aparelhamento adequado das escolas e, mais que isso, da inclusão digital dos próprios professores, de modo que estes tenham acesso pleno aos recursos da informática. Ora, não se duvida que a inclusão digital dos alunos pressuponha a inclusão digital dos professores.

Enfim, nesse campo não basta equipar as escolas com computadores, é preciso que os professores tenham como fazer uso dos recursos de informática e dos métodos digitais continuamente e sempre que necessário. Isso principalmente fora do espaço físico da escola, notadamente na realização de pesquisas, de estudos e do preparo das aulas a serem ministradas, de modo a possibilitar a adoção de métodos avançados de ensino em sala de aula.

Pode-se dizer, então, que o microcomputador é, nessa ordem de idéias, instrumento de trabalho indispensável aos servidores do magistério no exercício da dignificante função de educar e capacitar (o mesmo não podendo ser dito, pelo menos nesse grau de importância, em relação a outras “categorias” de servidores estaduais).

Portanto, há adequação lógica em se promover tratamento diferenciado aos servidores efetivos do magistério, consistente na aquisição e posterior fornecimento de computadores, a fim de se buscar a finalidade estampada no inciso VII, do art. 206, da CF/88.

Por essas razões, entendo que os fatores acima descritos são capazes de tornar tais servidores distintos o suficiente para auferirem o benefício disciplinado pelo Projeto de Lei⁹, de modo que se pode dizer que há padrão de logicidade entre o critério discriminatório eleito pelo legislador capixaba, o tratamento jurídico diferenciado dispensado e a finalidade constitucional a ser alcançada¹⁰.

Mais isso não impede que esse texto avance nesse aspecto, tornado o juízo aqui defendido mais robusto.

Nessa senda, as advertências lançadas no parecer anterior são sintetizadas nesta peça, para buscar o aperfeiçoamento da minuta sob exame aos condicionamentos impostos pela igualdade.

Assim é que, em atenção ao parecer anterior, reputo adequado que a minuta do projeto de lei em foco estabeleça graduações do auxílio financeiro a cargo do Estado do Espírito Santo, de acordo com o valor dos vencimentos dos servidores beneficiados, de modo a modular a magnitude de tal benefício em atenção às diferenças que existem no próprio corpo ativo do magistério estadual.

9 “[...] aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessariamente e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à sucessão daquilo que se dessemelhou as situações”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 32)

10 A título de reforço argumentativo, ressalta-se que programa de semelhante teor ao que pretende ser instituído pelo Projeto de Lei em testilha já vem sendo promovido pela Secretaria da Educação do Estado de São Paulo desde 2002, como se infere das notícias anexas.

De resto, reputo, outrossim, necessário que a minuta veicule dispositivo que impeça a alienação do computador, pelo menos durante o período em que esse bem estiver sendo financiado pelo Estado.

3 Necessidade de aferição da real eficácia do meio utilizado: princípio da eficiência da administração pública

A despeito da conclusão acima externada, é necessário dar prossecução à vertente análise, avançando em ponto nevrálgico da questão sob exame.

Tal se deve porque as considerações lançadas no parecer do Dr. Robespierre Foureaux Alves, se não afetam a constitucionalidade da lei por ofensa à isonomia, lançam dúvidas acerca da eficácia do meio utilizado para buscar a inclusão digital do professor.

Há mudança de foco: a análise deixa de ser de violação à isonomia para se centrar na violação ao princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88).

Dentro dessa nova perspectiva, reputo que o específico meio eleito pela minuta em tela, para propiciar o fornecimento de bens de informática aos professores, merece estudo apartado.

Vale dizer: cabe investigar, mais a fundo, as nuances que envolvem o específico meio que possibilitará tal fornecimento, notadamente para aferir sua eficácia, em concreto, na consecução da finalidade pública da inclusão digital dos professores, principalmente em cotejo com os demais meios à disposição do Poder Público estadual.

É isso que se passa a fazer.

A minuta em foco adotou, para aumentar o acesso dos servidores do magistério aos computadores, a concessão de auxílio financeiro no importe de metade do valor de tais equipamentos, aliado a um financiamento, com desconto em folha, da quantia faltante.

Não se nega, em princípio, que a adoção do auxílio financeiro e do financiamento acima descritos configura inegável escolha político-administrativa, que não pode ser afastada no altiplano da análise da validade da norma que se pretende positivar.

Tal sistemática está sujeita a questionamentos, centrados, a toda evidência, no fato de que haverá auxílio financeiro para a compra de um bem que, até certo ponto, será de uso particular. Mas, é certo que os outros meios também adequados a alcançar o desiderato de promover a inclusão digital do professor, como, por exemplo, o fornecimento de computadores por comodato ou o financiamento puro e simples do valor total de tais máquinas, apresentam inconveniências, de modo que não se pode concluir pela melhor eficácia de qualquer deles, pelo menos não num juízo de validade.

Decerto, em comparação com o auxílio financeiro concedido, o comodato exige maior investimento do Poder Público, seja porque esse terá que arcar com a totalidade do valor dos computadores, seja porque essas máquinas deverão ser portáteis, o que, via de regra, encarece o produto. Outros óbices podem ser levantados também em desfavor da simples concessão de financiamento integral, como, por exemplo, a falta de atratividade em tal sistemática.

Sem prejuízo de tal conclusão, é preciso avançar na questão, principalmente diante da fase procedimental em que se encontra a regulamentação contida nos autos.

De fato, como estamos ainda no processo de conformação da lei em tela, e não numa análise de validade de norma jurídica já posta no ordenamento, nada impede que sejam realizados estudos que objetivem garantir que o meio adotado pela Administração no pormenor seja realmente o mais eficaz para atingir a qualidade do ensino público.

Em outro modo de dizer: nessa etapa não há razão para não se adotar condutas tendentes a espancar qualquer dúvida que remanesça acerca da eficácia do meio adotado pela Administração para promover a inclusão digital do professor.

Assim é que, conquanto no plano das idéias o meio adotado não possa ser reputado inválido, é necessário que se faça estudo específico visando a aferir se o auxílio parcial e o financiamento com desconto em folha acarretarão, realmente, o acesso dos professores estaduais que ainda não possuem computador ao universo digital.

Frise-se: ainda que o computador não esteja sujeito a registro formal, o que dificulta a aferição do número real de pro-

fessores que possuem tal bem, e ainda que muitos dos equipamentos que se podem subsumir ao conceito de computador não possibilitem, de fato, o efetivo acesso a todas as tecnologias da informática, é necessário realizar pesquisa entre os professores estaduais, a fim de se investigar se a concretização do auxílio veiculado na minuta irá, de fato, incentivar os professores estaduais que não possuem computador a adquirir tal bem.

Ora, se os professores que não possuem atualmente computador não se sentirem atraídos por tal sistemática, é inegável que meio mais eficaz para se atingir o interesse público deverá ser outro, seja ele o comodato, seja ele o financiamento integral sem juros e com desconto em folha¹¹.

Por isso, entendo que devam ser realizados estudos específicos, a fim de comprovar que o meio utilizado pela minuta em foco, consistente na concessão de auxílio financeiro e financiamento público com desconto em folha, terá a eficácia de promover a inclusão digital do professor que atualmente não possui computador. Deverá ser analisado, outrossim, se tal mecanismo é mais vantajoso, tanto em eficácia quanto em custo, quando em comparação com outros meios que podem ser manejados para alcançar esse mesmo fim (comodato e financiamento integral).

4 Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

- (a) a minuta de projeto de lei sob análise não padece de vício de inconstitucionalidade material, por suposta violação ao princípio da igualdade;
- (b) nada obstante, reputo adequado que a minuta do projeto de lei em foco: (b.1.) estabeleça gradações do auxílio financeiro a cargo do Estado do Espírito Santo de acordo com o valor dos vencimentos dos servidores beneficiados, de modo a modular a magnitude de tal benefício em atenção às diferenças que existem no próprio corpo ativo

11 Caso a eficácia do financiamento integral seja compatível com as demais, esse meio será inegavelmente o melhor, tendo em vista que sua implementação representará menor investimento público.

do magistério estadual; (b.2) veicule dispositivo que impeça a alienação do computador, pelo menos durante o período em que esse bem estiver sendo financiado pelo Estado;

- (c) por fim, entendendo que devam ser realizados estudos específicos, a fim de comprovar que o meio utilizado pela minuta em foco, consistente na concessão de auxílio financeiro e financiamento público com desconto em folha, terá a eficácia de promover a inclusão digital do professor que atualmente não possui computador. Deve ser analisado, outrossim, se tal mecanismo é mais vantajoso, tanto em eficácia quanto em custo, quando em comparação com outros meios que podem ser manejados para alcançar esse mesmo fim (comodato e financiamento integral).

Vitória, 30 de janeiro de 2008.

BRUNO COLODETTI
Procurador do Estado

2.3

COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO

EMERSON LUIZ FAÉ

PROCESSO: 43527078. Parecer: PGE/SCA nº 2661/2008. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos – SEGER.

Sr (a). Procurador (a) Chefe,

O Estado do Espírito Santo, por meio de sua Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos, submete à apreciação desta PGE, uma minuta de projeto de lei (fls. 02/05), cujo objeto consiste, em apertada síntese, na desburocratização das aquisições públicas, bem como disciplinar o credenciamento no âmbito desta unidade da federação.

No tocante à desburocratização das aquisições públicas, observa-se que o art. 1º da minuta prevê a possibilidade da licitação ser realizada com a inversão das fases de habilitação e proposta, cuja ordem cronológica está originalmente prevista no art. 43, da Lei nº 8.666/93.

Já o art. 2º e seguintes da minuta têm por objetivo disciplinar a forma como será realizado o credenciamento.

Analisarei, primeiramente, as proposições constantes do art. 1º, que tratam da inversão de fases no procedimento licitatório.

