

VOLUME 13

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL
DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 13, n. 13, 1º sem. 2014



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO
Rodrigo Marques de Abreu Júdice

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Rodrigo Francisco de Paula

MEMBROS
Bruno Colodetti
Horácio Augusto Mendes de Sousa

EQUIPE TÉCNICA
Alexandro Batista
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Renato Heitor Santoro Moreira

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Tríade Comunicação
Projeto gráfico: Contemporânea
Capa: Itajacy Dornellas
Editoração: Bios
Impressão: Grafitusa

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2014. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

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

CDD: 340

Tiragem: 800 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

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

Av. N. S. da Penha, 1590, 8º andar, Barro Vermelho
Cep.: 29.057-590 Vitória – ES
Tel.: (27) 3636-5115
Website: 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

José Renato Casagrande

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Francisco de Paula

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial.....	11
1 DOCTRINA	
1.1 A tolerância religiosa e o contrato social: uma releitura da visão rousseauiana acerca da necessidade de tolerância na vida em sociedade	15
<i>Alexandre Brunelli Costa</i>	
1.2 O direito à moradia frente à cláusula da reserva do possível: um diálogo sobre os direitos sociais a partir da realidade político-social brasileira.....	35
<i>Álvaro Augusto Lauff Machado</i>	
1.3 Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas	63
<i>Anderson Sant'ana Pedra</i>	
1.4 Eram eles iluminados? Notas sobre o Judiciário e a democracia	83
<i>André Pimentel Filho</i>	
1.5 Panorama do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos	113
<i>Arthur Moura de Souza</i>	
1.6 Decisão <i>contra legem</i> : sob uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial.....	155
<i>Carlos Augusto Lessa Arivabene</i>	
1.7 A advocacia pública estadual e sua unidade orgânica	183
<i>Claudio Penedo Madureira</i>	
1.8 Análise jurídica da decretação de prisão de Secretário Estadual de Saúde por descumprimento de decisão judicial no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.....	227
<i>Daniel Mazzoni</i>	
1.9 Breves observações acerca do direito de greve dos servidores públicos que exercem atividades indelegáveis e o corte de ponto, segundo entendimento dos tribunais superiores	255
<i>Guilherme Rousseff Canaan</i> <i>Ricardo Cesar Oliveira Occhi</i>	
1.10 A ilegalidade da divulgação nominal da remuneração dos agentes públicos com fundamento na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).....	279
<i>Gustavo Calmon Holliday</i>	

1.11 Delegações atípicas de serviços públicos: estudo de caso a respeito da transformação de concessão de serviço público de transporte municipal em estadual	299
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.12 A Constituição de 1988 e o direito fundamental do preso à ressocialização pelo trabalho: implicações pragmáticas, normativas e jurisprudenciais	333
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
<i>Orlando de Oliveira Gianordoli</i>	
1.13 Da (ir)retroatividade da decisão judicial que relativiza a coisa julgada	357
<i>Luiz Henrique Miguel Pavan</i>	
1.14 Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade, constitucionalismo popular e humildade institucional	381
<i>Marianna Montebello Willeman</i>	
1.15 Qualificação econômico-financeira	407
<i>Pericles Ferreira de Almeida</i>	
1.16 Direito: noção, conceituação e finalidade social	451
<i>Reis Friede</i>	
1.17 Diferenciação de preços em processos licitatórios. O abuso de poder econômico das empresas	473
<i>Tatiana Cláudia Santos Aquino</i>	
1.18 A segurança jurídica e os efeitos dos atos administrativos fundados em leis inconstitucionais	495
<i>Thiago Alves de Figueiredo</i>	

2 PARECER

2.1 Análise de projeto de parceria público-privada para execução de obras de adequação da infraestrutura e operação dos serviços de identificação civil e criminal.....	543
<i>Juliana Paiva Faria Faleiro</i>	
<i>Péricles Ferreira de Almeida</i>	

ANEXO

Normas para publicação	593
------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

Como tem sido de praxe, a Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE/ES) lança mais uma edição anual de sua Revista que, em 2014, chega ao seu 13º volume. A publicação tornou-se referência entre os colegas de carreira jurídica, advogados, magistrados, professores e estudantes de Direito.

A Revista da PGE/ES chega em um momento crucial de nosso Estado, no qual a Procuradoria-Geral do Estado vem sendo cada vez mais demandada a se manifestar – como órgão de controle – sobre questões cujo grau de complexidade aumenta à ordem de uma verdadeira progressão geométrica.

Já no início deste ano, a PGE/ES, por meio de suas ações, fez com que o Estado vislumbresse um acréscimo de receita de participação especial da ordem de R\$ 1,2 bilhão, oriundo da decisão da Agência Nacional de Petróleo (ANP) que, acatando a tese da PGE/ES, determinou que a Petrobras passasse a considerar como um único campo petrolífero os campos do Parque das Baleias (Anã, Azul, Franca, Cachalote e Jubarte), bem como os campos de Caxarêu e Pirambu.

Ainda na área de petróleo, a PGE/ES obteve uma outra vitória parcial que poderá aumentar ainda mais a produção de petróleo do Estado. Em ação encampada pela PGE/ES, a 3ª Vara Federal Cível determinou a realização de perícia para verificar as fronteiras de mar territorial entre os estados da Bahia, do Espírito Santo e Rio de Janeiro. Caso a tese proposta seja confirmada pela perícia, os campos petrolíferos de Roncador, Albacora Leste e 80% do campo de Frade serão incorporados à plataforma continental capixaba, ampliando sobremaneira os recursos de royalties e de participação especial para o Estado.

Na área Fiscal, a PGE/ES também tem conseguido resultados extraordinários na arrecadação, por intermédio da cobrança extrajudicial de dívidas de empresas e pessoas físicas com o Estado. A implementação desse tipo de cobrança ampliou de 1% para 12,77% o percentual de êxito na recuperação de créditos. Com esse tipo de cobrança, a PGE/ES contribuiu também para desafogar o Poder Judiciário, reduzindo o número de ações de

execução fiscal que, em 2011, chegou a 4.693, contra não mais que 400 em 2013.

Casos como esses só ratificam a importância do trabalho de uma Procuradoria com profissionais de alto gabarito técnico como os que atuam na Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, e que vêm garantindo ao Poder Executivo ganhos de arrecadação que são revertidos em obras e projetos sociais para a população capixaba.

Com tantos exemplos de competência, nosso grupo de procuradores mostrou também que o conhecimento acadêmico é sua base para a atuação na PGE/ES. Nos 18 artigos e um parecer que compõem o conteúdo desta revista, temos a participação de 14 procuradores do Estado do Espírito Santo, entre eles especialistas, mestres e doutores, que fazem desta edição uma publicação com conteúdo qualificado e reconhecido por toda a área do Direito.

Uma boa leitura a todos!

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo chega a sua 13ª edição, reunindo 18 artigos e um parecer. Toda a seleção do material foi realizada de forma criteriosa pelo Centro de Estudos e Informações Jurídicas da PGE/ES (CEI), de modo a manter o alto nível dos trabalhos que vêm sendo publicados desde 1997, quando a Revista lançou o seu primeiro volume.

Chama a atenção na 13ª Revista da PGE/ES a ampliação do número de procuradores de Estado que contribuiu para esta edição. Em 2012, quando a PGE/ES lançou o volume 12 de sua Revista, cinco procuradores figuraram como autores de artigos. Nesta edição, esse número subiu para 14 procuradores. São eles: Anderson Sant'Ana Pedra, Arthur Moura de Souza, Claudio Penedo Madureira, Daniel Mazzoni, Guilherme Rousseff Canaan, Ricardo Cesar Oliveira Occhi, Gustavo César de Mello Calmon Holliday, Horácio Augusto Mendes de Sousa, Orlando de Oliveira Gianórdoli, Luiz Henrique Miguel Pavan, Péricles Ferreira de Almeida, Tatiana Cláudia Santos Aquino, Thiago Alves de Figueiredo e Juliana Paiva Faria Fa-leiro.

Contribuíram também para esse trabalho advogados e professores, mestres e doutores em Direito, procuradores de outros órgãos e estados e um desembargador federal do Rio de Janeiro.

No entanto, a 13ª edição da Revista da PGE não seria possível sem o valoroso trabalho de equipe dos servidores do CEI, a quem, nas pessoas de Alexandro Baptista e Cláudia de Oliveira Barros Feitosa, faço, aqui, em nome da PGE/ES, um agradecimento especial. Igualmente, Renato Heitor Santoro Moreira, da Assessoria de Comunicação da PGE/ES, teve um papel importante na organização dos trabalhos. O empenho dessa equipe foi fundamental para que tudo se mantivesse dentro dos padrões de qualidade que a publicação apresenta.

Encerro desejando a todos uma excelente leitura e alertando aos interessados em publicar conosco que já estamos recebendo novos artigos e pareceres para o volume 14 da Revista, que deverá ser lançada no final de 2014.

Rodrigo Francisco de Paula

PROCURADOR-CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS
E INFORMAÇÕES JURÍDICAS (CEI)

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (PGE/ES)

1 DOUTRINA



1.1

A TOLERÂNCIA RELIGIOSA E O CONTRATO SOCIAL: UMA RELEITURA DA VISÃO ROUSSEAUNIANA ACERCA DA NECESSIDADE DE TOLERÂNCIA NA VIDA EM SOCIEDADE

ALEXANDRE BRUNELLI COSTA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A religião e a tolerância religiosa. 2.1 Conceito de tolerância. 2.2 A questão da tolerância religiosa em Rousseau. 2.3 Espécies de religião. 2.4 A visão contemporânea de tolerância religiosa. 2.4.1 O pluralismo de valores, tolerância e intolerância. 2.4.2 Tolerância no contexto político-pedagógico: educação como *ethos* da diferença. 3 O pacto social. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

O filósofo *Jean Jacques Rousseau* contribuiu muito significativamente para o chamado Século das Luzes, juntamente com outros importantes pensadores do período, como *Hobbes*, *Locke*, e *Montesquieu*.

Suíço de nascimento, Rousseau escolheu a França para viver, entre idas e vindas, até sua morte, ocorrida na cidade de *Ermenonville*. A convivência com esse ambiente favorável também deve ter influenciado positivamente no amadurecimento de seu pensamento, haja vista a efervescência cultural presente na segunda metade do século XVIII. Duas de suas maiores obras foram publicadas no ano de 1.762: o *Contrato Social* e o *Emílio*.

De família humilde, pois era filho de relojoeiro, Rousseau foi um filósofo a margem dos grandes nomes de seu século, e nem por isso permaneceu afastado dos grandes debates de seu tempo.

* Graduado em Direito pela UFES. Especialista em Hermenêutica Jurídica e Prática Judiciária pela UFES. Bacharelado em Filosofia pela UFES.

Embora, por vezes, incompreendido, o autor genebrino se viu tendo que se refugiar noutras cidades do velho continente, como quando o Parlamento de Paris condenou a obra *Emilio* a ser queimada e seu autor à pena de prisão.

Apesar de sua grande capacidade intelectual, Rousseau exerceu os ofícios de gravador e coprador de música, para poder sobreviver.

Outro fato não menos influente sobre seus escritos é que Rousseau, mesmo tendo convivido com um pastor protestante, na infância, decidiu por se converter ao catolicismo, daí a presença da verve cristã em sua abordagem sobre a temática da religião e, por efeito, na questão da tolerância religiosa e civil.

Para citar um exemplo, em uma das cartas endereçadas a Voltaire (*“Cartas sobre a providência”*, de 18 de agosto de 1.756), Rousseau já antecipava a questão que viria a ser mais bem explicitada no seu *Contrato Social, a de atender-se a César e a Cristo na velha e desafiadora proposição bíblica que afirma “ser impossível servir a dois senhores”*.

Isto é, *a discussão que gira em torno de saber como obter a paz social em governos nacionais politeístas*. Para o célebre autor, a intolerância teológica e civil são naturalmente a mesma.

Assim, estudar a tolerância religiosa e sua influência naquela que pode ser considerada a obra de maior destaque desse autor para a filosofia (*Contrato Social*) constitui a essência deste artigo.

2 A religião e a tolerância religiosa

2.1 Conceito de tolerância

A tolerância¹ é uma ideia moderna com contornos traçados em longa luta histórica, sobretudo a religiosa, na qual são expostos os limites do dogmatismo.

Por dogma, entende-se uma verdade inquestionável. De onde se conclui que ações baseadas no dogmatismo, como von-

1 Voltaire também se dedica ao tema da tolerância. Escreve que ela constitui um apanágio da humanidade. Aquilo que lhe caracteriza. E condena a intolerância. Para ele, “a discórdia é o grande mal do gênero humano e a tolerância seu único remédio”. Já no século XX, Gadamer escreve que a tolerância se apresenta não como um signo “da debilidade e sim da fortaleza”.

tades imperialistas, nacionalismos, e racismos, produzem como resultado sofrimento e humilhação.

Dessa experiência e das ideias libertárias defendidas pelos iluministas emergiram uma série de contribuições teóricas, que pavimentaram o caminho para que a ideia de tolerância fosse assimilada pela consciência dos povos, como condição de sobrevivência nas sociedades pluralistas, o que confere à tolerância um caráter positivo.

2.2 A questão da tolerância religiosa em Rousseau

No âmbito filosófico, um dos textos mais conhecidos sobre a tolerância religiosa é a *Carta sobre a tolerância*, de John Locke, de 1.689, que tem como contexto a perseguição religiosa na Inglaterra do final do séc. XVII, e trata da separação entre a vida civil e a vida religiosa. Pelo princípio da tolerância estaria garantido o interesse religioso da igreja e o interesse político do Estado. *Locke associa tolerância e racionalidade, em razão da laicização do estado.*

Já Rousseau aborda o tema da religião civil e da tolerância religiosa e civil no Capítulo VIII do Livro IV do *Contrato Social*. Para o autor genebrino, os homens de modo algum tiveram a princípio outros reis além dos deuses, nem outro governo senão o teocrático.

Após uma lenta alteração de sentimentos e de ideias, fruto da evolução social humana, os homens passaram a aceitar outro semelhante como seu senhor e se persuadir de que assim se estariam bem.

Se antes havia um deus em cada sociedade, dois povos estranhos um ao outro, geralmente inimigos, não poderiam reconhecer por muito tempo um mesmo senhor, mas isso não implicava conflitos religiosos, pois apenas um não reconhecia o deus do outro. A guerra política era também teológica, já que nos estados monoteístas, não se distinguiam os deuses de suas leis.

Foram as divisões nacionais que resultaram no politeísmo (dentro de um mesmo estado) que deflagraram os conflitos reli-

giosos. Pelo simples fato de que o deus de um povo não disputa de qualquer direito sobre os outros povos.

Exemplo claro disso advém do caso dos judeus. Textualmente escreve:

Quando, porém os judeus, submetidos aos reis da Babilônia e em seguida aos da Síria, obstinadamente não quiseram reconhecer nenhum outro Deus além do seu, essa recusa, considerada como uma rebelião contra o vencedor, incitou contra eles as perseguições que se encontram na sua História e das quais não se conhece outro exemplo antes do cristianismo².

No tempo em que cada religião encontrava-se ligada unicamente às leis do Estado que as prescrevia, absolutamente não havia maneira de converter um povo senão dominando-o, nem outros missionários que não os conquistadores.

Diferentemente do exemplo dos judeus, a estratégia de dominação dos povos romanos se revelou mais eficiente, a ponto de permitir que o império romano se estendesse do ocidente ao oriente. Pois, além de adotar os cultos e deuses dos vencidos, os romanos concediam o direito de pólis, de modo que os povos habitantes desse vasto império passaram sem sentir a contar com uma multidão de deuses e de cultos, quase que os mesmos em todos os lugares, e, assim, o pagão foi finalmente conhecido no mundo como uma única e mesma religião.

Nesse contexto, com a vinda de Cristo e o estabelecimento de um reino espiritual, houve a separação do sistema teológico do político. E como a ideia de um reino num outro mundo supraexistencial nunca penetrou na cabeça dos pagãos, estes consideraram os cristãos verdadeiros rebeldes, fato que motivou a posterior perseguição destes por aqueles.

Segundo Rousseau, de um reino num outro plano existencial, os cristãos acabaram por buscá-lo aqui mesmo, sob um chefe visível, o mais violento despotismo.

2 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*: ensaio sobre a origem das línguas. Tradução Lourdes Santos Machado. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 138.

No entanto, como sempre houve um príncipe (para o governo dos homens) e leis civis, resultou dessa dupla posse um conflito perpétuo de jurisdição que tornou toda a boa política impossível aos Estados cristãos se jamais conseguiu saber se era ao senhor ou ao padre que se estava obrigado a obedecer.

Nestas breves linhas, observa-se como Rousseau aprofunda a questão religiosa e civil, ao afirmar que nos Estados onde a lei religiosa era também a lei civil não havia motivos para discórdias, ainda que num outro Estado vizinho vigorasse o culto a outro deus. Mas, a partir do ponto em que dentro de um mesmo Estado passou-se a admitir o culto a vários deuses, com a separação da lei civil e da religiosa, a discórdia se instalou, e nestes nunca mais houve paz.

Avançando na análise, Rousseau afirma que outros povos até tentaram restabelecer o antigo sistema, porém sem êxito. O espírito do cristianismo tomou conta de tudo. Ressalta a tentativa de Maomé, que ligou muito bem seu sistema político, enquanto a forma de seu governo persistiu entre os califas (chefes supremos do islamismo) que o sucederam, até quando os árabes foram subjugados por bárbaros, que reiniciaram a divisão entre os dois poderes.

Mais, em todo lugar em que o clero forma um corpo é, na sua alçada, senhor e legislador. Por isso, tanto na Inglaterra quanto na Rússia, apesar de o rei e o czar, respectivamente, se tornarem também chefes da igreja, tudo não permaneceu inalterado, porque nesses dois casos continuaram coexistindo dois poderes e dois soberanos.

Afirma o célebre autor que, de todos os autores cristãos, Hobbes foi o único que viu muito bem o mal e o remédio para a questão da separação do poder político e do religioso.

Decerto, o espírito dominador do cristianismo era incompatível com seu sistema já que o interesse do padre sempre seria mais forte do que o do Estado.

Nos pareceres de Bayle e Warburton, Rousseau afirma que jamais se fundou qualquer Estado cuja base não fosse a religião, bem ainda que a lei cristã é mais prejudicial do que útil à firme constituição do Estado (CONCEIÇÃO, 2010, p. 118).

2.3 *Espécies de religião*

Para seguir adiante, cumpre distinguir três *espécies* de religião, que assim são definidas por Rousseau:

- I) *a religião do homem ou o cristianismo do Evangelho*³, sem templos, altares e ritos, limitada ao culto puramente interior do Deus supremo e aos deveres eternos da moral, é a religião pura e simples do Evangelho, o verdadeiro *teísmo*⁴, que pode ser chamado de *direito divino natural*;
- II) *a do cidadão ou dos primeiros povos*, inscrita num só país, com seus deuses, seus padroeiros próprios e tutelares. Tem seus dogmas, seus ritos, seu culto exterior prescrito por lei, e considera infiéis estrangeiros e bárbaros os demais que não a seguem. Por fim, ela só leva os deveres e direitos do homem até onde vão seus altares, sendo denominada *direito divino civil ou positivo*;
- III) *e, uma terceira espécie*, mais estranha, na qual se insere o *cristianismo romano*, entre outros. Comenta o autor genebrino que esta dá ao homem duas legislações, dois chefes, duas pátrias, o submetendo a deveres contraditórios e o impedindo de poder ao mesmo tempo ser devoto e cidadão, é chamada de *religião do padre* e resulta num *direito misto e insociável*.

Sob uma perspectiva política, todas três espécies possuem defeitos, mas, de todas elas, *a última é a pior*, visto que rompe a unidade social, pondo o homem em contradição consigo mesmo.

A penúltima é boa, por um lado, e má, por outro. Enquanto une o culto divino ao amor das leis e ensina que servir o Estado é servir o Deus tutelar, é reputada boa. Resume-se numa espécie de teocracia em que o pontífice deve ser também o príncipe. Morrer pela pátria é alcançar o martírio, violar as leis é ímpio, e submeter um culpado à execração pública é devotá-lo à cólera dos deuses (*sacer esto*: seja sacrificado aos deuses).

3 Este é completamente diverso daquele pregado ou professado pelos romanos.

4 Crença na existência de vários deuses.

Ocorre que, fundando-se no erro e na mentira, essa religião engana os homens, torna-os crédulos, supersticiosos, e submerge o verdadeiro culto da Divindade num cerimonial vão, assim é má. E mais: permite que a tirania se instale e que transforme o povo em sanguinário e intolerante com relação aos demais que não professam da mesma fé.

Por sua vez, a antepenúltima espécie, escreve Rousseau, revela-se uma religião santa, sublime, verdadeira, os homens, filhos de um mesmo e único Deus, se reconhecem irmãos e iguais, com o que a sociedade assim formada não se dissolve nem com a morte.

No entanto, essa religião falha igualmente às demais ao deixar as leis unicamente com a força que tiram de si mesmas. Por isso, fica fragilizado um dos grandes elos da sociedade particular (o “*eu comum*”). Desse modo, o *cristianismo do Evangelho* não é capaz de ligar os corações dos cidadãos ao Estado. Isso contraria o espírito social.

Para o filósofo, *uma sociedade de cristão não formaria nem uma sociedade mais perfeita nem seria uma sociedade de homens*. Explica-se: à força de ser perfeita, faltar-lhe-ia coesão, vício que destrói a própria ideia de coesão.

Sendo o cristianismo uma religião inteiramente espiritual, a pátria do cristão não pertence a este mundo (terreno), onde o Estado tem seus alicerces e encontra sua finalidade. Consequentemente o cristão cumpre seu dever perante a lei, mas o faz com uma indiferença profunda quanto ao bom ou mau sucesso do seu trabalho, já que vive na esperança da vida eterna.

Para que uma sociedade fosse pacífica e vivesse em harmonia seria necessário que *todos os cidadãos fossem igualmente bons cristãos*; mas ainda que um único não fosse bom, esse seria responsável pela deflagração dos conflitos no seio social.

Prosseguindo nesta análise, *Rousseau considera que uma república cristã é uma contradição em termos*, pois um exclui o outro. O cristianismo prega a servidão e dependência (os verdadeiros cristãos são feitos para ser escravos), ao passo que a república pressupõe sujeitos livres e independentes.

Reconhece o filósofo que, como o Evangelho de modo algum estabelece uma religião nacional, é impossível conceber

uma guerra sagrada entre os próprios cristãos. Tanto é assim que, quando os imperadores passaram a ser cristãos, ou seja, quando a cruz expulsou a águia, desapareceu todo o valor romano dos soldados cristãos que, sob os imperadores pagãos, se mostravam⁵ bravos.

Avançando além da política, o autor volta-se ainda para o direito, e conclui que o direito que o pacto social dá ao soberano sobre os súditos não ultrapassa os limites da utilidade pública. De modo que os súditos somente devem ao soberano as contas de suas opiniões enquanto elas interessam à comunidade.

Por isso, interessa ao soberano, apenas, que cada cidadão tenha uma religião que o faça amar seus deveres (civis).

Mas, há uma profissão de fé puramente civil, cujos artigos o soberano tem de fixar como sentimentos de sociabilidade, sem os quais é impossível ser um bom cidadão ou súdito fiel.

Esses dogmas da religião civil devem existir em pequeno número e ser o mais simples possível, sem necessidade de explicações ou comentários. Dessa ordem, tem-se: dogmas positivos (Divindade poderosa, inteligente, benfazeja, providente e provisor, a felicidade dos justos, a santidade do contrato social e das leis) e dogmas negativos (a intolerância que pertence aos cultos que excluímos).

Sobre esse último ponto, não há distinção entre a intolerância civil e a teológica, que são *inseparáveis*⁶. Implica dizer que, em todos os lugares onde se admite a intolerância religiosa, é impossível que não tenha um efeito civil e, assim que surge, o soberano não mais o é, mesmo temporalmente (KAWAUCHE, 2008, p. 130).

E, quando não existe mais e não pode existir qualquer religião nacional exclusiva, devem-se tolerar todas aquelas que

5 Para Rousseau, sob a égide de um imperador pagão, os soldados cristãos emulavam bravura, pelo simples fato de que são predispostos para a paz e não para a guerra.

6 Escreve Rousseau: "*Na minha opinião, enganam-se os que distinguem a intolerância civil da intolerância teológica. Essas duas intolerâncias são inseparáveis. É impossível viver em paz com gente que se creê danada; amá-la seria odiar a Deus que a castiga; é absolutamente necessário convertê-la ou puni-la. Onde quer que a intolerância teológica seja admitida, toma-se impossível que não haja algum efeito civil; e tão logo este apareça deixa o soberano de ser soberano, mesmo em relação ao poder temporal a partir de então, os sacerdotes passam a ser os verdadeiros senhores, e os reis apenas seus oficiais*". ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>>. p. 66. Acesso em: 11 mar. 2014.

toleram as demais, desde que seus dogmas em nada contrariem os deveres do cidadão.

Em sua feliz conclusão, Rousseau anota que o dogma de que *fora da Igreja não há salvação* somente serve a um governo teocrático, porque em qualquer outro será pernicioso.

Com efeito, o poder político tem uma forte ligação com o poder religioso, na perspectiva rousseauiana, não tanto para estabelecer o governo civil, mas para auxiliar em sua conservação e no respeito às leis por parte do cidadão.

Para isso, contribui significativamente a necessidade de que os cidadãos vinculados a um determinado credo respeitem os demais cidadãos e suas respectivas crenças, já que é admitida a presença de vários deuses num mesmo Estado, o *teísmo*.

No passado, os monoteísmos serviam de impedimento à intolerância, mas se estes não têm mais lugar, daí resulta que a intolerância se faz uma ameaça premente que precisa ser contida, pelas leis civis e religiosas, a fim de evitar riscos à comunidade.

Com isso é fácil de ver a função relevante a ser exercida pela tolerância religiosa e civil nas sociedades modernas, sob pena de rompimento do tecido social, porque, para que uma religião não conflite com a outra, é forçoso que se reconheçam mutuamente, como capazes de professar uma fé, e não interfiram umas noutras, sendo válido o mesmo para as leis civis, na vida interna do Estado.

2.4 A visão contemporânea de tolerância religiosa

No século seguinte (XIX), apresentando uma contribuição ao pensamento de *Rousseau*, Stuart Mill acrescenta à ideia de tolerância religiosa a importância do pluralismo, da liberdade de opinião e crença, baseado na independência do indivíduo. Mill adota como princípio que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. Ou seja, somente se deve admitir a interferência na liberdade de alguém se for para evitar danos à liberdade dos demais (HERMANN, 2006, p. 4).

Mill amplia a liberdade para além do campo religioso e destaca-se de Locke quando condena a intolerância pelos prejuízos que provoca. A liberdade de opinião está associada à liberdade de discussão. Por isso, a condição de errância e de falibilidade humana só pode ser superada pela discussão livre. Pela proposta de Mill, a liberdade deve se dar pela ausência de interferências e pela capacidade de livre escolha, com o que a tolerância independe do efetivo reconhecimento do outro.

Junto com as reflexões filosóficas, a ideia de tolerância recebeu grande contribuição da sensibilidade estética, como aquela advinda da obra de Gotthold Lessing, em sua peça de teatro *Nathan der weise*, que remete à fábula dos três anéis, inspirada na terceira novela da primeira jornada do *Decameron*, de Boccaccio, no qual se busca saber qual das leis religiosas é a legítima herdeira de Deus. A força artística da peça consiste em narrar o quanto a tolerância deve contar com a alteridade do outro (HERMANN, 2006, p. 5).

A partir desse ponto, segundo Schmidinger apud Hermann (2006, p. 6), a tolerância passa a significar o respeito a opiniões, pessoas e ações, independentemente de suas respectivas visões de mundo.

A tolerância não possui um objetivo próprio, mas serve de condição para que os valores possam se desenvolver. Significa dizer que a tolerância pressupõe que nenhum indivíduo nem uma comunidade podem levantar uma pretensão de verdade absoluta para suas crenças e verdades e que as mesmas permanecem relativas ao seu contexto.

2.4.1 O pluralismo de valores, tolerância e intolerância

Na modernidade, o pluralismo torna-se condição indispensável à ciência, à arte, ao direito e à política, a fim de corrigir a unilateralidade do pensamento.

A tematização da categoria pluralidade foi promovida por Kant, em *Antropologische Didaktik*, como um modo de pensar no qual se deve tomar em relevo a perspectiva do outro generalizado, o cosmopolita (HERMANN, 2006, p. 6).

O pluralismo exige uma descentração do eu. Assim, o pluralismo é condição necessária para a tolerância e participa da liberdade política moderna.

O discurso iluminista carrega consigo a ideia de homem universal. Este deve ser confrontado com a pluralidade das diferentes perspectivas. Por certo, rejeitar o pluralismo nos leva à intolerância.

A tolerância como valor relaciona-se diretamente com a abertura ao reconhecimento da alteridade e da diferença. Para Walzer apud Hermann (2006, p. 7), a tolerância torna a diferença possível e a diferença torna a tolerância necessária. Embora não haja pluralismo sem tolerância, a existência de pluralismo, por si só, não garante a tolerância.

Para Gadamer apud Hermann (2006, p.7), a contemporaneidade e seus processos geram uma espécie de domínio universal. Assim, o impulso iluminista que gerou a ideia de tolerância também gerou um grau de universalidade dominante, por meio do predomínio da racionalização instrumental, em que o diferente passa a ser rejeitado.

Para que a tolerância não decaia em intolerância, é necessário o reconhecimento do outro e da pluralidade das alteridades existentes. A tolerância não sobrevive no espaço da racionalidade instrumental e limitada, em que o outro é subsumido (HERMANN, 2006, p. 7).

O reconhecimento do outro depende de uma nova racionalidade, que deve se efetivar por processos intersubjetivos. À tolerância se opõe a subjetividade. Ao afirmar a identidade, o sujeito não mais reconhece o outro.

A tarefa moral da tolerância hoje ultrapassa as dimensões que lhe deram origem. Dentro de um contexto de exacerbação da violência torna-se urgente a tarefa de (re)analisar a ideia de tolerância. É necessário ensinar às novas gerações a importância do combate à intolerância, como fez Voltaire, no passado, e o fizeram, em tempos mais próximos, Derrida e Habermas, que, apesar de suas diferenças, contribuem significativamente para a reformulação da ideia.

Derrida apud Hermann (2006, p. 9) encarna o *teórico da desconstrução*, por entender que alguns princípios e valores ociden-

tais que possuem pretensão de validade universal não passam de mecanismos de tentativa de impor vantagens a determinados grupos que representam o poder dominante.

Ainda segundo Derrida, o mesmo ocorre com a ideia de tolerância, originada nas lutas religiosas, que carrega um remanescente de paternalismo em que o outro não é visto como um outro. Por isso ele defende a necessidade de revisar o conceito de tolerância à luz das transformações da tecnociência, da globalização e da telemídia.

Derrida propõe ainda, ao invés da tolerância, a hospitalidade. A diferença entre ambas reside naquilo que pode ou não ser acolhido. A hospitalidade limitada é tolerância (vigiada). Revela constituir um verdadeiro limite para a tolerância ao aceitar o outro apenas “até certo ponto”, ou seja, uma “hospitalidade condicional”, na qual aceitamos o outro desde que ele obedeça às nossas regras, linguagens e costumes. Ao contrário, a hospitalidade incondicional não é um “convite”, mas está aberta para alguém que não é esperado nem é convidado, um totalmente “outro”. Derrida reconhece haver uma tensão paradoxal entre as duas formas de hospitalidade, pois heterogêneas (podemos nos mover de uma a outra apenas por um salto absoluto) e indissociáveis (não posso abrir a porta sem tornar essa hospitalidade efetiva).

Assim, Derrida espera que o conceito de hospitalidade se torne mais amplo que o de tolerância. Sendo que a hospitalidade incondicional é possibilidade de abertura ao outro. Para isso, apoia-se em Kant, na obra *À paz perpétua, entre direito de convite e direito de visitaçã*o.

Por outro lado, Habermas apud Hermann (2006, p. 11) também reconhece que algumas de nossas ideias que se universalizaram devem ser submetidas a uma impiedosa crítica. Ele reinterpreta a tolerância a partir de uma comunidade democrática, articuladamente com a ação e a racionalidade comunicativa. Compartilha a crítica ao caráter paternalista da tolerância.

Para Habermas, os limites do que é tolerável são determinados arbitrariamente pela autoridade e isso traz o cerne da intolerância. Portanto, o padrão comum para julgar os limites da tolerância é a lealdade aos princípios democráticos, contidos nas

próprias constituições democráticas, através de procedimentos próprios que permitam revisar autorreflexivamente suas próprias fronteiras.

Segundo Habermas, participantes livres e iguais podem articular racional e discursivamente conflitos e alcançar um acordo comum, livre de manipulação e violência. Ele reafirma ainda a importância de padrões universalistas da moral.

Derrida e Habermas reinterpretam a tolerância considerando a complexidade de sociedades pluralistas e o compromisso com a tradição de liberdade. Em comum, reconhecem a alteridade como condição para o alargamento da ideia de tolerância. O desconstrutivismo denuncia o caráter repressivo da razão ocidental. A racionalidade intersubjetiva sabe dos limites de nossa compreensão e aprende a adotar perspectivas mútuas, interpretadas intersubjetivamente.