Antes de mais nada, é necessário verificar se o Estado do Espírito Santo possui competência para editar lei que verse sobre licitações e, em caso positivo, quais os limites dessa lei.

A Lei nº 8.666/93 veicula as chamadas *normas gerais* sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e pos-

sui fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição Federal¹, que estabeleceu de forma expressa a competência da União para a sua edição.

Importante recordar, ainda, que atualmente esse não é o único texto normativo que estabelece normas gerais de licitação. Posteriormente, outras foram editadas, tais como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), que criou nova modalidade licitatória, e as leis das parcerias público-privadas e dos consórcios públicos, que estabeleceram novas modalidades contratuais. Essas leis, segundo entendimento da doutrina dominante, também estabelecem normas gerais de licitação.

Desde sua edição, a Lei nº 8.666/93 foi alvo de críticas de renomados juristas, como ADILSON ABREU DALLARI, pois, ao contrário do pretendido, a lei não contém apenas normas gerais, mas desce a minúcias e detalhamentos que teoricamente não se enquadrariam nesse conceito.²

Nesse contexto, muitos buscam identificar o critério que deve ser utilizado para separar as “normas gerais” das “normas específicas” nessa matéria. A distinção seria relevante para, a partir dela, delimitar as competências das demais entidades federativas para editar as normas específicas em matéria de licitação.

A propósito desse tema, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO elaborou um minucioso estudo sobre a distribuição constitucional de competências legislativas. A obra não se refere expressamente ao campo das licitações, mas traz importante contribuição para o tema. Segundo o autor, “normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos Estados-membros na feitura de suas respectivas legislações, através de normas específicas e

1 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

..

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

2 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29

particulares que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, diretamente e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos”³.

Para ALICE GONZALEZ BORGES, “as normas gerais, no ordenamento brasileiro, são pertinentes ao Estado federal total, global, impondo-se os seus comandos a todas as unidades da Federação, inclusive à União, em abrangência nacional”; e “não são normas gerais as que possam excluir, embaraçar ou dificultar o exercício da competência suplementar das ordens federadas, com quebra de suas autonomias constitucionalmente asseguradas”⁴. A autora complementa seu raciocínio, no sentido de que a competência residual dos Estados e dos Municípios para legislar sobre assuntos de seu peculiar interesse foi preservada pela Constituição Federal.

ADILSON ABREU DALLARI entende que “normas gerais na Lei nº 8.666/93, aplicáveis igualmente à Administração Federal, aos Estados e aos Municípios, são apenas os princípios elencados nos arts. 1º a 5º, e mais algumas outras disposições amplas e genéricas que comportam aplicação uniforme em todo o território nacional, assim como também, ao mesmo tempo, uma complementação, um detalhamento, uma integração pela legislação específica de cada pessoa jurídica de capacidade política”⁵.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO afirma que só podem ser chamadas de normas gerais as que têm o poder de inibir o legislador estadual e municipal de dispor de forma diferente no exercício da sua competência suplementar⁶.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “é inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa” e que, por decorrência do próprio princípio federativo,

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, n.100, p. 127, out./dez. 1988.

4 BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 93 e 55.

5 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29

6 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas nos estados e municípios: licitações. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 8, p. 24 - 39, 1994.

a manutenção das competências locais se impõe, não sendo possível sua restrição através de uma *norma geral*⁷.

VERA SCARPINELLA destaca que “sempre houve uma tendência de valorização das competências administrativas locais em matéria de licitação, como decorrência do princípio federativo. O que poderia ser considerado como próprio das normas gerais em matéria de licitação pública seria apenas aquilo que fosse estruturante. Mas o nível de detalhamento da Lei 8.666 – de início muito criticado, porque tornou difícil a identificação do que seria geral daquilo que seria particular à esfera federal – acabou se mostrando útil na medida em que uniformizou procedimentos e o conteúdo dos direitos e obrigações lá previstos nas diversas esferas da Administração Pública, e em conformidade com a principiologia constitucional”⁸.

Nota-se que a doutrina fornece elementos importantes para que o intérprete possa distinguir as normas gerais das normas específicas em matéria de licitação, mas obviamente não existem parâmetros matemáticos para o referido enquadramento. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, “a expressão ‘norma geral’ comporta dois núcleos de certeza. Há um núcleo de certeza positiva, correspondente ao âmbito de abrangência inquestionável do conceito. Há outro núcleo de certeza negativa, que indica a área a que o conceito não se aplica. Entre esses dois pontos extremos, coloca-se a zona de incerteza. À medida que se afasta do núcleo de certeza positiva, reduz-se a precisão na aplicação do conceito. Aproximando-se do núcleo de certeza negativa, amplia-se a pretensão de inaplicabilidade do conceito. Não existe, porém, um limite exato acerca dos contornos do conceito”⁹.

É interessante notar que o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, em seu parágrafo único, veio a estabelecer que “*Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nesse artigo*”. Em função

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 16 - 18.

8 SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade de pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69 - 70.

9 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 16.

desse parágrafo único, alguns autores, como JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, entendem que a competência privativa da União, nos termos do art. 22, inadmite, via de regra, competência legislativa concorrente de outras pessoas constitucionais e que somente mediante autorização de Lei Complementar da União é que os Estados poderiam legislar sobre questões específicas. Para este autor, a Constituição pretendeu conferir à expressão “normas gerais” do art. 22, XXVII, um conteúdo diverso daquele utilizado no art. 24. Em sendo assim, conclui, os Estados possuiriam apenas competência supletiva, nos estritos termos do art. 118, da Lei nº 8.666/93, sendo que a competência para normatizar “questões específicas” estaria sujeita a condição suspensiva, qual seja, a edição de Lei Complementar autorizativa por parte da União¹⁰.

No entanto, essa posição é minoritária. ALICE GONZALEZ BORGES, abordando o tema, aduz o seguinte: “Pressupondo, a noção de normas gerais, pela sua própria natureza, a necessidade de edição de outras normas, específicas, que as complementem e suplementem, não se aplica às normas gerais sobre licitações e contratos administrativos o comando do parágrafo único, do art. 22, da Constituição, quando faz depender de autorização específica de Lei Complementar a competência dos estados-membros para disciplinar a matéria prevista como de competência privativa da União”¹¹.

ADILSON ABREU DALLARI cita o trecho transcrito no parágrafo anterior para, em seguida, tecer as seguintes considerações: “Primeira: a matéria de licitações e contratos não deveria estar prevista no art. 22 da Constituição Federal, que cuida de competência privativa, pois a referência a normas gerais já afasta a automática e logicamente a privatividade; essa matéria deveria figurar no art. 24, que cuida, exatamente, da competência da União para expedir normas gerais. Segunda: é um verdadeiro disparate a pretenciosa qualificação de ‘estatuto jurídica das licitações e contratos administrativos’ atribuída por alguns à Lei nº

10 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 31 - 32.

11 BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 12 e 92.

8.666/93, pelo menos no que se refere a Estados e Municípios, pois um ‘estatuto’ deve tratar, de maneira completa, integrada e sistemática, de um determinado assunto; evidentemente, a União não pode estabelecer um ‘estatuto’ para os Estados e Municípios. Rigorosamente, à luz dos ensinamentos doutrinários e da disciplina constitucional desse assunto, deveria ter sido editada uma lei nacional fixando apenas as normas gerais sobre licitações e contratos, para que, depois, fossem editadas as correspondentes leis federais, estaduais e municipais”¹².

VERA SCARPINELLA também entende que “a Constituição acabou sendo omissa quando outorgou à União a competência privativa para a edição de normas gerais de licitação (art. 22, XXVII) e não inseriu a matéria no art. 24 para indicar que Estados e Distrito Federal também podem legislar sobre tais matérias. Mas, à luz do disposto no § 2º, do art. 24, não se pode negar que ambas as esferas federativas têm competência legislativa para suplementar as normas gerais de competência da União”¹³.

A autora acima, inclusive, fundamenta sua conclusão em JOSÉ AFONSO DA SILVA, cujo entendimento é o seguinte:

“(…) Não é, porém, porque não consta na competência comum que Estados e Distrito Federal (...) não podem legislar suplementarmente sobre esses assuntos. Podem e é de sua competência fazê-lo, pois que, nos termos do § 2º, do art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito Federal, embora não se diga aí), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também às normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.

12 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27 - 28.

13 SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade de pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 175.

“Tanto isso é uma técnica de repartição de competência federativa que os §§ 3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária. Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir.

“Ainda uma observação. A Constituição não situou os Municípios na área de competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, o que vale possibilitar-lhes disporem especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral”¹⁴

De fato, o § 2º, do art. 24, da Constituição Federal, dispõe que *“A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”*. Além disso, o § 1º do mesmo artigo estabelece que *“no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”*.

Ora, a dicção do art. 22, XXVII, é clara no sentido de outorgar à União a competência para editar “normas gerais” em matéria de licitações e contratos, de sorte que uma interpretação sistemática da Constituição conduz à inexorável conclusão de que essa competência é concorrente, não afastando, assim, a competência suplementar dos Estados. Este é o entendimento da doutrina majoritária, conforme se constata através das várias citações acima referenciadas.

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 501 - 502.

Vimos, assim, que à União compete legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos, cabendo aos Estados e Municípios a competência para expedir normas específicas sobre esse tema. Colhemos, igualmente, parâmetros genéricos para a árdua tarefa de distinguir as *normas gerais* das *normas específicas*.

Resta, agora, analisar se as normas que o Estado pretende expedir no caso concreto podem ser classificadas como normas específicas no campo das licitações e contratos, ou seja, se esta norma estará dentro dos limites da competência legislativa outorgada no art. 24, § 2º, da Constituição Federal.