Honnet discorre sobre o reconhecimento do outro pela intersubjetividade, a ponto de escrever que a liberdade de autorrealização depende de pressupostos que só podem ser adquiridos na presença do outro.

2.4.2 *Tolerância no contexto político-pedagógico: educação como ethos da diferença*

A tolerância é introduzida no contexto pedagógico como um dos valores do nosso mundo comum e assume uma dimensão formativa, dada a proximidade entre a formação humana na teoria da educação e a valorização da tolerância, quando remetem para a fundamentação moderna do ser racional, do sujeito autônomo e da liberdade individual.

A tolerância passa a orientar a ação educacional desde a criação dos sistemas públicos de ensino, como uma das mediações entre o sujeito e o mundo.

Não obstante, a relação entre tolerância e educação se torna problemática pelos mesmos motivos que envolvem a questão da tolerância e da intolerância.

Os novos caminhos para a tolerância na educação se abrem a partir da recepção da desconstrução e do multiculturalismo, que irão recontextualizá-las num *ethos* da diferença.

Num primeiro aspecto, a crítica desconstrutivista aponta a incorporação da tolerância como um valor de nível mínimo, ou seja, um deixar que o outro não seja impedido, o que pode degradar em uma desconfiança, recusa e, até mesmo ódio. A desconstrução da verdade absoluta contribui para a abertura ao outro.

A questão do erro, isto é, da falibilidade humana, já constava nos textos de Mill e Voltaire, e permite que a imaginação articule novas formas de intervenção que acolha a diferença. Deve-se fazer valer a dimensão da estética da educação.

Num segundo aspecto, a tolerância tem sua dimensão acentuada como um valor moral a partir do multiculturalismo.

Para tanto, é necessário desenvolver uma racionalidade intersubjetiva, capaz de enfrentar a tensão entre tolerância e intolerância. Uma dialogicidade em que se estabeleça uma abertura para o outro.

A tolerância do valor moral se associa à defesa de um *ethos* da diferença, na forma defendida por Reichenbach apud Hermann, quando afirma que a educação é aquisição de um *ethos* no trato com a diferença, em que o conflito do sujeito com o mundo não é mais que o conflito com a diferença (2006, p. 15).

Nessa linha, Walzer apud Hermann adverte que *ninguém aprenderá bastante se não se familiarizar com diferentes engajamentos* (2006, p. 15).

Em suma, além do reconhecimento das diferenças é preciso rever nossa interpretação da tolerância, em nome da mais autêntica tradição da *educação*, que, segundo os gregos, entende-se como *diálogo*.

3 O pacto social

Rousseau detém o mérito de tratar exaustivamente de um dos temas mais relevantes da filosofia política clássica, o contrato social, sobretudo ao propor o exercício da soberania pelo povo, contrariando o pensamento predominante na época. Soberano é o povo, e não o governante.

Não obstante, uma ressalva é necessária antes de se avançar no tema. A questão do pacto social foi tratada por Rousseau

em duas obras: *Contrato Social* e *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Esta última precede aquela cronologicamente.

Fixada essa noção básica, é chegado o ponto de observar que, para Rousseau, o homem nasce livre, e por toda parte encontra-se aprisionado.

A trajetória do homem, da sua condição de liberdade no estado de natureza⁷ até o surgimento da propriedade (privada), com todos seus inconvenientes, foi tratada no *Discurso sobre a origem da desigualdade*.

Nessa obra, Rousseau visa reconstruir hipoteticamente a história da humanidade, deixando de lado os fatos, pelo fato de que estes são de difícil verificação ante a insuficiência dos vestígios deixados pelos homens, para que se elabore uma ideia precisa de toda a sua história.

Já no *Contrato Social*, Rousseau apresentará um *dever-ser* de toda ação política, indicando as condições de possibilidade de um pacto (social) legítimo, através do qual os homens, depois de terem perdido sua liberdade natural, ganhem, em troca, a *liberdade civil*.

Para tanto, o fundamental é a condição de *igualdade* das partes contratantes. *“Nenhum homem tem autoridade natural sobre seus semelhantes”* (ROUSSEAU, 1987).

Na condição de iguais, nenhum homem poderia, então, pretender-se superior aos demais. Caberia, agora, proceder na busca de outro elemento de ligação entre os homens e o poder. Porque *“a força não faz o direito”* (ROUSSEAU, 1987).

Nesse aspecto, o mérito de Rousseau foi justamente conceber que somente a força de um pacto em que todos se reconhecessem iguais e decidissem por entregar a representação do poder a apenas um é que poderia dar sustentação ao corpo

7 Segundo o autor, nesse estado (pré-contrato) os homens eram bons e felizes enquanto cuidavam de sua própria sobrevivência, até o momento em que é criada a propriedade e uns passam a trabalhar para outros, gerando escravidão e miséria. O teórico do bom selvagem concebe que foi a introdução da desigualdade entre os homens, com a predominância da lei do mais forte, que tornou os homens ruins, não a natureza. O contrato social, para ser legítimo, exige que o povo igual e livre esteja reunido sob uma só vontade, por sua própria deliberação: *“este ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos das assembleias e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade”* (ROUSSEAU, 1987, p. 39).

político. Porém, não basta um momento inicial de legitimidade, é preciso que esta permaneça, ou seja, mantenha-se por todo o tempo, sob o risco de ruir a estrutura de poder na sociedade assim estabelecida. Constitui uma verdadeira máxima rousseauiana a afirmação de que

Um povo só será livre quando tiver todas as condições de elaborar suas leis num clima de igualdade, de tal modo que a obediência a essas mesmas leis signifique, na verdade, uma submissão à deliberação de si mesmo (WEFFORT, 2003, p. 196).

Segundo Rousseau, o corpo soberano que surge após o contrato é o único capaz de determinar o modo de funcionamento da máquina política. Com isso, estariam dadas todas as condições para a realização da liberdade civil.

Noutras palavras, se homens se reconhecendo iguais se atribuem leis válidas para todos, a obediência decorrerá não da força (física ou moral) com que a lei é (im)posta, mas pelo fato de cada homem ver nela o resultado da sua vontade, de se sentir seu coautor, e já que dada a si mesmo, de modo livre, não resta aos homens outro caminho que não o cumprimento voluntário da lei.

Para o ponto, interessa deixar assentado que a força do pacto social está necessariamente atrelada ao reconhecimento mútuo da condição de igualdade, que, por sua vez, constitui a garantia da liberdade civil. Bem como, o poder pertence ao povo e se este decide por cedê-lo à comunidade toda, de modo que não o transfere à pessoa do governante, mas à vontade geral, é para que se cumpram os fins desta, como a promoção da paz social.

O pacto social constitui um meio para preservação dos homens, que não dispõem de outro meio senão a agregação de forças. Esse contrato possui uma só cláusula: *a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, pois, em primeiro lugar, desde que cada um se dê completamente, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa em torná-la onerosa aos demais.*

Uma última ressalva: para Rousseau, o governo também deve obediência às leis, por isso está submetido à vontade so-

berana do povo, embora o próprio autor reconheça que o governo tende a subjugar o povo que o criou.

Já em relação à representação política, Rousseau revela-se contrário a ela no nível da soberania, a ponto de escrever no Livro III do *Contrato Social* que uma vontade não se representa, porque *a soberania é inalienável*.

Contudo, o autor reconhece a necessidade de existirem representantes em nível de governo, e alerta para que destes também não se descuide, pois tendem a agir em nome próprio, e não em nome daqueles que representam. Com o fim de evitar esse problema, propõe a alternância dos representantes.

Com a adesão ao contrato o homem perde a sua liberdade natural (que só conhece limites nas forças de outro indivíduo), e um direito ilimitado a tudo que o seduz e que ele pode alcançar. Todavia, recebe em troca a liberdade civil (que se limita apenas pela vontade geral) e a propriedade de tudo que possui (sendo esta distinta da posse, que corresponde ao efeito da força ou o direito do primeiro ocupante⁸, da propriedade, que só pode fundar-se num título positivo).

O *Contrato Social* serviu aos anseios dos revolucionários franceses de 1.789, e tem sido utilizado até os dias atuais para fundamentar, sobretudo, a legitimidade do corpo político, daí sua inegável contribuição para o pensamento filosófico em pleno século XXI.

4 Conclusão

A perspectiva abordada pelo filósofo contratualista leva à compreensão de que os planos religiosos e civis estiveram umbilicalmente ligados nas religiões monoteístas, servindo de elo comum entre os cidadãos ao Estado, e neste período não havia maior dissensão dentre os governos teocráticos nem dentre as diversas religiões. Mas, como um não reconhecia o deus do

⁸ Assim entendido, grosso modo, como aquele que primeiro fincou sua estaca na terra e nela se manteve sem a oposição de outro mais forte.

outro, a guerra política seria também teológica nesses Estados, porque indistintos eram os deuses de suas respectivas leis.

Foi a partir do surgimento dos Estados Nacionais e do politeísmo que as guerras religiosas e civis tiveram início.

E, embora o cristianismo do Evangelho tenha o mérito de conceber um cidadão bom, essa religião foi incapaz, por si só, de ligar o homem à comunidade, já que toda a sua proposta centra-se numa vida em outro plano, não neste, onde atuam o Governo e as leis civis.

Em decorrência do pluralismo, a ideia de tolerância adquiriu novos contornos, que a torna uma condição indispensável à ciência, à arte, ao direito e à política, a fim de corrigir a unilateralidade do pensamento, nomeadamente, nas sociedades cosmopolitas. Sob essa perspectiva, o homem universal dos iluministas confronta-se com o homem plural dos séculos XX e XXI, enquanto a questão de como (re)ligar o homem à (nova) sociedade se revela ainda em aberto.

Consequentemente, a tolerância passa a ser compreendida como um valor, uma abertura ao reconhecimento da alteridade e da diferença. Sob a ótica pedagógica, a tolerância tende a ser vista como um dos valores do nosso mundo comum e assume uma dimensão formativa, passando a orientar a ação educacional, e mediando interações entre o sujeito e o mundo. Os novos caminhos para a tolerância na educação exigem uma recontextualização num *ethos* da diferença.

Certamente, a tolerância constitui um valor moral a partir do multiculturalismo, e além do reconhecimento mútuo das diferenças é preciso rever a interpretação do termo tolerância, em nome da mais autêntica tradição da *educação*, que, segundo os gregos, entende-se como *diálogo*.

No aspecto político, Rousseau elabora a tese do *Contrato Social* como indispensável à manutenção da paz social e da consecução dos fins do Estado, sob o risco de retorno ao *estado de natureza*, que embora fosse *bom*, restou conspurcado pelo domínio do mais forte, bem como pela criação da propriedade (privada), por ser o homem, agora, incapaz de garantir sua própria segurança, e por extensão a posse e propriedade de seus respectivos bens.

Fixadas essas balizas, extrai-se da defesa da tolerância religiosa e do contrato social que o cidadão não pode deixar de considerar o respeito à lei religiosa e civil, ainda que viva num Governo teísta, o que exige de cada cidadão um esforço muito maior que aquele experimentado nos Governos teocráticos, pois ainda que o cristão não se sinta vinculado fortemente ao Estado, na busca da paz social, é preciso que um vínculo (jurídico, social, ou religioso) se estabeleça, para que o cidadão não atente contra a lei. Para isso torna-se decisiva também a presença do elemento religioso e do social, juntamente com o jurídico, no processo de formação do caráter e no modo de ser de cada cidadão, até porque é cediço que nem sempre o jurídico é forte o suficiente para demover o cidadão da prática de um ato ilícito. Nesse sentido, deve ser reconhecido que, por vezes, o religioso e o social prestam auxílio bastante eficiente, especialmente quando se trata do processo de formação dos cidadãos. Afinal, a norma jurídica deve atuar como *ultima ratio*, e não como a primeira e única forma de regulação de comportamentos no seio social. A guisa de exemplo, é mister citar a hipótese de o Poder Judiciário ser acionado para que os pais mandem seus filhos à escola ou, ao menos, retire-os da rua, quando não estão no horário escolar.

Com apoio em Habermas apud Hermann (2006, p. 11), é possível afirmar que o padrão comum para julgar os limites da tolerância deve ser a estrita lealdade aos princípios democráticos.

Estes, por sua vez, precisam ser previamente estabelecidos segundo critérios igualmente democráticos, o que em diversas sociedades ou Estados ainda está muito longe de ocorrer, em pleno século XXI.

Como afirmou Rousseau, a tolerância religiosa e civil são inseparáveis. Sobre essa observação vale acrescentar que, na atualidade, a tolerância para com as minorias afigura-se indissociável à vida na aldeia global.

Contudo, isso exige que, igualmente, as minorias aceitem a submissão prévia às regras do jogo democrático, inclusive o cumprimento das deliberações posteriores.

Sem esse assentimento tácito de ambos os possíveis interessados, corre-se o risco da tolerância ser mal compreendida,

vindo a decair na intolerância de uns para com os outros, o que remete aos tempos do retorno ao *estado de natureza*, pela quebra do contrato social.

5 Referências

CONCEIÇÃO, Moisés do Carmo. Rousseau e a tolerância. *Revista Pesquisa em Foco - Educação e Filosofia*, v. 3, n. 3, p. 110-123, set. 2010.

HERMANN, Nadja. Racionalidade e tolerância no contexto pedagógico. In: FÁVERO, Altair Alberto; DALBOSCO, Cláudio Almir; MARCON, Telmo. (Org.). *Sobre filosofia e educação: racionalidade e tolerância*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2006. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/gpracioform/artigo%2002.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

KAWAUCHE, Thomaz. Da religião natural à religião civil em Rousseau. *Revista Princípios*, Natal, v. 15, n. 23, p. 117-133, jan./jun. 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas*. Tradução Lourdes Santos Machado. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

_____. *Do contrato social*. Disponível em: <<http://www.dominio-publico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf> p. 66>. Acesso em: 11 mar. 2014.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003. v.1.

1.2

O DIREITO À MORADIA FRENTE À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL: UM DIÁLOGO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DA REALIDADE POLÍTICO-SOCIAL BRASILEIRA*

ÁLVARO AUGUSTO LAUFF MACHADO**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Reflexos da política nos direitos sociais a partir da perspectiva do Estado brasileiro. 3 O direito fundamental a condições mínimas de moradia e uma interpretação ampla quanto a sua eficácia. 4 A (in)aplicabilidade da reserva do possível como cláusula restritiva ao direito fundamental à moradia. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 Introdução

A modernidade e o advento do Estado Liberal trouxeram consigo, em primeiro momento, o estabelecimento do homem como sujeito livre frente ao Estado que não poderia restringir-lhe o *status libertatis*. Após, demonstrada a necessidade de prestações estatais para o próprio desenvolvimento da sociedade, surge o momento em que o Estado assume a responsabilidade de garantir aos cidadãos condições de sua manutenção e de seu desenvolvimento.

Apesar da responsabilidade assumida, em virtude do não adimplemento dessas obrigações, nasce o déficit prestacional do Estado Social, momento no qual a sociedade passa a sentir a necessidade de reivindicar que as garantias prometidas sejam cumpridas. Isso, em momento seguinte, será objeto de enfrentamento no Estado Democrático de Direito, de modo que poder-se-á(ia) manejar mecanismos de coerção para que este

* Estudo desenvolvido no semestre de 2013/02 para a disciplina de "Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais" ministrada pelo Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Vitória, ES.

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais e Especialista em Direito Processual e Material Tributário pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, ES. Advogado militante e Professor Universitário.

mesmo Estado atenda, por exemplo, às promessas do Estado Social. Ou seja, é um momento de construção de uma teoria que garanta eficácia aos direitos sociais.

Contudo, essa realidade e essa construção dos modelos de Estado (Liberal, Social e Democrático de Direito), diferentemente do que ocorreu nas nações “desenvolvidas”, não foram vivenciadas nos países periféricos.

As rupturas paradigmáticas não se deram de forma ordenada ao passo que o Estado Democrático de Direito surge, dentro da realidade brasileira, no momento de uma intensa globalização – sob a égide de um capitalismo sem função social –, em que grandes organismos internacionais (FMI, Banco Mundial) buscavam intervir, ainda que de forma oblíqua, nas questões políticas e econômicas do país.

O mesmo Estado brasileiro que convive, ao longo das décadas, com um elevado déficit de direitos sociais é inserido dentro de um modelo que nega, ao menos em sua gênese, toda a construção teórica necessária para uma construção social, qual seja: a compreensão da solidariedade. Ou seja, quando se faz necessária uma pauta político-econômico-social a partir de uma vertente solidária, para efetivação dos direitos sociais, o Brasil, na contramão, presencia uma intensa interferência do capitalismo, trazendo consigo toda sua carga individualística, em que o sujeito é valorado quanto aquilo que consegue produzir e, também, consumir.

Se para a implantação de direitos sociais é fundamental uma postura comunitarista, que empreenda esforços no auxílio ao outro, valorando-se e auxiliando àqueles que detêm menos condições financeiras, o capitalismo, por sua vez, vem construir a compreensão de que somente terá garantias aquele que detiver capacidade econômica de se sobrepor perante a própria sociedade.

É um conflito que se estabelece entre os direitos sociais e o modelo político-econômico-social capitalista, cuja análise, por algum tempo, passou ao largo das discussões jurídicas.

E é a partir daí que se pretende observar como o direito à moradia, direito social que é, vem se estabelecendo na realidade brasileira dentro desse Estado Democrático de Direito. Isso

porque a efetivação do direito à moradia nada mais é do que um meio de se zelar pela dignidade dos próprios cidadãos brasileiros.

Evidente que o direito à moradia, conforme se observará no presente ensaio, será observado em atenção àquelas condições mínimas de habitação que todo cidadão merece gozar e cuja eficácia deve ser tutela, de forma direta, pelo Estado.

É a compreensão da efetivação do direito à moradia como negação das situações de miserabilidade que ainda assolam a realidade brasileira, como, *v.g.*, os elevados números de pessoas sem-teto. É o direito social, então, que merece ser tutelado para se garantir o mínimo de condição existencial que qualquer ser humano deve gozar.

E como a prestação desse mínimo passa pela necessária prestação do Estado, surge o debate a partir das condições do Estado em efetivar esses direitos sociais. Isso porque, em que pese o déficit prestacional das políticas públicas, é importada ao direito brasileiro uma teoria que busca justificar a incapacidade de prestação dos direitos sociais: a cláusula da reserva do possível.

A partir da reserva do possível apontam-se limitações político-econômico-orçamentárias do Estado para prover todos os direitos sociais, haja vista o fato de que, como não se pode negar, a efetivação de direitos demanda, inevitavelmente, custos.

Veja-se que o debate retorna à questão envolvendo a construção do modelo político-econômico-social capitalista frente às necessidades sociais brasileiras: o Estado, importante mantenedor do sistema capitalista, frente ao dilema de prover àqueles cidadãos que foram aliados desse mesmo sistema e que, portanto, não agregam a esse modelo.

Dentro de todo esse contexto em que se estabelece o modelo capitalista, a necessidade de efetivação do direito à moradia e a resistência do Poder Público é que se questiona: é possível, dentro da realidade brasileira, haver restrição à prestação desse direito social à moradia, que garanta condições mínimas de habitabilidade ao cidadão, mediante a cláusula de reserva do possível?

O que pretende se estabelecer é que, em que pese a relevância teórica advinda da absorção da cláusula da reserva do

possível, de origem germânica, ela não é suficiente para sustentar a negação a prestação de um direito social, e, portanto, fundamental. Isso ganha ainda mais relevo quando se verifica que na sociedade brasileira é notória a ausência de condições mínimas habitacionais de diversos seres humanos.

2 Reflexos da política nos direitos sociais a partir da perspectiva do Estado brasileiro

O Estado moderno, no final do século XIX e início do século XX, passou¹ a conviver com o regime capitalista. E, desde então, vem fundando suas bases numa construção política e social que prestigia o individualismo e o aumento do sistema de produção, tudo em detrimento das classes que sustentam esse próprio sistema, e que são, ao bem da verdade, a grande parcela da sociedade.

É um modelo em que não só o capital, mas, sobretudo, o fomento ao consumo ganha evidência e, para tanto, são ignorados aqueles que não estão inseridos dentro desse contexto. No Brasil, tudo isso foi sendo incorporado num processo extremamente distinto dos países “desenvolvidos”, haja vista o fato de que a formação de um Estado Liberal, um Estado Social e um Estado Democrático de Direito nas terras tupiniquins não foi construída, mas absorvida desordeiramente.

Isso se demonstra deveras evidente quando se verifica que em nossa história o que se entende por um Estado Social é, pode-se afirmar, um momento de um Estado ditatorial que prestava serviços aos cidadãos sem, contudo, garantir-lhes direitos fundamentais mínimos como liberdade e, inclusive, a própria dignidade. Ou seja, o Brasil tem uma história própria que demanda, portanto, uma compreensão própria de como se deu (e deve se dar) a instauração dos direitos sociais na sua realidade e, via de consequência, como buscar uma forma efetiva de torná-los eficazes.

1 Isso porque, acompanhando as lições de Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 76), entende-se que o paradigma da modernidade, o Estado Moderno, é anterior ao modo de produção capitalista.

Em que pese todas as crises desse Estado Social brasileiro, certo é que, assim como os demais modelos, as promessas foram inúmeras e não cumpridas. Mas, no momento seguinte, quando vem a ser estabelecido um Estado Democrático de Direito para atender esses déficits, há a insurgência e intervenção política de um ideal capitalista que refuta qualquer ideia de solidariedade e prestação social.

Em uma análise da política na modernidade e dos distintos momentos dos Estados europeus, Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 80) afirma que

[...] o primeiro período tornou claro no plano social e político que o projecto da modernidade era demasiado ambicioso e internamente contraditório e que, por isso, o excesso de promessas se saldaria historicamente num défice talvez irreparável. O segundo período tentou que fossem cumpridas, e até cumpridas em excesso, algumas das promessas, ao mesmo tempo que procurou compatibilizar com elas outras promessas contraditórias na expectativa de que o défice no cumprimento destas, mesmo se irreparável, fosse o menor possível. O terceiro período, que estamos a viver, representa a consciência de que esse défice, que é de facto irreparável, é maior do que se julgou anteriormente, e de tal modo, que não faz sentido continuar à espera que o projecto da modernidade se cumpra no que até agora não se cumpriu.

A análise do professor português é sobre como se deu, via de regra, o estabelecimento dos momentos políticos-sociais da modernidade, que se encerram no terceiro ponto, em que se toma consciência do défice prestacional e busca-se, portanto, formas de mitigá-lo e de serem garantidos os direitos sociais.

Contudo, como destacado anteriormente, esses momentos não foram bem delineados na realidade brasileira, haja vista que no Brasil o terceiro “momento” não veio como uma resposta natural aos dois anteriores, pior, surgiu, repita-se, no momento de maior pungência do modelo capitalista.

O capitalismo brasileiro e a compreensão nacional de Estado Democrático de Direito surgem em momentos próximos, o que traz problemas na própria eficácia dos direitos sociais. Isso porque o que o capitalismo traz de mais prejudicial para

o projeto político-social de qualquer nação é o fato de não enxergar (ou não querer) os problemas dos déficits sociais e suas necessárias soluções; é a negativa a uma postura solidarista e comunitarista fundamental para que haja uma política sólida para efetivação dos direitos sociais.

Elimina-se, enfim, a capacidade de uma construção reflexiva e crítica com relação aos direitos sociais. É como se o capitalismo demandasse um individualismo puro e retirasse do projeto político-econômico-social a capacidade de (re)discutir formas de solução para os problemas sociais flagrantes no cenário nacional.

Ao invés de prevalecer uma autonomia do sujeito e de sua capacidade cognitiva frente à própria realidade social e seus inegáveis problemas, surge uma postura arreada a esse pensamento crítico-social. O debate social é irrelevante para o sistema e, por vezes, um empecilho para sua própria manutenção. Isso se subtrai mais uma vez das lições do professor português (SANTOS, 2003, p. 89), para quem

[...] ao fim dos monopólios de interpretação (da família, da Igreja ou do Estado), levado a cabo com êxito pelo paradigma da modernidade, não parece seguir-se a autonomia de interpretação, mas antes a renúncia à interpretação. As sociedades capitalistas avançadas parecem bloqueadas, condenadas a viver do excesso irracional do cumprimento do projecto da modernidade e a racionalizar num processo de esquecimento ou de autoflagelação o défice vital das promessas incumpridas.

Há uma crise, portanto, de compreensão dos direitos sociais, em virtude do fato de que o capitalismo não traz consigo uma capacidade de interpretação além da postura objetificante e individualista do direito. Ou seja, ao se enxergar a sociedade a partir dessa perspectiva, não se consegue dar relevância aos problemas cotidianos da vida coletiva. Em outras palavras: ao se formar uma sociedade individualista, não se consegue construir um modelo de pensamento que amplie a capacidade de se observar essa mesma sociedade dentro de uma perspectiva pluralista, universalista e, sobretudo, solidária, fundamental para efetivação dos direitos sociais.

Esse modelo individualista traz, com isso, sérios problemas de interpretação do sujeito frente à própria sociedade, na medida em que os distância. Explica-se esse fenômeno da seguinte forma:

A distinção sujeito-objecto, a separação total entre meios e fins, a concepção mecanicista da natureza e da sociedade, o cisma entre factos e valores e a objectividade concebida como neutralidade, uma ideia do rigor quantitativo e euclidiano inimiga da complexidade e insensível à fractalidade dos fenômenos, uma teorização pretensamente universalista, mas na realidade androcêntrica e etnocêntrica – tudo isto conspirou para criar um buraco negro epistemológico à volta dos grandes problemas da vida colectiva e das relações interculturais (SANTOS, 2003, p. 285).

Anthony Giddens (1991, p.19), ao debater quanto às questões que surgem a partir da modernidade, e a forma que a sociedade as enxerga, estabelece que a necessidade de fazer com que “o projeto da modernidade dê certo” traz, consigo, situações perigosas, dizendo que

o mundo em que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura.

Essa crise, portanto, do projeto da modernidade, e a dificuldade que o capitalismo traz para que possam ser efetivamente enfrentados os déficits prestacionais aos mais variados grupos de cidadãos brasileiros é que demonstram como há uma crise político-econômico-social no atual Estado brasileiro para dar efetividade aos direitos sociais. Não se pensa em direito social haja vista que se prestigia um modelo em que se preconiza o individualismo.

Braudillard (1981, p.15) afirma que se vive, hodiernamente, em função dos objetos sendo eles, portanto, que fundam as relações sociais:

Vivemos o tempo dos objetos: quero dizer que existimos segundo o seu ritmo e em conformidade com a sua suces-

são permanente. Actualmente somos nós que os vemos nascer, produzir-se e morrer, ao passo que em todas as outras civilizações anteriores eram os objetos, instrumentos ou monumentos perenes, que sobreviviam às gerações humanas.

Esse modelo do projeto da modernidade, capitalista e consumerista, traz consigo, portanto, severas dificuldades na observância às mais variedades necessidades coletivas. Contudo, não se pode negar que o déficit prestacional é sentido, dia a dia, por aqueles que dependem cotidianamente de prestações emergenciais do Estado.

A partir desse sentimento crescente de alijamento de grande parcela da sociedade brasileira, que não pôde se inserir no modelo capitalista-consumerista, surgem as reivindicações pela efetivação dos direitos sociais. Essas reivindicações ganham força e, inclusive, instrumentos para sua efetivação, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, a partir do momento em que passam a ser compreendidos os direitos sociais e a sua força dentro do próprio texto constitucional pode-se criar uma forma de enfrentar toda a construção advinda desse modelo político capitalista, negando-se o individualismo e prestigiando-se a coletividade.

A compreensão de cidadão, mormente a partir da nova Constituição, passa a ser observada sobre o prisma da coletividade, entendendo-se que a “concepção de homem que subjaz às actuais constituições [...] não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais” (NABAIS, 2012, p. 31).

O solidarismo e a compreensão de que as questões sociais demandam a aplicação de um direito metaindividual são meios de se enfrentar o superado projeto da modernidade pautado no capitalismo-individualista. Os direitos fundamentais de terceira dimensão, então, ultrapassam a dualidade liberdade/igualdade, ao contrário, como afirma Bolzan (1996, p 125): “[...] o cerne do direito deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo – e difuso – onde a socialização e a coletivização tem papel fundamental”.

Isso se demonstra de forma efetiva a partir do momento em que ações coletivas começam a serem manejadas, em detrimento de ações individuais, para solução de problemas que demandam a aplicação de direitos sociais aos mais variados grupos. Isso tudo leva a compreender que a Constituição Federal traz consigo elementos que autorizam uma interpretação que prestigie os direitos sociais e sua eficácia plena.

O que impede, por outro lado, a leitura do texto constitucional dessa forma não é o seu texto em si, mas um modelo político-social-econômico individualista que não faz com que se alcance essa dimensão do direito. Há, portanto, uma crise política e interpretativa quanto à verdadeira compreensão da eficácia dos direitos constitucionais na realidade brasileira, o que se pode resolver a partir de uma nova interpretação da própria Constituição Federal.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcelos (2002, p. 212) afirma que “a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente”.

Verifica-se, portanto, que a crise política que o projeto da modernidade e o ideal capitalista trazem, dentro do contexto individualista, para a efetivação dos direitos sociais na realidade brasileira corresponde a um paradigma constitucional a ser superado, em prol da compreensão coletiva e metaindividual dos direitos, num modelo solidarista. A partir daí, poder-se-á conceber uma eficácia plena dos direitos sociais, que possuem previsão na própria Constituição Federal e, dentre eles, o direito à moradia.

3 O direito fundamental a condições mínimas de moradia e uma interpretação ampla quanto a sua eficácia

Não restam dúvidas que o modelo político-social-econômico do Estado brasileiro, calcado no individualismo, é deveras prejudicial à efetivação dos direitos sociais. Contudo, é a partir da própria Constituição Federal que se buscará romper com essa forma de interpretá-los.

Isso porque os direitos sociais estão devidamente previstos no artigo 6º da Constituição Federal e são, portanto, direitos fundamentais que gozam (ou devem gozar) de ampla eficácia. Via de consequência, em casos em que qualquer cidadão não desfrute de condições mínimas de qualquer desses direitos, necessária se faz intervenção, mesmo que jurisdicional, para sua imediata prestação. Assim, dentro do rol previsto no texto constitucional adotar-se-á, no presente ensaio, o direito à moradia como objeto privilegiado da pesquisa.

O direito à moradia, como direito social expresso, foi incorporado ao citado enunciado constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Contudo, sua aplicação no sistema constitucional vigente já se dava a partir de uma interpretação de direito internacional.

Isso porque o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, desde 1966 já trazia a previsão, em seu artigo 11.1, reconhecendo o direito de toda pessoa a um nível adequado de moradia. O Brasil, por sua vez, ao tornar-se signatário do citado instrumento, incorporou-o ao direito interno por meio do Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992.

Em que pese as divergências doutrinárias acerca do processo de recepção dos instrumentos internacionais no direito interno – o que certamente demandaria outra pesquisa², como exaustivamente fizeram Flávia Piovesan, Nelson Camatta, dentre outros – perfila-se do entendimento de que, antes do advento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, mas em uma interpretação adequada (e arrojada) do seu § 2º, bastava o Brasil ser signatário de um instrumento internacional para que ele gozasse do *status* de norma constitucional.

A interpretação destoa, reconhece-se, de grande parcela da doutrina, inclusive das Cortes Superiores, que admitem que nesses casos o tratado teria *status* de lei ordinária ou da “recém-criada” norma supralegal. Faz-se ressalvas a tais considera-

2 Para uma maior pesquisa acerca das divergências quanto à recepção de instrumentos internacionais no direito interno brasileiro sugere-se, *ab initio*, a leitura da obra de Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012) e Nelson Moreira Camatta, mormente no capítulo 3, item 3.2 da obra *Direitos e Garantias Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. (MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012).

ções mas, como dito anteriormente, tais questões demandam uma outra pesquisa própria que, repita-se, poderá ser bem estudada pelas obras supracitadas.

Passadas essas discussões, admite-se, a partir de aplicação da hermenêutica constitucional, balizada inclusive nos citados autores, que o direito à moradia, sim, muito antes da Emenda Constitucional nº 26, já poderia ser compreendido como norma constitucional e, com isso, garantia fundamental de todo cidadão brasileiro.

Contudo, retomando-se a leitura do pré-falado Pacto Internacional, importante registrar que, tamanha era a relevância do direito à moradia sob a ótica do direito internacional que, em 1991, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas editou um Comentário Geral (nº 04) ao pacto dando toda ênfase ao direito à habitação adequada.

Os citados comentários formulados pelo organismo internacional trazem a compreensão de que o direito à moradia vai muito além de uma residência, ou espaço físico de domicílio de um ser humano. É, ao bem da verdade, o *locus* em que um cidadão possa gozar de condições adequadas de habitabilidade, sob pena de ter violada sua própria dignidade.

Ingo Sarlet (2003, p. 86), em obra sobre o tema, afirma que

[...] face à íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, assim verifica-se desde logo, que, na interpretação do conteúdo de um Direito à Moradia, há que considerar parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável.