TOSHIO MUKAI, ao tratar do tema alusivo às normas gerais, enumera aquelas que, em sua avaliação, ostentam essa característica e devem ser observadas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, e exclui deste rol o art. 43, da Lei 8.666/93, que é precisamente a norma onde estão previstas as fases do procedimento licitatório e sua respectiva ordem cronológica¹⁵.

Na vigência do Decreto Lei nº 2.300/1886, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO sustentou que “normas que estabelecem particularizadas definições, que minudenciam condições específicas para licitar ou contratar, que definem valores, prazos e requisitos de publicidade, que arrolam exaustivamente modalidades licitatórias e casos de dispensa, que regulam registros cadastrais, que assinalam com minúcias o *iter* e o regime procedimental, os recursos cabíveis, os prazos de interposição, que arrolam documentos exigíveis de licitantes, que preestabelecem cláusulas obrigatórias de contratos, que dispõem até sobre encargos da administração contratante no acompanhamento da execução da avença, que regulam penalidades administrativas inclusive quanto aos tipos e casos em que cabem, evidentissimamente sobre não serem de direito financeiro, menos ainda serão normas gerais, salvo no sentido de que toda norma – por sê-lo – é

15 MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10 – 14.

geral”¹⁶. Nota-se que o renomado autor não considera como normas gerais justamente aquelas que tratam de minúcias do *iter* procedimental, no que se enquadra, obviamente, a ordem das fases prevista no art. 43.

Exatamente no mesmo sentido, CARLOS ARI SUNDFELD assevera que “a lógica impõe a constatação de que na competência da União não se inclui o tratamento de aspectos particulares, de detalhes de organização, de questões contingentes. As normas gerais contêm apenas os princípios da regulamentação da matéria, os deveres básicos dos indivíduos e do Estado e os instrumentos a serem utilizados pela Administração. São impróprios para as normas gerais problemas como: a fixação de prazos, a definição das autoridades competentes, para tal ou qual ato, o estabelecimento de valores exatos de multas, o detalhamento dos procedimentos administrativos, e assim por diante”¹⁷.

Obviamente, não estamos aqui tratando da inversão dos atos inicial e final previstos na Lei nº 8.666/93. É lógico que o ato inicial deverá ser aquele que fixa as regras do certame, enquanto o ato final deverá sempre corresponder à indicação do efetivo vencedor. Cuida-se, nesta análise, especificamente da inversão dos atos ou fases de habilitação e apresentação de propostas que compõem a etapa intermediária do procedimento licitatório.

Aliás, essa ponderação foi elaborada por ADILSON ABREU DALLARI, que de forma clara e expressa, também manifesta seu entendimento no sentido de que não possui qualquer relevância a ordem das fases intermediárias da licitação: “realmente, não há muita importância nessa seriação (que é variável nas várias legislações, havendo até mesmo inversões) quanto aos atos intermediários, desde que se mantenham os atos inicial e final, pois estes decorrem de exigências de ordem lógica. O ato inicial haverá de ser aquele que fixa as regras, os limites e os condicionamentos do que virá em seguida. O ato final haverá de

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Inaplicabilidade da nova regulação sobre licitações a estados e municípios e inconstitucionalidade radical do Decreto-lei 2.300/1986. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n. 83, p.16 - 28, jul./set. 1987.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/1993 e 8.883/1994*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 29.

ser sempre a indicação de um específico vencedor, um escolhido, pois é para isso que serve a licitação, isso é o essencial no procedimento licitatório”¹⁸.

Adentrando mais especificamente no exame da possibilidade de inversão das fases de habilitação e classificação das propostas, HELY LOPES MEIRELLES, em obra atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO e VERA MONTEIRO, afirma que “continuam os Estados, Distrito Federal e Municípios com a faculdade de editar normas peculiares para as licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, no que não contrariar as normas gerais contidas na Lei 8.666, de 1993, notadamente em todos os aspectos que procurem melhor assegurar os princípios básicos da licitação. O Estado da Bahia, por exemplo, editou a Lei 9.433, de 01.3.2005, que estabelece normas sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito daquele Estado. A referida lei tornou obrigatória a inversão das fases no processo licitatório”¹⁹. A minuta de lei ora analisada possui vários dispositivos idênticos àqueles previstos na lei editada pelo Estado da Bahia, especialmente no que toca à inversão das fases de habilitação e classificação das propostas, o que, como se viu, é perfeitamente admissível na opinião dos autores.

Nessa mesma linha é o entendimento de ADILSON DE ABREU DALLARI, para quem “a ordem cronológica dessas fases, na seqüência normal ordinária dos procedimentos em geral, pode ser alterada pela inversão das fases de habilitação de licitantes e classificação das propostas. A lei que disciplina o prego, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (art. 4º, XII), determina expressamente essa inversão, enquanto a Lei das PPPs, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (art. 13), apenas autoriza essa inversão, que, então, deverá constar do edital. Sendo ambas as leis normas gerais de licitações, pode-se afirmar que a inversão, dessas fases, é algo compatível com a sistemática das licitações, podendo ser utilizada em outros casos, desde que

18 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

19 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

haja determinação ou autorização prevista em lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso”²⁰.

São bastante elucidativas para o presente caso as conclusões elaboradas por ADILSON ABREU DALLARI, em oportunidade em que cita inclusive um estudo feito por CARLOS ALBERTO A. DE CARVALHO PINTO, sobre normas gerais de direito financeiro: “a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas entre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas; b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie; e c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes”. Em conseqüência – prossegue o insigne jurista e homem público – a competência que a Constituição atribui à União para legislar sobre normas gerais de direito financeiro pode abranger as regras disciplinadoras da aquisição, gestão e aplicação de bens públicos, desde que tais regras sejam uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos e a todas as situações jurídicas da mesma espécie, refiram-se a questões fundamentais e básicas e não se estendam até o ponto em que isso possa ferir ‘princípios ou atributos explícitos ou implícitos, inerentes à autonomia dos Estados e Municípios’²¹.

De fato, a ordem cronológica das fases de habilitação e classificação de propostas não é algo que se possa classificar como norma geral em matéria de licitação. Seguindo a linha de raciocínio acima proposta, se a ordem cronológica dessas fases fosse matéria realmente classificada como norma geral, seria necessária a sua aplicação indistinta e uniforme em todo o território nacional por todas as pessoas políticas e em todas as situações da mesma espécie.

Mas, na prática, o que se vê é que a própria União vem editando várias leis tornando obrigatória ou facultativa a inversão de fases, como é o caso da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão Eletrônico) e da Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs). Ora, em mi-

20 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105.

21 *Ibid.*, p. 25 - 26.

nha avaliação, se a ordem cronológica das fases de habilitação e classificação de propostas tivesse de fato o status de norma geral, as Leis nº 10.520/2002 e nº 11.079/2004 deveriam manter, obrigatoriamente, a mesma ordem prevista originalmente na Lei nº 8.666/93, pois, como visto, seria da essência da norma geral a sua aplicação para todas as modalidades de licitação, sem exceções.

Em outras palavras, se existe exceção na própria norma geral (as Leis nº 10.520/2002 e nº 11.079/2004 veiculam normas gerais, segundo a unanimidade da doutrina), ora obrigando e ora permitindo a inversão de fases, chega-se à conclusão de que não há qualquer rigidez nessa ordem, permitindo-se a sua seriação de acordo com as particularidades de cada ente político.

É preciso recordar que o procedimento licitatório não se constitui em um fim em si mesmo. Nos termos do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, a licitação se destina a garantir a observância do princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, e será processada em conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e outros que lhe são correlatos.

O art. 3º, da Lei nº 8.666/93, vincula-se diretamente ao art. 37, da Constituição Federal, e, conforme ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, sintetiza o conteúdo da Lei de Licitações, de forma que todos os outros dispositivos são meros desdobramentos do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da lei, importando em que nenhuma interpretação será possível quando colidente com o aludido artigo²².

Com efeito, ao avaliar a inversão das fases de habilitação e classificação das propostas à luz dos princípios consagrados no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, não se vislumbra qualquer risco de violação aos mesmos, até mesmo porque, se existisse risco de colisão com tais princípios, certamente não seriam editadas, pela União, leis veiculadoras de normas gerais onde se prevê a

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 57 - 58.

inversão das fases da licitação (caso das Leis nº 10.520/2002 e nº 11.079/2004).

Aliás, a doutrina tem sustentando atualmente que a inversão de fases, longe de contrariar os princípios da lei e da Constituição, tem assegurado a observância dos mesmos. VERA SCARPINELLA argumenta o seguinte:

“No pregão a fase de julgamento precede a de habilitação. Na prática, isto significa um considerável ganho de agilidade, eficiência e rapidez no certame. Pois o número de documentos a serem analisados pelo condutor da licitação é significativamente menor, já que são analisados os requisitos habilitatórios apenas do proponente classificado em primeiro lugar. Trata-se de economia de tempo e também de processo.

Na ordem prevista na Lei nº 8.666/93 a fase de habilitação precede a de julgamento e é um verdadeiro gargalo na licitação, onde os diversos proponentes aproveitam o momento para tumultuar o processo com a interposição de recursos protelatórios, cujo efeito, *ex lege*, é suspender o andamento do procedimento (na forma do art. 109 da Lei 8.666). Somente depois da decisão a respeito de todos os documentos de habilitação relativamente a todos os proponentes (e também dos recursos interpostos) é que o procedimento segue para a fase de julgamento. Apenas os proponentes habilitados é que terão suas propostas consideradas para fins de classificação.

Alice Gonzalez Borges relata que a sugestão que mais causou aceitação da comunidade jurídica em seminário para debater a reforma na Lei Geral de Licitações, e a final acolhida na nova modalidade de pregão, foi a inversão do procedimento licitatório proposta por Jessé Torres Pereira e Marçal Justen Filho. Segundo a autora, tal proposta teve inspiração no exemplo das licitações promovidas por agentes financeiros internacionais, cujas *Guidelines* adotam tal simplificação de procedimento, e é uma solução ‘muito mais simples e racional’ que a atual Lei 8.666, pois desestimula a excessiva competitividade, prejudicial à apreciação da melhor proposta e realização do interesse público”²³

23 SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade de pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 120 - 121.