O conteúdo hermenêutico-constitucional, portanto, do direito à moradia passa pela verificação de que o ser humano tenha condições de habitação que não lhe privem de sua dignidade mínima. Veja-se que não está aqui a se verificar o direito social de prover, indiscriminadamente, casas a qualquer um, mas sim de garantir que nenhum cidadão sofra com a mazela de não ter um local com condições mínimas para poder viver e ter sua família.

O presente ensaio, portanto, trabalha com a ideia de moradia associada à dignidade do ser humano e a garantia ao mínimo para que ele não perca essa própria dignidade. Mesmo

porque a moradia, como direito social que é, busca exatamente atender aqueles que, no processo de formação do Estado, foram alijados das garantias mínimas existenciais e, portanto, são carentes de uma intervenção eficaz do Poder Público. Em outras palavras:

[...] os Direitos Sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme: são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios (FARIA, 2002, p. 105).

Assim, se um sujeito estiver em condição de miserabilidade, e não gozar de um teto adequado para sua moradia, aí se faz necessária a intervenção do Estado para prover, dentro do que prevê a própria Carta Magna vigente, as necessidades desse cidadão.

As situações em que um sujeito não goze de condições mínimas para sua dignidade não podem, como mais à frente se debaterá com mais ênfase, ser restringidas sob argumento algum, na medida em que o próprio Estado está calcado sobre uma Carta Política que traz consigo a moradia como direito social e, portanto, fundamental para a vida dos seus cidadãos.

Em que pese tal assertiva, sabe-se que as condições vivenciadas no Brasil estão muito aquém do que prevê a sua própria Constituição. São inúmeras as pessoas que não possuem um lar, e maior ainda a incidência daqueles que possuem um teto, mas sem condição mínima de habitabilidade.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2005, p. 94), em levantamento realizado na última década, constataram que em média 14,8 milhões de brasileiros moram em residências superpovoadas, ou seja, que não comportam o número de habitantes que nela residem; de outro lado, 7,2 milhões vivem em domicílios com irregularidade fundiária, quer seja com problemas de registro ou em situações de iminente perda da residência por alguma ação judicial (possessória ou petítória); 43,4 milhões carecem de acesso simultâneo a abastecimento de água, esgoto e

coleta de lixo e, por fim, 5,3 milhões sofrem ônus excessivo com o pagamento de aluguel.

Esses brasileiros, que na estatística são representados em números, são, na verdade, homens, mulheres, crianças e idosos que veem seu dia a dia passando sem contar com um lugar em que possam se abrigar, se estabelecer e, mais importante, viver com uma dignidade mínima.

São pessoas que ou não possuem casa, ou, quando possuem, não têm condições de higiene básica, como banho, abastecimento de água etc. É para esses indivíduos que a prestação do Estado do direito social à moradia deve ser positiva e efetiva. Explica-se.

Há a construção doutrinária³ de que, em linhas gerais, a prestação dos direitos sociais se dá – a despeito das inúmeras classificações – de duas formas: mediante seu *status* negativo e seu *status* positivo. A prestação negativa seria a partir do momento em que o Estado cria mecanismos infraconstitucionais de manutenção e proteção à moradia, como, *v.g.*, a legislação que garanta a impenhorabilidade dos bens de família ou o Sistema Financeiro de Habitação. Até mesmo o Prof. Ingo Sarlet (2003, p. 86) chega a afirmar que

considerando que os direitos sociais possuem uma dimensão negativa (defesa e proteção) e uma dimensão positiva (direito a prestações) é incontroversa a aplicabilidade imediata de normas que possuem o conteúdo de defesa e proteção a estes direitos, dotadas de “plena justiciabilidade”, possibilitando a sua “exigibilidade integral em Juízo”. No que tange a sua dimensão positiva, objetivada por direitos à prestação, [...] a aplicabilidade da referida norma não tem o mesmo grau e *modus operandi* para todos os direitos sociais.

O *status* negativo do direito social à moradia gozaria, sem nenhum questionamento, de uma eficácia plena, não sendo argumentável sua restrição. Isso por razões óbvias, haja vista o

3 Faz-se referência à parte da obra de Flávio Pansieri (2012, p. 87-129), que faz algumas observações a respeito dessas classificações dos modos de eficácia dos direitos sociais, como também à obra de José Afonso da Silva (2012, p. 1) e Rosalia Carolina Kappel Rocha (2005, p. 7-33), dentre outros.

fato de que basta o Estado manter o *status quo* daqueles que são detentores de condições mínimas de habitabilidade.

O *status* positivo, por sua vez, seria exatamente aquele em que o Estado, e também particulares, deveriam promover políticas públicas para que fossem atendidas as garantias sociais àqueles que não detêm o mínimo para sua dignidade, *in casu*, para aquele que não detém uma moradia com condição de habitabilidade.

Contudo, nesse último caso, surgem os questionamentos, de que a prestação do direito social de forma positiva não poderia gozar de plena eficácia, dada a dificuldade de sua exequibilidade. O direito à moradia, dependeria, por exemplo, de uma atuação do legislador para sua concretização, que não conferiria ao cidadão um direito imediato; não seria exequível, conforme afirma Vieira de Andrade (1998, p. 67) em sua obra.

É exequível, então, apenas o direito social de manter e garantir a moradia para aquele que já a detém (*status* negativo), mas o mesmo não é conferido àquele que não possui condições mínimas de habitabilidade. Isso, afirma-se nesse momento, é um reflexo da postura social que se assumiu, inevitavelmente, a partir do modelo capitalista.

Prestigia-se a manutenção daquele que já está inserido dentro de um nicho de capacidade econômica e, sobretudo, de consumo, criando-se mecanismos que atendam suas necessidades, numa postura eminentemente individualística; nega-se, por outro lado, a necessidade de se iniciar um “pensar” solidário que observe que determinadas mazelas humanas somente poderão ter solução a partir de soluções coletivas e que impliquem numa prestação para àquele que não detém condições de agir sozinho.

Assim, afirma-se que

esses direitos encontram-se atrelados à concretização da igualdade material que pressupõe medidas que não sejam uniformes, mas que consigam criar um sistema equânime de oportunidades e de liberdade-igualdade (fundado na ideia de que é livre aquele que pode usufruir de condições mínimas para garantia de sua dignidade) (PANSIERI, 2012, p. 130).

Falar que a prestação positiva de direito social à moradia não é exequível é exercer uma interpretação individualista e objetificadora da Constituição Federal, haja vista que sua previsão encontra-se amparada como direito fundamental e, além disso, existem mecanismos constitucionais para que sua exigência possa ser promovida pelo Poder Judiciário.

Isso porque

no seio do Estado moderno-solidarista, construiu-se o processo constitucional, que se tornou um instrumento público a ser regido por um juiz participativo e responsável. Este, em sua atividade, deve estar atento ao princípio do contraditório e ao princípio da efetividade que exige a superação de antigos modelos de tutela jurisdicional para determinadas situações lesivas, em prol da mais eficaz realização do direito (CAVALCANTE, 2007, p.411).

Os processos constitucionais são meios para que a prestação do direito à moradia se dê de forma positiva, e não apenas mantenha a sua faceta negativa. Contudo, em pesquisa jurisprudencial junto às Cortes Superiores brasileiras, verifica-se que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça são provocados a atuar em temas de direito à moradia em seu *status* negativo, sobretudo em questões envolvendo a garantia ao bem de família e a proteção do Sistema Financeiro de Habitação.

Encontrou-se, entretanto, um julgado em que houve a determinação de que medidas positivas fossem adotadas, o que ocorreu no AI 708667 AgR/SP (BRASIL, 2012) junto ao Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Naquela oportunidade restou assentado que

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido.

A ementa, assim como o voto do Ministro, em síntese, afirmam que o Poder Judiciário pode intervir para determinar que o Poder Público adote medidas, ou seja, atue de forma positiva, para que sejam garantidos direitos sociais, mantendo, enfim, a decisão recorrida originária.

Essa decisão recorrida, por sua vez, é mais esclarecedora para o caso. Isso porque se trata de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (BRASIL, 2012), que manteve a sentença proferida em Ação Civil Pública que determinou que o Município, por não ter promovido a fiscalização necessária a moradias que corriam risco de habitabilidade em virtude de desabamentos, promovesse a retirada dessas famílias, o seu assentamento temporário em um local com condições para sua habitação, bem como promovesse a regularização das residências.

É um exemplo, pois, de intervenção do Poder Judiciário para que seja efetivado o direito à moradia, de forma positiva. Entretanto, repita-se, são situações ainda pouco questionadas e suscitadas nas Cortes Superiores brasileiras, que ainda são provocadas, em grande parte, com questões envolvendo apenas a manutenção de garantias já estabelecidas.

Não se nega a necessidade de serem mantidas as garantias que protejam o direito à moradia (*status* negativo), contudo é necessário lançar-se um novo olhar frente à Constituição Federal para que aqueles que não gozam de condições mínimas possam também ser beneficiados pela atuação estatal.

Não se está aqui a justificar o intento de pretensões infundadas para que o Estado conceda uma casa a um cidadão sem qualquer critério, ao contrário, busca-se reconhecer que é necessário garantir o mínimo de habitabilidade para o(s) cidadão(s) que não o tem. Afinal,

a exigibilidade de uma casa ou parte dela, sob os olhares da doutrina e da jurisprudência torna-se, em regra, fora do debate. No entanto, existem situações que para a garantia do mínimo existencial esta poderá ser acionada, inclusive como direito subjetivo (PANSIERI, 2012, p. 131).

Por tais questões que se confia que a prestação positiva do direito social à moradia para garantir condições mínimas de

habitabilidade aos cidadãos possui plena eficácia, não só por se tratar de direito fundamental, mas inclusive por existirem meios coletivos para sua prestação.

É perceber que os direitos constitucionais não estão inseridos numa perspectiva individualista do sujeito, dissociado do objeto, mas num exercício de interpretação da constituição pautado na metaindividualidade, em que há uma comunhão de sujeito(s)-objeto(s).

4 A (in)aplicabilidade da reserva do possível como cláusula restritiva ao direito fundamental à moradia

Em plena década de setenta, na Alemanha Ocidental, que não contava com as mesmas mazelas da Alemanha Oriental, surgiram ações em que estudantes demandavam que lhes fosse garantido acesso irrestrito ao ensino superior público. Entretanto, como afirma Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 211), o aumento do número de estudantes na Alemanha, sobretudo nas décadas após a segunda guerra mundial era progressivo, enquanto que os investimentos em educação ainda eram tucanos para a realidade germânica.

Dentro desse contexto europeu, o Tribunal Constitucional Federal alemão negou a pretensão dos estudantes sob o argumento de que os direitos a prestações positivas do Estado (de direitos sociais) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 52).

Nasce, assim, a teoria da cláusula da reserva do possível, como um contraponto, exatamente, à possibilidade de reconhecimento de plena eficácia à prestação positiva dos direitos sociais. A prestação objetiva e efetiva do Estado deveria passar, antes, por um crivo das suas possibilidades orçamentárias de exequibilidade.

Afinal, nessa perspectiva, não poderia o Estado atuar em determinada circunstância quando, materialmente, fosse notadamente incapaz. Rosalia Carolina Kappel Rocha (2005, p. 26-27), ao trabalhar dentro dessa perspectiva, assinala que

em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, circunstância que enseja tomada de decisão acerca da destinação de recursos públicos, cometidas aos órgãos políticos e para tanto legitimados [...].

Assim é que entende o autor ser inviável pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre ser reivindicáveis.

É a compreensão, sempre bem argumentada, sobretudo pelos defensores do Poder Público, de que os desejos humanos são infinitos, enquanto os recursos financeiros do Estado possuem limites imanentes, o que levaria, ao cabo, para a necessidade de serem promovidas escolhas trágicas em que a prestação de dois direitos sociais se estabeleceria num duelo. Gustavo Amaral (2001, p. 37-39) traz esses conceitos na seguinte citação:

O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos finitos. A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então será necessária a adoção de escolhas trágicas, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender outros e outros.

Não se quer negar, e nem é possível fazê-lo que a efetivação dos direitos demanda um custo para o Estado, o que torna imprescindível o financiamento público (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 15-17), contudo, isso, por si só, não é um argumento que, de forma ampla e irrestrita, sirva para suprimir a efetivação de direitos sociais, inclusive o direito à moradia.

Em primeiro momento constata-se que a cláusula da reserva do possível advém de um modelo sociopolítico-econômico de Estado em que as prestações sociais são mais enfáticas e efetivas do que na realidade brasileira. Tanto que a pretensão que deu origem àquela teoria se deu para que a educação pública superior fosse garantida, irrestritamente, para todos os jovens, o que nem nos sonhos mais remotos cogitou-se a pensar na realidade brasileira.

Absorver, por si só, tal teoria é uma forma (des)pretenciosa de negar as peculiaridades da realidade brasileira, haja vista o fato de que a ausência do Estado no Brasil se deu não só em situações ordinárias, mas, inclusive, em questões mínimas de garantia à dignidade do cidadão.

E é esse o objeto privilegiado da presente pesquisa, verificar se é possível se estabelecer uma restrição, mediante a cláusula da reserva do possível, à prestação positiva do Estado para garantir o direito a uma moradia com condições de habitabilidade mínimas para os cidadãos brasileiros.

Não é o confronto entre a reserva do possível e, repita-se, uma pretensão movida para atender o interesse de determinado grupo em ter uma casa. É, sim, verificar se a reserva do possível é capaz de impedir que aquele que não tem condições mínimas de habitabilidade possa exercer sua pretensão frente ao Estado.

Isso implica pensar não só os direitos sociais, *in casu*, o direito à moradia, como também a própria cláusula de reserva do possível, ambos a partir da ótica da realidade sociopolítico-econômica do Brasil, e não de qualquer país da Europa ocidental.

É, como assentado em linhas anteriores, (des)pretenciosa a incorporação da reserva do possível na realidade brasileira, sem antes compreender-se o contexto tupiniquim?

Ora, se verificarmos que o Estado brasileiro recentemente foi incorporado ao modelo individualista-capitalista-consumerista, nada mais natural que questões sociais, que implicam em concessões solidárias e comunitárias, sofram resistência para sua implementação.

É deveras complexo pintar-se um quadro com a imagem de uma efetividade plena dos direitos sociais se não só a sua moldura, como a sua própria tela, estão impregnadas de uma imagem individualista da sociedade. Contudo, devem ser rasgadas essas impressões e adentrar-se, seriamente, na âmago da realidade brasileira.

As condições de miserabilidade daqueles que não possuem o mínimo para uma habitação digna, ou sequer possuem uma habitação, não podem estar limitadas à gestão orçamentária; devem ser, inevitavelmente, enxergadas e enfrentadas como

crise político-social para que possa nascer na sociedade um sentimento de solidarismo que afaste o apego ao individual objetificante.

Se existe um fato incontroverso que é o contingente incontável de pessoas que (sobre)vivem à margem do sistema econômico e social, isso, por sua vez, demanda que sejam adotadas medidas concretas e efetivas que garantam a redução progressiva deste contingente.

Por essas razões que

[...] a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado (LOPES, 2012, p. 123).

É imprescindível, então, que o Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivos poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário) atue de forma positiva, com planos estratégicos e sólidos, para que sejam adotadas medidas mínimas atendendo ao incontestável déficit habitacional brasileiro.

Posta-se, enfim, a verificar que existe um mínimo existencial, inclusive com relação ao direito à moradia, que “tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna” (LOPES, 2012, p. 112).

Frente a isso não há espaço para se verificar a inexistência ou não de possibilidade de o Estado prover tal garantia ao cidadão. Perante o mínimo de dignidade humana, até mesmo na questão da habitabilidade, não é factível que o Estado argumente que não goza de reservas orçamentárias possíveis para atendê-la.

O nobel da economia, Amartya Sen (2000, p. 94), ao associar a política e a economia dentro de uma percepção comunitária, cidadã e solidária do mundo, metaforiza bem essas questões afirmando que “não comer por desejo de fazer jejum ou emagrecer é uma opção de quem pode comer; não comer por falta de alimento não decorre de uma opção da pessoa, mas de falta de capacidade (condições) de fazê-lo”.

Aquele que não possui capacidade de dispor, de reivindicar, nem mesmo de dimensionar quais são seus direitos não pode ser observado da mesma forma que aquele que possui condições de discernimento para, até mesmo, dispensar tal direito. Aquele que sofre, sem condições de enfrentar tal dor, deve, inevitavelmente, contar com prestações positivas para saná-las.

O Estado, dentro do atual aparato constitucional, deve, a partir de uma leitura solidarística-comunitarista da Constituição Federal, atender a dignidade mínima de todos os direitos sociais.

Por isso, “se a Constituição depende das finanças estatais para ser plenamente efetivada, o orçamento deve se adequar aos objetivos constitucionais, e não o contrário” (LEITE, 2011, p. 8).

Ocorre que, como delineado anteriormente, vigora um paradigma do individualismo capitalista, em que o próprio Estado está inserido. Isso faz com que o próprio Poder Público não interprete nem enxergue a Constituição Federal nessa ótica comunitária, promovendo uma gestão do orçamento público que prestigia o próprio capital e o modelo vigente.

Isso se verifica, dentro da realidade brasileira, a partir do momento em que o Brasil, em recente medida política até mesmo aplaudida, não só quitou todos seus débitos com as instituições financeiras internacionais (FMI e Banco Mundial) como passou a ser credor delas mediante vultuosos empréstimos⁴. Aquilo que o Brasil sempre sofreu sendo vitimado por esse modelo é, neste momento, o que pratica no próprio cenário internacional.

Assim, se de um lado o Poder Público argumenta que não goza de condições orçamentárias, de outro, promove demonstrações de que, em vez de buscar promover ações que esgotem, em primeiro momento, os déficits prestacionais dos direitos sociais, está atuando em prol da promoção e acúmulo do capital.

A partir disso, reforça-se ainda mais o argumento de que, em situações em que os direitos sociais estão sendo mitigados, como no caso do grande déficit habitacional brasileiro, em que

4 Vide notícias divulgadas em âmbito nacional por diversos meios de comunicação, tais como: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u579349.shtml>; <http://noticias.r7.com/economia/noticias/brasil-vai-emprestar-dinheiro-ao-fmi-20091005.html> e <http://economia.terra.com.br/de-devedor-a-credor-brasil-pode-emprestar-dinheiro-a-europa,5828885ca376b310VgnCLD200000bbccbe0aRCRD.html>.

cidadãos não possuem nem mesmo um teto, deve haver uma efetiva e sólida prestação estatal.

Isso importa afirmar que

o condicionamento da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir sua eficácia a zero. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de redistribuição de recursos ganha uma dimensão completamente diferente (LOPES, 2012, p. 123).

A prestação positiva do Estado, portanto, para a superação dessa crise e resposta àqueles que não gozam, nem em parcela mínima, do direito constitucional social à moradia, é urgente e deve ser posta na pauta sócio-político-econômica das intuições brasileiras, públicas e privadas.

Para o Prof. Ricardo Lobo Torres (2009, p. 241-271) as parcelas ligadas ao mínimo existencial podem e, por que não, devem ser diretamente exigidas do Estado, haja vista sua previsão constitucional, além das várias legislações infraconstitucionais. No que tange especificamente ao direito à moradia diz o autor que a parcela integrante do mínimo existencial que torna obrigatória a prestação positiva do Estado diz respeito, por exemplo, ao atendimento dos indigentes, pessoas sem-teto, pessoas de baixa renda, favelados, idosos etc.

Partindo, por fim, de um paradigma que supera o individualismo capitalista e traz para a interpretação e efetivação do texto constitucional a compreensão de um modelo solidarista, que deve ser inclusive implantado nas próprias estratégias públicas de gestão orçamentária, não há espaço para que se limite e restrinja, nem sob a aplicação da europeia cláusula da reserva do possível, a efetivação do direito a moradia àqueles que não gozam de sua aplicação em parcela mínima.

5 Considerações finais

O momento em que o Brasil ingressa no paradigma do Estado Democrático de Direito se dá, em relação próxima, com uma pungência do regime capitalista que traz consigo, inevitavelmente,

te, a leitura da sociedade por uma perspectiva individualista e de mínima intervenção do Estado, mas com grande influência do capital internacional.

Isso associado ao fato de que, na *terrae brasilis*, as variações dos modelos de Estado não foram construídas, e, quiçá, todas vivenciadas, tendo, ao revés disso, havido um momento de um elevado número de promessas não cumpridas seguido por um modelo de Estado que buscava dar resposta a esse déficit.

E, estabelecido esse contexto, é que se verifica a crise da efetividade dos direitos sociais, mormente do direito à moradia, isso porque, enquanto o Estado Democrático de Direito objetivava atender as reconhecidas deficiências prestacionais do Poder Público, veio, consigo, um modelo sócio-político-econômico que não permite uma percepção solidária e comunitária da sociedade.

E assim o direito à moradia não foi enxergado, como se deve fazê-lo, dentro do que efetivamente prevê a Constituição Federal e numa interpretação que é fundamental: como um direito social de prestação plena, quer seja quanto seu *status* positivo como seu *status* negativo.

Não só o direito interno como toda a comunidade internacional buscam, nos mais variados instrumentos, estabelecer que é fundamental ao ser humano ter uma moradia com condições mínimas de habitabilidade, até mesmo para preservação de sua dignidade.

As graves mazelas tupiniquins e o elevado contingente da crise habitacional nacional, nos quais, destaque-se, o mínimo não é atendido, não podem ser restringidos sob argumentos de questões orçamentárias e de um limite (im)possível do Estado. Não há limite de reserva pública que se sobreponha à necessidade de uma prestação que solucione e atenda ao mínimo de condição do ser humano.

Pensar dessa forma é manter uma postura individualista e objetificante do direito perante a sociedade, sem levar em consideração que o modelo do Estado Democrático de Direito busca atender não só questões individuais mas, sobretudo, metaindividuais, objetivando a garantia de efetividade dos direitos fundamentais, sociais ou não.

O momento constitucional vigente é de prestígio ao coletivo, buscando-se uma superação das barreiras entificadas dos direitos individuais, como, por exemplo, nas questões que envolvem as relações meramente privadas. O âmbito de incidência constitucional é, sobretudo, para autuar situações difusas e coletivas, assim como a crise do direito à moradia.

Assumindo-se essa postura frente à Constituição Federal e, inclusive, frente à realidade brasileira, não há que se sustentar a arguição da cláusula da reserva do possível como instrumento a impedir que seja promovida uma prestação positiva para garantir condições mínimas de moradia àqueles que não as detêm.

6 Referências

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre os poderes: teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1981.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Dias Toffoli. AI 708667 AgR, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, acórdão eletrônico. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 69, 10 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Franco Cocuzza. *Processo nº 0157164-58.2005.8.26.0000*, publicado no dia 07 maio 2007.

CAVALCANTE, Priscila. O direito à moradia: construção da dignidade no espaço urbano. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n.14, 2007.

COMENTÁRIO Geral nº 4 do Comitê Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacao pronto.html#8>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

CORRAL, Benito Aláez. El derecho a una vivienda digna em el derecho internacional y constitucional comparado. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 5, n. 14, jan./mar. 2011.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79. abr./jun. 2012.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R.. *The cost of rights*. New York: W. W. Norton, 1999.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Radar social*. Brasília: IPEA, 2005.

KOZEN, Lucas Pizzolatto. A eficácia jurídica do direito fundamental à moradia: uma análise da atuação dos tribunais brasileiros (1988-2006). *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 37, n. 119, 2010.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITE, Laís Durval; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Controle concentrado de constitucionalidade da lei orçamentária e a tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.36, n. 198, 2011.

LOPES, Soraya Santos. O direito ao mínimo existencial no caso concreto. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 74, jul./ago. 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2012.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

ONU – Organização das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa humana e os limites a ela impostos pela reserva do possível. *Revista da AGU*, Brasília, ano 5, n. 11, 2006.

ROCHA, Rosália Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. *Revista da AGU*, Brasília, ano 4, n. 8, 2005.

ROMEIRO, A. R. Desenvolvimento sustentável e mudança institucional: notas preliminares - Econômica. *Revista da UFF*, v. 1, n. 1, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, v. 1, abr./jun. 2003.

_____; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

_____; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre: Notadex, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww>

mundojuridico.adv.br%2Fcgi-bin%2Fupload%2Ftexto110.doc&ei=JWkIUd20Flug8QSZrICwCA&usg=AFQjCNGoGzOa-aJlZSdjHChkos3yzPcGdQ&bvm=bv.41642243,d.eWU>. Acesso em: 20 dez. 2012.

TAIAR, Rogério. A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 182, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O direito constitucional à moradia, no contexto dos direitos sociais e econômicos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 19, 2009.

1.3

PARÂMETROS PARA UMA DECISÃO RACIONAL EM CASOS DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ANDERSON SANT'ANA PEDRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Necessidade de fundamentação racional. 3 Parâmetros para uma decisão racional. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Introdução

Uma Constituição não é forjada para ser descumprida, para ser repetidamente atingida por atos (omissivos ou comissivos) inconstitucionais, para servir de enfeite em um Estado Constitucional Democrático de Direito. Ela é composta por normas impositivas, que devem ser conhecidas, efetivadas e cumpridas por todos – sociedade e Estado.

Na ânsia de se fazer efetivar as normas constitucionais, desenvolveu-se a ideia de que um *constitucionalismo democrático* só se desenvolveria sob a égide de uma *jurisdição constitucional* – o que não se comprova¹.

A Constituição brasileira de 1988 foi pródiga no rol de direitos, e juntamente com inúmeras legislações destinadas à promoção do interesse público e proteção de minorias, o Judiciário tem se tornado cada vez mais o local para a concretização desses direitos, por intermédio, sobretudo, da judicialização de políticas públicas.

* Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito (FDC-RJ). Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes/ES. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da FDV/ES. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

1 Tal assertiva não será objeto deste estudo. Cf. a respeito: GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 21, p. 25-44, jan./dez. 2011; MAUS, Ingeborg. Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: _____. *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 187-234.

Contudo, várias decisões judiciais concernentes a políticas públicas são tomadas a partir de boas ideias/teses, mas que são implementadas de forma panfletária, com fundamentos que servem apenas para arrancar aplausos pueris.

Nesse cenário, indaga-se: quais os parâmetros que deve observar o Judiciário numa decisão atinente ao controle de políticas públicas?

A resposta aqui obtida poderá servir para que o Judiciário, doravante, busque trazer uma fundamentação que não apenas convença as partes envolvidas (fundamentação endoprocessual), mas que também convença a sociedade (fundamentação extraprocessual).

2 Necessidade de fundamentação racional

Não se deve olvidar jamais que o direito constitucional é uma ciência jurídica do *Sollen* (dever ser), mas como realidade situada no mundo da cultura, necessita ter conexão com o mundo dos fatos, inexistindo de forma isolada².

O crescimento contínuo da importância e das funções do Judiciário e a conseqüente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais requerem que as decisões do Judiciário sejam revestidas de não apenas *autoridade*, mas também de *legitimidade* e *racionalidade*, que devem se apresentar por meio de uma *fundamentação*.

Uma fundamentação (motivação) sólida é condição sem a qual as decisões do Judiciário³ carecem de legitimidade e de validade, destacando que a exigência de fundamentação das decisões serve como demonstração da racionalidade da decisão.

Pode-se dizer que o parâmetro inicial das decisões do Judiciário no controle de políticas públicas reside, precisamente, na necessidade de *fundamentação* do que foi decidido.

2 AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 57.

3 A CRFB dispõe expressamente que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, incluindo aí o Supremo Tribunal Federal, devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

A exigência de *fundamentação* nas decisões do Judiciário é uma das conquistas mais importantes do racionalismo iluminista e democrático da segunda metade do século XVIII, e que está vinculada à própria necessidade de justificação das decisões do Poder Público num regime republicano.

David destaca a necessidade de fundamentação a partir do estilo das decisões do Judiciário:

Um outro elemento a considerar é o estilo das decisões judiciais. Estas, atualmente, devem ser sempre motivadas. A obrigação de motivar os julgamentos é, no entanto, recente. Durante muito tempo, concordou-se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado. A prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juizes uma obrigação geral de motivar as decisões. O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria Constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo como uma garantia contras as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito⁴.

A *fundamentação* tem uma serventia *endoprocessual* como controle das razões da decisão e mecanismo de racionalização técnica do processo, mas também tem uma serventia, e talvez a mais importante, *extraprocessual*, já que será a partir da fundamentação que a decisão tornar-se-á compreensível para os integrantes da sociedade, em nome dos quais são exercidas todas as funções estatais.

A *fundamentação* das decisões do Judiciário, num viés *extraprocessual*, tem também uma *função democrática*, vez que materializa a relação de concordância entre o Judiciário e o povo em nome do qual são proferidas as suas decisões⁵, até porque,

4 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Tradução Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 125.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1274.

como bem leciona Sunstein ao analisar o Direito constitucional norte-americano, “o governo deve sempre possuir uma razão para seus atos”, já que se está numa “República das razões”⁶.

Além da necessidade de *fundamentação*, a decisão do Judiciário nos casos de controle de políticas públicas deverá vir demonstrada por meio de uma *decisão racional*.

A *fundamentação* das decisões do Judiciário só deve admitir argumentos jurídicos ou de implicações jurídicas, jamais razões de mera oportunidade. Caso contrário, não se estará diante de uma *decisão jurídica* e, nessa medida, o resultado alcançado será ilegítimo, porque se terá promovido uma “metamorfose” na natureza das decisões do Judiciário⁷.

Se a *fundamentação* de um processo legislativo aceita abundantemente argumentos jurídicos e políticos, a *fundamentação* de uma decisão do Judiciário aceita, basicamente, argumentos jurídicos e os demais argumentos não jurídicos, se utilizados, devem ter, necessariamente, implicações jurídicas.

Assim, além da necessidade de *fundamentação*, a decisão pelo Judiciário nos casos de controle de políticas públicas deverá vir demonstrada por meio de uma decisão racional com a observância de alguns parâmetros.

3 Parâmetros para uma decisão racional

Além das decisões do Judiciário terem de ser *fundamentadas*, as mesmas devem ser *racionais*, já que a necessidade de o Judiciário demonstrar a legitimidade da sua decisão aumenta quando se decide políticas públicas, haja vista que tal decisão não está legitimada pela tradicional ideia de separação de poderes, nem por meio de simples exercício de subsunção.

A decisão tomada pelo Judiciário nos processos que envolvem o controle de políticas públicas opera, de certa forma, um processo de “construção do direito”. Por estar à luz, em regra, de direitos constitucionais sociais, tem-se um processo interpre-

6 SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 21.

7 TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 471-472.

tativo com alto grau de subjetivismo, mas que não se deve confundir com arbitrariedade⁸, vez que tal processo deve se desenvolver mediante um procedimento argumentativo racionalmente controlável e plausível.

Hesse trouxe com propriedade que a tarefa da interpretação constitucional é a de buscar o resultado “constitucionalmente correto”, por meio de um procedimento racional e controlável, com fundamentação de idênticos adjetivos, repudiando, assim, um simples decidir por decidir⁹, sem esquecer, contudo, de que “no sistema democrático não há, a rigor, a solução única correta – ainda que irrenunciável a procura da melhor interpretação”¹⁰.

O Judiciário não se pode apoiar exclusivamente numa autoridade formal, pois as sociedades atuais exigem mais do que uma decisão oriunda de uma autoridade, mas que também sejam racionais, proporcionando assim o controle social da decisão.

Para Barcellos, “de forma simples, é possível dizer que a racionalidade na esfera das decisões jurídicas está ligada a dois elementos: i) a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e ii) a racionalidade propriamente dita da argumentação”¹¹.

Nesse sentido, portanto, a vinculação da decisão ao sistema constitucional vigente é o primeiro elemento da racionalidade. Deve a decisão reconduzir sempre ao sistema constitucional. Ao demonstrar essa vinculação/recondução de forma consistente, a decisão do Judiciário se beneficia da presumida racionalidade

8 TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 219. Pondera o autor que: “Embora a prática judicial não esteja ‘obrigada à reflexão hermenêutica e metódica explícita (MÜLLER, 2000, p. 53), no sentido de repensar os próprios fundamentos utilizados e debatê-los amplamente, nem por isso se pode fugir de uma exposição mínima, que demonstre uma reflexão e uma escolha consciente não arbitrária [...]”. É necessário, no Estado Constitucional de Direito, uma elucidação acerca das razões determinantes da escolha do método, bem como dos elementos utilizados.” (TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 79).

9 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Tradução Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 35. “Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 331-351, jan./dez. 2011. p.344).

10 FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 353. Como bem salienta Atienza, muitas vezes não haverá uma única resposta correta, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 40 e segs.).

11 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42-43.

do ordenamento jurídico e, sobretudo, da contida em seu epicentro: a Constituição.

Como sabido, a Constituição possui enunciados normativos abertos, a fim de permitir e de assegurar um espaço de liberdade para o antagonismo, o compromisso e o consenso pluralísticos e, nessas circunstâncias, não é suficiente demonstrar a vinculação com o ordenamento jurídico. Será necessário demonstrar algo mais – a racionalidade propriamente dita da decisão escolhida.

Tem-se então que a decisão adotada pelo Judiciário precisa ser racional e deve conter uma fundamentação constitucionalmente satisfatória a fim de demonstrar que a sua interpretação é a mais acertada. O Judiciário deve, assim, valer-se de soluções interpretativas com argumentação (técnica discursiva) compreensível, coerente e racionalmente sustentável a fim de legitimar suas decisões, buscando sempre o consenso.

Nessa quadra, entende-se *argumentação* como a

atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício da justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão¹².

A respeito, leciona Aarnio que o intérprete no âmbito do Direito não pode pretender alcançar um resultado que apenas a ele satisfaça, já que a interpretação jurídica, essencialmente, trata-se de um fenômeno social, devendo então almejar uma aceitabilidade geral¹³. Contudo, ao “contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*”¹⁴.

A solução interpretativa relaciona-se assim com a racionalidade naquilo que concerne à técnica argumentativa, ou seja,

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.

13 AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social*. Tradução Pablo Larrañaga. México: Fontamara, 1995. p. 27-28.

14 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 17.

não se trata do modo de interpretar, mas do modo de justificar a escolha interpretativa, até porque “a interpretação é uma escolha entre várias opções”¹⁵, e a argumentação tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade da escolha (decisão) realizada.

Ao se pretender racionalizar uma decisão do Judiciário, a argumentação jurídica é a ferramenta disponível para justificar a decisão. A argumentação jurídica conduz, necessária e inevitavelmente, a tomar determinada decisão em detrimento de qualquer outra, porque é precisamente a que se justifica racionalmente.

Apesar de a argumentação jurídica não se distinguir sensivelmente de qualquer outra argumentação racional¹⁶, possui alguns parâmetros específicos do discurso jurídico que deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, a deferência¹⁷ para com as deliberações majoritárias válidas, a necessidade de respeito à integridade do sistema e o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.

Em decorrência da necessidade de fundamentação normativa, mesmo que implicitamente, e com o respectivo respeito às possibilidades semânticas do texto constitucional, a argumentação jurídica para as decisões nos casos de judicialização de políticas públicas deve preservar sempre o seu caráter *jurídico*, afastando-se de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política.

A argumentação racionalmente sustentável passa também por uma análise atinente à possibilidade de efetiva realização da sua decisão – consequências práticas.

15 BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 155.

16 CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 98 e 101. Cf. ainda Barroso: “a argumentação jurídica é um caso especial da teoria da argumentação. Como tal, deve obedecer às regras do discurso racional: as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não-contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341).

17 Como bem anota Vieira, por *deferência* deve-se entender “a postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador, democraticamente eleito”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 331-351, jan./dez. 2011. p.344).

Sendo assim, a decisão não pode se perder no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. A decisão do Judiciário deve envolver um “equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (conseqüencialismo)”¹⁸, considerando, para tanto, o que é faticamente possível, ou melhor, tendo como pressuposto e limite o pensamento jurídico do possível¹⁹.

Obviamente que o Judiciário não pode balizar sua conduta unicamente inspirado pelas consequências práticas de suas decisões, já que tem como competência exercer a curadoria da Constituição, mas não pode, contudo, ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, sobre a vida das pessoas e do Estado.

Ráo, ao apontar os requisitos da *lei*, empresta importante lição que também serve para o que aqui é defendido: a de que as decisões do Judiciário nos casos de controle de políticas públicas devem ser “*possível*, preferindo o medíocre possível ao ótimo impossível; e, *útil*, favorecendo, efetivamente, o interesse geral”²⁰.

Deve-se, igualmente, a fim de se chegar à “racionalidade da interpretação”, levar em conta as consequências práticas que a decisão produzirá no mundo dos fatos²¹ – *consequencialismo*.

Assim, para se ter uma decisão racional deve-se utilizar de um fundamento jurídico que possa ser estendido a todos os casos equiparáveis – *pretensão de universalidade*.

Não pode o Judiciário decidir como numa *prova rasa* de corrida, concedendo o direito apenas àquele(s) que chegar(em)

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 343.

19 VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Delton Ribeiro. O pensamento jurídico do possível utilizado como ferramenta legitimadora do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: Instituto de Direito Público, v. 1, p. 1-14, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.idp.org.br>>. Acesso em: 03 set. 2009. p. 3.

20 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 282. Atenta-se aqui para a insuficiência econômica-financeira (limitação) e, assim, para a cláusula da *reserva do possível* oriunda da jurisprudência alemã, bem como pela distinção que a doutrina italiana faz entre as decisões “aditivas de gastos” (ou de “prestação”) das decisões “aditivas de garantias”.

21 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 11.

primeiro. Deve analisar se o direito que está sendo concedido realmente é possível de ser concedido a todos aqueles que chegarem ao Judiciário com a mesma pretensão e que estejam em situação semelhante.

As decisões judiciais, no que aqui se enfoca, não podem ser casuísticas (microjustiça), não sendo racional uma decisão que venha a conceder privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da maioria (macrojustiça).

A possibilidade de efetivação da decisão que vier a ser tomada pelo Judiciário em casos de controle de políticas públicas deve ser averiguada com muita acuidade, sob pena de gerar o descrédito das decisões do Judiciário. Não pode o Judiciário agir de forma insincera, trazendo conteúdos decisórios de impossível concreção fática que contribuirão para a desvalorização ainda maior da Constituição e do próprio Judiciário – não se pode decidir o inalcançável num comportamento de *insinceridade decisória*.

Deve então o Judiciário, nas suas decisões envolvendo o controle de políticas públicas, levar também em conta a “reserva do possível”²², considerando para tanto recursos financeiros e não financeiros (recursos humanos, maquinário etc.), tratando-se, por óbvio, de um parâmetro lógico.

A “reserva do possível” juntamente com as “consequências práticas” da decisão fazem emergir a necessidade de o Judiciário, ao decidir, considerar que seu *decisum* poderá interferir na realização de outros direitos (macrojustiça), observando se sua decisão não causará um mal maior – *ponderação da decisão* (proporcionalidade em sentido estrito²³).

No que tange à busca do *consenso* que deve apresentar uma decisão racional, isso demanda um processo comunicativo que implica uma *fundamentação racional* – o melhor argumento. Nesse aspecto, o peso dos argumentos é reconhecido a partir de sua capacidade para obter o consenso.

22 Não se pode deixar de registrar o descrédito da teoria da “reserva do possível”, principalmente, pela banalização do discurso por algumas advocacias públicas, sem apresentação de elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

23 Cf. a respeito: PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 217-219

Essa *fundamentação racional* e esse *consenso* devem proporcionar às decisões do Judiciário aquilo que Ferraz Jr. denominou como “efeito global da neutralização ideológica”, ou seja, devem ser compreendidas numa totalidade que neutraliza qualquer entendimento/raciocínio contrário ao seu comando²⁴. A *neutralização* não importa na *eliminação*, mas sim na possibilidade de fazer com que outros entendimentos não sejam levados em consideração, isto é, não sejam tomados como relevantes.

Assim, a *fundamentação* e a *racionalidade* devem estar presentes em todas as decisões do Judiciário que cuidarem de controle de políticas públicas, já que o cerne da atuação do Judiciário está em se esforçar no seu papel comunicativo de convencimento de que sua decisão é coerente e pode ser reconhecida como sendo boa para todos²⁵.

O Judiciário deve expor de forma convincente os argumentos utilizados a fim de demonstrar o acerto da sua decisão, sendo insuficiente a utilização de *slogans*, de discursos midiáticos e de teses panfletárias nas decisões com o objetivo do convencimento.

As decisões do Judiciário serão acatadas voluntariamente em decorrência da sintonia que houver com os reclamos existentes na sociedade, mas, para tanto, isso deverá estar bem demonstrado por meio de uma decisão racional, até porque é da respeitabilidade e da aceitação das decisões proferidas pela Justiça Constitucional que dimana sua legitimidade no Estado Constitucional Democrático de Direito. Nesse sentido, Queiroz explica que

[o] direito autoritário que se impõe pelo respeito e pela sua majestade não tem nada a justificar. Aquele que se quer democrático, obra da persuasão e da razão, deve procurar uma “adesão pensante”.

24 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: _____; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 19.

25 FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 131, p. 175-196, jul./dez. 1996. p. 183. Exemplo marcante desse discurso de convencimento encontra-se nos artigos dos “federalistas” publicados de 1787 a 1788, que se dirigiam à sociedade numa tentativa de convencimento acerca dos benefícios da Constituição. Cf.: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russel, 2003.

Faz parte da moderna teoria da interpretação determinar os fundamentos “racionais” da sentença decisória para que a partir desta a decisão possa ser controlável²⁶.

A exigência de racionalidade é, além de uma garantia do processo, também um limite à arbitrariedade, uma limitação à atividade interpretativa do Judiciário²⁷.

Essa exigência de exteriorização dos motivos (fundamentação) e a observância dos parâmetros que ditaram a escolha do Judiciário permite alcançar a racionalidade e a calculabilidade da escolha capaz de concitar a aquiescência ou o consenso geral.

Como se verifica, não é suficiente que a escolha/decisão pelo enunciado normativo seja só fundamentado, necessário também que seja racional de modo a ser possível fazer o seu controle. Isso deve ocorrer porque a fundamentação da decisão judicial fixa um “ponto” no qual mais nenhuma dúvida existe sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação. O Judiciário alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma dúvida e afirma, portanto, que “ninguém mais, de modo racional, *pode pôr em causa essa interpretação*”, naquilo que se “designa, genericamente, por racionalidade ‘externa’ ou ‘extrínseca’ do raciocínio”²⁸.

Não pode se olvidar que a fundamentação e a racionalidade utilizada para a decisão devem servir como mecanismo de convencimento dirigido ao povo (soberano), vez que, de certo modo, o Judiciário possui uma conotação popular no sentido de que ao promover e proteger a vontade expressada na Constituição, acaba por atuar como um representante da soberania popular.

Pode-se então dizer que a argumentação jurídica, expressada na fundamentação da decisão e nos parâmetros aqui apresentados, é sujeita à crítica jurídica e social, merecendo o *controle social* o devido destaque, já que, consoante observa Bandrés,

26 QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 161.

27 CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 109.

28 QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 164-165.

[...] se hoje não se assume um controle político direto dos juízes [...] surge em certa medida uma nova forma de controle dos juízes exercido diretamente pela cidadania por meio do exercício do direito à livre crítica das decisões judiciais; surge, portanto, de forma a favorecer a transparência do poder judicial, um controle da opinião pública de seus julgadores, desde os meios de comunicação que permite fazer realidade à afirmação feliz do processualista uruguaio Couture de que o povo é o juiz dos juízes²⁹.

Para que a decisão do Judiciário seja passível de ser objeto de controle e de crítica social e para que também seja compreendida pela sociedade, mostra-se necessária a sua publicidade, explicitando inclusive sua fundamentação, para que então se verifique a racionalidade da decisão.

Embora haja a necessidade de que as decisões do Judiciário apresentem-se com fundamentos racionais, não se pode esquecer que nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta, mas

se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções³⁰.

Acerca da “decisão correta”, Larenz destaca que

se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação “correcta”, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação “absolutamente

29 BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y Constitución*. Barcelona: Bosch, 1987. p. 14.

30 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 286. Apesar das suas lições não serem voltadas para o juiz, calha registrar a seguinte lição de Kelsen: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correcta’. [...] Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 396).

correcta”, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões³¹.

Para Hesse, a “interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”³².

As decisões em casos de controle de políticas públicas devem almejar uma pretensão de correção, podendo-se afirmar que, embora não seja possível estabelecer nenhum mecanismo que assegure de forma incontestada uma única decisão correta, o sistema e o procedimento devem apontar para uma ideia regulativa da existência de uma melhor decisão (“a mais correta”), assegurando, dessa forma, consistência e legitimidade à ordem jurídica.

A abertura dos enunciados normativos constitucionais permite o exercício de discricionariedade por parte do intérprete, fazendo com que a *teoria da argumentação* se torne elemento decisivo na interpretação constitucional, principalmente por que a solução de um dado problema não se encontra previamente estabelecida pelo sistema constitucional, mas depende de valorações objetivas e subjetivas que devem ser feitas a partir da realidade, para que então se realize a melhor escolha dentre as possíveis soluções.

Não se pode perder de vista que, em regra, os enunciados normativos, inclusive os constitucionais, não possuem um sentido único, objetivo, válido para todas as situações que almeja regular; ao contrário, é comum que de um enunciado normativo, ou da combinação de alguns deles, se extraia várias escolhas/soluções possíveis (normas), sendo que apenas uma será a melhor para o que se pretende solucionar, e não podem pretender

31 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 443.

32 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

os juízes transformar a Constituição naquilo que eles, particularmente, gostariam.

Assim, o fundamento de legitimidade da atuação do Judiciário transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a escolha interpretativa realizada (decisão) é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

A racionalidade da decisão em casos de judicialização da política pública se faz necessária para impedir que o Judiciário produza graves consequências para a sociedade, baseando-se, exclusivamente, em critérios puramente pessoais dos seus integrantes, de simpatia, de opção política, de ideologia, de ordem religiosa ou filosófica, ou sob a denominação que se queira dar.

Destaca-se ainda que a busca de dados de outras ciências (transdisciplinaridade) é essencial para a formação de uma decisão racional, pois assim os espaços vazios da discricionariedade técnica deixada pelo legislador (constituinte ou ordinário) serão preenchidos com fundamentos técnicos, e não com critérios puramente pessoais dos juízes.

Tal busca é necessária tendo em vista os riscos envolvidos quando o Judiciário decide casos envolvendo controle de políticas públicas, já que assume, nessas ocasiões, os mesmos riscos que acometem aqueles agentes públicos amalgamados por uma *discricionariedade política*, notadamente o legislador (poder legislativo ou executivo).

Adverte Mendes a respeito:

Os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam no difícil processo de elaboração normativa. Eles estão obrigados a colher variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, pesquisa esta que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos. É certo que se faz mister realizar minuciosa investigação no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial. Imprescindível revela-se, igualmente, a análise de repercussão econômica, social e política do ato legislativo.

Somente a realização dessa complexa pesquisa, que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares, poderá

fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados³³.

Por fim, consigna-se que a racionalidade das decisões e o dever de fundamentação se prestam para coibir os mecanismos manipuladores da vontade constitucional. Tais mecanismos manipuladores são muitos, valendo aqui trazer o elenco não exaustivo apontado por Sagüés: *i*) dar às palavras da Constituição um sentido absurdo; *ii*) interpretar isoladamente um artigo da Constituição, desconsiderando-a como um sistema; *iii*) realizar afirmações infalíveis e sem demonstração expressa; *iv*) praticar analogias im procedentes aplicando a uma figura jurídica princípios ou critérios de outra distinta; *v*) má utilização de princípios jurídicos; *vi*) aplicar métodos interpretativos opostos que apontam para soluções distintas; *vii*) postular algo como regra, mas não aplicá-la sempre; *viii*) criar exceções que a Constituição não prevê e *ix*) precisar (determinar) arbitrariamente os conceitos jurídicos indeterminados³⁴.

4 Considerações finais

Os parâmetros aqui apresentados poderão servir para que o Judiciário, doravante, nas decisões envolvendo o controle de políticas públicas, busque trazer uma *fundamentação* que não apenas convença as partes envolvidas (fundamentação endoprocessual), mas que também convença a sociedade (fundamentação extraprocessual), vez que será a partir da fundamentação que a decisão tornar-se-á compreensível para os integrantes da sociedade, em nome da qual são exercidas todas as funções estatais.

Uma fundamentação (motivação) sólida é condição sem a qual as decisões do Judiciário, carecem de legitimidade e de validade, destacando que a exigência de fundamentação das decisões serve como demonstração da racionalidade da mesma.

33 MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-32, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 05 out. 2010. p. 2.

34 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 167-172.

Não se pode olvidar que quanto mais intensa a interferência jurisdicional para as soluções de *políticas públicas* maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da decisão, e melhor deverá ser a racionalidade da decisão.

Pode-se dizer que o parâmetro inicial das decisões do Judiciário no controle de políticas públicas reside, precisamente, na *necessidade de fundamentação* do que foi decidido, e essa decisão deve estar ligada a dois elementos: *i*) a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e *ii*) a racionalidade propriamente dita da argumentação.

O Judiciário deve valer-se de soluções interpretativas com argumentação (técnica discursiva) compreensível, coerente e racionalmente sustentável a fim de decidir os casos envolvendo políticas públicas.

Como visto, apesar de a argumentação jurídica não se distinguir sensivelmente de qualquer outra argumentação racional, possui a mesma alguns parâmetros específicos do discurso jurídico que deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, a deferência para com as deliberações majoritárias válidas, a necessidade de respeito à integridade do sistema e o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.

Em decorrência da necessidade de fundamentação normativa, mesmo que implicitamente, e com o respectivo respeito às possibilidades semânticas do texto constitucional, a argumentação deve preservar o seu caráter *jurídico*, afastando-se de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política.

Outro importante parâmetro é atinente a possibilidade de efetiva realização (concreção) do que foi decidido (consequência prática), afinal, a decisão deve ser possível, realizável, sendo vedado ao Judiciário, sob pena de seu próprio descrédito, realizar promessas vãs por meio de um *otimismo jurisdicante*, como se fosse possível mudar a realidade com papel e tinta.

Assim, para se ter uma decisão racional deve-se utilizar um fundamento jurídico que possa ser estendido a todos os casos equiparáveis – *pretensão de universalidade*.

No que tange à busca do *consenso* que deve apresentar uma decisão racional, isso demanda um processo comunicativo que implica uma fundamentação racional – o melhor argumento. Nesse aspecto, o peso dos argumentos é reconhecido a partir de sua capacidade para obter o consenso, de produzir o denominado “efeito global da neutralização ideológica”.

Essa exigência de exteriorização dos motivos (fundamentação) e a observância dos parâmetros que ditaram a escolha do Judiciário permite alcançar a racionalidade e a calculabilidade da escolha capaz de concitar a aquiescência ou o consenso geral.

Como se pode observar, o que aqui se pretendeu não foi retirar a competência do Judiciário para a solução de litígios envolvendo o controle de políticas públicas, mas apenas propor alguns parâmetros para uma decisão racional, proporcionando, assim, uma lapidação no processo decisório e minimizando as tensões políticas que ocorrem nas decisões em espécie.

Caso ocorram excessos e desvios por parte do Judiciário, estes pertencerão à classe da patologia política, competindo ao Direito Constitucional indicar, em cada caso, os remédios adequados e sua posologia.

5 Referências

AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social*. Tradução Pablo Larrañaga. México: Fontamara, 1995.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y Constitución*. Barcelona: Bosch, 1987.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 131, p. 175-196, jul./dez. 1996.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: _____; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 21, p. 25-44, jan./dez. 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russel, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Tradução Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MAUS, Ingeborg. Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: _____. *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-32, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 05 out. 2010.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução Manasés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O pensamento jurídico do possível utilizado como ferramenta legitimadora do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, Instituto de Direito Público, v. 1, p. 1-14, jan. 2008. Disponível em: <http://www.idp.org.br>>. Acesso em: 03 set. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 21, p. 331-351, jan./dez. 2011.

1.4

ERAM ELES ILUMINADOS? NOTAS SOBRE O JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA

ANDRÉ PIMENTEL FILHO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As origens da separação de poderes e da revisão judicial. 3 Poder Judiciário como ameaça? 4 A dificuldade majoritária. 5 Brasil, supremacia e ativismo judiciais. 6 A questão da última palavra. 7 Esboços de conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

O engrandecimento do poder judicial tem sido, no Brasil e no mundo, matéria de muito debate e controvérsia. O crescimento institucional desse ramo do Estado, que já foi considerado o menos perigoso, tem voltado os olhares para o comportamento judicial, as premissas teóricas sobre as quais os juízes decidem, suas motivações jurídicas e metajurídicas, a extensão de seus poderes, enfim. O tema não é fácil, na medida em que contemporaneamente temos ingredientes que enfraquecem a produção normativa dos poderes representativos, como o déficit de representação, fortalecimento desmedido de grupos de interesse, uma sentida e suposta irracionalidade do funcionamento dos Legislativos, grande pluralidade e fragmentação de vontades e visões de mundo, a prática da política como negócio, entre outros. Isso tudo deságua em crise na representação democrática e da própria democracia.

Há a preponderância de ideias políticas muito bem-estabelecidas e vencedoras no plano ideológico e institucional: constitucionalização extensiva e vertical, com diplomas normativos ambiciosos, e positivação mais acentuada de princípios e valores, oponíveis a todos os ramos do Estado, tendo-se o princípio da força normativa da Constituição como diretriz hermenêutica; a consolidação dos direitos fundamentais, com estruturas bastante abstratas, como prerrogativas oponíveis inclusive em face

* Mestre em Direito pela Universidad de Alcalá (Madri-Espanha). Procurador da República em Vitória/ES.

do legislador; a disseminação de cortes constitucionais com amplo poder de revisão da produção normativa dos outros poderes.

Esse estado de coisas acaba colocando o Judiciário, originariamente destinado a arbitrar conflitos e aplicar o direito, numa situação complexa e desafiadora. Com a positivação de valores e princípios em nível constitucional, não cabe mais ao julgador uma atuação tão somente como “a boca da lei”, sendo esperada a incorporação (cuidadosa) de aspectos morais na tarefa hermenêutica. Por outro lado, isso tudo acaba por embutir uma série de perigos com potencial para abalar qualidades muito caras ao sistema jurídico. Premissas centrais às democracias ocidentais contemporâneas como autogoverno pela via representativa (democracia) e estabilidade jurídica correm risco quando há a possibilidade incontestada de juízes não eleitos serem fontes normativas primárias, ou vetando indevidamente as decisões das esferas democráticas, ou mesmo produzindo normas de acordo com suas próprias pautas e ideologias, sem necessidade de apoio em normas pré-existentes racionalmente indicadas.

Metodologicamente, optou-se, ao invés de se concentrar em um subtema específico e exauri-lo, abordar uma série de questões que gravitam em torno dessa problemática do excessivo empoderamento judicial, e assim a imagem que se projeta é propositalmente panorâmica e global. Se isso, de certo modo, traz algum prejuízo em termos de profundidade, ganha-se na melhor compreensão do todo, indivisível, afinal.

Este trabalho tem o objetivo de tratar essas questões, apontando possíveis caminhos para a reconciliação entre democracia e a atividade judicial.

2 As origens da separação de poderes e da revisão judicial

A origem remota da ideia de separação dos poderes do Estado, na filosofia política, é atribuída aos gregos. Desde Aristóteles há esforço permanente do gênio humano para criar um governo capaz de operar a serviço do interesse público, sem descuidar dos direitos individuais, e ao mesmo tempo capaz de

evitar arbitrariedades dos detentores do poder¹. É geralmente creditado a Montesquieu, em seu *O Espírito das Leis*, o esboço da versão moderna da teoria da separação de poderes, um arranjo institucional que seria capaz de assegurar esses objetivos básicos do Estado. Esses elementos foram sendo incorporados à nova ideologia política nascente nas revoluções do fim do século XVIII, sendo uma de suas matrizes.

No caso americano, a inspiração de outros proeminentes autores também pode ser sentida no trabalho dos pais da Constituição². Não é surpresa que essas visões originárias inglesas da *common law* tenham tido impacto relevante na formação das linhas mestras da Constituição americana, em especial na importância dada aos ideais de liberdade, ainda que de início não explicitamente resguardados por um *bill of rights*. Os fundadores do novo regime americano transplantaram esses valores na criação do novo sistema de governo. Enquanto aumentou-se bastante o papel do governo central, federativo, a Constituição opta por tecer uma complexa teia de proteção contra o arbítrio, em princípio imaginada suficiente para assegurar os direitos individuais³.

Nesse contexto, o fato é que a separação de poderes, seus mecanismos prevendo freios e contrapesos, é reconhecida como das mais importantes contribuições norte-americanas à experiência constitucional no mundo. A premissa de botar poder controlando poder, uma força em contraposição a outra, de for-

1 Apesar do pensamento aristotélico não se encaixar perfeitamente nos modelos modernos de separação de poder, eis que o objetivo da divisão não era exatamente controlar o poder, mas mantê-lo funcional, seu esquema de separação pode ser visto como origem remota dessa ideia de divisão de funções do Estado em vários órgãos.

2 Os comentários de Blackstone, um tratado de *common law* publicado em Oxford na década de 60 do século XVIII, são considerados como influente referência na formação das ideias pré-revolucionárias e constitucionais. Vide BISER, Jennis J. *Rule by man, not the rule of law: the United States Supreme Court and regulatory takings judgments, 1905–2005*. (George Mason University). *ProQuest Dissertations and Theses*, 204. Disponível em: < <http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/304735225?>>. Acesso em: 1 jun. 2013.

3 Alguns acreditam que, apesar de na época da discussão da Constituição já estarem bem estabelecidas as ideias das liberdades públicas como direitos fundamentais e inalienáveis, optou-se por não registrar um catálogo expreso porque, prevendo a Constituição poderes limitados para cada ramo do Estado, só podendo agir no limite de suas atribuições, todas as ações não permitidas representariam direitos fundamentais. Hamilton chegou a escrever, no *Federalista* nº 84, que a Constituição seria, em si, a própria declaração de direitos. No entanto o empoderamento da esfera federal e a percepção de que a Constituição seria falha sem a expressa previsão dos direitos básicos do cidadão fez com que logo após a promulgação da Constituição houvesse a edição de emendas declarando as liberdades públicas. Vide Walker, Thomas G.; Epstein, Lee. *Constitutional law for a changing America: rights, liberties and justice*. 7. ed. Los Angeles: CQ Press, p. 5-6.

ma que o resultado seja um equilíbrio funcional, cresceu dentro da ideia de um governo republicano autolimitado⁴.

Os Estados Unidos da América não foram apenas uma das origens da doutrina da separação dos poderes tal qual conhecemos e praticamos hoje, mas também e principalmente os fundadores do *judicial review*, pelo qual o poder Judiciário tem a força imanente de interpretar a Constituição e declarar nula e sem efeito qualquer norma ou ação governamental considerada com ela incompatível. O exame da história da revisão judicial revela que na origem essa função atribuída ao poder Judiciário não colocava muito perigo sobre a premissa democrática do Legislativo como instituição produtora de normas por excelência⁵. Todavia, atualmente e na prática, os tribunais, no Brasil, Estados Unidos e em grande parte das democracias ocidentais, são muitas vezes instituições com o poder de exercer uma espécie de veto constitucional sobre a política majoritária⁶, o que tem sido, não raro, percebido como um avanço ilegítimo sobre as esferas de poder que contém explícita legitimação democrática⁷, ou até mesmo a transfiguração da corte constitucional em uma espécie de poder constituinte originário permanente⁸.

4 CLARK, T. S. *The politics of judicial independence: court-curbing and the separation of powers*. Princeton: Princeton University, 2008.

5 Ibid.

6 Ibid.

7 Essa constatada hiperatividade judicial vem trazendo dúvida sobre a atualidade da famosa colocação de Alexander Hamilton sobre o poder Judiciário como "o poder menos perigoso". Hamilton escreveu: "Qualquer um que atentamente considerar os diferentes ramos de poder perceberá que o governo em que tais ramos são separados, o Judiciário, pela natureza das suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, porque é o mais fraco para perturbar ou causar prejuízo. O Executivo não apenas dispõe das honras, mas também da espada da comunidade. O Legislativo não só comanda a bolsa, mas regula a vida dos cidadãos pelas regras que vota. O Judiciário, ao contrário, não tem poder sobre a espada ou o dinheiro, carece de ingerência sobre a força e prosperidade da sociedade, e ainda não pode adotar resoluções sem ser provocado. Pode ser verdadeiramente dito que não tenha força nem vontade, mas apenas prudência, e deve de todo modo depender da ajuda do Executivo para o cumprimento de suas decisões" O Federalista, n. 78, HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

8 Habermas, com seu procedimentalismo, que vai na contra-mão do substancialismo geralmente subjacente aos controles de constitucionalidade "fortes", registra que a muitas vezes aclamada "jurisprudência de valores" acaba gerando "um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente." (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 320).

Cruz resume bem a questão: "Para Habermas, assim como parcela notável da doutrina comparada, a ponderação de valores não consegue se ver livre de uma irracionalidade metodológica e de um decisionismo que são capazes de transformar a atividade jurisdicional em poder constituinte originário." CRUZ, Alvaro Ricardo Souza. Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 14

Como é fácil notar, as coisas mudaram desde a original concepção romântica do Judiciário como um poder inofensivo⁹. No contexto americano, e em quase todo o mundo, onde quer que o Judiciário tenha se estabelecido como um ramo verdadeiramente independente, com poder de rever outras ações com base na Constituição¹⁰, o esquema de separação de poderes tem funcionado dentro de uma certa perplexidade¹¹, especialmente depois de fenômenos contemporâneos como ativismo judicial¹² e neoconstitucionalismo¹³. Os dois têm em comum ideário pretensamente humanista, de realização da justiça notadamente pela via judiciária, com a utilização engajada da moral contida na “moderna dogmática constitucional¹⁴”, em uma espécie de redenção dos problemas da sociedade através da aplicação judicial dos valores contidos na Constituição. Não se apercebe que “quando se toma por base a Constituição como uma tábua de valores,

9 Os pensadores políticos e juristas do fim do século XVIII tinham razão de não temer eventual poder arbitrário do Judiciário. Dada a incipiente independência e autonomia do terceiro ramo do Estado, a ausência de força própria para executar as decisões, e a dependência dos demais poderes em questões financeiras, já que não tem capacidade arrecadatória, o Judiciário tinha naquela época poucas chances de oferecer perigo às estruturas liberais.

10 Na Alemanha, a Constituição de 1949 criou uma Corte Constitucional que teve desde então ativa participação na vida política daquele país; Na Itália, a Constituição de 1947 também adotou o modelo de controle concentrado de constitucionalidade via Corte Constitucional. Até mesmo na França, país que tradicionalmente privilegiou o controle político e preventivo da Constituição, há toques de controle repressivo. Na década de 70, com a democratização dos países ibéricos, também Espanha e Portugal adotaram Cortes Constitucionais competentes para o controle concentrado de constitucionalidade. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Coord.) *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 126

11 A perplexidade aumenta se considerarmos que o *judicial review* nasceu de geração espontânea, inaugurado pela Suprema Corte em *Marbury v. Madison*

12 Kmiec, em estudo sobre o assunto, diz que o termo ativismo judicial foi usado pela primeira vez em 1947 pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*. O termo foi usado para comentar as linhas de atuação da Suprema Corte durante a época do *New Deal*: a primeira linha entendia que a Suprema Corte poderia desempenhar papel efetivo na promoção do estado de bem-estar, de acordo com suas visões. A segunda linha advogava uma postura de autocontenção judicial, deixando mais espaço para os outros ramos. Em DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

Já para Barroso “ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, “bypassar” o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

13 Sarmento assim sintetiza os traços do neoconstitucionalismo: “a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização de sua importância na aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) reaproximação entre Direito e Moral [...]; d) judicialização da política e das relações sociais. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-114.

14 Expressão que Sarmento parece usar de modo elogioso. *Ibid.*, p. 123.

os juízes passam a se sentir legitimados a legislar, a assumir o lugar do Executivo, porque se sentem destinados a corrigir todas as injustiças do país. Eles se sentem eleitos por Deus ou entendem que têm uma condição moral diferenciada dos corruptos dos outros poderes. E acabam se esquecendo que com isso colocam em risco a própria democracia¹⁵. Streck bem retrata o problema desse verdadeiro dilema jurídico, em que não se tem nem se aceita mais o positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), por ser produtor de clamorosas injustiças e mesmo incompatível com os ordenamentos constitucionais, mas ainda não se erigiu condições para o controle das posturas voluntaristas, de forma a se evitar que os juízes se assenhem da legislação democraticamente construída¹⁶.

3 Poder Judiciário como ameaça?

Parece ser claro que tal *status* judicial, que tem sido denominado supremacia judiciária, com evidente tom crítico, em comparação com os outros ramos do poder estatal, tem frágil base nos princípios democráticos, formadores do esqueleto das democracias modernas. Olhando para trás, é forçoso reconhecer que essas doutrinas liberais democráticas em que as constituições paradigmáticas do liberalismo (francesa e americana), a partir do final do século XVIII, foram construídas, têm por essência que a principal fonte de direito deve ser o poder Legislativo, “nós o povo”, e não um conjunto de altos funcionários não eleitos, com vitaliciedade (é dizer, sem alternância), e politicamente

15 SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo. Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 20-21.

16 STRECK, Lênio. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasílis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 7.