Sem dúvida alguma, a inversão de fases é medida que não afeta, em absoluto, os objetivos da licitação, na forma prevista na Constituição e na Lei nº 8.666/93: não retira o caráter competitivo do procedimento, não discrimina interessados e além de tudo prestigia, com muito mais ênfase do que no sistema da Lei nº 8.666/93, os princípios da eficiência, da economicidade e também da moralidade.

Conclui-se, portanto, que sob todos os aspectos, seja numa perspectiva eminentemente jurídica, seja do ponto de vista dos benefícios de ordem prática que a medida proporcionará, que a inversão das fases de habilitação e classificação das propostas é perfeitamente aceitável, de forma que o Estado poderá, no exercício de sua competência legislativa suplementar, editar a lei com o conteúdo sob análise.

Quanto à minuta do projeto, não há reparos a serem efetuados, até mesmo porque, segundo pude observar, a aludida minuta reproduz leis que já estão em uso em outras unidades da federação, como é o caso da Lei nº Lei 9.433, de 01.03.2005 (editada pelo Estado da Bahia).

A única observação a ser feita é que a minuta do projeto, em seu art. 1º, *caput*, prevê que a Administração PODERÁ inverter as fases do procedimento licitatório, deixando a cargo da autoridade competente, nos termos do parágrafo segundo, a opção entre utilizar o sistema da Lei Estadual ou o da Lei nº 8.666/93.

Nesse passo, recomendo apenas que a Administração se certifique acerca da conveniência de manter esta faculdade ou se, ao contrário, preferirá tornar obrigatória a inversão de fases no procedimento licitatório. Nessa última hipótese, deverá substituir o vocábulo PODERÁ por DEVERÁ, bem como excluir o disposto no parágrafo segundo, do art. 1º.

A segunda parte do presente parecer consiste no exame do art. 2º e seguintes da minuta, cujo propósito é disciplinar a forma como será realizado o procedimento de credenciamento no Estado do Espírito Santo.

A licitação, nos termos do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, tem como objetivo a realização do princípio da isonomia e a contratação mais vantajosa para a Administração. Conseqüência disso é que a licitação só será exigida quando se presumir a possibilida-

de de competição entre particulares interessados em contratar. Nesse passo, sabe-se que existem casos em que a competição é inviável, motivo pelo qual a própria Lei nº 8.666/93 estabeleceu uma série de hipóteses em que a licitação será dispensada, dispensável ou inexigível.

O credenciamento é figura que não está prevista de forma expressa na Lei nº 8.666/93, mas vem sendo largamente utilizada pela Administração, uma vez que decorre da própria inviabilidade de licitar. MARÇAL JUSTEN FILHO, ao discorrer sobre o credenciamento, estabelece com precisão as hipóteses em que tal procedimento é cabível:

“Somente se impõe a licitação quando a contratação por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares. Somente se pode conceber a necessidade de licitação nesses casos de competitividade. São as situações de excludência, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclui a possibilidade de contratação de outrem. Já que haverá uma única contratação, excludente da viabilidade de outro contrato ter o mesmo objeto, põe-se o problema da seleção da alternativa mais vantajosa e do respeito ao princípio da isonomia. É necessário escolher entre diversas alternativas e diferentes particulares interessados. A licitação destina-se a assegurar que essa escolha seja feita segundo os valores norteadores do ordenamento jurídico.

Não haverá necessidade de licitação quando houver número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de modo que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. O raciocínio não é afastado nem mesmo em face da imposição de certos requisitos ou exigências mínimos. Sempre que a contratação não caracterizar uma ‘escolha’ ou ‘preferência’ da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.

(...)

Será necessária a licitação, porém, quando surja possibilidade de competição objetiva entre os particulares, sempre que

for inviável à Administração promover o credenciamento de todos os possíveis interessados. (...)

Nas situações de ausência de competição, onde o credenciamento é adequado, a Administração não precisará realizar licitação. Sob um certo ângulo, verifica-se inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição”.²⁴

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES também acentua que o credenciamento decorre da inviabilidade de competição amparada pelo *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/93:

“A Lei nº 8.666/93 prevê no art. 25, *caput*, que é ‘inexigível’ a licitação quando houver a ‘inviabilidade de competição’.

Todos os compêndios clássicos sobre o tema colocavam a idéia de que a inviabilidade de competição caracterizava-se quando só um futuro contratado ou só um objeto vendido por fornecedor exclusivo pudesse satisfazer o interesse da Administração.

Carlos Ari Sundfeld foi um dos primeiros mestres a estabelecer a teoria da inviabilidade de competição por contratação de todos, uma das formas de pré-qualificação.

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do ‘credenciamento’, que o Tribunal de Contas da União vem reconhecendo para a contratação de ‘serviços médicos’ jurídicos e de treinamento”²⁵

O mesmo autor destaca os aspectos fundamentais que definem a possibilidade ou não do uso da pré-qualificação: a) possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas; b) que a definição da demanda, por contratado,

24 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 43 - 44.

25 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 616 - 617.

não seja feita pela Administração; c) que o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital; e d) que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração²⁶.

Conclui-se, assim, que o procedimento denominado “credenciamento” possui fundamento legal, qual seja, o *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/93 e, demais disso, sua utilização vem sendo recomendada pelo próprio Tribunal de Contas da União (Processo nº TC-016.171/94. Decisão 104/1995 – Plenário).

Portanto, a realização de credenciamento prescinde, a rigor, de lei que o autorize de forma expressa – repita-se, seu fundamento normativo é o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Tanto é que o próprio Estado do Espírito Santo vem realizando o credenciamento para a contratação de serviços em que tal procedimento é cabível.

No entanto, nada impede que o *iter* procedimental do credenciamento seja normatizado, conforme pretendido. Aliás, a iniciativa é louvável e vai ao encontro dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, uma vez que proporcionará maior transparência a este procedimento, conferindo maior segurança jurídica tanto para os particulares como para a própria Administração, na medida em que uniformiza sua atuação nos diferentes órgãos.

Finalmente, devo observar que os dispositivos trazidos na minuta asseguram, em tese, o tratamento isonômico e impessoal entre os particulares, notadamente porque o seu art. 6º, VI prevê, de forma expressa, a rotatividade entre todos os credenciados, sempre excluída a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado.

Outrossim, convém ressaltar que, em cada caso concreto, a Administração deverá submeter à Procuradoria Geral do Estado o prévio exame dos editais de credenciamento, na forma do art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93, o que sempre garantirá a submissão

26 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 617 - 618.

dos procedimentos aos ditames estabelecidos na lei e na Constituição Federal.

Por outro lado, como já afirmado na parte introdutória deste Parecer, o Estado possui competência suplementar para edição de normas específicas em matéria de licitação, de sorte que a edição de normas específicas sobre credenciamento decorre do exercício desta competência, assegurada pelo art. 24, § 2º, da Constituição Federal.

Por todo o exposto, concluo o Parecer manifestando meu entendimento no sentido de que a minuta do projeto de lei constante dos autos possui adequação com a Lei nº 8.666/93 e com a Constituição Federal, motivo pelo qual opino por sua regular tramitação, devendo apenas o órgão de origem atentar para as observações feitas quanto ao art. 1º, *caput* e parágrafo segundo.

É o parecer, s.m.j. À consideração superior.

Vitória, 08 de dezembro de 2008.

EMERSON LUIZ FAÉ
Procurador do Estado

2.4

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL: MODULAÇÃO DE EFEITOS E EFEITO SUBSTITUTIVO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RAFAEL INDUZZI DREWS

PROCESSOS: 36703931; 36703826; 37094866; 10824748; 31407374. Parecer: PGE/SPT Maio 2009. Origem / Interessado: Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Fundamentação. 2.1 Delimitação da controvérsia. Modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes no momento da consulta. Provimento, em parte, do recurso extraordinário interposto da decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.877/01. 2.2 Do efeito substitutivo do recurso extraordinário interposto de decisão proferida em controle concentrado estadual. Necessidade de se conferir, no caso versado neste parecer, efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade da taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros públicos. 2.2.1. Do efeito substitutivo decorrente das especificidades do controle concentrado em âmbito estadual e do recurso extraordinário. 2.2.2. Do efeito substitutivo decorrente da incidência do art. 512, do CPC. 2.2.3. Da inexistência de reformatio *in pejus*. 2.3 Do direito à repetição do indébito. 2.4 Conclusões.

ILMO SR. PROCURADOR CHEFE DA SPT,

1 Relatório

O Ilustríssimo Subsecretário para Assuntos Administrativos da SEFAZ encaminha os presentes processos administrativos, os quais cuidam da cobrança, em relação aos anos de 2007 e 2008, de taxas de (i) coleta de lixo e (ii) de conservação e limpeza de vias e logradouros públicos.

Reportando-se a despacho anteriormente proferido, aduz que:

- i) A lei que instituiu tais exações – Lei nº 3.877/01, do Município de Vila Velha – foi contestada judicialmente por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº

100050001237), ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça perante o TJES, e por meio de ação ordinária, ajuizada pelo Estado do Espírito Santo;

- ii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada, em 2006, totalmente procedente, para o fim de declarar a inconstitucionalidade das taxas em questão, com efeitos *ex nunc*. Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário (RE nº 542.621) pelo Município de Vila Velha;
- iii) em razão da decisão tomada pelo TJES na ADI, foi proferida, na ação ordinária ajuizada pelo Estado, decisão liminar suspendendo a exigibilidade da cobrança das taxas. Até onde se tem notícia, essa decisão não foi cassada pelo TJES, permanecendo em vigor;
- iv) nada obstante às decisões judiciais anteriormente exaradas, o Estado efetuou o pagamento das taxas sob análise, em relação ao ano de 2008;
- v) o Supremo Tribunal Federal declarou, recentemente, a inconstitucionalidade de lei semelhante oriunda do Município de Campinas.

Após a exposição dos fatos que permeiam a consulta, questiona sobre a viabilidade da restituição dos valores pagos pelo Estado e sobre os mecanismos jurídicos para a obtenção desse objetivo. Questiona, também, se o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de lei semelhante oriunda do Município de Campinas pode ser aplicado ao caso dos autos.

É o breve relatório.

2 Fundamentação

2.1 *Delimitação da controvérsia. Modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes no momento da consulta. Provimento, em parte, do recurso extraordinário interposto da decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.877/01.*

Tal como formulada, a consulta diz respeito à possibilidade ou não de restituição de indébito de tributo pago durante a vi-

gência (i) de liminar que suspendeu a sua exigibilidade e (ii) de decisão prolatada em controle de constitucionalidade abstrato que, embora não transitada em julgado, declarou a sua inconstitucionalidade.

Ocorre que houve modificação do contexto fático jurídico, após a sua realização da consulta.

Conforme ressaltado pela autoridade consulente, a Lei nº 3.877/01, do Município de Vila Velha, a qual instituiu as taxas pagas pelo Estado, foi declarada inconstitucional pelo TJES, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 100050001237).

No controle abstrato de normas, a declaração de inconstitucionalidade possui eficácia retroativa, produzindo efeitos “*ex tunc*” (RTJ nº 82/791, 97/1.369, 157/1.063) e desconstituindo os atos praticados sob o manto do ato normativo impugnado. Essa é a regra, que somente será afastada em hipóteses excepcionais, conforme se observa do art. 27, da Lei Federal nº 9.868/99, que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade processadas no Supremo Tribunal Federal.

Utilizando-se de prerrogativa contida no citado dispositivo, entretanto, o Pleno daquele Eg. Tribunal houve por bem modular os efeitos de sua decisão, conferindo-lhe efeito “*ex nunc*”. O acórdão restou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL - AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGISLAÇÃO QUE DISPÕE SOBRE A TAXA DE COLETA DE LIXO E TAXA DE CONSERVAÇÃO DE LIMPEZA NO MUNICÍPIO DE VILA VELHA - INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA APTA A CONSTITUIR A TAXAÇÃO - AUSÊNCIA DE ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE - CARACTERÍSTICAS “UTI UNIVERSI” DAS TAXAS ESTABELECIDAS PELA LEGISLAÇÃO IMPUGNADA - AÇÃO A QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 3.877/01, EDITADA PELO MUNICÍPIO DE VILA VELHA - EFEITOS EX NUNC.

I. Não tendo sido evidenciadas as características aptas a ensejar a imposição do pagamento da taxa de coleta de lixo e taxa de conservação de limpeza, quais sejam: a especi-

ficidade e a indivisibilidade e, estando as mesmas marcadas por características “uti universi”, julga-se procedente o pedido formulado no autos, a fim de *declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.877/01, editada pelo Município de Vila Velha, com efeitos ex nunc, face às excepcionalidades contidas nos autos, nos moldes do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99.*”

(TJES, Classe: Ação de Inconstitucionalidade, 100050001237, Relator: CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL, Data de Julgamento: 10/07/2006, Data da Publicação no Diário: 03/08/2006, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO).

Essa decisão foi publicada em 03.08.2006 e dela foi interposto, tempestivamente, recurso extraordinário (RE 542.621) pelo Município de Vila Velha.

É nesse ponto que se situa a modificação fática e jurídica que se pretende ressaltar. Ao tempo da formulação da consulta, esse recurso ainda não havia sido apreciado pelo STF. Posteriormente, contudo, foi conhecido e parcialmente provido, para o fim de declarar a constitucionalidade da taxa de coleta de lixo, mantendo a inconstitucionalidade da taxa de conservação e limpeza. Confira-se a decisão monocrática exarada pelo Ministro-relator:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que entendeu pela inconstitucionalidade das taxas de coleta de lixo e de limpeza e conservação de vias e logradouros públicos instituídas pelo Município de Vila Velha, ao fundamento de que tais exações não são cobradas em razão de serviços públicos específicos e divisíveis.

Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, sustentou-se, em suma, a constitucionalidade das referidas taxas.

A pretensão recursal merece acolhida, apenas em parte.

O acórdão recorrido está parcialmente em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que recentemente, no julgamento do RE 576.321-RG-QO/SP, de minha relatoria, reconheceu a repercussão geral da matéria e ratificou seu posicionamento no sentido de que são específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tra-

tamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos.

No caso dos autos, a taxa de coleta de lixo está vinculada apenas a serviços públicos reconhecidamente específicos e divisíveis (coleta, remoção e disposição final dos resíduos sólidos produzidos em imóveis), enquanto que a taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros públicos guarda relação com serviços realizados em benefício da população em geral (varrição, capina, limpeza e conservação do calçamento ou pavimento das vias e logradouros públicos), impondo-se, dessa forma, o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas desta última.

Isso posto, com base nos precedentes mencionados, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe parcial provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), para reconhecer a constitucionalidade apenas da taxa de coleta de lixo.

Publique-se.

Brasília, 24 de março de 2009.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI"

O andamento retirado do sítio do STF na internet demonstra que essa decisão transitou em julgado em 04.05.2009, tal como proferida, já que não houve interposição de agravo regimental ou de embargos de declaração.

Tem-se, então, que somente é inconstitucional a taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros públicos. Só o pagamento a ela relativo, portanto, poderá ser repetido.

Fixada a premissa, a única questão remanescente – bastante relevante para aferir a extensão do direito de repetição do indébito – é partir de quando vale a inconstitucionalidade declarada, isto é, se a ela deverão ser conferidos efeitos *ex nunc* (tal como decidido pelo TJES) ou *ex tunc*.

2.2 Do efeito substitutivo do recurso extraordinário interposto de decisão proferida em controle concentrado estadual. Necessidade de se conferir, no caso versado neste parecer, efeito ex tunc à declaração de inconstitucionalidade da taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros públicos.

Muito embora o TJES tenha conferido efeitos *ex nunc* à sua decisão, a inconstitucionalidade da taxa sob análise deve ser tida com efeitos *ex tunc*.

E isso porque, em sede de controle abstrato de constitucionalidade estadual, a decisão proferida no recurso extraordinário impõe-se à decisão recorrida. Esse efeito substitutivo decorre não só das especificidades da fiscalização abstrata em âmbito estadual, notadamente do recurso extraordinário que ali pode ser interposto, mas também da aplicação do art. 512, do CPC. É o que se passa a demonstrar.

2.2.1 Do efeito substitutivo decorrente das especificidades do controle concentrado em âmbito estadual e do recurso extraordinário.

O controle de constitucionalidade em âmbito estadual está previsto no artigo 125, § 2º, da Constituição Federal:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Merece atenção a escolha do constituinte quanto à expressão “representação de inconstitucionalidade”. Segundo anota André Ramos Tavares¹, isso não deve servir de fonte de des-

1 TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006. p. 333 - 334.

confiança quanto à verdadeira natureza jurídica do instituto. Trata-se, com efeito, de ação direta de inconstitucionalidade. De fato, após longa discussão havida na vigência da Constituição pretérita, pacificou-se o entendimento no sentido de que a “representação” de cunho federal ali prevista tinha a natureza de ação direta. Esse ensinamento deve ser observado em relação à “representação de inconstitucionalidade” de âmbito estadual previsto na Constituição de 1988.

Além disso, dois aspectos importantes saltam aos olhos na leitura do texto constitucional. O primeiro deles diz respeito à autonomia outorgada aos Estados-membros para disciplinar o controle de constitucionalidade local, inclusive com a previsão de legitimados não-simétricos àqueles previstos para o controle feito em razão da Constituição Federal. Isso reafirma a autonomia que lhes foi conferida pelo art. 25 da CF.

O segundo e mais importante se refere ao parâmetro de controle. A redação dada pelo constituinte é isenta de dúvidas: nos Estados, o controle abstrato de constitucionalidade será feito com base na alegação de violação da Constituição Estadual, unicamente.

A afirmação encontra sustentáculo na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADI-MC 409, por exemplo, assentou a Corte que *“a Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros, erigiu a própria Constituição Estadual à condição de parâmetro único e exclusivo de verificação de validade das leis ou atos normativos locais”*².

Note-se que o controle abstrato local será exercido de forma monopolizada pelo Tribunal de Justiça, que atuará com exclusão de qualquer outro, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Só a ele caberá exercer o papel de curador da Constituição Estadual. Foi o que restou decidido na ADI-QO n° 1.529. Em seu voto, o Ministro-Relator Octavio Galotti asseverou que *“é do Tribunal de Justiça, e não do Supremo Tribunal Federal, a competência originária para processar e julgar ação direta contra lei estadual*

2 ADI-MC, Rel. Min Celso de Mello, RTJ 143:1066.

*em conflito com norma da constituição local, mesmo quando venha esta a consubstanciar mera reprodução de regra da Carta Federal*³.

No entanto, em sua atuação o Tribunal de Justiça não poderá se afastar das raias do parâmetro de controle que lhe foi imposto pela Constituição Federal, sendo-lhe vedado, assim, estendê-la a qualquer outro. Nesse sentido, menciona Léo Ferreira Leony⁴:

“Daí se poder afirmar que o controle abstrato de normas no âmbito local, evidentemente, não compadece (a) com eventual propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça – e, portanto, com base no art. 125, § 2º, da Constituição – que tenha como causa de pedir violação a parâmetro de controle constante de Lei Federal (a.1), da própria Constituição Federal, (a.2) ou de lei orgânica municipal (a.3); nem se concilia (b) com o julgamento em abstrato, pelo Supremo Tribunal, de conflito de normas locais em face do parâmetro constitucional estadual.”