A hipervalorização da atividade jurisdicional e do produto da interpretação jurisdicional constitucional tem como outro lado da moeda a desvalorização do Legislativo. Descontado o exagero, há uma ponta de verdade no diagnóstico de Bigonha e Gomes, quando denunciam que “o Parlamento brasileiro caminha para ser considerado desnecessário. Ele é compreendido, especialmente pelos juristas, como instituição que macula a Constituição da República ou, ainda, como apêndice da democracia. Assim, as Emendas Constitucionais são percebidas como deturpadoras da pureza original da Constituição. Ao mundo jurídico, sagrado e repleto de pureza, caberia, por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade, afastar as nódoas produzidas pelo mundo político, sujo e maculador da ordem constitucional”. BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; GOMES JR., Luiz Moreira. Legalidade e legitimidade na ordem constitucional de 1988: o papel do cidadão. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). *Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas*. Brasília: IPEA, 2011. v. 6. p. 34.

não responsáveis por seus atos¹⁷. A par disso, devido à abertura das cláusulas constitucionais, com disposições extremamente abstratas, a assunção pelo poder Judiciário do papel de o intérprete final pode representar uma profunda rachadura no pilar democrático em que se apoiam as constituições que pretendem ter o povo como a fonte última do poder estatal. Ter a palavra final sobre a interpretação constitucional tem sido intimamente associado ao incremento do *status* judicial à custa de limitações da esfera de decisão sofrida pelos demais poderes¹⁸. Sintomáticos são os achados de Harriger, em estudo sobre os direitos dos custodiados em decisões da Suprema Corte americana, os quais indicam a existência uma espécie de predileção daquela corte em manter suas posições precedentes ainda que às custas do rechaço de novas políticas trazidas pelo Executivo ou Legislativo¹⁹.

Apesar dessas disfunções obviamente causadas pelo papel do Judiciário em grande parte das democracias contemporâneas²⁰, a supremacia judicial tem sido, com raras exceções, um sucesso de público e de crítica²¹. Todavia, ao contrário do que é no mais das vezes propalado nas comunidades jurídicas, em todos os países em que esse fenômeno se dá, os poderes Judiciários, não raro, têm sido responsáveis, ao longo dos anos, por clamo-

17 É conhecida a passagem do juiz inglês Lord alertando para as tentações de se dar aos juizes ampla liberdade para desviar-se das disposições democráticas, o que levaria ao caminho do Estado totalitário. DEVLIN, Lord. Judges and lawmakers. *Modern Law Review*, v. 39, p.1, 1976.

18 Mesmo o famoso processualista italiano Mauro Cappelletti, simpatizante e favorável à criação judicial do direito, em seu clássico "Juizes Legisladores?" concede que "até um Judiciário inicialmente dedicado à proteção das liberdades dos cidadãos pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática". Vale lembrar que a obra do italiano não é exatamente sobre controle de constitucionalidade, mas sobre assunto paralelo, a criação jurisprudencial do direito, suas causas e limites. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 94.

19 HARRIGER, Katy J. Judicial supremacy or judicial defense? The Supreme Court and the separation of powers. *Political Science Quarterly*, v. 126, n. 2, p. 201-221, 2011.

20 Kramer tem um bom argumento quando diz que esse estado de coisas enfraqueceu a democracia e colocou grande importância nas nomeações para a Suprema Corte e em emendas constitucionais.

21 MacConnel tece ácidas críticas a essa simpatia pela supremacia judicial: "Muitos fundamentos podem ser criados, alguns mais persuasivos que outros, de que os juizes são superiores ao legislador em questões de importância moral. É fácil de perceber porque esses argumentos têm apelo especial em estudiosos do Direito, que comungam com juizes mesma origem, classe social, educação, etc." MCCONNELL, Michael W. The importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin's moral reading of the Constitution. *Fordham Law Review*, v.65, n.4, p.1269, 1997. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/3>>. Acesso em: 1 jun. 2013.

Favorou, em sua obra sobre as cortes constitucionais na Europa continental, reporta que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional tem tamanha influência na ordem política que se diz que acima do Estado de Direito fica o Estado dos Juizes, em evidente tom de crítica. FAVOROU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 75

rosas violações de direitos²². Isso era até de se esperar, já que a possibilidade de erro na interpretação da Constituição e violação de direitos é quase que simétrica, e a história mostra que um sistema de supremacia parlamentar não é incapaz de assegurar direitos fundamentais, tanto quanto um modelo de revisão judicial de estilo americano frequentemente tem servido exatamente como instrumento de violação desses direitos. A experiência americana tem alguns casos bem conhecidos. Após a decisão em *Marbury v. Madison*, em 1803, a Suprema Corte só exercitou novamente o controle constitucional de atos governamentais no lamentável julgamento envolvendo Dred Scott, em 1857, quando demonstrou sua complacência com a escravidão nos estados do sul americano. Em *Plessy v. Ferguson* o mesmo Tribunal julgou ser constitucional a doutrina do “equal, but separated” validando leis que determinavam a separação entre brancos e negros em vagões de trem. Anos depois, através de interpretações radicais sobre as liberdades econômicas, declararam-se inconstitucionais uma série de leis que tinham por objetivo fortalecer direitos sociais²³. Mais recentemente a Corte Roberts é duramente criticada pelos liberais americanos por inviabilizar ações afirmativas raciais²⁴, desregulação de campanhas eleitorais²⁵, dimensiona-

22 “La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos e que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión. Es entendible que aquellos juristas que celebran las bondades del control judicial de constitucionalidad se sientan ellos mismos más identificados con los jueces que con los políticos e, de este modo, se inclinen a pensar... que aquello que ellos consideraran ser las soluciones correctas – sus propias decisiones correctas – serían más factiblemente descubiertas por los jueces que por los políticos.” NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 260.

23 George chama a atenção para a resistência de Lincoln ao empoderamento do Judiciário, e questiona: “Alguém pode imaginar Lincoln sentado numa sala de aula lembrando aos mais jovens que determinado poder irrestrito para fazer o bem também o é para fazer o mal. Se gostamos do que os juízes fizeram em *Brown v. Board*, não nos esqueçamos o que eles fizeram no caso *Dred Scott*. E há mais. Não foi a Corte que deliberadamente invalidou leis de proteção social durante os anos de 1905 a 1937? Não teriam os juízes ido muito longe enxergando, dentro da cláusula do due process da 14ª emenda, liberdades contratuais que frustravam o desejo Legislativo e usurpavam a vontade dos representantes do povo? Essas são as leituras mais consensuais desses eventos, tanto por liberais quanto por conservadores de hoje. E ainda tem-se a questão do aborto, certamente a questão mais difícil, controversa e moralmente carregada de nossa época. Estariam as decisões da Suprema Corte derrubando as proibições aos abortos em 1973, em *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton*, no lado positivo, como *Brown*, ou negativo, como *Dred Scott*? Isso depende se se acredita ser o aborto um direito da mulher ou uma violação de direitos de um ser ainda não nascido.” GEORGE, Robert P. Lincoln on judicial despotism. *First Things: a Monthly Journal of Religion & Public Life*, n.130, p.36, fev. 2003. 5p.

24 Vide *Parents Involved v. Seattle School District*, 551 U.S. 701 (2007).

25 Vide *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life*, 551 U.S. 449 (2007).

mento de distritos eleitorais²⁶. Para finalizar em junho de 2013 foi anunciada a derrubada de legislação federal que evitava que estados americanos do sul, historicamente os que têm a maior resistência às liberdades civis dos negros, utilizassem mecanismos indiretos para prejudicar os direitos políticos dos afroamericanos²⁷.

Para completar, ainda que os tribunais só acertassem na interpretação das constituições e na proteção dos direitos fundamentais, estudos políticos revelam as limitações dessa via como promessa de avanço social²⁸.

4 A dificuldade majoritária

A esse tipo de preocupação sobre o que seria um excesso de poder jurisdicional nas sociedades contemporâneas deu-se o nome de dificuldade “contramajoritária”, ou dificuldade majoritária (em inglês, “*the counter-majoritarian difficulty*” e “*majoritarian difficulty*”), que põe em evidência a falta de sustentação democrática do poder de revisão judicial²⁹. A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, dada a imprecisão e abertura da grande maioria das normas constitucionais, bem como a possibilidade de que elas entrem em colisão a depender da interpretação que se dê, aquele que interpreta e aplica esse conjunto de normas constitucionais não somente estaria reconhecendo algo já pré-existente, mas também participando do

26 Vide *League of United Latin-American Citizens v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006).

27 *Shelby County v. Attorney General*, 570 U.S.(2013).

Em reportagem do dia 26.06.2013 o *New York Times*, além de criticar a decisão, registra que teve efeito imediato, com a entrada em vigor de legislação estadual do Texas prevendo novas formas de identificações dos eleitores e reorganizando distritos eleitorais.

28 Essa utilização dos tribunais, em especial pela parte derrotada na arena política parece estar causando mais insegurança e prolongamento do conflito, no mais das vezes, do que propriamente proteção dos direitos fundamentais: “a ideia de que a transformação social pode ser realizada através da prática jurisprudencial apresenta sérios limites objetivos, decorrentes da força dos outros atores políticos que circundam a atuação do Poder Judiciário. Veja-se, por exemplo, o excelente estudo de Charles Epp sobre os tribunais na Índia, Canadá, Estados Unidos e Inglaterra e a difícil tarefa de conquista de direitos nesses países” ROS, Luciano. *Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86-105, dez. 2007. p. 101.

29 Termo cunhado por Alexander Bickel. O argumento básico é que a revisão judicial é incompatível com a democracia porque dá a juízes não eleitos a opção de frustrar a vontade da maioria. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1962.

processo de criação normativa. Assim, possibilitar uma acrítica e irrestrita revisão judicial dentro de um contexto constitucional de normas e princípios que dependem fortemente do intérprete para terem significado concreto acabaria dando aos juizes uma espécie de “poder constituinte permanente”, porque lhes permite moldar a Constituição de acordo com sua própria visão política e preferências pessoais, em vez das adotadas pelos representantes do povo. Essa incisiva crítica tem levado alguns estudiosos a uma postura de extrema suspeita para com a jurisdição constitucional³⁰.

Vejamos alguns autores que despontam na denúncia da supremacia judicial.

Kramer, afirma que a teoria do controle de constitucionalidade moderna baseia-se numa incompreensão fundamental da história constitucional americana e do papel a ser desempenhado pelos três ramos do Estado. Segundo ele, a concepção original da revisão judicial foi aquela em que cada um dos três ramos teria papel igual a desempenhar na interpretação constitucional, em nome do povo. Ele argumenta que os autores da Constituição americana queriam que as questões de direito constitucional fossem interpretadas pelas pessoas, pela sociedade, ressaltando que essa era a maneira que a revisão judicial havia sido tradicionalmente entendida ao longo da história, antes do início da era do ativismo judicial³¹⁻³².

30 “Notas sobre SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Coord.) *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 130-131.

Barroso contorna as críticas apontando que “Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juizes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular.”, muito embora reconheça ser “certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

31 KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

32 HAREL, Alon; SHINAR, Adam. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review* (February 13, 2011). 10 International Journal of Constitutional Law 950 (2012) (ICON). Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1760933> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1760963>>. Access in: 1 jun. 2013.

Em outra linha, MacConnel³³ nega ao Judiciário o papel de o principal definidor de opções políticas, observando que a melhor visão do controle constitucional é a que entende que a Constituição não é projetada para produzir a “melhor resposta” a todas as perguntas, no que ele ataca uma das expressões de Dworkin, mas para estabelecer um quadro geral de possibilidades para o governo representativo e alguns princípios substantivos importantes, supramajoritários³⁴. Para ele, o trabalho do juiz é assegurar a funcionalidade das instituições representativas, em conformidade com os compromissos assumidos e consolidados pelo povo no passado. Ele lembra que a intenção original era criar um quadro institucional no qual as pessoas, por meio de suas instituições representativas – e não dos tribunais – têm autoridade para decidir qual curso de ação faz mais sentido para o Estado. Poderia haver muitas respostas diferentes para essa pergunta, e nenhuma seria constitucionalmente privilegiada. Condena a confiança que Dworkin tem nos juízes e a desvalorização da produção normativa dos outros poderes. Ao examinar a constitucionalidade de uma lei – a lei proibindo o suicídio assistido, por exemplo – Dworkin informa que o juiz deve examinar o texto da Constituição, as intenções semânticas do constituinte e os precedentes na matéria; nada, ataca MacConnel, sobre a relevância que o juiz deve dar à lei, aprovada pelos representantes eleitos pelo povo para legislar. Continuando, questiona a analogia de Dworkin (que compara o ato de julgar a escrever uma novela em capítulos) sobre o porquê de se atribuir o papel de autor ao juiz. MacConnel entende mais preciso ver os atores representativos, Legislativo e Executivo, como os autores, e os juízes como editores ou críticos. A tarefa dos juízes seria, num sistema governado pelo povo, assegurar que cada capítulo se

33 McCONNELL, Michael W. The importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin's moral reading of the Constitution. *Fordham Law Review*, v. 65, n. 4, p. 1269, 1997. Available at: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/3>>. Access in: 1 jun. 2013.

34 Ponto central de Dworkin a essa objeção democrática a sua teoria é que democracia não é a mera prevalência da maioria, mas corresponde a mais complexo ideal político, que também envolve os direitos fundamentais e os valores democráticos. DWORKIN, Ronald. The moral reading and the majoritarian premise. In: _____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Ainda que se concorde que democracia não pode ser apenas a realização dos desejos da maioria, parece-nos que Dworkin, com essa linha de argumentação, não consegue rebater de modo suficiente os problemas que geram sua teoria de direitos fundamentais.

encaixe ao anterior, em conformidade com as regras da narrativa. E não escrever seus próprios textos. De fato, entre as justificações mais entusiasmadas da legitimidade da revisão judicial está a pena de Dworkin, para quem caberia ao poder Judiciário garantir as condições da democracia, com base em uma leitura moral da Constituição que coloca como fundamental o abertíssimo princípio da igualdade de respeito e consideração³⁵. A figura do juiz Hércules, dotado de imensa sabedoria e tempo ilimitado para decidir, ocupa um lugar de destaque em sua teoria. A razão parece estar com MacConnel quando pede mais humildade judicial em vez de mais “princípios”, “standards” e “integridade”, tudo muito desejável, mas muito pouco realista e factível, na melhor das hipóteses.

Na verdade, a relação entre democracia³⁶ e jurisdição constitucional envolve uma tensão ambivalente. Há alguma sinergia, pois o bom exercício da revisão judicial pode servir de salvaguarda para o correto funcionamento das regras do jogo democrático. Mas também existe uma tensão potencial entre os tribunais e o poder que emana do povo. Se a imposição de limites sobre a decisão da maioria pode ser justificada em nome das liberdades públicas, essenciais em qualquer sistema democrático, o exagero é fundamentalmente antidemocrático, porque restringe a capacidade das pessoas para se autogovernar³⁷.

Essa potencial fricção entre democracia e capacidade do Judiciário de rever os atos normativos oriundos dos demais poderes com base na Constituição faz crescer a importância de estudos que propugnam métodos de reconciliação do *judicial review* com a valorização da interpretação constitucional desenvolvida pelos outros ramos do poder estatal. Essas teorias rejeitam a supremacia interpretativa constitucional do poder Judiciário, ainda que continuem reservando a esse poder um *locus* privilegiado

35 DWORKIN, Ronald. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. In: _____. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

36 Reconhece-se que democracia não é só, mas principalmente, a possibilidade de participação política, e as liberdades que são inerentes a essa participação, de modo a legitimar o poder estatal.

37 Não se ousa aqui arriscar em que consistiria o exagero, o avanço indevido da revisão judicial sobre esferas que deveriam ser deixadas aos outros poderes. O objetivo deste artigo é mais modesto. O que se busca é fixar alguns parâmetros de comportamento judicial que se adequem ao axioma democrático.

de definição do significado das disposições constitucionais. Seria um meio-termo entre as teorias de supremacia legislativa e as teorias de supremacia judiciária.

Harel e Shinar³⁸ situam o que chamam de teoria da revisão judicial moderada entre as teorias de supremacia judiciária e legislativa. Vários estados trazem previsão de jurisdições desse naipe, incluindo o Reino Unido, Canadá, Nova Zelândia e diversos estados e territórios da Austrália.

Nesse ponto, vale a pena abrir parênteses para lembrar que a revisão judicial tem não só problemas. Ainda é uma via válida para se resolver disputas que envolvam direitos constitucionais e fazer com que os direitos fundamentais sejam tomados com seriedade. O mal reside na extensão da revisão judicial de forma a reduzir sensivelmente o que é decidido por aqueles eleitos. Assim, a dificuldade majoritária é contornada através de uma revisão judicial moderada que possibilite às pessoas abordar suas pretensões não atendidas (potenciais direitos fundamentais violados), havendo caminhos para se proteger contra o exercício arbitrário do poder inconstitucional, com a possibilidade de se desencadear uma verdadeira reconsideração das decisões³⁹. Uma pessoa deve ter o direito de desafiar ato normativo que considera inconstitucional por violar seus direitos fundamentais, mas a análise dessa irresignação deve ser *extremamente* cuidadosa e autocontida, de modo a respeitar a produção normativa dos ramos eleitos e deixar sempre aberta a porta para um diálogo interinstitucional.

Outro autor importante que levanta sérias objeções a uma revisão judicial forte é Tushnet⁴⁰. Ele critica a revisão judicial, principalmente, com o fundamento de que, empiricamente falando, o Legislativo é tão capaz de identificar e promover os valores constitucionais quando interpreta a Constituição quanto

38 HAREL, Alon; SHINAR, Adam. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review* (February 13, 2011). 10 International Journal of Constitutional Law 950 (2012) (ICON). Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1760933> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1760963>>. Access in: 1 jun. 2013.

39 É interessante notar que a revisão judicial "forte" é sistema que confere bastante peso aos interesses individuais; enquanto que sistemas que pendem para a valorização da produção legislativa se baseiam na justiça coletiva das proposições, ainda que ao custo de prejuízos individuais.

40 Ibid.

os tribunais. Além disso, destaca os efeitos nocivos da revisão judicial, chamando a atenção para algumas conhecidas e criticadas decisões da Suprema Corte americana retardando causas progressistas⁴¹. Quando o Tribunal se envolve na revisão judicial, ele afirma, desloca a autoridade do Congresso para fazê-lo, já que os membros do parlamento seriam menos propensos a prestar atenção aos valores constitucionais quando eles sabem que o Tribunal fará isso por eles. Tushnet sugere que se desapegue da revisão judicial forte para valorizar a participação política, instância em que o constitucionalismo realmente aconteceria.

Essa questão da intensidade com que se dá a revisão judicial é central e já foi abordada na jurisprudência americana, que indica diferentes padrões de presunção de constitucionalidade e, portanto, de intensidade da legítima revisão judicial⁴². Esses diferentes testes de constitucionalidade, que variam em intensidade, surgiram a partir de uma decisão proferida em 1938 em *United States vs. Carolene Products*, em que se adotou posição de extrema deferência com relação a uma lei federal especial, que regulava a atividade econômica, sem embargo de enfatizar a necessidade de análise mais rigorosa das normas que restringem certas liberdades constitucionais não econômicas, ou que atingiram os interesses das minorias isoladas⁴³. Na jurisprudência nacional não se tem notícia da adoção de quaisquer parâmetros diferenciados de acordo com a matéria versada, sendo comum apenas o recurso às fórmulas genéricas da ponderação de valores, razoabilidade e proporcionalidade, sem no mais das

41 Essa visão coincide com a de Klarman, em *Brown v. Board of Education and The Civil Rights Movement*, em que se defende que o fim da segregação só veio, de modo definitivo e absoluto, com medidas adotadas pelo Executivo e Legislativo. KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of education and the civil rights movement*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

42 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

43 Como esses *standards* diferenciados de escrutínio de constitucionalidade são auto-impostos, isto é, nenhum fator externo ou disposição expressa clara determina que se utilizem esses padrões de auto-contenção, era de se imaginar que ocorresse, como de fato ocorreu, variação na intensidade de seu uso. Neste sentido Griffin registra seu inconformismo com a falta de critérios atualmente usados nas decisões: "[...] A Suprema Corte não mais sente a necessidade de se justificar com teorias sobre o judicial review [...]. Teorias sobre a revisão judicial como a do Juiz Stone em *Caroline Products* já estiveram no centro da teoria constitucional americana." GRIFFIN, Stephen M. *The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights*. *Tulane Law School Working Paper*, New Orleans, n. 1, p. 1-2, 2003.

vezes se desincumbir do ônus argumentativo que os principais teóricos desses métodos propugnam⁴⁴.

5 Brasil, supremacia e ativismo judiciais

Transportando a discussão para território nacional, parece que o Brasil é um exemplo de potencial excesso de jurisdição constitucional (e supremacia judicial) perigoso a uma estrutura democrática funcional de governo⁴⁵. No Brasil, além do estilo americano de controle constitucional sobre os demais ramos⁴⁶, tem-se justaposto o modelo de controle concentrado europeu, de inspiração kelseniana. Adicione-se a esse estado de coisas uma Constituição extremamente extensa⁴⁷, especialmente em seu catálogo de direitos fundamentais, e detalhista nas interações interpoderes⁴⁸, e temos, de fato, uma jurisprudência notavelmente aberta ao controle constitucional de quase todos atos emanados do Executivo ou Legislativo, chegando ao ponto de se aceitar, sem maiores preocupações teóricas, o exame judicial

44 Häberle, em sua famosa obra em que defende a abertura do processo de interpretação do texto constitucional, propõe um escrutínio diferenciado no exame, pela Corte Constitucional, da validade das leis, levando-se em consideração o grau de participação da opinião pública, de divisão entre os grupos sociais envolvidos, a participação de grupos especialmente interessados, em que "um minus de efetiva participação deve levar a um plus de controle constitucional." HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, uma contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 44.

45 Medeiros faz o seguinte retrato do quadro institucional brasileiro contemporâneo: "Como analisar o arranjo institucional entre Executivo, Legislativo e Judiciário no Brasil contemporâneo? Grande parte dos estudos sobre o tema tem destacado certa preponderância assumida pelo Poder Judiciário sob o desenho implementado pela Constituição Federal de 1988, sobretudo no tocante às garantias de direitos fundamentais e implementação de políticas públicas. Este novo comportamento do Judiciário tem sido explicado especialmente pelos conceitos de 'ativismo judicial' e 'judicialização da política'". MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? a relação interpoderes e a judicialização no Brasil. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; PIRES, Roberto Rocha (Org.). *Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas*. Brasília: IPEA, 2011. p. 232.

46 Há que se considerar que nos EUA o controle é difuso e em regra as demandas demoram a desaguar na Suprema Corte. Isso, apesar de trazer o perigo de permitir a eficácia de normas inconstitucionais, abre ensejo, por outro lado, para que as normas sejam "testadas" no plano dos fatos.

47 Vieira observa, em relação ao Supremo Tribunal Federal, que a diferença no caso brasileiro é de escala e natureza. De escala em razão da quantidade de temas constitucionais e portanto judicializáveis. De natureza por não haver qualquer óbice para a submissão de emendas constitucionais à revisão judicial. Em razão desse empoderamento do STF, ele cunhou o neologismo "Supremocracia". VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 483-502.

48 A Constituição de 1988, desconfiando do legislador ordinário, tratou longamente de enorme gama de temas não materialmente constitucionais (p.e., dedicou uma Seção, no Título VIII, da Ordem Social, ao desporto; outras centenas de exemplo poderiam ser dados, se não propriamente em relação à matéria abordada, mas ao detalhamento dado pelo legislador constitucional), o que somado à amplitude de competência atribuída ao Judiciário produziu verdadeira escalada de demandas constitucionais. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 489.

de emendas constitucionais⁴⁹ e de atos ainda por serem promulgados, ou seja, durante o processo Legislativo, inclusive por via liminar e monocrática⁵⁰. Para finalizar, não foram poucas as ocasiões em que o STF se colocou como detentor único e exclusivo da última palavra em matéria constitucional⁵¹.

Tudo considerado, é justa a preocupação de quem denuncia exagero na participação do Poder Judiciário na direção política do país. E o modo mais adequado de evitar as inconveniências antidemocráticas da revisão judicial é o engendramento de abordagem mais deferencial⁵² ao produto normativo oriundo de outros ramos de poder, bem como a abertura às interações dialógicas entre os poderes⁵³, tratada no próximo tópico.

Uma forma de compatibilizar o controle judicial de constitucionalidade com a premissa democrática é a adoção de uma espécie de *judicial review* atenuado, de espectro menos amplo, com maior consideração às escolhas políticas dos representantes do povo e seus delegatários, ou seja, um quadro de autocontenção do Judiciário, em que: (i) dá-se preferência à opção adotada pelo Legislador sempre que não seja claramente inconstitucional; (ii) confere-se primazia às interpretações dos tribunais em matérias constitucionais, sem embargo de se permitir

49 O Ministro Joaquim Barbosa, em sede de apreciação liminar e monocrática da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, de nº 5.017, suspendeu a EC 73, que criou novos tribunais regionais federais.

50 Recentemente, no Mandado de Segurança 32033/DF, o Ministro Gilmar Mendes determinou a suspensão da tramitação de projeto de lei PLC 14/2013, que estabelece novas regras para a distribuição de recursos do fundo partidário e de horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, nas hipóteses de migração partidária, por considerar o projeto contrário ao entendimento adotado anteriormente na ADI 4430. Na apreciação plenária, a liminar foi cassada, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello.

51 No AI 733.387/DF o Min. Celso de Mello, ao enfatizar o papel do Supremo como detentor da palavra final sobre o sentido da Constituição, chega a admitir que “no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional”, mencionando Francisco Campos para assentir com sua colocação de que o Tribunal Constitucional seria uma espécie de poder constituinte permanente, por vontade do constituinte originário, e assim o STF, em seus pronunciamentos, atuaria no nível de normatização constitucional.

É bastante repetida a frase, durante os debates na Corte, de que os ministros são os únicos que podem errar por último.

52 Chama a atenção, no Brasil, a facilidade com que se derruba, em assuntos políticos e morais, escolhas amplamente majoritárias, e em princípio razoáveis, tomadas pelos poderes representativos. No julgamento da Lei de Biossegurança (ADI 3510/DF) o agora ministro e então advogado Luís Roberto Barroso enfatizou a necessidade de se conferir maior deferência às escolhas substantivas do legislador. Inócuo. O questionamento não teve qualquer eco nos debates sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos.

53 HAREL, Alon; SHINAR, Adam. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review* (February 13, 2011). 10 International Journal of Constitutional Law 950 (2012) (ICON). Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1760933> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1760963>>. Access in: 1 jun. 2013.

que o Legislativo ultrapasse a decisão judicial através de novo ato normativo⁵⁴. Assim, um sistema de revisão judicial moderado pode ser um meio termo entre os polos da supremacia judicial e legislativa, bem como o ponto de equilíbrio entre o cânone democrático e o resguardo de direitos fundamentais.

Esse ativismo disfuncional se vale fortemente de dois instrumentos teóricos, teorias estrangeiras mal transplantadas para a prática jurídica nacional. O primeiro é a ponderação de valores. Tal propagado “princípio”, Streck fulmina, por seu uso “absolutamente descriterioso” no Brasil, ao arrepio da teoria alexyana, transformou a ponderação (*abwägung*) numa espécie de “álibi teórico” capaz de fundamentar uma ampla gama de posicionamentos⁵⁵, misturando o decisionismo, no mais das vezes, ponderação, razoabilidade e a proporcionalidade⁵⁶. O segundo é o que se tem chamado de princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade), na maior parte das vezes sem qualquer cuidado argumentativo ou teórico⁵⁷. Para começar, proporcionalidade e razoabilidade têm origem e alcances distintos⁵⁸ e grande parte das decisões criticáveis sob nosso ponto de vista as tratam como sinônimos. Em se aceitando a origem da razoabilidade e a dificuldade de sua aplicação, como instituto único que é, no ordenamento brasileiro, resta analisar a forma de aplicação da proporcionalidade. Em relação a essa é seminal o trabalho de Virgílio Afonso da Silva que bem esclarece que a proporcionalidade tem estrutura racionalmente definida, que se traduz na

54 A questão da vinculação do Legislativo ao que restou decidido em controle constitucional pelo Judiciário sempre foi polêmica, inclusive na Europa continental. Nesse sentido: COMELLA, Víctor Ferreres. Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, p. 29-47, 2000.

55 STRECK, Lênio. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 11.

56 Há uma infinidade de julgados que usam esses “parâmetros” para a declaração de constitucionalidade. Exemplos: STF - RCL 2126; AGR 395662; TJRS 70027526524, 70027525898, 70032218398; STF-HC 97197; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADI 2240; STJ- HC 68397

57 “[...] Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo uma comparação entre os fins e os meios utilizados, emergindo apenas um raciocínio de cunho simplista e mecânico, descortinando a convicção de que na jurisprudência do STF não se acham maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão acerca da regra da proporcionalidade no Brasil [...]” de AZEVEDO, Alba Paulo de; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. O princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle judicial de constitucionalidade. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 3, n. 1, 2010.

58 A razoabilidade seria um *standard* mais vago de controle da arbitrariedade dos atos estatais, de origem no *common law*, enquanto a proporcionalidade, criação do Tribunal Constitucional alemão, estruturado em subprincípios rígidos.

análise de suas três sub-regras (adequação⁵⁹, necessidade⁶⁰ e proporcionalidade em sentido estrito⁶¹), que guardam uma relação de precedência e subsidiariedade, bem como não sendo necessário que o ato normativo analisado *produza* a realização do fim pretendido, bastando apenas que o princípio que legitime o objetivo seja *fomentado*⁶². Essa absoluta confusão metodológica fez com que Marmelstein⁶³ apelidasse a atual praxis de aplicação do princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores de “teoria da katchanga”, em alusão a uma anedota na qual um jogador de cartas (jogando “katchanga”, um jogo só por ele conhecido) ganha de todos os oponentes independentemente das cartas que têm na mão. Bastava gritar “katchanga” e bater as cartas na mesa para ficar com todo o dinheiro das apostas. É claro que é uma alegoria e que há certo grau de exagero, mas são ponderáveis suas advertências de que as críticas feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira. Entre nós, vigora algo próximo à teoria da katchanga, já que ninguém sabe ao certo quais serão as regras aplicadas pelo juiz durante o jogo. Quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos. A esse respeito, Sarmento, apesar de denotar certo entusiasmo com o neoconstitucionalismo, não deixa de reconhecer o caráter arbitrário desse tipo de formulação quando denuncia certo deslumbramento eufórico de juízes, que praticando “decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, [...] com os seus jargões grandiloqüentes”, transformam princípios

59 O ato normativo analisado é apto a alcançar ou ao menos fomentar o objetivo legítimo visado? Em caso positivo, passa-se à análise do próximo sub-princípio. Em caso negativo, já é possível ter o ato analisado por desproporcional.

60 O ato normativo analisado limitou-se ao necessário para alcançar objetivo pretendido? Em caso positivo, passa-se ao último sub-princípio.

61 A intensidade da restrição ao direito fundamental atingido justifica-se diante da importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva?

62 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 45.

63 Em seu interessantíssimo blog sobre direitos fundamentais: <http://direitosfundamentais.net>, no post <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>. Se bem que, após a publicação e repercussão na internet, Lênio Streck trouxe outra origem para a história. Vide em <http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>

constitucionais “em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”⁶⁴.

Com efeito, grande parte do que é hoje percebido como excesso poderia ser evitado com a simples utilização mais criteriosa do princípio da proporcionalidade⁶⁵, assumindo integralmente

64 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 200.

Marmorstein bem aponta as deficiências da técnica de ponderação de valores, que muito se aproxima da proporcionalidade em sentido estrito, quando observa a instabilidade da técnica e imprecisão dos resultados obtidos: “Por mais engenhosa que seja essa formulação (que, na verdade, é muito mais simples do que parece à primeira vista), ela não consegue atingir sua principal finalidade, que é demonstrar a possível racionalidade da técnica da ponderação. Com ou sem a fórmula alexyana, a ponderação continua com o mesmo grau de subjetividade de sempre. O mais complicado, dentro da atividade ponderativa, é atribuição dos pesos que cada fator envolvido terá. A fórmula em nada ajuda quanto a isso. Através dela, qualquer solução pode ser encontrada, bastando que o jurista “manipule”, conforme seus interesses e ideologia, o peso de cada variável. Se o jurista for contra o aborto, basta que ele atribua um valor bem elevado para a vida do feto e um valor irrisório para a liberdade de escolha da mulher. E o inverso também é verdadeiro. Se o resultado não agrada, eleva-se a pontuação dos critérios que o julgador considera que deva prevalecer até chegar à solução de sua preferência (pode-se aqui invocar a máxima do humorista Groucho Marx: “those are my principles, and if you don’t like them ... well, I have others”). A fórmula, portanto, será como um caderno de colorir que o jurista poderá preencher com as suas cores favoritas. Assim, o processo decisório continuará tão arbitrário quanto antes, com a única diferença de ser escrito com uma linguagem mais fria, impessoal e supostamente lógico-racional. Um defensor de Alexy poderia argumentar que a fórmula parte do pressuposto de que o julgador é sincero e não irá manipular o resultado. Mesmo assim, ainda restam algumas dúvidas: como descobrir que os valores que fundamentam e orientam nossas escolhas e ações resultam de uma racionalidade ética sincera ou, pelo contrário, decorrem dos nossos preconceitos e tradições nem sempre compatíveis com a um padrão axiológico válido? Se até mesmo pessoas virtuosas e sábias, como Aristóteles e Platão, por exemplo, foram capazes de defender atos que hoje reputamos abomináveis, como a escravidão e o infanticídio, quem pode garantir que também os nossos juízos morais não serão censurados pelas gerações que virão? Como podemos ter certeza de que as nossas crenças morais sobre, por exemplo, o status ético dos animais ou dos estrangeiros ou sobre o valor da vida humana ou sobre a sexualidade etc., decorre de uma profunda reflexão ética ou, pelo contrário, de uma doutrinação cultural a que fomos submetidos desde a infância e não somos capazes de enxergar suas fraquezas (ou não fazemos questão de enxergá-las)? Sabendo que temos a tendência natural de dar mais valor àquilo que nos agrada, como não usar a fórmula como um mero espelho de nossas próprias preferências ainda que inconscientemente? Como saber que estamos levando mesmo em consideração, com a importância devida, os interesses daqueles que seguem valores que não são compartilhados por nós, já que não estamos acostumados com o pensamento divergente? Tendo consciência de que somos facilmente influenciados por teorias que apelam para o nosso sentido moral e, infelizmente, não somos suficientemente críticos para questioná-las, como podemos saber que o nosso raciocínio ético está mesmo nos levando à direção correta?” MARMELSTEIN, George. A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. In: SARLET, Ingo W. (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 441-488.