A posição do autor é confirmada, em sua inteireza, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵.

Todos os princípios e normas dispostos na Constituição Estadual servirão à fiscalização abstrata⁶. Incluem-se aí as normas remissivas⁷, as disposições da Constituição Federal e, também, aquelas meramente repetitivas de preceitos da mesma Carta.

Quanto aos dispositivos que simplesmente repetem preceitos da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal fixou, inicialmente, a tese da ociosidade das normas repetidoras de normas constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros.

3 ADI-QO 1.529, Rel. Min. Octavio Galotti, DJ: 28.02.1997.

4 LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85.

5 Cf. dentre outros, v.g., RE 251.470, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ: 18.08.2000; RE 191.273, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ: 06.06.1997; RE 175.087, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ: 17.05.2002; ADI 717, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ: 21.08.1992.

6 DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 112.

7 Rcl. 733, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ: 28.04.2000; ADPF 100, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática noticiada no informativo nº 532. Na doutrina, conferir interessante distinção feita por Léo Ferreira Leony (Ob. Cit.p. 95/96), sobre normas remissivas de recepção e normas remissivas de devolução, utilizada como subsídio para a decisão monocrática proferida na Rcl. 4432, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 10.10.2006.

Segundo essa tese, o controle abstrato pelo Tribunal de Justiça somente seria cabível em relação às chamadas normas de *imitação* (isto é, aquelas que foram reproduzidas na Constituição Estadual por decisão voluntária do constituinte, muito embora não estivesse obrigado a fazê-lo). Já as tituladas normas de reprodução (vale dizer, aquelas que, repetidas ou não, seriam de absorção compulsória pelos Estados-membros), ensejariam a fiscalização abstrata perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa distinção foi proposta e aceita pelo Tribunal a partir de voto de vista do Ministro Sepúlveda Pertence na Reclamação nº 370, de relatoria do Ministro Otavio Galotti. Baseava-se no entendimento de que as normas de reprodução não constituiriam fruto do exercício da autonomia local. Significariam, ao contrário, reprodução de normas que, exatamente porque dotadas de eficácia da Constituição Total do Estado Federal, seriam impostas coercitivamente à ordem jurídica estadual, fossem repetidas ou não na Constituição do Estado-membro. A repetição delas na Constituição Estadual, portanto, seria meramente ociosa, e a violação de seus comandos normativos implicaria em verdade uma violação à Constituição Federal. O controle abstrato que as tomasse como parâmetro de controle, assim, deveria ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, e não pelo Tribunal de Justiça, sob pena de usurpação da competência do primeiro.

Posteriormente, contudo, a partir do julgamento da Reclamação nº 383⁸, e do AgRg na Reclamação nº 425⁹, a nossa Corte Máxima reformulou o seu posicionamento e passou a adotar a tese da autonomia dos parâmetros de controle independentemente da natureza da norma constitucional federal repetida.

Por essa tese, servem como parâmetro de controle na fiscalização abstrata local quaisquer dispositivos da Carta Estadual, mesmos os repetidores de preceitos da Constituição Federal, sejam eles de imitação, ou de reprodução. Esse continua sendo o entendimento da Corte, que assinalou, no julgamento da Rcl 2076, que *“desde o julgamento da Rcl 383, Rel. Min. Moreira Alves, entende o STF inexistir usurpação de sua competência*

8 Rcl. 383, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.05.1993.

9 AgRg na Rcl. 425, Rel. Néri da Silveira, DJ 22.10.1993.

*quando os Tribunais de Justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais ante normas constitucionais estaduais que reproduzam regras da Carta da República de observância obrigatória*¹⁰.

Embora superada a tese da ociosidade, a distinção entre normas de imitação e de repetição ainda guarda alguma ressonância na doutrina e, aparentemente, também no próprio STF. Para os fins do presente parecer, essa distinção será importante para confirmar, para além de quaisquer discussões doutrinárias, as conclusões que aqui serão alcançadas.

A adoção da tese da autonomia dos parâmetros de controle independentemente da natureza da norma constitucional federal repetida possui algumas conseqüências.

A primeira delas é que, havendo repetição, uma mesma norma¹¹ da *legislação estadual*¹² poderá ser impugnada tanto em face da Constituição Estadual como em face da Constituição Federal. A competência para o processamento da ação direta de inconstitucionalidade, nesse caso, será definida pela causa de pedir: competirá ao Tribunal de Justiça o julgamento se, na ação direta, houver a alegação de violação da Constituição Estadual; ao Supremo Tribunal caberá o julgamento caso a violação alegada recaia sobre dispositivo da Constituição Federal¹³.

Conforme anota, em sede doutrinária, o Min. do STF Gilmar Mendes¹⁴, a independência dos parâmetros de controle (estadual e federal) é típica do Estado Federal. Em razão dela, há

10 Rcl 2076, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 08.11.2002.

11 Excluídas, obviamente, aquelas que não se prestam, segundo a jurisprudência, ao controle concentrado de constitucionalidade, como as decorrentes de leis de efeitos concretos, de leis revogadas, de regulamentos, etc.

12 Segundo entende o Supremo Tribunal Federal, não é cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade para impugnar, perante o STF, leis municipais em confronto com a Constituição Federal.

13 Nesse sentido, v.g.: "O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República." (RE 199293, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ: 06.08.2004).

14 Ao tratar da coexistência de jurisdições constitucionais estadual e federal, enfatizou o autor: "*Todavia parece lícito enfatizar que a possibilidade de coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual pressupõe, em uma estrutura federativa, expressa previsão constitucional e uma definição dos parâmetros de controle. Destarte, mesmo quando as disposições dos textos constitucionais federal e estadual tiverem idêntico conteúdo, há de se admitir a autonomia dos pronunciamentos jurisdicionais da Corte Federal ou de tribunal estadual.*" MENDES, Gilmar Ferreira ; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1359.

pluralidade e autonomia de instâncias de Justiça Constitucional, que atuam com parâmetros de julgamento distintos. Nada obsta, assim, que as duas ações diretas de inconstitucionalidade (no TJ e no STF) sejam propostas simultaneamente, devendo-se admitir a autonomia dos pronunciamentos efetuados em cada uma delas.

A fim de evitar que essa autonomia de um dos pronunciamentos interfira no outro, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que *“quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal”*¹⁵.

A suspensão se justifica para evitar que, em seu julgamento, o Tribunal de Justiça viole os princípios da Constituição Federal repetidos na Carta Estadual, conferindo-lhes interpretação divergente daquela dada pelo STF. E isso porque, transitada em julgado a declaração de inconstitucionalidade operada pela Corte local, a norma impugnada é retirada do sistema jurídico, o que impede, por perda de objeto, que o STF julgue a demanda que lhe foi proposta. Nesse caso, se não houver interposição e conhecimento de recurso extraordinário, a análise da interpretação conferida pelo Tribunal local, ainda que inconstitucional – sob a ótica da Constituição Federal – seria subtraída do STF.

A necessidade dessa suspensão, portanto, somente confirma o que já foi exposto: a autonomia dos julgamentos proferidos pela Corte local e pelo STF, a qual decorre da diversidade dos parâmetros de controle.

A segunda conseqüência é o cabimento de recurso extraordinário da decisão que julga a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, *“se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de*

15 ADI 1423 MC, Rel.: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 22.11.1996.

*observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta*¹⁶.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal que trataram do tema demonstram que esse recurso extraordinário somente será cabível em caso de violação de norma federal (reproduzida) de observância obrigatória (norma de reprodução) pelos Estados. Isso demonstra que a distinção entre norma de imitação e norma de reprodução ainda tem relevância, mesmo no STF.

A justificativa para negar a possibilidade de recurso extraordinário em caso de normas de imitação consiste no fato de que tais normas seriam estritamente estaduais, já que não são de observância obrigatória pelos Estados-membros. Na doutrina colhem-se manifestações nesse sentido. Carlos Roberto de Alckimin Dutra, citando Clèmerson Merlin Clève, adverte:

“Todavia, apenas as normas de reprodução obrigatória pelos Estados-membros seriam hábeis a dar ensejo ao recurso extraordinário, pois as demais, ainda que cópias fiéis do texto federal, estão no campo legislativo do Estado-membro, sendo o Tribunal de Justiça o seu guardião exclusivo.

Nesse sentido, CLÈVE (200, p.404), citando RAUL MACHADO HORTA, esclarece:

‘A questão da norma constitucional reproduzida não é singela. Há normas constitucionais compulsoriamente reproduzidas pelo Estado-membro, ao de outras que, mesmo residindo na esfera da autonomia estadual, repetem dispositivo constante da Carta Federal. Raul Machado Horta chama as primeiras de ‘normas de reprodução’, e as segundas de ‘normas de imitação’. Em princípio, apenas as primeiras poderiam ensejar, no caso de deficiente interpretação, a interposição do recurso extraordinário. As segundas, configurando normas constitucionais estritamente estaduais, serviriam de parâmetro definitivo e único para a aferição da validade dos atos normativos e das leis estaduais’¹⁷.

16 Rcl. 383, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.05.1993.

17 DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111.

A limitação do cabimento do recurso extraordinário somente à violação de normas de reprodução (normas repetidas de observância obrigatória), embora não seja isenta de dúvidas, tem ao menos uma consequência prática relevante. Ela conduz à conclusão de que, uma vez interposto e *conhecido* o recurso extraordinário, a questão constitucional (local) havida no julgamento feito pelo Tribunal de Justiça *transmuda-se*¹⁸ em uma questão constitucional *exclusivamente*¹⁹ *federal*, pois as normas repetidas são, inequivocamente, normas típicas da Constituição Total do Estado Federal e, pois, de observância obrigatória pelos demais entes federados.