65 Sarmento e Souza Neto, em interessante estudo no qual abordam parâmetros de autocontenção judicial, propõem a influência dos seguintes aspectos para influenciar no nível do teste de constitucionalidade: a) grau de legitimidade democrática: quanto maior a participação representativa na aprovação do ato normativo, mais restrito deve ser o controle de constitucionalidade; assim emendas constitucionais seriam mais “duras” que leis complementares, que se presumiriam de modo mais fortemente constitucionais em relação as leis ordinárias, e assim por diante; b) direitos instrumentais à democracia (p.e. liberdade de expressão, direitos políticos, acesso à informação e prerrogativas políticas da oposição), que podem ser afetados pelas maiorias conjunturais devem ser mais ferrenhamente defendidos; c) maior proteção às minorias políticas estigmatizadas (proteção de direitos fundamentais de minorias que não têm grande chance de defesa na arena política – p.e. o que aconteceu no julgamento da união homoafetiva); d) relevância do direito material em jogo, devendo o direito fundamental, segundo os autores, valer como um trunfo sobre a vontade das maiorias nas liberdades públicas e existenciais e direitos sociais básicos (não valeriam em relação aos direitos patrimoniais); e) reconhecimento da incapacidade institucional do Judiciário de ter expertise em assuntos técnicos e de alta complexidade; f) época da edição do ato normativo, tendo as normas anteriores à Constituição de 1988 menor presunção de constitucionalidade em relação às posteriores; g) resguardo em relação às posições políticas que arrisquem valores importantes a longo prazo (proteção em relação a posturas populistas ou eleitoreiras).

Esses parâmetros são, em princípio, válidos e é importante que se aprofunde a discussão sobre eles. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo (Coord.) *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 150-159.

o magistrado que o utiliza o ônus argumentativo de afastar a presunção de constitucionalidade do ato e de demonstrar, através de narrativa que evidencie, para além de qualquer dúvida, o porquê da resposta ser negativa em quaisquer dos três quesitos impostos pelo princípio.

6 A questão da última palavra

Outro mecanismo de reconciliação entre revisão judicial e democracia é a promoção do diálogo entre os distintos poderes do Estado. Dependendo do formato específico, esse modelo permite que decisões judiciais que definem escolhas políticas gerais sejam contornadas, revertidas ou modificadas⁶⁶. Há de se perceber que, embora muitas vezes o Judiciário se arvore como o melhor intérprete e detentor da última palavra em matéria constitucional, a infraestrutura política, que sustenta inclusive o poder constituinte originário, é sempre aberta (ao menos faticamente) às mudanças. As coisas na política são sempre sujeitas a serem renovadas, inclusive das mais traumáticas formas, como numa revolução⁶⁷. Como corretamente observou Tushnet, mesmo em modelos de controle forte, a definitividade das decisões dos tribunais pode ser alterada por emenda constitucional, reversão legislativa, nova composição dos tribunais ou mesmo a mudança de opinião dos juízes. Tem-se ainda a possibilidade de impeachment dos juízes. Isso ressalta o fato de que os sistemas de controle forte também permitem aos poderes políticos revisar as interpretações judiciais, mas em um período que pode ser bastante longo⁶⁸, e, crescente-se, bastante problemático e

66 Há grande variação na importância dada às decisões judiciais dentro dessa vertente. Christine Bateup, por exemplo, diz que uma contribuição judicial fundamental é incentivar uma discussão mais ampla sobre a Constituição que ao final acaba por estabelecer um equilíbrio sobre o sentido constitucional. BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p. 1109, 1156.

67 É interessante notar que, ainda que haja institucionalmente restrição aos limites de atuação política do legislador, restrição em princípio saudável para manter um sistema funcional, os fatores reais de poder, o conjunto de entes que compõem o povo vão sempre deter a capacidade de mudar radicalmente o sistema, pela derrubada do regime anterior. Assim não é exagero dizer que o povo, titular do poder constituinte, sempre acaba por mantê-lo, podendo, ainda que em situações muito graves e raras, revogar toda a ordem anterior.

68 TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 34.

beligerante. Por isso, a verdadeira questão não é se os fatores reais de poder, os elementos que compõem o povo e seu *ethos*, podem contornar decisão emanada de tribunal sobre matéria constitucional, mas como organizar a interação entre essas diferentes fontes de poder. Ao fim e ao cabo as coisas giram em torno de como se pratica essa revisão judicial moderada e autocontida⁶⁹, quais instrumentos serão utilizados para estabelecer um diálogo entre os poderes de legitimação democrática e o Judiciário, e por quais mecanismos esse poder vai acatar as escolhas feitas pela política, ao mesmo tempo em que resguarda os direitos fundamentais, bem como de que modo se mantém o caminho aberto para ser influenciado por outros órgãos. Essa falta de mecanismos claros para permitir que, no momento e forma apropriados, com o menor desgaste possível entre os órgãos, haja diálogo fecundo e resolutivo, muitas vezes gera disputa destabilizadora entre os ramos, que pode resultar em séria crise institucional⁷⁰.

Do ponto de vista político e democrático não é boa ideia fixar em um órgão a prerrogativa exclusiva de dar a última e derradeira palavra sobre o significado da Constituição⁷¹. Se é certo que *a Constituição é o que o Tribunal Constitucional diz que ela é*, é também verdade que a interpretação produzida pelos poderes Executivo e Legislativo, bem como a forma que a sociedade entende e compreende a Constituição tem igual importância na definição de seu significado real. Häberle, com absoluta razão, após constatar que a “interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada” propugna que a interpretação constitucional seja tarefa “de todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, sendo ela [a interpretação], a um só tempo, elemento resultan-

69 Cappelletti, rechaçando a crítica de J. H Ely ao caráter antidemocrático da jurisdição constitucional, assinala ser inevitável atribuir ao Judiciário certo poder de criação normativa, na medida em que a própria atividade interpretativa não deixa de ser formulação normativa, e que o real problema, com o que concordamos, reside nas restrições que se devem impor a essa criatividade. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 103.

70 Exemplo desse mal-estar entre poderes é a atual discussão de proposta de emenda constitucional que restringe a capacidade do STF de declarar a inconstitucionalidade, a PEC 33/2011.

71 No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Coord.) *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 140.

te da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade”⁷², sendo “o processo político [...] aberto, devendo também uma interpretação ‘diversionista’ ter oportunidade de ser sustentada, em algum momento”⁷³.

As cortes são compostas por seres humanos. São portanto falíveis. Cometem erros, como o Legislativo e Executivo, e frequentemente se percebe a influência de fatores metajurídicos nas decisões judiciais, ou seja, não são somente os agentes do Executivo e Legislativo que carregam suas pautas, preconceitos, preferências, paixões etc. Portanto, é melhor um modelo que não atribui a qualquer instituição – nem Judiciário, nem Legislativo – o “direito de estar errado por último”, abrindo sempre a possibilidade de permanente e mútua influência. Embora esse desenho institucional deixe espaço para algum grau de incerteza⁷⁴, esta é preferível à segurança proporcionada pela alternativa de ter o debate encerrado, em que a questão constitucional decidida pelo mais alto tribunal é “incorporada ao texto constitucional”, sendo final⁷⁵.

7 Esboços de conclusões

Como se percebe, o desafio é manter o sistema jurídico aberto aos ideais de equidade e justiça sem que isso represente (inócua) fuga do arbítrio das esferas representativas para o arbítrio dos juízes. A Constituição, como o “estatuto jurídico do político”, não pode e não deve ser lida pelo Judiciário como um instrumento que forneça respostas *detalhadas* à maioria das questões políticas e morais que surgem para serem decididas no nosso conturbado tempo, sob pena de se admitir a prevalência indevida do governo dos mortos sobre os que vivem e sofrem

72 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, uma contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 13.

73 *Ibid.*, p. 55

74 Uma técnica interessante seria um sistema em que eventual tentativa dos poderes eleitos de contornar entendimento do tribunal sobre matéria constitucional só poderia se dar decorrido algum lapso temporal desde a decisão. Assim as esferas políticas teriam tempo para assimilar a decisão e refletir sobre a conveniência de outro ato normativo em sentido oposto à resolução judicial.

75 Uma possível fascinação com os diálogos inter-poderes deve ser evitada. Não se pode negar que a alguém deve ser atribuída a palavra final (em determinado procedimento). Isso não significa que aquela palavra final seja absoluta e imutável, em outras esferas. Em outra rodada procedimental, geralmente com o passar do tempo e mudança das circunstâncias, o assunto pode ser reaberto.

as consequências dessas escolhas⁷⁶. O poder Judiciário, nesse sentido, não pode ser entendido como *o realizador* das promessas constitucionais, mesmo porque esses ideais e projetos que foram, em determinado momento político especial, cristalizados na forma de Constituição, dependem de muitos outros fatores que fogem ao seu controle, como a dinâmica econômica, social, religiosa etc., e assim a função do Judiciário, como *mais um partícipe* da realização do projeto constitucional, deve ser a de traçar limites e regras para o legítimo exercício do jogo democrático, dentro dos quais é lícito, em princípio, às maiorias conjunturais, exercer suas escolhas materiais, bem como demarcar o âmbito mínimo dos direitos fundamentais, uma esfera bastante restrita em que é vedado até mesmo aos elementos constitutivos do povo em determinado momento histórico intervir⁷⁷.

É importante perceber que a profusão de direitos declarados nas constituições democráticas, modelo paralelo ao verificado nas declarações internacionais de direitos humanos, causa uma espécie de paradoxo. Quanto mais, em termos normativos, se privilegia determinado direito, mais se reduz o âmbito de outro que com ele concorre. Quanto mais ampla a liberdade de expressão, potencialmente mais restrito o direito pessoal à honra, quer dizer, as pessoas podem se manifestar mais livremente sem incorrer em atos ilícitos civis ou penais (v.g. calúnia, injúria e difamação). No mais das vezes os ideais de liberdade e igualdade, ao menos se tomamos esta não só em seu aspecto formal, são antagônicos. Quando o Estado interfere, por exemplo, na autonomia contratual de pessoas capazes, dispondo sobre cláusulas nulas com vistas a equalizar a relação contratual, diminui o espectro da liberdade

76 Essa proposital complacência para com as normas infraconstitucionais tem origem em Thayer, que já no final do XIX, escrevendo sobre o controle de constitucionalidade americano, escreveu que “muito do que parecerá inconstitucional para um pode razoavelmente não ser para outro” e assim só se deve declarar determinada disposição legislativa inconstitucional quando o vício pode ser visualizado além de qualquer dúvida razoável. THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine constitutional law*. Boston: Brown and Company, 1893. p.1-30.

77 Também pregando uma redução da importância da interpretação constitucional, Santos pondera: “A atenuação de argumentos constitucionalistas, tanto no que se refere à supremacia da Constituição quanto no que se refere à jurisdição constitucional, poderia abrir as portas para novos modelos constitucionais centrados em uma preocupação de promoção da democracia pelo respeito às instituições majoritárias. Assim, revalorizar a política, deixando às maiorias a última palavra, por meio de procedimentos adequados à busca do compromisso entre direitos e democracia [...]” SANTOS, Gustavo Ferreira. Democracia e jurisdição constitucional: reflexões sobre as regras do jogo democrático e o poder de veto das minorias. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI/UNICAP, 15., 2006, Recife. *Anais...* Disponível em: <www.conpedi.org.br/anais_recife.html>. Acesso em: 1 jun. 2013.

para ampliar uma pretendida isonomia material⁷⁸. Essa escolha política, em princípio, é válida, a não ser que se sacrifique de modo evidentemente desmedido e irracional o âmbito da liberdade contratual. A lembrança dessa ubiquidade dos direitos fundamentais hoje é conveniente porque revela que o conflito entre direitos, no mais das vezes sob a roupagem de princípios, ocorre a todo momento, na medida em que os poderes constituídos buscam perseguir uma ou outra finalidade, acentuando assim, por outro lado, as potenciais inconstitucionalidades; o que deixa aos intérpretes da Constituição, em especial aos intérpretes privilegiados, como os magistrados, a complexa tarefa de dar aplicação e efetividade ao texto constitucional sem retirar das esferas representativas a decisão sobre os rumos do governo.

Abram-se parênteses para esclarecer que esse eixo de análise, como já pode ser lido nas entrelinhas, refuta o liberalismo substancialista, que vê os direitos fundamentais como absolutamente intocáveis, como trunfos *absolutos* contra quem quer que seja, ao tempo que valoriza o labor político e democrático e seus produtos. A infraestrutura teórica para nossas posições é, nesses termos, o republicanismo⁷⁹.

78 Bobbio já alertou para essa dificuldade: “Quando digo que os direitos do homem constituem uma categoria heterogênea, refiro-me ao fato de que – desde quando passam a ser considerados direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais – a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja a proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros. Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 42.

79 Não é o objetivo deste trabalho discutir a fundo as interações entre republicanismo e Poder Judiciário. Basta aqui fazer apenas um panorama. Comparando, os teóricos de matriz liberal tendem a entender a liberdade como não-ingerência, em especial estatal, ao passo que os adeptos do republicanismo de modo geral veem a liberdade como não-dominação. Outro polo de discordância é o papel e a extensão que se outorga à lei. Os liberais enxergam na lei em si algo negativo, um mal necessário e somente justificável na medida em que protege outras liberdades, ao passo que a concepção republicana da lei tende a ser de que é uma força positiva sem a qual não existe liberdade. Os republicanos potencialmente dão grande importância ao voto e ao papel da política na vivência democrática e na conformação do sistema jurídico, enquanto os liberais pendem para uma valorização da autonomia individual inegociável na esfera política, garantida pelo ordenamento constitucional. Pode-se dizer que para a linha liberal a Constituição é um instrumento que tem a função precípua de garantir a liberdade e regular o embate entre os vários atores concorrentes no ambiente político, e a democracia é um método de arranjo de poder legitimado no qual os cidadãos escolhem seus representantes de acordo com interesses aprioristicamente pessoais. Já no republicanismo há uma noção de política segundo a qual a Constituição é a expressão da autonomia política do povo, refletindo uma ordem concreta de valores daquele corpo social. Valoriza-se então mais a autonomia pública enquanto meio para o estabelecimento de um sistema ético-jurídico para a comunidade. Logicamente, o republicanismo, regra geral, coloca na figura dos representantes políticos uma expectativa muitíssimo maior, pois a política é um fórum deliberativo em que se deve buscar sempre o interesse público e o bem comum; já na corrente liberal os políticos são mais livres para desenvolverem seus interesses direcionados à seus consumidores preferenciais, seu eleitorado. Por fim, e quicá uma das diferenças mais notáveis entre as duas correntes, é o peso que se atribui à participação ativa do cidadão na vida política do Estado, que nas correntes republicanas é essência e fundamento dos sistemas políticos, e na vertentes liberais a participação é vista positivamente ainda que não seja um valor em si, dada a possibilidade dos cidadãos não desejarem tal participação. Para mais sobre republicanismo vide PETTIT, P. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

Nesse contexto, propugna-se por postura não intervencionista do Judiciário sobre as decisões majoritárias, a não ser que visivelmente haja incompatibilidade entre o texto constitucional e o ato normativo inferior⁸⁰, uma visão mais procedimentalista do controle judicial, não como busca da melhor solução, mesmo porque essa é contingencial e insuscetível de prova racional irrefutável, mas como garantia do jogo democrático e das prerrogativas jurídicas não negociáveis, inalienáveis. A leitura da Constituição como uma enciclopédia detentora de todas as respostas revela-se potencialmente autoritária por parte daquele que interpreta, quer porque nada garante que o significado extraído seja o correto, quer porque o povo (poder constituinte) não abriu mão de se autogovernar.

Felizmente a solução para grande maioria das questões postas depende menos de uma reforma institucional e mais de uma mudança de cultura, não só judicial, mas da comunidade jurídica⁸¹. A utilização de princípios constitucionais dotados de elevada abstração, bem como do princípio da proporcionalidade, não pode ser feita como se fossem cartas na manga do julgador contra disposições normativas que não lhe agradam. A própria releitura da proporcionalidade, como apontado acima, já é grande avanço em termos de racionalidade e segurança dos resultados do trabalho judicial. No mais, mais especificamente em relação ao controle constitucional concentrado, a perene abertura à reanálise da questão mantém sempre a possibilidade de que os poderes que representam o povo superem escolha

80 Muito embora a leitura de suas obras dê a entender que é partidário de um Judiciário mais ativo e com amplos poderes para a valorização do texto constitucional, Barroso concede que: “Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, 2012. É impossível não concordar com essa assertiva. A questão é o que se entende por “escolha legítima” do legislador e qual a extensão e intensidade dos direitos fundamentais.

81 Há parâmetros já há muito apontados por grandes juristas que parecem, nos últimos tempos, em desuso. Bachoff, corretamente, propõe um questionário que deve presidir a avaliação da constitucionalidade de uma lei: (i) partem os tribunais do pressuposto de que, na dúvida, as leis são conformes à Constituição; (ii) não entram os tribunais na análise da correção e da oportunidade dos objetivos políticos visados pelo legislador; (iii) um tribunal somente corrige as valorações feitas pelo legislador na tomada da decisão política quando estas não encontrem qualquer fundamento racional; (iv) os prognósticos Legislativos são geralmente aceitos pelo órgão de controle da constitucionalidade, dada a incerteza corrente nas expectativas e quem produz normas, somente atuando o Judiciário quando houver erro [...]”. BACHOFF, Otto. Estado de Direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 56, p. 12, 1980.

judicial que, eventualmente, não tenha amparo de legitimidade perante a sociedade e desborde das funções judiciais.

Terminamos advertindo que, quem sabe, o aviso de Lincoln sobre a a supremacia judicial nunca tenha sido tão atual: “se a política do governo sobre questões vitais, que afetam todo o povo, é irrevogavelmente fixada pelas decisões do Suprema Corte, [...] as pessoas deixam de ser seus próprios governantes, tendo, nessa medida, praticamente renunciado ao governo, entregando-o ao eminente Tribunal”⁸².

8 Referências

AZEVEDO, Alba Paulo; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. O princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle judicial de constitucionalidade. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 3, n. 1, 2010.

BACHOFF, Otto. Estado de Direito e poder político: os Tribunais Constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 56, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, 2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

BATEUP, Christine. Dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, p. 1109, 2006.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1962.

82 Discurso inaugural de Lincoln, em março de 1861. Disponível em: < <http://www.ushistory.org/documents/lincoln1.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2013.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; GOMES JR., Luiz Moreira. Legalidade e legitimidade na ordem constitucional de 1988: o papel do cidadão. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). *Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas*. Brasília: IPEA, 2011. v. 6.

BISER, J. J. (2007). Rule by man, not the rule of law: the United States Supreme Court and regulatory takings judgments, 1905-2005. George Mason University). *ProQuest Dissertations and Theses*, 204. Disponível em: <<http://search.proquest.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/docview/304735225?>>. Acesso em: 1 jun. 2013.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CLARK, T. S. *The politics of judicial independence: court-curbing and the separation of powers*. Princeton: Princeton University, 2008.

COMELLA, Víctor Ferreres. Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, p. 29-47, 2000.

DEVLIN, Lord. Judges and lawmakers. *Modern Law Review*, v. 39, p.1, 1976.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. In: _____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FAVOROU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Silva. São Paulo: Landy, 2004.

GEORGE, Robert P. Lincoln on judicial despotism. *First Things: a Monthly Journal of Religion & Public Life*, n.130, p.36, feb. 2003.

GRIFFIN, Stephen M. The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights. *Tulane Law School Working Paper*, New Orleans, n. 1, p. 1-2, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, uma contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HAREL, Alon; SHINAR, Adam. *Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review* (February 13, 2011). 10 International Journal of Constitutional Law 950 (2012) (ICON). Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1760933> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1760963>>. Access in: 1 jun. 2013.

HARRIGER, Katy J. Judicial supremacy or judicial defense? The Supreme Court and the separation of powers. *Political Science Quarterly*, v. 126, n. 2, p. 201-221, 2011.

KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of education and the civil rights movement*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LINCOLN, Abraham. *Discurso de posse como 16º Presidente dos Estados Unidos*, março de 1861. Disponível em: <<http://www.ushistory.org/documents/lincoln1.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2013.

MARMELSTEIN, George. A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da

ponderação de valores. In: SARLET, Ingo W. (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga, *Blog direitosfundamentais.net*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>>. Acesso em: 1 jun. 2013.

McCONNELL, Michael W. The importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin's moral reading of the Constitution. *Fordham Law Review*, v.65, n.4, p.1269, 1997. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/3>>. Acesso em: 1 jun. 2013.

MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? a relação interpoderes e a judicialização no Brasil. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; PIRES, Roberto Rocha (Org.). *Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas*. Brasília: IPEA, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PETTIT, P. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86-105, dez. 2007.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Democracia e jurisdição constitucional: reflexões sobre as regras do jogo democrático e o poder de veto das minorias. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI/UNICAP, 15., 2006, Recife. *Anais...* Disponível em: <www.conpedi.org.br/anais_recife.html>. Acesso em: 1 jun. 2013.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Coord.) *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo. Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALKER, Thomas G.; EPSTEIN, Lee. *Constitutional law for a changing America: rights, liberties and justice*. 7. ed. Los Angeles: CQ Press, 2010.

1.5

PANORAMA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ARTHUR MOURA DE SOUZA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Revisão. 2.1 Conceito. 2.2 Formalização. 2.3 Dissídios, convenções e acordos coletivos e a teoria da imprevisão. 2.4 Desvalorização do câmbio. 2.5 Majoração da carga tributária. 2.6 Paralisação ou atraso da obra de construção e serviços de engenharia. 3 Reajustamento 3.1 Conceito. 3.2 Formalização. 3.3 Ausência de previsão do critério de reajuste no edital e contrato. 3.4 Periodicidade. 3.5 Alteração do índice de reajuste previsto pelo edital e contrato. 3.6 Concessão do reajuste antes da assinatura do contrato. 4 Repactuação. 4.1 Conceito. 4.2 Legalidade do instrumento. 4.3. Marco inicial para contagem. 5 Atualização monetária. 5.1 Conceito. 5.2 Ausência de previsão da atualização monetária. 5.3 Marco inicial para correção nos contratos de construção de obras e serviços de engenharia. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

A Administração Pública, em regra, deve realizar o procedimento licitatório para contratar com o particular. Por ocasião da própria licitação forma-se a “[...] equação econômico-financeira, que consiste na relação de proporção, instaurada por ocasião da licitação, entre os custos prospectados pelo licitante e o valor por ele proposto”¹.

Apesar da posição de superioridade ocupada pela Administração nos contratos administrativos, ela e o particular devem ocupar lugares equidistantes na balança do campo econômico-financeiro, o que significa dizer que a mesma relação de custos e lucros, receitas e despesas existentes quando da licitação

* Procurador do Estado do Espírito Santo.

1 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 882.

deve perdurar durante toda a execução do contrato celebrado. Sobre o tema, o ilustre Hamilton Bonatto esclarece que²

equilibrar é, portanto, e isto a física ensina, manter o corpo em um estado anterior ao que se apresenta, não modificá-lo através de uma ou mais forças externas. Um corpo está em equilíbrio quando é nulo o sistema de forças que atua sobre ele. [...] Quando se trata de contrato, a base conceitual não se diferencia da base conceitual da mecânica, podendo ser construído um paralelo entre as duas situações. Um contrato administrativo em equilíbrio é aquele que mantém as mesmas condições em todo o seu desenvolvimento, as condições de hoje deverão ser as mesmas constituídas no início da vinculação. Um contrato administrativo está equilibrado quando os fatores que atuam durante sua execução formam um sistema em que se anulam e não permitem modificações de suas condições iniciais. A dificuldade está em determinar quais são esses fatores que atuam no contrato e formam o sistema; verificar de que modo atuam e quais as conseqüências sobre a relação pactuada. Se puder se concluir que não há fator algum atuando na relação contratual, é fácil verificar que o contrato se manteve equilibrado. Se não há força, a resultante é nula, mantém-se o equilíbrio; se não há nenhum fator atuando no contra, nada o modifica. Deve se verificar, quando, atuando alguma força, esta é suficiente para alterar o equilíbrio inicial e demover o contrato da inércia; se, atuando mais um fator, eles se anulam ou alteram a relação preexistente.

Assim, parafraseando o pensamento de Hamilton Bonatto, para que exista equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo é necessário que a força resultante do vetor particular, consistente na obtenção do justo lucro, alinhe-se na mesma direção, mas em sentido contrário, com a força advinda do vetor Administração Pública, consistente no interesse público, de modo a se anularem, resultando em uma equação econômico-financeira que precisa ser mantida no curso do vínculo contratual.

2 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 236-237.

Sempre que alguma dessas forças variar em intensidade, ou tiver o seu sentido modificado, a resultante deixará de ser nula, ocasionando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ainda, nesse sentido, afirma Hamilton Bonatto que³

manter o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo implica manter a equivalência dos encargos da contratada e a remuneração devida pelo contratante durante a execução do contrato, isto é, conservar a equação econômico-financeira. Uma equação, na linguagem matemática, é uma igualdade de expressões, que pode ser utilizada no estudo de funções. Pelo menos uma das expressões contém uma ou várias incógnitas (variáveis), cujo valor é denominado de solução ou soluções. Num contrato também deve ser mantida a igualdade, traduzida entre o que foi expresso inicialmente até a data cogitada. A solução da equação é exatamente manter esta igualdade entre os encargos da contratada e a remuneração a ser realizada pelo contratante. Evidentemente, no contrato, que não é regido pelas ciências exatas, onde as variáveis são muito superiores em número do que numa equação matemática usual, não se espera a mesma exatidão, e sim uma razoável equivalência, no decorrer da execução do contrato, das obrigações das partes: contrato e Administração Pública.

Deve-se esclarecer que a conservação da equação econômico-financeira não resulta, necessariamente, na lucratividade da avença para o contratado, mas, sim, na manutenção das condições iniciais contratadas, favoráveis ou não para o particular.

Assim, nas situações em que os licitantes vencedores acabam se sujeitando a condições não vantajosas, muitas vezes na ânsia de “vencer” o certame, não há que se falar em desequilíbrio econômico-financeiro. Se o particular concordou em se sujeitar a situação não lucrativa quando da realização do procedimento licitatório, momento em que são estabelecidos os parâmetros econômico-financeiros do contrato, terá que suportar tal ônus até o cumprimento total do objeto contratado.

3 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237.

Em outras palavras, “[...] se o contrato realizado não trazia lucro suficiente ou desejado pela empresa, ou mais, trazia prejuízo, assim será mantido, pois a equação deve permanecer inalterada”⁴.

Essa lógica impõe ao particular que pretende contratar com a Administração Pública extrema cautela, prevendo cuidadosamente os custos e encargos inerentes à contratação, de modo que não tenha um custo ignorando ou subestimado. Tal equívoco, muitas vezes, pode até levar o particular contratado a “abandonar” a execução do contrato, ou até mesmo a “fechar suas portas”.

Assim, o particular “[...] ao realizar sua proposta, deve ter todos os cuidados necessários, no sentido de examinar criteriosamente os elementos técnicos instrutores relativos à licitação, mormente o projeto básico [...]” para que assim a “[...] velha cultura das obras paralisadas e contratos interrompidos [...]”⁵ possa fazer parte do passado.

Com a formação do contrato, delimita-se a equação econômico-financeira que orientará toda a execução do ajuste. Logo, a lógica desse equilíbrio permite concluir que a alteração de qualquer um dos elementos do contrato desencadeará a alteração de outras variáveis, na mesma intensidade, mas em sentido contrário, de modo a garantir que a equivalência entre as forças permaneça a mesma. Nesse sentido, a doutrina⁶ esclarece que

o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conquanto sirva a ambas as partes contratantes, é fundamental para os contratados. Ele desenha espécie de reserva de proteção ao contratado em face da superioridade da Administração. Nessa reserva, que corresponde à equação econômico-financeira do contrato, não vale a superioridade da Administração; vale o direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Esse direito à manutenção da paridade de condições não aproveita apenas ao particular, amparando também a Administração Pública. Não há sombra de dúvida de que os particulares

4 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237.

5 *Ibid.*, p. 237.

6 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.882.

invocam com mais frequência a necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que estão mais sujeitos a variações de insumos/custo e outros elementos que compõem os seus custos.

Contudo, os gestores públicos precisam estar atentos para a preservação da equação econômico-financeira dos contratos, sendo obrigados a agir sempre que a balança pender em desfavor do erário. Sobre esse tema, o professor Joel de Menezes Niebuhr traz importante alerta⁷:

Aliás, é dever dos agentes públicos acompanhar a cotação dos custos do contrato no mercado, com o propósito de identificar variações de preços, para o efeito de instaurar, se for o caso, procedimento para a manutenção da equação econômico-financeira inicial, formada à época da licitação. Se os custos do contrato são minorados e a Administração permanece arcando com os mesmos valores, ela proporciona ganho excessivo ao contratado. Nesses casos, o agente administrativo responsável pelo contrato deve ser, inclusive, penalizado.

O equilíbrio econômico-financeiro foi elevado ao patamar constitucional (art. 37, inc. XXI), tendo o constituinte garantido a manutenção das “condições efetivas das propostas”.

Assim, o ordenamento pátrio dispõe de quatro figuras para guarnecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: *a revisão, o reajuste, a repactuação e a atualização monetária*. Observa-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência em muitos casos têm confundido os conceitos que envolvem o reequilíbrio econômico-financeiro, que é o interesse pretendido, com os institutos que lhe servem de proteção, quais sejam, a revisão, o reajuste, a repactuação e atualização monetária.

Em alguns casos, tratam os referidos institutos como sendo sinônimos e, às vezes, diferenciam o reequilíbrio (que nada mais é que o retorno ao equilíbrio) da revisão ou do reajuste⁸.

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 883.

8 Joel Menezes Niebuhr afirma que: “[...] o ordenamento jurídico nacional dispõe de três instrumentos para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, que possuem pressupostos e procedimentos distintos”. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 883.

Contudo, entende-se que o posicionamento mais adequado é aquele que dispõe o reequilíbrio como gênero e os demais como espécie.

Dessa maneira, é crucial definir cada um dos institutos e delimitar sua abrangência por meio de linhas gerais, esclarecendo alguns pontos controversos sobre a sua aplicação.

2 Revisão

2.1 Conceito

A revisão, na visão de Joel de Menezes Niebuhr⁹, é o instrumento que visa a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face das variações (mudanças abruptas) decorrentes de *eventos imprevisíveis*, ou *previsíveis com consequências incalculáveis*¹⁰; em outras palavras, a sua concepção está intimamente ligada ao desenvolvimento da Teoria da Imprevisão. A presente figura diferencia-se das demais justamente pelo fato de que é a única em que os contratantes não podem dispor e se obrigar previamente por não poderem antever seus contornos.

A doutrina do professor Marçal Justen Filho¹¹, por sua vez, prefere denominar o presente instituto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Essa diferença terminológica, contudo, não resulta em tratamento diferenciado.

O magistério do professor Lucas Rocha Furtado também adotou terminologias diferentes. Optou o mestre Furtado por conceituar a revisão como um sinônimo de repactuação, chamando o instituto que se baseia da Teoria da Imprevisão tão somente de recomposição de preços¹².

Dessa forma, em razão da necessidade de adotar uma padronização conceitual, entendeu-se que a classificação mais

9 Nota: O presente estudo adotará como base a conceituação adotada pelo professor Joel de Menezes Niebuhr. *Ibid.*, p. 882.

10 *Ibid.*, p. 894.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 887-889.

12 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 610.

apropriada a ser adotada seria aquela seguida por Joel de Menezes de Niebuhr.

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, deve-se situar a figura da revisão (ou recomposição) no campo da álea extracontratual, ou seja, classificá-la entre os riscos imprevisíveis da atividade econômica, “[...] caracterizando-se pela imprevisibilidade do evento abalador do equilíbrio contratual, o que enseja a revisão do contrato por aplicação da teoria da imprevisão ou suas congêneres”¹³.

Esse instrumento encontra fundamento na Teoria da Imprevisão, resultado do desenvolvimento da clássica cláusula de *rebus sic stantibus*, que garante que aquilo que foi pactuado entre as partes não terá vigência no caso de o estado normal das coisas sobre os quais se firmou não permanecer o mesmo¹⁴. Esclarece, ainda, o professor Niebuhr¹⁵ que

seguindo a linha civilista, a alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei nº 8.666/93 reconhece a aplicação da teoria da imprevisão sobre os contratos administrativos, preceituando que eles podem ser alterados por acordo entre as partes “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. [...] Cumpre enfatizar que os conceitos de caso fortuito, força maior e o fato do príncipe, no final das contas, remetem a eventos imprevisíveis ou previsíveis, porém, com consequências incalculáveis, que sejam estranhos à vontade dos contratantes. Ou seja, os conceitos dados às três expressões partem de substrato comum, por efeito do

13 ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, p. 54-70, out. 2011. p. 57-59.

14 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 897.

15 *Ibid.*, p. 898-899.

que se pode afirmar, então, que a teoria da imprevisão em contratos administrativos depende, de modo geral, de eventos imprevisíveis ou previsíveis, porém com conseqüências incalculáveis.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ – vem tratando do instrumento da revisão sem se preocupar muito com a sua conceituação. Por esse motivo tem-se encontrado em alguns julgados do STJ a mesma confusão terminológica existente em parte da doutrina quanto à definição das figuras que envolvem o reequilíbrio econômico-financeiro.

Em alguns acórdãos o reequilíbrio econômico-financeiro foi tratado como sinônimo de revisão¹⁶ e em outros como sinônimo de recomposição¹⁷. Assim, como se optou no presente trabalho denominar de revisão o instrumento previsto no art. 65, inc. II, “d”, esse será o termo utilizado.

A jurisprudência do STJ tem recorrido à doutrina para conceituar, de uma forma mais aprofundada, o instituto da revisão¹⁸:

Com efeito, pretende a recorrente a aplicação da teoria da imprevisão, insculpida no art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93, objetivando a recomposição dos preços contratados, em razão da superveniência de dois dissídios coletivos da categoria – sucessivos e anuais – alegados como fatos novos e imprevistos, desencadeando o desequilíbrio do contrato celebrado com a TELESP.

[...] Sobre o tema manifestou-se o ilustre jurista Hely Lopes Meirelles : “[...] A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula rebus sic stantibus aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem ruína do contratado, na

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 957999 / PE* – min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 5/8/2010.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1145416 / RS* – min. Castro Meira, DJe 17/3/2011.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 471544 / SP* – rel. min. Luiz Fux, DJ 16/06/2003. p. 4

superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para outra. [...] Todavia, somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação financeira estabelecida pelas partes, autoriza a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Daí a justa e ponderada observação do Des. Ferreira de Oliveira de que no campo do Direito Administrativo é admissível a revisão dos contratos, ‘embora excepcionalmente e com boa dose de prudência’ (Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 226-227, 2001.).

O Tribunal de Contas da União – TCU –, por sua vez, tem abordado em muitos momentos o tema do reequilíbrio econômico-financeiro, dada a relevância da questão. Em alguns dos votos, pode-se observar a delimitação das figuras¹⁹ que guarnecem esse direito, como se verifica do seguinte voto:

É necessário distinguir, portanto, os conceitos de reajuste e recomposição de preços. Sob um certo ângulo, esta última expressão indica gênero, de que aquela configura espécie. A recomposição de preços é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Já a recomposição pressupõe a apuração real dos fatos e exige comprovação acerca de todos os detalhes relacionados com a contratação e os fatos supervenientes a ela. O que se afirma é a garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo. Deve reputar-se que, ocorrendo elevação de custos não retratada pelo índice de atualização ou de reajuste adotado contratualmente, o particular tem direito à recomposição de preços. Em termos práticos, isso significa que o particular deverá produzir prova bastante complexa e muito

19 Nota: No voto em questão, optou-se por denominar “recomposição de preço” o que no presente trabalho denominou-se revisão.

mais detalhada. Se houvesse reajuste, bastaria demonstrar a variação de índices gerais ou específicos (conforme previsto na Lei ou no contrato). Isto posto, pode reconhecer-se que nenhum diploma legal pretendeu excluir a recomposição de preços. Se o fizesse, haveria inconstitucionalidade. Qualquer contratado pode pleitear a recomposição, mesmo em prazos inferiores a doze meses²⁰.

2.2 Formalização

A natureza do instituto da revisão impossibilita que o edital do certame licitatório trate sobre aquele, o que impede que se exija do licitante o cumprimento integral da proposta contratada. Ressalta-se, ainda, que²¹

a revisão do contrato não depende de previsão no instrumento convocatório ou mesmo no próprio contrato. Trata-se de direito outorgado aos contratantes condicionado à ocorrência de fato imprevisível ou com conseqüências imprevisíveis. Ocorrendo certos pressupostos [...]. A revisão do contrato talvez seja a expressão máxima do direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro, que, pois, não pode ser restringido por ato administrativo ou por contrato.

Dessa forma, a concessão da revisão contratual não depende de autorização em edital ou contrato, uma vez que representa manifestação máxima do direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro, não podendo ser restringido ou suprimido por ato administrativo ou contrato²². Assim, a revisão, por representar verdadeira alteração contratual, exige a sua formalização por meio de aditivo contratual²³.

Por fim, deve-se ressaltar que a aplicação da figura da revisão não exige interregno mínimo, desde que presentes seus pressupostos. Logo, mesmo que os fatos imprevisíveis venham

20 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 54/2002* – Segunda Câmara, rel. min. Ubiratan Aguiar. Dou 4/3/2002.

21 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 895.

22 *Ibid.*, p. 895.

23 *Ibid.*, p. 904.

a ocorrer antes do início da execução do contrato, ou mesmo antes da sua assinatura, aplicar-se-á o instituto da revisão²⁴.

2.3 Dissídios, Convenções e Acordos Coletivos e a Teoria da Imprevisão

Tem-se mostrado comum no curso de alguns contratos que envolvem alto custo de mão de obra pleito revisional em razão da ocorrência de convenções ou dissídios coletivos que tratam por reajustar o salário da mão de obra da construção civil, ante o argumento de que os referidos reajustes representariam verdadeiros “fatos imprevisíveis” ou de “consequências incalculáveis” (art. 65, inc. II, “d”, da Lei nº 8.666/93).

Tem-se entendido que as incertezas existentes quanto ao aumento de salário de uma dada categoria em decorrência de dissídio coletivo fazem parte da lógica empresarial, do risco econômico ordinário que todas as empresas precisam suportar, motivo pelo qual todo licitante deve analisar, sempre, seus custos e encargos, quando da realização das propostas.

Nesse sentido, a doutrina de Hamilton Bonatto²⁵ declara que

a realização de dissídios coletivos anuais majorando os salários das categorias profissionais não constitui fato imprevisível ou previsível de resultados imprevisíveis aptos a ensejar a Revisão do contrato, pois não se caracteriza como um estado de crise, um acontecimento imprevisível e inevitável ou, se previsível, de consequências incalculáveis, que implique fatalmente o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O referido aumento salarial estaria dentro da álea ordinária, ou seja, dentro dos riscos normais admitidos pela natureza do contrato, dando ensejo, no máximo, ao reajuste do contrato após o decurso de um ano da última ocorrência verificada – assinatura, repactuação, revisão ou reajuste do contrato.

24 Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.563/2004* – Plenário, rel. min. Augusto Sherman Cavalcanti, Sessão 6/10/2004.

25 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 252.

Reforçando tal entendimento, o ilustre Lucas Rocha Furtado²⁶ afirma que

[...] o dissídio coletivo de categoria profissional ocorre todo ano, de modo que era perfeitamente previsível a concessão de algum ganho para os empregados da empresa contratada. Caberia a ele no momento em que apresentou sua proposta considerar a possibilidade de a categoria profissional obter algum tipo de aumento no dissídio e mensurar os impactos que esse aumento causaria aos custos do contrato.

Apesar de parte da doutrina²⁷, do STJ e do TCU entenderem pela impossibilidade de enquadrar o aumento dos encargos trabalhistas decorrentes de dissídio ou convenção coletiva como “imprevisível”, para efeito de aplicação da Teoria da Imprevisão, Marçal Justen Filho²⁸ posiciona-se em sentido contrário:

O argumento dos tribunais é equivocado, com o devido respeito, eis que a quebra da equação econômico-financeira pode decorrer não apenas de fatos imprevisíveis, mas também daqueles que, embora previsíveis, tenha efeitos incalculáveis. Nesse ponto, o texto do dispositivo legal ora examinado é absolutamente claro e insuscetível de dúvida. [...] Em suma, a questão não está na previsibilidade da ocorrência da convenção ou do dissídio coletivo. O problema é outro. Trata-se da impossibilidade de predefinir a extensão da modificação dos encargos impostos ao empregador.

Sobre o assunto, o STJ tem se manifestado reiteradamente pela impossibilidade da aplicação da referida teoria aos contratos administrativos em razão de dissídio, acordo ou convenção coletiva como fato imprevisível. O seu posicionamento assim se consolidou:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO QUE PROVOCA

26 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 611-612.

27 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 252.

28 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 901-902.

AUMENTO SALARIAL. REVISÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FATO PREVISÍVEL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 65, INC. II, ALÍNEA “D”, DA LEI N. 8.666/93. ÁLEA ECONÔMICA QUE NÃO SE DESCARACTERIZA PELA RETROATIVIDADE.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, “d”, da Lei n. 8.666/93. Precedentes.
2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica.
3. Agravo regimental não provido²⁹.

REVISÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO. AUMENTO DE SALÁRIO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

O aumento do piso salarial da categoria não se constitui fato imprevisível capaz de autorizar a revisão do contrato.

Recurso não conhecido³⁰.

Inicialmente, o TCU, em resposta à consulta realizada pelo TRT da 2ª Região, manifestou-se de forma favorável à revisão do contrato com fundamento no reajuste concedido por dissídio coletivo, em acórdão um tanto confuso³¹.

Após essa decisão isolada, no entanto, o TCU alinhou seu posicionamento ao do STJ, no sentido de que a majoração dos encargos trabalhistas decorrentes de dissídio, acordo ou con-

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 957999 / PE* – min. Mauro Campbell Marques, D.J. 5/8/2010.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 134797 / DF* – min. Paulo Galotti, D.J. 1/8/2000. No mesmo sentido: *AgRg no REsp 695912 / CE* – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0140385-9, min. MAURO CAMPBELL MARQUES. D.J. 17/11/2009; *REsp 650613 / SP* – min. João Otávio Noronha, D.J. 23/11/2007.

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão DC-0457-41/95-P* – rel. min. Olavo Drummond. Sessão: 6/9/95. Nota: o referido julgado, apesar de reconhecer a possibilidade da aplicação da revisão, condicionou a mesma à periodicidade mínima de um ano, requisito estranho à Teoria da Imprevisão.

venção coletiva não autoriza a aplicação da Teoria da Imprevisão, afastando-se a figura da revisão nessa situação, como se pode observar:

Consulta formulada pelo Presidente da Câmara dos Deputados versando sobre a viabilidade de os incrementos dos custos de mão de obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua se constituírem fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro. Conhecimento. [...] 9.2. Responder ao ilustre consultante que a viabilidade da situação por ele em tese descrita contraria o disposto no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93, que estabelece as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Tal posição é corroborada pelo STJ, pelo teor das deliberações contidas nos RESPs 134797/DF, 411101/PR e 382260/RS, das quais se retira que o aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93³²[...].

2.4 Desvalorização do Câmbio

Entre os assuntos emblemáticos que permeiam a temática está a questão referente às variações cambiais. Os contratos administrativos muitas vezes têm seus custos atrelados a produtos, materiais e insumos estrangeiros, ou que de alguma forma detêm seu preço vinculado à moeda estrangeira. Nesses casos, a variação da moeda estrangeira, geralmente o dólar, pode influenciar consideravelmente no aumento ou na diminuição dos custos do contrato.

Segundo ensina Marçal Justen Filho, a tendência da legislação pátria segue no sentido de que as variações cambiais não sejam aceitas como hipótese de revisão ou reajuste dos contratos administrativos. Tal tendência seria resultado da vontade

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão AC-2255-49/05-P* – rel. min. LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA, Sessão: 13/12/05. No mesmo sentido: *Acórdão AC-8224-34/11-2* – rel. min. ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO, Sessão: 20/09/11; *Acórdão AC-2976-44/12-P* – Sessão: 31/10/12, rel. Min. AUGUSTO NARDES; *Acórdão AC-2219-32/10-P* – rel. Min. RAIMUNDO CARREIRO Sessão: 1/9/10.

estatal de que variações externas não influenciem sobremaneira os preços internos³³.

A variação extraordinária e imprevisível do câmbio, entretanto, pode viabilizar a aplicação da Teoria da Imprevisão, alterando o contrato administrativo firmado, quando demonstrado que tal evento tornou insuportável o cumprimento das obrigações contratuais por uma das partes. Ou seja, a flutuação exacerbada do câmbio precisa influenciar diretamente na composição dos custos do contrato para que resulte na sua revisão³⁴.

Seguindo a mesma lógica, o STJ tem tratado por diferenciar a exagerada desvalorização do real frente à moeda estrangeira (em regra o dólar), da variação cambial ordinária, fato previsível e comum na lógica empresarial.

Nesse ponto, o colendo Tribunal, em voto relevante do ministro Luiz Fux, admitiu a aplicação da Teoria da Imprevisão, por entender que a *súbita desvalorização da moeda* ocorrida em 1999 amoldava-se perfeitamente à hipótese da alínea “d”, inc. II, do art. 65 da Lei nº 8.666/93, como se pode observar:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE.

1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88 § 5º e 6º, da Lei 8.666/93). Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”.

33 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 903.

34 *Ibid.*, p. 904.

2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.
3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo teneatur*).
4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, a *fortiori*, implica admitir sustar-se o “início da execução”, quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso.
5. Recurso Ordinário provido³⁵.

Sobre a súbita desvalorização da moeda, o TCU tem adotado posicionamento favorável à aplicação da revisão, como se pode observar:

Todavia, sob o aspecto econômico, não há negar que, em virtude da desvalorização cambial, ocorrida no início de 1999, o valor em reais recebido pela contratada elevou-se substancialmente, sem que os seus custos, essencialmente vinculados a insumos nacionais, aumentassem na mesma proporção, haja vista que o maior custo incorrido pela contratada é com pessoal, que tem sua remuneração fixada em reais. Isso configura alteração imprevisível e inevitável na esfera econômica, estranha à vontade das partes, que acarretou distorção entre o valor recebido e os encargos suportados pela contratada, em benefício desta e, de outra parte, na mesma proporção, a imposição de ônus excessivo à contratante, o que enseja a aplicação da teoria da imprevisão (*rebus sic*

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 15154 / PE* – min. Luiz Fux, DJ 2/12/2002, p. 222.

stantibus). Ressalte-se que essa teoria, albergada pela atual Lei de Licitações, no seu art. 65, inciso II, alínea d, pode ser empregada tanto em favor do contratado quanto em favor do contratante. [...] Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 41 da Lei nº 8.443/92, DECIDEM:

[...] 8.3. recomendar à entidade que adote providências com vistas à renegociação do contrato nº 026-98/DT em virtude da desvalorização cambial, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial e proporcionar a justa remuneração do serviço, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93³⁶.

O TCU, entretanto, tem tratado esse assunto com cautela, evitando que situações regulares de variação cambial sejam assemelhadas às abruptas alterações da moeda. Nesse contexto, cita-se caso emblemático em que o TCU rejeitou a revisão contratual concedida pela Petrobras em um contrato de construção e adaptação de plataforma de exploração de petróleo, em que teria a empresa pública utilizado as variações cambiais ordinárias, ocorridas no curso do contrato, como fundamento para aplicar a Teoria da Imprevisão:

RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO DE AUDITORIA (FISCOBRAS 2007). CONSTRUÇÃO DAS PLATAFORMAS PETROLÍFERAS SEMI-SUBMERSÍVEIS P-51 E P-52, CONVERSÃO DE DOIS NAVIOS PETROLEIROS NAS PLATAFORMAS P-50 E P-54, DO TIPO FPSO (FLOATING PRODUCTION STORAGE AND OFFLOADING), E A ADAPTAÇÃO DA PLATAFORMA P-47, DO TIPO FSO (FLOATING STORAGE AND OFFLOADING) EM FPSO, TODAS DESTINADAS À EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO NA BACIA DE CAMPOS. DIVERSAS IRREGULARIDADES. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E REAJUSTE CONTRATUAL INDEVIDOS SOB OS ARGUMENTOS DE VARIAÇÃO

36 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão DC-0464-21/00-P* – rel. min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, Sessão: 7/6/00. No mesmo sentido: *Acórdão 1595/2006* – Plenário, rel. min. GUILHERME PALMEIRA.

CAMBIAL, AQUECIMENTO DE MERCADO E VARIAÇÃO DE PREÇO DO AÇO ESTRUTURAL, ESTE POR FORÇA DA UTILIZAÇÃO DE DEMONSTRATIVO DE FORMAÇÃO DE PREÇO (DFP) DETALHADO, CARACTERIZANDO SUPERFATURAMENTO, AQUELES EM RAZÃO DE VEDAÇÃO EXPRESSA NOS CONTRATOS, GERANDO DANO. [...] AUSÊNCIA DE VARIAÇÕES CAMBIAIS IMPREVISÍVEIS OU ONEROSIDADE EXCESSIVA POR FATOS SUPOSTAMENTE EXTRAORDINÁRIOS. ÁLEA QUE SE SITUA NO RISCO EMPRESARIAL. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. RETENÇÃO CONTRATUAL DEFINITIVA PARA RESARCIMENTO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EXECUÇÃO DAS GARANTIAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL E À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS.

Não se aplica a teoria da imprevisão e a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado³⁷.

Esse caso serviu como paradigma no TCU para diferenciar as súbitas variações do câmbio, que se revestem de imprevisibilidade, e por isso caracterizam-se como álea extraordinária, permitindo a revisão contratual das variações cambiais regulares do mercado, que se mostram comuns e ocorrem repetidas vezes na dinâmica do mercado brasileiro, compondo a álea ordinária da atividade comercial, devendo, assim, ser suportadas pelas partes³⁸.

Por fim, deve-se fazer menção à Decisão nº 464/2000 do TCU, um tanto peculiar, uma vez que determinou que dado contrato fosse revisto em razão da valorização cambial ter favorecido substancialmente o particular em detrimento da Administração³⁹.

37 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3282/2011* – Plenário, rel. min. AUGUSTO NARDES, Sessão 7/12/2011.

38 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 2837/2010* – Plenário, rel. min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, 27/10/2010.

39 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 464/2000* – Plenário, rel. min. WALTON ALENCAR, DOU de 23/6/2000.

Por meio dela se pode demonstrar que a Administração Pública também deve se socorrer do instituto da revisão quando verificar o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro em seu desfavor, sob pena de responsabilização do gestor.

2.5 Majoração da Carga Tributária

A doutrina capitaneada por Marçal Justen Filho sustenta que a instituição ou supressão de tributos ou outros encargos legais ensejam a aplicação da revisão do contrato administrativo, conforme expressa previsão do §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Para Marçal Justen Filho, é “[...] necessário, porém, um vínculo direito entre o encargo e a prestação”. Dessa forma, a “[...] lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração do valor contratual”⁴⁰.

Assim, a elevação do ICMS ou mesmo do ISS pode, por exemplo, trazer desequilíbrio econômico-financeiro ao contrato. Segundo essa corrente, para que os referidos eventos permitam a aplicação da Teoria da Imprevisão, entretanto, é necessária a análise de cada caso concreto, sendo que se deve investigar se a incidência tributária em questão enquadra-se como “custo” para o particular na execução da prestação contratada⁴¹.

O TCU, entretanto, tem sido mais rigoroso ao admitir a aplicação da Teoria da Imprevisão no caso em tela, exigindo a comprovação de que a majoração da carga tributária trouxe onerosidade excessiva ao contratado. Em outras palavras, não basta que os fatos sejam imprevisíveis e que tenham relação direta com o custo da prestação, conforme defendido pela doutrina, é necessário também que se demonstre, de forma robusta, que o particular sofreu considerável prejuízo no contrato com a majoração tributária. Pode-se extrair do seguinte julgado do TCU essa conclusão:

No tocante ao acréscimo aplicado indevidamente ao BDI em virtude da majoração da COFINS e da CPMF, estou de acordo

40 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 898.

41 *Ibid.*, p.898.

com que, consoante entende a equipe de auditoria, estando ausente a configuração de encargo insuportável à contratada por aumento de tributos, não há como possa sustentar-se a alteração do contrato com fundamento na necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Na linha dos precedentes desta Corte de Contas acerca da teoria da imprevisão nos contratos públicos, a exemplo do Acórdão 45/99 – Plenário – TCU e da Decisão nº 698/2000 – Plenário – TCU, as majorações de encargos contratuais, como os tributos COFINS e a CPMF, se inserem na álea empresarial ordinária, a não ser que, além dos requisitos da involuntariedade e imprevisibilidade do fato, reste evidenciada a onerosidade excessiva da execução contratual original em decorrência do incremento, no caso, da carga tributária⁴².

2.6 Paralisação ou Atraso da Obra de Construção e Serviços de Engenharia

Tem-se mostrado muito comum nos contratos de obra ou outros serviços de engenharia a paralisação ou atraso por diversos motivos. Esses imprevistos acabam por prejudicar o cronograma de execução do contrato, muitas vezes obrigando o gestor a prorrogar por inúmeras vezes o prazo de execução do instrumento contratual.

A Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos estabelece em seu art. 57 que:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

42 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1742/2003* – Plenário, rel. min. MARCOS VINÍCIOS VILAÇA, Dje 28/11/2003.

Em outras palavras, o referido diploma tratou por esclarecer que sempre na ocorrência de paralisação ou atraso da construção de obra ou execução de outros serviços de engenharia deve ser resguardado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro. Ao comentar o dispositivo em tela, o ilustre professor Marçal Justen Filho⁴³ esclarece que:

11) Efeitos da Prorrogação sobre o contrato: a recomposição da equação econômico-financeira.

A lei reconhece expressamente que a prorrogação acarretaria alteração não apenas dos prazos contratuais. As demais cláusulas do contrato seriam mantidas inalteradas, mas se assegura o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Logo, deverão ser promovidas tantas alterações quantas se façam necessárias para restaurar o equilíbrio eventualmente rompido. Destinam-se precisamente a manter inalterada a contratação originalmente estabelecida. Haveria modificação se, alterada a equação econômico-financeira, não fosse sucedida de medidas destinadas a repor a situação nos exatos termos em que se encontrava anteriormente. Em termos práticos, a prorrogação exigirá recomposição dos preços contratuais, se for o caso. Ao efetivar-se o reajuste, não se concede benefício ou vantagem para o particular. Se não concedido o reajuste, a Administração estaria pagando importância inferior àquela pela qual se obrigara. Bem por isso, não haverá relevância em distinguir as hipóteses em que a Administração é causadora da delonga daquelas em que o atraso não for a ela imputável. O reajuste não se destina a punir a Administração. Se um terceiro for o causador do atraso, poderá ser demandado para ressarcir os prejuízos derivados de sua conduta. Porém, o contratado não pode ser punido com a recusa da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

43 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 841-842.

No mesmo sentido, a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr⁴⁴ afirma que

além disso, o §1º do art. 57 da Lei 8.666/93 admite a prorrogação do prazo de execução dos contratos administrativos e assegura a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro em casos de alteração do projeto ou especificações pela Administração (inciso I), interrupção do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração (inc.III), aumentando as quantidades inicialmente previstas no contrato (inc. IV), e omissão ou atraso de providências a cargo da Administração de que resulte impedimento ou retardamento na execução do contrato (inc. VI). Em linha de síntese, todo ato ou fato da Administração, não importa se legítimo ou ilegítimo, que repercuta nos custos do contrato, isto é, que afete a equação econômico-financeira inicial formada com licitação, enseja a revisão do contrato. Bem se vê que esses atos ou fatos da Administração são, para o contratado, imprevisíveis. O contratado não pode supor que a Administração irá alterar o objeto do contrato ou que irá suspender a sua execução ou ainda que não providenciará as medidas necessárias para que se inicie a execução do contrato. [...] Portanto, ao contratado tais atos ou fatos da Administração são imprevisíveis e, assim sendo, desde que afetem a equação econômico financeira, dão azo a revisão.

Sobre o assunto em questão, o STJ decidiu de forma interessante, garantindo o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro ao contratado sempre que ele não tiver dado causa ao fato ou ao atraso, como pode-se observar:

ADMINISTRATIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA EXECUÇÃO DE OBRA – PARALISAÇÃO TEMPORÁRIA POR INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – PREVISÃO CONTRATUAL – ARTS. 65 E 78 DA LEI 8.666/93 – RESARCIMENTO DOS PREJUÍZOS – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA.

44 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 896-897.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal, ainda que implicitamente, examina a tese em torno dos dispositivos tidos por violados.
2. Persiste o dever de indenizar os prejuízos causados em decorrência de interrupção temporária de obra pública, por iniciativa da Administração.
3. Embora legítima a interrupção contratual, impõe-se o dever de indenizar os prejuízos suportados pelo particular em decorrência da paralisação, para resguardar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.
4. Recurso especial provido em parte⁴⁵⁻⁴⁶.

Contudo, caso o atraso ou paralisação seja imputável ao contratado, não poderá se valer do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro⁴⁷.

Dessa maneira, o procedimento de revisão em razão de atraso ou paralisação de construção de obra ou outros serviços de engenharia deverá ser sempre instruído de robusto substrato probatório em que se delimite de forma precisa se a culpa pode ser atribuída ou não ao particular.

Observa-se, ainda, que os referidos argumentos abrem espaço para, dependendo do caso concreto, que a Administração obtenha a revisão do contrato em desfavor do particular, quando esse tiver dado causa à paralisação ou atraso na execução do contrato.

3 Reajustamento

3.1 Conceito

O reajustamento, ou reajuste de preços, é o instrumento que, dentro da sistemática de manutenção do equilíbrio econô-

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 734696 / SP* – Rel. min. Eliana Calmon, DJe de 7/4/2009.

46 No mesmo sentido, o precedente *REsp 1272646 / RJ*, em que o Tribunal confirmou acórdão que concedeu o reequilíbrio econômico-financeiro à contratada em razão da demora da Administração proceder à desapropriação do terreno onde ocorreria a obra, atrasando o início da execução do contrato.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 672121 / RS* – Rel. min. Denise Arruda. DJ 4/12/2006 p. 265. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1398746/MG*.

mico-financeiro, tem como objetivo proteger o contrato de variações com custos regulares da produção, ou seja, de variações do preço decorrentes de fatos previsíveis⁴⁸.

Esses custos com o contrato, em razão do processo inflacionário, sofrem paulatinamente variação sem que tenha ocorrido nada de anormal ou extraordinário. Dessa forma, a Administração deve, sempre antevendo as variações de preços inerentes aos contratos administrativos de longa duração, prever no edital da licitação e no contrato o critério de reajuste, garantindo a manutenção do valor real acordado⁴⁹.

Geralmente os índices adotados para isso são índices gerais, a exemplo o INPC, ou índices setoriais, como, por exemplo, o INCC.

3.2 Formalização

O reajuste, em razão da sua natureza ordinária, precisa estar previsto expressamente no edital da licitação pública, diferentemente do que ocorre com a revisão. Por esse motivo, o legislador, ao estabelecer os requisitos essenciais do edital (art.40, inc. XI, da Lei nº 8.666/93), dispôs a necessidade de estabelecer prévio critério de reajuste.

Assim, tem-se defendido que, como o reajuste já está previamente previsto no contrato, a sua aplicação não importa na alteração do instrumento contratual, mas, sim, na sua execução, motivo pelo qual pode ser realizado mediante simples apostilamento, sendo dispensado o aditivo contratual⁵⁰.

No mesmo sentido tem decidido o TCU:

9.3.3. Formalizar, mediante simples apostilamento, as alterações de valores decorrentes de reajustes previstos no próprio contrato, em consonância com o art.65, § 8º, da Lei

48 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 613.

49 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 884.

50 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 616. No mesmo sentido: NIEBUHR, op.cit., p. 894.

8.666/93, evitando a utilização de aditamentos contratuais para esse fim⁵¹.

3.3 Ausência de Previsão do Critério de Reajuste no Edital e Contrato

Alguns questionamentos têm surgido em razão da omissão de editais e contratos em prever expressamente os critérios de reajuste. Alguns autores têm defendido que, nessa situação, o contrato administrativo é irrajustável⁵².

Por outro lado, há autores que defendem que, mesmo diante da ausência de previsão expressa de reajuste no edital e no contrato, é necessária sua utilização para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Assim, como a previsão expressa do reajuste no edital e contrato seria norma cogente, a sua ausência macularia de nulidade a contratação⁵³. Diante desse vício, caberia à Administração anular o edital e o contrato, ou convalidar o referido vício, incluindo no instrumento convocatório o critério adequado para o reajuste⁵⁴.

Sobre essa questão polêmica, divergindo de relevante doutrina⁵⁵, o STJ já decidiu pela inaplicabilidade do instrumento do reajuste de preços ante a ausência de previsão contratual⁵⁶:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – REAJUSTE DE PREÇOS – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL – DESCABIMENTO.

1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato.

51 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 219/2004* – Plenário, rel. min. ADYLSO MOTA Dou 22/3/2004.

52 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 253.

53 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 886.

54 *Ibid.*, p. 886.

55 É o entendimento defendido por: NIEBUHR, op. cit., p. 886, e JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 646.

56 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 730568 / SP* – rel. min. Eliana Calmon, DJ 26/9/2007 p. 202.

2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

Não obstante existirem divergências sobre as consequências da omissão do critério de reajuste, a maior parte da doutrina⁵⁷ tem defendido a obrigatoriedade da sua previsão, seguindo clara disposição legal (inc. XI, art. 40 da Lei 8.666/93)⁵⁸, o que parece ser o mais acertado.

3.4 Periodicidade

Outro ponto relevante que tem sido debatido pela doutrina diz respeito à periodicidade mínima para a aplicação do reajuste. O inc. XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93 prevê que o reajuste será devido “desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”. A Lei nº 10.192/01, em seu §1º, do art. 3º, trouxe outra previsão, estabelecendo uma periodicidade mínima de um ano para a aplicação do reajuste.

Assim, segundo ensina Joel de Menezes Niebuhr, a aplicação do reajuste nos contratos administrativos depende do cumprimento mínimo do prazo de 12 meses⁵⁹. Tal conclusão levanta outra dúvida: qual seria o marco inicial da contagem? Trazendo resposta a tal questionamento, o ilustre Péricles Ferreira de Almeida⁶⁰ esclarece que:

A Lei 10.192/01 (art. 2º, § 1º e 3º, §1º) impõe a periodicidade mínima de um ano, cominando a pena de nulidade para as

57 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 646.

58 Esse posicionamento não é compartilhado pelo professor Hely Lopes Meireles, que declarou que “Diante dessa realidade nacional, o legislador pátrio institucionalizou o reajuste de preços nos contratos administrativos, facultando às partes adotá-lo ou não, segundo as conveniências da Administração, em cada contrato que ser firmar”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.210.

59 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 889. No mesmo sentido: FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 615.

60 ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, p. 54-70, out. 2011. p. 57-59.

estipulações de atualização monetária que considerem lapso temporal inferior a esse. Não é usual, mas não há óbice legal para que o contrato estabeleça periodicidade superior a um ano para o reajuste. Outro ponto: tanto no Inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/93 quanto no § 1º do art. 3º da Lei 10.192/01 tem-se como termo inicial para a contagem do interregno a data prevista para apresentação da proposta *ou* do orçamento a que essa proposta se referir. Na verdade, o conteúdo dos dispositivos legais é o mesmo, possuindo o segundo uma melhor redação, vez que explicita que o período se conta da *data limite* para apresentação da proposta e não da simples apresentação (protocolo) da proposta. O conectivo *ou* é conjunção alternativa, logo, estabelece uma situação de revezamento, na qual os dois fatos não podem ocorrer ao mesmo tempo. Ou a data-base é fixada pelo edital e contrato como a da apresentação da proposta (data limite para isso), ou como a data do orçamento. O art. 55, III da Lei 8.666/93 reforça essa conclusão, pois que dispõe ser cláusula necessária no contrato a que fixa a data-base do reajustamento de preço. É dizer, determina que conste do contrato o resultado da eleição discricionária da administração pública: data limite prevista para apresentação da proposta *ou* do orçamento a que essa proposta se referir. Adotando essa linha de raciocínio, o TCU tem reconhecido o vício e determinado a correção de editais e contratos nos quais o texto legal é simplesmente repetido, sem manifestação da Administração no atinente à escolha do termo inicial⁶¹. Mais recentemente, a AGU expediu, sobre o tema, a Orientação Normativa nº 24, de 1º de abril de 2009: “O edital e o contrato para prestação de serviço continuado devem conter apenas um evento como marco inicial para a contagem do interregno de um ano para o primeiro reajuste ou repactuação: ou a data da proposta ou a data do orçamento a que a proposta se referir”.

Sobre o tema, o TCU tem decidido pela necessidade de se observar o interregno de um ano, como pode se observar:

61 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1950/2008* – Plenário, Rel. min. BENJAMIN ZYMLER; *Acórdão 1941/2006* – Plenário, Rel. min. MARCOS BEMQUERER.