É o Supremo Tribunal Federal que analisa essa questão constitucional federal com exclusividade e, procedimentalmente, pela primeira vez, já que o Tribunal de Justiça está vinculado ao seu parâmetro de controle (Constituição Estadual). Pode-se dizer, assim, que a atividade cognitiva exercida pelo STF, nesse recurso extraordinário, é *originária e substancialmente nova*, já que pautada em parâmetro de controle autônomo e diverso (Constituição Federal), cuja interpretação cabe a ele, Supremo, com exclusividade.

Essa questão, exclusivamente federal, ao menos no caso específico dos autos²⁰, torna-se o próprio objeto da demanda, não uma questão prévia que deve ser enfrentada como pressuposto para o julgamento de seu mérito. A sua análise, bem

18 O Min. Gilmar Mendes, em trabalho doutrinário (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1369), ao comentar o julgamento proferido na Rcl. 383, Re. Min. Moreira Alves, DJ. 21.05.1993, asseverou: “Essa decisão forneceu novas bases do sistema de controle direto de constitucionalidade do direito estadual e municipal perante o Tribunal de Justiça, assentando a autonomia dos parâmetros de controle e a possibilidade de que a questão suscitada perante o Tribunal local se converta numa questão constitucional federal, especialmente nos casos de aplicação das chamadas normas de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.”

19 O mesmo talvez não poderia ser dito em se tratando de normas repetidas não obrigatórias para o Estado-membro (norma de imitação na Constituição estadual), dada a autonomia dos Estados-membros para editá-las ou não, segundo a sua conveniência.

20 Podem ser vislumbradas três hipóteses em que será cabível o recurso extraordinário do julgamento da ação direta pelo Tribunal local: (i) quando o Tribunal local pronunciar ou deixar de pronunciar a inconstitucionalidade do próprio parâmetro de controle estadual, em face da Constituição Federal, inconstitucionalidade que, nesse caso, é declarada de ofício, pelo controle difuso; (ii) quando o Tribunal local adotar, em seu julgamento, procedimento ou atividade incompatível com a Constituição Federal, violando o art. 97 ou 93, inciso IX, da CF; (iii) quando o Tribunal local dá ao preceito constitucional estadual, interpretação divergente daquela já dada ou que seria dada pelo STF ao preceito federal reproduzido de observância obrigatória. É fácil perceber que, nas duas primeiras hipóteses, o provimento do recurso extraordinário eventualmente interposto implicará a devolução dos autos ao tribunal local, para que este julgue o mérito da demanda (inconstitucionalidade da lei). Nessas hipóteses, portanto, a questão constitucional federal é verdadeira questão prejudicial. Na terceira hipótese, entretanto, o mérito da demanda (constitucionalidade da lei atacada), alterado em razão da modificação do parâmetro de controle, será julgado pelo STF, no recurso extraordinário.

por isso, acontece em ambiente que não se compactua com o do controle difuso, cuja característica fundamental, anota Gilmar Mendes, com apoio em lição de Alfredo Buzaid, “*parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura ‘antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica’*”²¹.

A alteração do parâmetro de controle e o julgamento da questão constitucional como questão principal, não prejudicial, parecem induzir à conclusão de que tal recurso extraordinário tem o condão precípua de apenas conferir nova feição à ação direta inicialmente ajuizada, transformando-a substancialmente. É como se de nova demanda se tratasse.

Por tudo isso, o recurso extraordinário de que ora se trata possui feição *sui generis*. Ele pode ser visto como um desdobramento ou continuação da fiscalização abstrata de constitucionalidade local, realizada, contudo, por tribunal e com parâmetros de controle diversos. Embora sujeito a alguns requisitos de ordem formal não previstos para a ação direta de inconstitucionalidade (v.g., prazo, prequestionamento, regularidade formal, etc), a decisão de mérito nele prolatada é decisão de controle concentrado, valendo em todo o território nacional (eficácia *erga omnes* nacional).

Corroborando a assertiva o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 187.142, no sentido de que “*a decisão tomada, como a presente, em recurso extraordinário interposto em ação direta de inconstitucionalidade estadual, tem eficácia erga omnes, por se tratar de controle concentrado, eficácia essa que se estende a todo o território nacional*”²². Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio asseverou que “*o fato de a matéria ter chegado ao Supremo na via do extraordinário não descaracteriza o processo em si. O processo continua sendo objetivo, o controle continua sendo concentrado (...)*”²³.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1115.

22 RE 187.142, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ: 02.10.1998 (parte dispositiva do acórdão).

23 RE 187.142, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ: 02.10.1998

Disso decorre que as conclusões alcançadas nesse recurso extraordinário não estão de qualquer forma limitadas àquelas exaradas pelo Tribunal local, seja quanto à interpretação das normas de repetição, seja quanto à modulação temporal dos efeitos da decisão. A bem da verdade, a decisão do TJ sequer pode ser aproveitada, ainda que minimamente, pois o STF, ao finalizar o controle abstrato iniciado naquele tribunal, julgará uma nova questão constitucional, que agora não é mais estadual, mas sim federal.

Como conseqüência, uma vez superados os óbices formais e conhecido o recurso, a decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal impõe-se ao Estado-membro de forma absoluta, e, também, a toda a federação. Ela *substitui (sobrepõe-se) completamente* a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, sem que isso possa gerar qualquer tipo de alegação de violação da autonomia do Estado-membro.

Essa substituição decorre da natureza do controle exercido (concentrado), da diversidade e da qualidade do parâmetro de controle (norma federal de observância obrigatória pelos Estados-membros) e da autoridade e legitimidade do Supremo Tribunal Federal como curador da Constituição Federal.

No caso dado, portanto, não há dúvidas de que a decisão do Tribunal de Justiça em sede de controle concentrado – no sentido da inconstitucionalidade da taxa de conservação e limpeza de logradouros públicos com efeitos *ex nunc* – foi completamente substituída pela outra prolatada pelo STF.

Em primeiro lugar, porque o recurso extraordinário interposto foi totalmente conhecido, tendo sido julgado em seu mérito. Além disso – o que é confirmado pelo próprio conhecimento do recurso – tratou-se na espécie de alegação de violação do art. 145, da Constituição Federal, preceito que, por se constituir em garantia fundamental em favor do contribuinte e norma estruturante do sistema tributário nacional, é, por óbvio, norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, devendo ser essa interpretada de acordo com a dicção do STF.

Note-se, nesse passo, que a decisão substituída, embora “confirme” a inconstitucionalidade apontada pelo Tribunal local, nada menciona quanto à prospecção de efeitos (efeitos *ex nunc*).

Nesse caso, há de se entender que a inconstitucionalidade declarada deve operar com efeitos “*ex tunc*”.

É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a declaração de inconstitucionalidade opera, ordinariamente, com efeitos retroativos - *ex tunc*²⁴. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de efeitos prospectivos (“*ex nunc*”), exatamente porque medida excepcional, em todo o caso somente pode ocorrer se: (i) houver expresso pedido nesse sentido; (ii) houver manifestação expressa do Tribunal; e (iii) for observado o quorum mínimo previsto no art. 27, da Lei nº 9.868/98²⁵.

Independentemente disso, no caso dado, a atribuição expressa de efeitos *ex nunc* pelo STF se impunha porque, ao julgar o extraordinário, essa Corte analisa nova questão constitucional (federal), cujo exame não foi feito, e nem mesmo poderia ter sido feito, pelo Tribunal local. Se, em razão disso, a inconstitucionalidade foi declarada pelo STF em face da Constituição Federal, não em face da Constituição Estadual, era imprescindível que fosse emitido novo pronunciamento expresso sobre a modulação dos efeitos da decisão.

E isso não ocorreu no particular não só porque o recurso extraordinário interposto pelo Município de Vila Velha foi julgado monocraticamente, mas, também, muito provavelmente, porque atentava contra o entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal quanto à inexistência dos pressupostos autorizativos para a aplicação no art. 27, da Lei nº 9.868/98, em casos idênti-

24 RTJ 146/461-462, RTJ 164/506-509

25 Nesse sentido: “A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei.” (STF, AI 676341 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJ 19-12-2007);

“É cabível a oposição de embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, ficando seu acolhimento condicionado, entretanto, à existência de pedido formulado nesse sentido na petição inicial. Com base nesse entendimento, o Tribunal conheceu de embargos de declaração opostos de decisão proferida em ação direta em que se discutia o cabimento desse recurso para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, por maioria, os rejeitou. (...) Não se vislumbrou omissão a ser sanada na decisão embargada, visto que não se indicara, de forma expressa, na inicial da ação, a existência de pedido para a modulação de efeitos. Ressaltou-se, ademais, a jurisprudência do Tribunal, no sentido de que, se ele não modula os efeitos, isso significa que prevalece a consequência que resulta da declaração de inconstitucionalidade, qual seja, a de aplicação retroativa da decisão com eficácia *ex tunc*.” (ADI 2.791-ED, Rel. p/ o ac. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-09, Plenário, Informativo n. 543)

co aos autos, relativo à declaração de inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município do Rio de Janeiro²⁶.

A ausência de pronunciamento do STF, no caso em questão, portanto, pode ser qualificado como típico silêncio eloquente, proposital. Daí porque a inconstitucionalidade declarada somente pode ser vista com efeitos retroativos (*ex tunc*).

2.2.2 *Do efeito substitutivo decorrente da incidência do art. 512, do CPC*

O entendimento sobre a imposição de efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade também decorre da incidência do efeito substitutivo do recurso extraordinário, previsto no art. 512, do CPC, segundo o qual “*o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso*”.

O efeito substitutivo relaciona-se intimamente com a extensão da impugnação recursal e com o conhecimento desta.

Assim, pode ser total (se a impugnação recursal abarcar toda a decisão) ou parcial (se o recurso limitar a parte da decisão) e tem como pressuposto o conhecimento e, pois, o julgamento do mérito do recurso. Existe, assim, ainda que o acórdão ou decisão monocrática negue provimento à irresignação e simplesmente “confirme” a decisão recorrida, passa a valer, exclusivamente, a decisão proferida pelo Tribunal.

É o que ensina Nelson Nery Júnior²⁷ ao comentar o citado artigo:

“1 *Caráter substitutivo*. Ainda que o acórdão ‘confirme’ a sentença recorrida, haverá a substituição integral desta por aquele.

2 *Substituição*. Somente haverá substituição se o recurso for conhecido. O julgamento de mérito do recurso substi-

26 “Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido da impossibilidade de aplicação de efeitos *ex tunc*, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, à declaração de inconstitucionalidade de legislação do Município do Rio de Janeiro que fixou alíquotas progressivas para o IPTU e instituiu a Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública - TCLLP e a Taxa de Iluminação Pública - TIP. (STF, AI 651389 AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, DJe-147 Publicado 08.08.2008)

27 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 849

tui a decisão recorrida. Verifica-se a substituição quando: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *in procedendo*), for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso. Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata mas corrente, ‘confirme’ a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão ‘confirmada’. Com muito maior razão a substitutividade se dá quando a decisão recursal dá provimento ao recurso. No mesmo sentido: Bortowski, *Apelação cível*, p.143. V. coments. preliminares ao CPC 496 (‘efeito substitutivo’).

- 3 *Extensão da substituição*. A substituição pode ser total ou parcial, conforme a impugnação for total ou parcial. O efeito substitutivo do recurso só atinge a parte do recurso que for conhecida pelo tribunal. No mais, remanesce íntegra a decisão (ou parte dela) que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal. Neste sentido: Nery, *Recursos*, n. 3.5.5, p. 489.”

No mesmo sentido se manifestou o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 177.142²⁸:

“O fato de a matéria ter chegado ao Supremo na via extraordinária não descaracteriza o processo em si. O processo continua sendo objetivo, o controle continua sendo concentrado e a nossa decisão, *a teor do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil, substitui aquela prolatada pelo Tribunal de Justiça com a extensão já anunciada por V. Exa., ou seja, nacional*”. (itálico acrescido)

Na doutrina, o mesmo entendimento é manifestado por Léo Ferreira Leony²⁹:

“Por fim, resta ainda um aspecto que merece análise. Diz respeito ao efeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal

28 RE 187.142, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ: 02.10.1998.

29 LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

Federal no recurso extraordinário interposto contra decisões de mérito proferidas em controle abstrato de norma estadual. A decisão de mérito pela Corte federal neste recurso extraordinário substituirá a decisão recorrida no que tiver sido objeto desse recurso (art. 512, CPC).

O efeito substitutivo ocorrerá ainda que o acórdão proferido naquele julgamento ‘confirme’ a decisão do Tribunal de Justiça”. (itálico acrescido)

Pois bem. A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Pleno do TJES abarcou toda a Lei nº 3.877/01, do Município de Vila Velha, e, portanto, as duas taxas ali previstas (taxa de coleta de lixo e taxa de conservação e limpeza dos logradouros). Consoante se observa da decisão monocrática transcrita alhures, o recurso extraordinário interposto pelo Município de Vila Velha (i) atacou a totalidade dessa decisão – já que sustentou a constitucionalidade dessas duas taxas –, (ii) foi totalmente conhecido e (iii) totalmente analisado em seu mérito, tendo sido provido em parte.

Disso resulta que a decisão monocrática proferida pelo Ministro-relator do Recurso Extraordinário substituiu totalmente a decisão proferida pelo Pleno do TJES.

Assim, como no caso não houve manifestação expressa sobre a atribuição de efeito “ex nunc” à decisão – o que, conforme já se anotou, seria imprescindível, segundo a jurisprudência do STF –, tem-se que a inconstitucionalidade declarada em sede de recurso extraordinário substituiu aquela efetuada pelo TJES e operou efeitos “ex tunc”, retroagindo à data da edição da Lei nº 3.877/01, do Município de Vila Velha.

2.2.3 Da inexistência de reformatio in pejus

Não nos parece que seja impedimento às conclusões até aqui alcançadas o princípio de impossibilidade de *reformatio in pejus*.

Em primeiro lugar, porque essa questão sequer foi levantada pela “parte” interessada – Município de Vila Velha – que nenhum recurso interpôs da decisão monocrática que julgou o

recurso extraordinário. Restou, portanto, preclusa, tendo em vista o trânsito em julgado daquela decisão.

Além disso, como visto, o próprio Supremo Tribunal Federal entende que a propositura de recurso extraordinário em ação direta de constitucionalidade estadual não descaracteriza o processo objetivo enquanto tal.

Em síntese, o processo objetivo é aquele desenvolvido sem partes, em que se busca, exclusivamente, a tutela da Constituição. Não há, assim, defesa de interesses individuais ou subjetivos. Conforme ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes em voto proferido na ADI-ED 2982³⁰:

“A ação direta de inconstitucionalidade caracteriza típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tem-se um processo sem partes, no qual existe requerente, mas inexistente requerido. Os requerentes são titulares da ação de inconstitucionalidade apenas para o efeito de provocar, ou não, o Supremo Tribunal.”

A vedação de *reformatio in pejus*, exatamente porque vinculada a tutelar interesses meramente individuais, é típico instrumento do processo civil subjetivo e não se molda à dinâmica da fiscalização abstrata de constitucionalidade. Não cabe, por esse motivo, suscitá-lo como forma de se furta ao cumprimento de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, mormente quando o ponto não foi levantado em momento processual adequado.

De mais a mais, no particular, a modificação do parâmetro de controle, operado em razão da interposição do recurso extraordinário, possibilita que o STF decida livremente a questão da modulação dos efeitos, já que a sua decisão não será tomada com base na constituição estadual (como feito pelo Tribunal local), mas sim com base na Constituição Federal.

30 ADI-ED 2982, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22.09.2006.

2.3 Do direito à repetição do indébito

Fixada a premissa que a declaração de inconstitucionalidade levada a efeito pelo STF operou efeitos *ex tunc*, há, assim, o direito de o Estado repetir os valores pagos, observado, entretanto, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 168, inciso I, e 165, inciso I, do CTN.

Vale ressaltar que esse prazo conta-se do pagamento indevido, e não da declaração de inconstitucionalidade da lei, uma vez que a tese da *actio nata* já não tem mais acolhida na jurisprudência, sobretudo do STJ³¹.

A possibilidade de restituição abarca não só os pagamentos tratados nos presentes autos (feitos, salvo engano, em razão do imóvel da GEFAZ-M), mas também todos os demais pagamentos feitos pelo Estado, em decorrência de quaisquer imóveis que ocupe no Município de Vila Velha.

O pedido de restituição pode ser feito administrativamente ou judicialmente. Antes, entretanto, de optar por um desses dois caminhos, é preciso levantar o total dos valores pagos indevidamente pelo Estado.

2.4 Conclusões

Tem-se, em suma, as seguintes conclusões:

- a) Em razão das particularidades do recurso extraordinário interposto de decisão que julga ação direta de inconstitucionalidade estadual e da aplicação do art. 512, do CPC, a decisão proferida no recurso extraordinário interposto pelo Município de Vila Velha substituiu a decisão proferida pelo TJES. Como naquela não foi atribuído o efeito *ex nunc* expresso à declaração de inconstitucionalidade da taxa de conservação e limpeza dos logradouros, entende-se, na linha da jurisprudência do STF, que tal declaração

31 Nesse sentido: "A prescrição para o ajuizamento de demanda repetitória se perfaz no lapso de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, relativamente a tributos sujeitos a lançamento de ofício, tais como o IPTU e a TCLLP, nos termos dos artigos 156, I, 165, I e 168, I, do CTN, independentemente da data da declaração de inconstitucionalidade da lei tributária, em controle direto ou difuso, a qual não enseja a reabertura do prazo prescricional." (REsp 726.247/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 05/10/2006 p. 246)

opera efeitos “ex tunc”, sem que se possa falar, nesse caso, em *reformatio in pejus*.

- b) o prazo prescricional para a repetição de indébito de tributos com lançamento direto é de 5 (cinco) anos, contados do pagamento indevido;
- c) é possível a restituição dos valores pagos pelo Estado a título de taxa de conservação e limpeza dos logradouros a partir de 1º de janeiro de 2005. Essa restituição abarca todos os valores pagos pelo Estado, em razão de todos os imóveis por ele ocupados no Município de Vila Velha;
- d) É juridicamente viável o pedido administrativo ou judicial da devolução das quantias pagas indevidamente. Antes, porém, é necessário que sejam levantados todos os valores pagos indevidamente, de modo a concentrar num único pedido a pretensão de devolução.

Posto isso, solicitamos sejam os autos encaminhados à SEFAZ para que promova o levantamento de todos os valores pagos pelo Estado ao Município de Vila Velha a título de taxa de conservação e limpeza dos logradouros, a partir do ano de 2005.

Para a perfeita instrução do pedido de devolução, solicitamos que esse levantamento seja feito discriminando os exercícios, os valores pagos e os imóveis a que se referem os pagamentos, e que sejam juntados os comprovantes de pagamento respectivos.

Após essas providências, deverão os autos retornar à PGE para a elaboração do pedido de restituição.

É a manifestação, s.m.j., a qual submetemos à apreciação superior.

Vitória, 20 de maio de 2009.

RAFAEL INDUZZI DREWS
Procurador do Estado

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
--

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica, etc.

Todo trabalho será passível de revisão lingüística, formal e metodológica, pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em conseqüência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as idéias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 200____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.