7. Sobre a questão da aplicabilidade do reajuste nos dias de hoje, suscitada pela instrução da Serur, cumpre trazer a baila ensinamento do ilustre Procurador-Geral junto a este Tribunal, Dr. Lucas Rocha Furtado, em que fica demonstrada a sua possibilidade, desde que referente a períodos não inferiores a um ano (in Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Atlas, p. 284/285):

“O reajuste, conforme já observado, e em obediência ao que determina a legislação que implantou o Plano Real (Lei nº 9.069/95, art. 28, § 3º), não poderá ocorrer em períodos inferiores a um ano (contado da data da apresentação da proposta, e não da assinatura do contrato ou do início de sua vigência), enquanto que a recomposição do contrato poderá verificar-se a qualquer tempo”.

8. Em suma, entendo que o comando constante do subitem 8.2.1 da Decisão recorrida apenas determinou ao Banco o fiel cumprimento do art. 40, inciso XI, da Lei de Licitações, não havendo motivos para que tal regra não se aplique a ele, devendo, portanto, ser mantida a determinação⁶².

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência têm concordado que o edital e o contrato devem prever, no mínimo, o prazo de um ano para a concessão do reajuste. Alerta-se, ainda, que o início da contagem do primeiro reajuste será a data limite da apresentação da proposta ou a data-base do orçamento, conforme escolha expressa da Administração Pública.

3.5 Alteração do Índice de Reajuste Previsto pelo Edital e Contrato

O reajuste deve adotar critério, conforme previsto no inc. XI, do art. 40 da Lei nº 8.666/93, que retrata a variação efetiva do custo da produção, garantindo, assim, o efetivo equilíbrio econômico-financeiro.

Verifica-se no âmbito dos acórdãos do TCU discussão sobre a possibilidade de que seja alterado o índice escolhido pelo edital e

62 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 34/2004* – Plenário, rel. min. MARCOS BEMQUERER.

contrato, quando esse não puder mais retratar devidamente a variação efetiva do custo da produção. Em alguns momentos, o TCU tem admitido a alteração do índice escolhido no curso do contrato sob o argumento de que deve ser afastado índice que não reflita a efetiva variação dos custos do contrato, como se pode observar:

11. Faz-se necessário, portanto, que haja substituição do índice empregado pela Emap por outro, não previsto no contrato ou no edital, mas que reflita melhor o comando do inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/1993. De outro lado, é natural o tipo de posicionamento adotado pelos responsáveis, mostrando-se resistentes à modificação sugerida, quando, mediante uma leitura isolada do dispositivo legal invocado (art. 41 da Lei 8.666/1993), extrai-se a conclusão de que não se poderia adotar cláusula ou disposição contratual que contrariasse os termos expressamente consignados no edital. Entretanto, deve-se ter em mente que o edital encontra-se, antes, jungido aos termos de toda a Lei de Licitações, não apenas de parte dela, devendo-se compreendê-la como um todo sistemático⁶³.

Entretanto, no Acórdão nº 1.364/2008 – Plenário, a colenda Corte de Contas decidiu, em sentido contrário, afirmando que “[...] não é possível a modificação dos índices de reajuste estabelecidos nos contratos em andamento”.

Dessa forma, analisando os referidos acórdãos⁶⁴, pode-se concluir que apenas em casos específicos, em que a escolha do índice para efeito de correção resultar em grave prejuízo ao equilíbrio econômico do contrato, é que poderá ser modificado o critério adotado.

Esse tema tem se mostrado problemático, uma vez que pode levar licitantes derrotados a questionarem que, se soubessem que o índice de reajuste seria modificado, poderiam ter apresentado proposta mais vantajosa.

63 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1808/2008* – Plenário, rel. min. Augusto Sherman Cavalcanti, Sessão 27/8/2008. No mesmo sentido: *Acórdão 36/2008* – Plenário, rel. min. RAIMUNDO CARREIRO, Dou 25/1/2008; *Acórdão 546/2008* – Plenário, rel. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, Sessão 2/4/2008; e *Acórdão 361/2006* – Plenário, rel. min. UBIRATAN AGUIAR, Sessão 22/3/2006.

64 O presente trabalho chegou à conclusão de que inexistiu posicionamento pacífico no TCU sobre o referido tema.

Assim, a alteração do índice adotado para o reajustamento consiste em verdadeira revisão do contrato administrativo, razão pela qual tal procedimento apenas seria possível caso presentes os requisitos exigidos pela Teoria da Imprevisão, não bastando, para tanto, a simples alegação de que o índice escolhido não foi o ideal.

3.6 Concessão do Reajuste antes da Assinatura do Contrato

O procedimento licitatório, muitas vezes, acaba se estendendo por um longo período em razão de diversos motivos, como, por exemplo, nas hipóteses de recursos administrativos e questionamentos judiciais. Infelizmente, em muitos desses casos a validade da proposta do licitante acaba vencendo (art. 64, §3º, da Lei nº 8.666/93), motivo pelo qual o vencedor é liberado da obrigação de contratar com a Administração.

Nesses casos, o licitante que obteve êxito no certame, muitas vezes, condiciona a assinatura do contrato à aplicação do reajuste previsto no contrato, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro. Tal situação prática tem levantado a questão se seria possível a Administração aplicar o reajuste antes da assinatura do contrato.

A doutrina de Joel de Menezes Niebuhr tem sustentando que tal conduta é correta, uma vez que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal) garante a manutenção estabelecida quando da licitação, motivo pelo qual seria possível o reajustamento antes mesmo da assinatura do contrato⁶⁵.

O TCU, ao analisar essa situação, entendeu pela possibilidade de reajuste, desde que transcorrido o prazo de 12 meses da proposta e mantidas as condições originais do certame⁶⁶.

65 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 893.

66 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 474/2005* – Plenário, rel. min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, Dou 9/5/2005.

4 Repactuação

4.1 Conceito

A repactuação consiste em instrumento que, dentro do sistema garantidor do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, procura proteger o equilíbrio contratual diante da defasagem provocada pela inflação, vinculando-se não a “[...] um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato”⁶⁷.

Sobre a sua natureza, Péricles Ferreira de Almeida⁶⁸ declara que

a repactuação é espécie de reajuste de preços, não por índices oficiais, mas por demonstração analítica da alteração dos custos do contrato, via apresentação de planilha de custos e formação de preços; nela tem lugar a perquirição da variação efetiva do custo de produção, desvendando-se daí a dose de remédio necessária para se compensar o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de eventos previsíveis, logo, compreendidos na álea ordinária do contrato.

As suas semelhanças levaram a doutrina a classificar a repactuação como espécie de reajuste⁶⁹, uma vez que ambas as figuras localizam-se no campo da álea ordinária e por isso precisam estar previstas no edital e no contrato e devem atender a uma periodicidade mínima⁷⁰. Essa proximidade permite trazer para a repactuação quase todas as observações realizadas no tópico do reajuste.

O referido instrumento geralmente é adotado em contratos em que o custo predominante seja referente à mão de obra, permitindo que o contratado, por meio de demonstração de planilha

67 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 616.

68 ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, p. 54-70, out. 2011. p. 61.

69 FURTADO, op. cit., p. 616. No mesmo sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 910.

70 A doutrina de Marçal Justen Filho adverte que “A figura em tela assemelha-se ao reajuste, no sentido de ser prevista para ocorrer a cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Mas aproxima-se da revisão de preços quanto ao seu conteúdo: trata-se de uma discussão entre as partes relativamente às variações de custo efetivamente ocorridas. Não se promove a mera e automática aplicação de um indexador de preços, mas examina-se a real evolução de custos do particular”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 911.

de preços, demonstre a real variação dos seus custos com a mão de obra, permitindo, assim, a repactuação no valor adequado. Entretanto, para outros contratos em que a variação regular dos custos segue sistemática peculiar, que impede a vinculação a índices oficiais, é possível a utilização do instituto da repactuação, conforme regulamento específico.

4.2 Legalidade do Instrumento

O referido instrumento, inicialmente, foi concebido para reajustar os contratos de prestação de serviços contínuos firmados pela Administração Pública Federal. O instituto em questão, em um primeiro momento, foi regulamentado pelo Decreto nº 2.271/97 e pela IN MARE nº 18/97, posteriormente revogada pela Instrução Normativa MPOG nº 02/08⁷¹.

Narra a doutrina de Péricles Ferreira de Almeida, entretanto, que o referido instituto enfrentou resistência quanto a sua constitucionalidade, uma vez que teria sido criado por decreto. Tais dúvidas, contudo, foram afastadas quando se concluiu que a repactuação “[...] já havia sido concebida pelo Inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/93, o qual admite outros critérios de reajuste diversos da indexação [...]”⁷², em outras palavras, a repactuação, como espécie de que reajuste que é, encontraria seu substrato legal direto no próprio art. 40, inc. XI, da Lei 8.666/93, tendo os mencionados instrumentos normativos apenas regulamentado a sua aplicação no âmbito da Administração Federal, não havendo que se falar em inovação no ordenamento jurídico.

Esses argumentos serviram para eliminar, também, as discussões sobre a possibilidade da utilização da repactuação nos Estados, Municípios e Distrito Federal. Ou seja, se o Decreto nº 2.271/97 e a IN MARE nº 18/97, posteriormente substituída pela MPOG Nº 02/2008, trataram por regulamentar a aplicação do instituto pela Administração Pública Federal, não haveria óbice para que cada ente, segundo sua autonomia, tratasse do refe-

71 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 616.

72 ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, p. 54-70, out. 2011. p. 61.

rido instrumento da forma que bem entendesse, sem é claro, inovar o ordenamento jurídico⁷³.

No mesmo sentido se manifestou o TCU, reconhecendo a constitucionalidade do instituto da repactuação⁷⁴.

4.3 Marco Inicial para Contagem

Também tem se discutido qual seria o marco inicial para a contagem do prazo mínimo para a aplicação da repactuação nos contratos administrativos. O inciso XI, do art.40 da Lei nº 8.666/93, traz a expressão “[...] desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir”. Nesse ponto, o legislador conferiu à Administração uma escolha discricionária: ou a data limite de apresentação da proposta ou o orçamento a que ela se referir, escolha que deverá ser claramente expressa no edital ou contrato⁷⁵.

Esclarece-se, ainda, que a mencionada data do orçamento, conforme disciplina de Lucas Rocha Furtado, deve ser entendida como a data do dissídio coletivo, procurando-se assim evitar a defasagem com o custo da mão de obra⁷⁶. Isso permite concluir que, assinado o contrato, “tão logo ocorra o dissídio, poderá o contratado pleitear a repactuação sem precisar esperar um ano a contar da data da proposta ou da assinatura do contrato”⁷⁷.

Corroborando esse posicionamento, a instrução normativa emitida pelo Ministério do Planejamento MPOG nº 02/2008 regulamentou que:

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório; ou

73 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 911.

74 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1828/2008* – Plenário, rel. min. BENJAMIM ZYLER, Sessão 27/8/2008.

75 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 617.

76 *Ibid.*, p. 617.

77 *Ibid.*, p. 617.

II - da data do orçamento a que a proposta se referir, admitindo se, como termo inicial, a data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a maior parcela do custo da contratação for decorrente de mão de obra e estiver vinculado às datas-base destes instrumentos.

No mesmo sentido, Joel de Menezes Niebuhr⁷⁸ reconhece que

como visto, a repactuação, em relação aos custos de mão de obra, deve ocorrer por ocasião do aniversário de um ano da data do orçamento a que a proposta se refere, que corresponde à data-base da categoria, quando deve haver acordo, convenção ou dissídio coletivo. Assim sendo, nessa oportunidade o contratado deve requerer a repactuação, apresentando a Planilha de Custos e Formação de Preços, indicando a variação de preços apurada no período.

Mostra-se interessante, ainda, mencionar os apontamentos da doutrina de Joel Menezes de Niebuhr⁷⁹ quando da possibilidade da repactuação de contratos que envolvem mais de uma categoria profissional. Segundo o autor, nesses casos será necessário realizar a repactuação para cada categoria, ajustando o contrato em mais de uma data-base.

Alerta-se, entretanto, para o fato de que a MPOG nº 02/2008, em seu art. 38, inc. II, previa que a repactuação, nesses casos, se daria levando em conta a data-base da categoria que integrasse o maior custo da mão de obra. Essa previsão, entretanto, foi revogada pela MPOG Nº 03/2009, aumentando a incerteza sobre o assunto.

Sobre o marco inicial da contagem, o TCU assim se manifestou:

[...] 9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995

78 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 913.

79 *Ibid.*, p. 914.

- Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97⁸⁰.

5 Atualização monetária

5.1 Conceito

A atualização (ou correção) monetária é figura de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro aplicável em “[...] razão do processo inflacionário e da desvalorização da moeda, devendo ser calculada desde o adimplemento de determinada parcela do contrato até seu pagamento efetivo”⁸¹.

O contrato sempre deverá estabelecer em quais condições deverá ocorrer o pagamento acordado. Assim, adimplido o particular com a sua obrigação, e não pagando a Administração na forma acordada, deverá o valor devido ser atualizado, sob pena resultar no desequilíbrio econômico-financeiro. Em outras pala-

80 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1563/2004* – Plenário, rel. min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, Sessão 6/10/2004.

81 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 258.

bras, o “fato gerador” do direito à atualização monetária é a mora da Administração Pública.

A doutrina de Marçal Justen Filho apresenta relevante distinção entre a atualização e o reajuste de preços que vale transcrever⁸²:

Previa-se que o reajuste incidiria até a data da execução da prestação devida pelo particular. A partir dessa data, passaria a correr a atualização. Isso significa que as duas figuras envolviam indexação a índices de variações de preços. Mas o reajuste teria por fundamento índices setoriais específicos, destinados a avaliar a variação dos custos necessários à execução da prestação. Já a atualização monetária seria uma compensação genérica pela perda do valor monetário. A existência de duas figuras indicava a possibilidade de existirem “inflações específicas” a certos setores, que não seriam acompanhadas pelos índices gerais de preço.

5.2 Ausência de Previsão da Atualização Monetária

A doutrina de Hamilton Bonatto tem alertado que, mesmo ante a ausência de previsão expressa no edital ou contrato, a Administração tem o dever de “[...] corrigir monetariamente o valor que deveria ter sido pago em data anterior e não o fez”⁸³.

A correção deriva do próprio art. 40, inc. XIV, “a”, que determina a previsão de critério de atualização entre o momento do adimplemento da obrigação até a data do efetivo pagamento.

Nesse sentido, o STJ firmou posicionamento de que, mesmo ante a ausência de previsão no edital ou no contrato, ou até mesmo que o contratado tenha recebido o pagamento em atraso sem realização qualquer ressalva, é devida a correção monetária:

ADMINISTRATIVO – EMPREITEIRA – CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS – ATRASO NO PAGAMENTO DAS FATURAS.

82 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 910.

83 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 259.

- CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA, MESMO NOS CONTRATOS CELEBRADOS SEM PREVISÃO, EM FACE DA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA PELA INFLAÇÃO.
- RECURSO PROVIDO⁸⁴.

O TCU, da mesma forma, decidiu que, mesmo ante a ausência de previsão no edital e no contrato, é devida correção monetária, contada a partir do 31º dia em que a fatura lhe foi apresentada, conforme trecho que segue:

Assim, na ausência de expressa previsão no edital e no contrato de correção monetária para pagamentos feitos em atraso pela Administração Pública, incide, na espécie, o art. 40, inciso XIV, alínea “a”, da Lei 8.666/93, que confere à Administração o prazo não superior a trinta dias para pagamento das faturas que lhe são apresentadas. A partir do trigésimo primeiro dia, portanto, o montante da fatura deve ser corrigido, a fim de preservar o poder aquisitivo da moeda. Também não se cogita, na espécie, de eventual descumprimento do plano de estabilização econômica. A norma vigente, à época dos contratos em análise, excepcionava as obrigações contratuais, resultantes de pagamento em atraso, da regra cogente de atualização monetária em prazo mínimo de um ano⁸⁵.

5.3 Marco Inicial para Correção nos Contratos de Construção de Obras e Serviços de Engenharia

A Teoria das Obrigações preleciona que, de uma maneira geral, a atualização monetária começa contar da data do inadimplemento do contrato⁸⁶. Nos contratos de obras e serviços de en-

84 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 11578 / SP* – rel. min. AMÉRICO LUZ, DJ 23/9/1991. No mesmo sentido: *REsp 30628/SP* e *REsp 10524/SP*. No mesmo sentido: *REsp 230226 / RJ*, rel. min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 20/5/2002; *REsp 329976-SP*, *REsp 93479/SP*, *REsp 35991/SC*, *REsp 235347/MA*.

85 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1503/2003* – Plenário, rel. min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, DJ 21/10/2003.

86 Nesse sentido, o STJ manifestou-se “VI – A jurisprudência desta Corte é pacífica em asserir pela incidência de correção monetária desde a data do efetivo prejuízo, *in casu*, a partir do inadimplemento. Incidência da súmula nº 43/STJ. VII - “Atrasado o pagamento, em desrespeito a norma contratual, os juros de mora incidem a partir do momento em que, segundo previsto no contrato, o pagamento deveria ter ocorrido. Vale, no caso, a regra *dies interpellat pro homine*, sediada no art. 960, do CC” (*REsp nº 419.266/SP*, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 08.09.2003)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 696935/MT*, rel. min. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 14/12/2006 p. 254.

genharia, contudo, o conceito de “inadimplemento” tem gerado alguns questionamentos relevantes.

Tem-se questionado, ainda, qual seria o marco inicial para a contagem da correção nos casos em que o contrato ou edital não dispõe expressamente sobre o vencimento da obrigação. A dúvida tem sido se o prazo seria contado da realização da medição ou da entrega da fatura pelo contratado.

Sobre o tema, Hamilton Bonatto defende que a data-base para a aplicação da correção monetária nos contratos de obra é o adimplemento da obrigação, materializada por meio da medição, e não a data de apresentação da fatura pelo requerente⁸⁷.

O pensamento sustentado pelo autor mostra-se coerente com a lógica obrigacional, uma vez que não poderia o início da correção monetária ficar dependendo de postura ativa secundária do contratado (protocolar fatura), uma vez que a sua obrigação principal, que no presente caso é a construção de obra ou serviços de engenharia, já foi cumprida e encontra-se líquida e certa com a medição.

O STJ, em caso em que o contrato administrativo de obra foi realizado antes da Lei nº 8.666/93, quando não havia previsão expressa da data para o pagamento pelo serviço contratado pela Administração, entendeu por bem se socorrer de regra civilista prevista no art. 952 do CC, para definir que o pagamento seria imediatamente após o término da medição, quando se iniciaria a atualização monetária, como pode se observar:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS DE EMPREITADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO PRAZO PARA PAGAMENTO DOS SERVIÇOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. MEDIÇÃO DAS OBRAS.

1. Embargos de divergência pelos quais se busca dirimir o dissenso pretoriano quanto ao termo inicial para a incidência da correção monetária em contratos administrativos de obra pública, firmados em 1990 e 1992, em que

87 BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 258.

não há cláusula estipulando o prazo para o pagamento dos serviços.

2. Acórdão embargado no sentido de que a correção monetária deve incidir após o 30 (trigésimo) dia da medição até o efetivo pagamento, nos termos dos arts. 55, III, da Lei 8.666/1993, enquanto que o acórdão paradigma assentou que o termo inicial da referida atualização é primeiro dia útil do mês subsequente à medição, consoante os artigos 952 e 960 do CC/16.
3. Em se tratando de contratos administrativos firmados antes do advento da Lei 8.666/93, nos quais não há cláusula prevendo prazo para pagamento, deve ser aplicada a norma contida nos artigos 952 do CC, segundo a qual: “Salvo disposição especial deste Código e não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigí-lo imediatamente”.
4. Isto quer dizer que nas hipóteses em que inexistente cláusula contratual que estipule data para o efetivo pagamento, a correção monetária deve incidir imediatamente após a medição, posto que é a partir deste momento que a Administração Pública afere a regular realização dos serviços prestados e a obrigação, por conseguinte, se torna exigível para o contratado.
5. No caso dos autos, considerando que, assim como ocorreu no acórdão paradigma, a recorrente requer que o termo inicial da atualização seja o primeiro dia útil do mês subsequente à medição, o provimento há de ser nesse sentido.
6. Embargos de divergência provido⁸⁸.

Assim, conforme a lógica implementada pela Lei nº 8.666/93, entregue o objeto contratado, considera-se este vencido após 30 dias (art.40, inc. XIV, “a” da Lei nº 8.666/93), caso o contrato não estabeleça prazo maior, da realização da medição, momen-

88 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 968835/SC – rel. min. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 21/11/2012. No mesmo sentido: REsp 837790/SP, min. ELIANA CALMON, DJ 13/8/2007.

to no qual iniciará a contagem da correção monetária, e não do momento da entrega da fatura.

6 Conclusão

Assim, pode-se concluir, apesar da confusão terminológica que envolve o assunto, existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o reequilíbrio econômico-financeiro é gênero, do qual são espécies a revisão, o reajuste, a repactuação e a atualização monetária. Todos os referidos institutos cooperam para que seja garantida a manutenção efetiva das propostas.

A revisão, dentro da sistemática do equilíbrio econômico-financeiro, é o instrumento que garante o contrato das variações abruptas resultantes de eventos imprevisíveis, ou previsíveis com consequências incalculáveis, de acordo com a Teoria da Imprevisão.

Dessa forma, a sua aplicação independe de formalização prévia, admitindo-se sua utilização independentemente do edital ou do contrato. O STJ, o TCU e parte da doutrina firmaram entendimento de que os dissídios, convenções e acordos coletivos não ensejariam a aplicação da revisão em razão da sua regularidade e previsibilidade, o que impossibilitaria que tais fatos fossem classificados como imprevisíveis, ou de consequências incalculáveis.

Seguindo o mesmo argumento, também se tem rejeitado a revisão do contrato em razão da variação cambial regular, fato inerente à álea ordinária dos contratos, excetuando-se situações especiais, como a súbita desvalorização do real em 1999.

Quanto à majoração da carga tributária, a doutrina representada por Marçal Justen Filho sustenta que, sempre que houver um vínculo direto entre o encargo e a prestação contratada pela Administração, deve ocorrer a revisão do contrato administrativo. O TCU, entretanto, tem assumido postura mais rigorosa, exigindo que a modificação da carga tributária tenha resultado em considerável prejuízo ao contrato.

Outro aspecto relevante da revisão tem sido a paralisação ou o atraso da obra de construção e serviço de engenharia. Sobre o tema, o STJ e a doutrina têm admitido a aplicação da Teo-

ria da Imprevisão sempre que o atraso ou paralisação não tenha ocorrido por culpa do contratado.

No que se refere ao reajuste, figura que garante o equilíbrio do contrato diante das variações ordinárias, o entendimento dominante da doutrina e do TCU tem sido no sentido de que a sua formalização dispensa termo aditivo, podendo ser realizado por mero apostilamento. No caso dos contratos administrativos que não têm previsão expressa de reajustamento, a doutrina majoritária tem defendido a sua possibilidade. O STJ, contudo, decidiu algumas vezes que os contratos administrativos em que não estivesse presente previsão de reajuste seriam irremediáveis.

Observa-se, ainda, sobre o reajuste, que o TCU, em alguns votos, acompanhando parte da doutrina, tem permitido a aplicação do reajuste antes mesmo da assinatura do contrato, desde que tenha transcorrido o prazo de 12 meses da proposta (ou a data-base a que ela se referir), garantindo-se as condições originais do certame.

Existe também a figura da repactuação, que em razão de suas características especiais, é considerado por muitos como uma espécie de reajuste. Apesar de algumas dúvidas iniciais, a presente figura é tida como constitucional em decorrência de previsão no próprio art. 40, inc. XI, da Lei 8.666/93.

Sobre a data do marco inicial da primeira repactuação, tanto a doutrina quanto o TCU têm entendido que existe a possibilidade discricionária de que a Administração estabeleça a data da proposta, ou a data a que a proposta se referir, que deve ser entendida como a data em que ocorreu a convenção, acordo ou dissídio coletivo.

Por fim, quanto à atualização monetária, que garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato diante da mora da Administração, o TCU, o STJ e parte da doutrina têm sustentado que, mesmo diante da ausência de previsão contratual ou ressalva do contratado quando do recebimento dos valores, é aplicável tal figura.

Em suma, as referidas figuras objetivam garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, especialmente aqueles que tratam da construção de obras e serviços de engenharia.

Logo, é de suma importância que o operador do direito, em especial aquele que lida com contratos de obras e serviços de engenharia, tenha conhecimento da posição da doutrina, do STJ e do TCU, sem deixar de buscar o contexto de cada julgado, visando a proteger o direito de todos os envolvidos nos contratos administrativos.

7 Referências

ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n.118, p. 54-70, out. 2011.

BONATO, Hamilton. *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

1.6

DECISÃO CONTRA LEGEM: SOB UMA PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

CARLOS AUGUSTO LESSA ARIVABENE*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A decisão *contra legem*. 2.1 Análise doutrinária. 2.2 Decisão *contra legem* na jurisprudência. 2.3 Um caso concreto. 3 Conclusão. 4 Referências.

1 Introdução

É rotineiro para os juízes se disporem diante de situações em que a aplicação da regra não aparenta ser a melhor solução para o caso. Em que pese a primazia de aplicação das regras, vez ou outra há a necessidade de superá-las. Essa superação, quando não decorrente de uma inconstitucionalidade, trata-se das decisões *contra legem*. Portanto, esse trabalho tem como escopo apresentar a perspectiva doutrinária e jurisprudencial sobre as mesmas, de forma a facilitar a compreensão da sua real significação e hipóteses de cabimento.

2 A decisão *contra legem*

Antes de maiores elucidações, desde já pergunta-se: o que é uma decisão *contra legem*? O termo realmente significa, como se faz pensar, em algo “contra lei”, mas esse *contra legem* quer dizer contra a lei pura, em sentido estrito, ou contra o direito? Mas se for contra a lei, tem lugar para a mesma no ordenamento jurídico? Não seria uma contradição? Há poucos que se arrisgam a tentar entender o porquê de se permitir algo contrário à norma, ou ao direito, ou ao sistema de direito, razão pela qual

* Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

a presente tentativa se baseará em expor como a doutrina e a jurisprudência utilizam e aplicam o termo para, assim, tentar alcançar qual o atual significado majoritariamente adotado.

Explica-se que a concepção seguida é a de que *contra legem* realmente significa contra lei, não contra o direito. Isso porque, se uma decisão é considerada *contra legem*, é porque a mesma, em que pese não tenha fundamentos em regras processuais, possui fundamento em outras normas, principalmente as principiológicas. Portanto, a discussão paira dentro do ordenamento jurídico e não fora dele, e é distinta essa discussão por conta da preferência quase absoluta de aplicação das regras em face dos princípios. Mas, se em uma hipótese, a decisão for proferida sem fundamentação tanto nas regras quanto nos princípios, essa, diferentemente, seria uma decisão extrajurídica, inexistente por faltar-lhe requisitos essenciais à sua existência.

Por exemplo, cita-se um caso em que um cidadão falece, deixando uma considerável quantidade de bens, sem, contudo, possuir herdeiros. Dessa forma, desrespeitando-se as normas tanto do Código Civil quanto do Código de Processo Civil, Promotor e Juiz resolvem por bem dividir igualmente a herança entre os mesmos, pelo que é decretada essa divisão judicialmente. Percebe-se que essa prática não corporifica uma decisão *contra legem* porquanto não possui nenhum fundamento jurídico, ou seja, personifica, outrossim, uma decisão extrajurídica e, conseqüentemente, inexistente.

Contudo, não há maiores discussões nesse sentido, pois a maior parte que aborda, ainda que superficialmente, o tema fixa o embate no que tange à superação das normas jurídicas e, principalmente, naquilo relativo à justificação da decisão *contra legem*. Em verdade, a decisão *contra legem* em si não é amplamente debatida, normalmente sendo mencionada dentro das teorias gerais da argumentação jurídica.¹

1 Autores como Alexy, Perelman, Toulmin e MacCormick abordam o tema, malgrado não cheguem a se aprofundar no mesmo.

2.1 Análise doutrinária

As análises normalmente se baseiam no estudo dos casos fáceis e dos casos difíceis do direito e, ainda, na dicção de Atienza, nos casos trágicos. Os autores, na realidade, logram em pesquisar situações em que a dúvida se encontra nitidamente dentro do ordenamento jurídico, como as situações de interpretação da norma, da qualificação, de conflito, de qual deve ser aplicada ao caso concreto etc. Quando essas hipóteses não ocorrem no caso concreto, temos os chamados casos fáceis, ou claros, em que uma regra de subsunção é suficiente para a decisão, ainda que se deva manter a argumentação. Quando as referidas hipóteses ocorrem, temos, a princípio, os chamados casos difíceis, nos quais se percebe que há aumento da necessidade de carga argumentativa, cuja resposta à disputa nem sempre se dará corretamente pelo método lógico-dedutivo².

Por exemplo, para MacComirck³, os casos difíceis podem ser divididos em quatro, nos quais a justificação dedutiva certamente é insuficiente para resolver os mesmos, sendo os problemas normalmente de interpretação, de pertinência, de prova ou ainda de qualificação (ATIENZA, 2006, p. 123). No entanto, percebe-se que os problemas mencionados se encontram no teor da qualidade das normas jurídicas, não configurando, todavia, decisão *contra legem*, pois a decisão *contra legem* não permeia tais tipos de dificuldades, diga-se, a lei em exposição ao caso é clara, perfeita e totalmente válida. Ou seja, não há dúvidas quanto à sua obrigatoriedade e aplicabilidade. Para ele, a decisão deve ser pautada na prevalência dos argumentos linguísticos no processo interpretativo e, em determinados casos, sendo insuficiente a interpretação, em argumentos consequencialistas (ATIENZA, 2006, p. 123). Ao defender essa tese, MacCormick entende que a lei deve ser, via de regra, interpretada mediante processos linguísticos, havendo prevalência de sua

2 Hart e Dworkin possuem proposições de soluções dos casos difíceis, assim, enquanto aquele entende que a resposta deve se fundamentar na possibilidade de discricionariedade do juiz, este prevê que deve o juiz descobrir qual o direito aplicável ao caso, ainda que a fundamentação se opere em princípios (HART, 1994; DWORKIN, 2002).

3 Essa orientação do que Neil MacComirck entende por casos difíceis é feita por ATIENZA, M. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

aplicação. Mas, em certas hipóteses, pode acabar por ceder espaço a argumentos consequencialistas. Atienza expõe sobre MacCormick:

Na sua opinião há três níveis de interpretação: o nível semântico ou linguístico, o nível contextual e o nível valorativo consequencialista. Os argumentos linguísticos tem prioridade no processo interpretativo, mas precisam ser complementados com argumentos que estabeleçam o contexto da interpretação, seja na dimensão diacrônica (argumentos genéticos ou históricos) seja no aspecto sincrônico (argumentos sistemáticos em geral). A escolha final entre interpretações rivais ocorre de acordo com argumentos consequencialistas. O argumento linguístico que fixa o significado possível dos textos é, em todo caso, essencial, mas pode ser ultrapassado e dar assim lugar a uma interpretação *contra legem*. *Esse último tipo de interpretação pode ser admitido quando o texto contém uma contradição lógica, de forma tal que não haja nenhuma possível leitura capaz de afastá-la, mas também quando existe um absurdo axiológico, isto é, quando a interpretação linguística da lei faz com que o texto seja frustrante com relação a seus próprios objetivos, ou então irrealizável, ou seja, totalmente contra os princípios jurídicos ou da justiça em abstrato, ou do senso comum* (ATIENZA, 2006, p. 151, sem grifos no original).

Dessa forma, tem-se exposto em quais casos Neil MacCormick prevê a existência/possibilidade de uma decisão/interpretação *contra legem*, muito embora o termo utilizado – contradição lógica – aparentemente forneça uma carga de descrédito da legislação. Isto é, o que insurge a necessidade de fixação de uma decisão *contra legem* obviamente advém de uma previsão consequencialista, mas nem por isso há uma contradição lógica da lei não aplicada. Em verdade, muito pelo contrário, haja vista que é a própria certeza e qualidade da regra que a faz ser perfeita no ordenamento jurídico, ou seja, o seu afastamento se dá única e exclusivamente em virtude de uma consequência emergente da peculiaridade de um caso concreto, razão pela qual a mesma não deve ser aplicada.

Robert Alexy em uma abordagem um pouco diferenciada prevê quatro hipóteses em que apenas a subsunção lógica não

é suficiente para orientar uma decisão jurídica: (1) imprecisão da linguagem do direito; (2) a possibilidade de conflitos entre normas; (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente e; (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma (ALEXY, 2005, p. 33-34).

Porém, para o tema em questão, mais precisas são as colocações de Atienza ao explicar em que consistem os casos fáceis, os difíceis e, ainda, o que ele entende por casos trágicos. Para o autor, partindo, claro, da teoria padrão da argumentação jurídica, os casos fáceis são aqueles em que o ordenamento jurídico fornece uma única resposta correta para um caso, já nos difíceis, diferentemente, têm-se mais de uma resposta aparentemente correta dentro da conjectura do direito positivo e, por fim, sua inovação se dá no aspecto dos casos trágicos, os quais são aqueles em que *“não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas um dilema”* (ATIENZA, 2006, p. 226).

Percebe-se que a hipótese de decisão *contra legem* em muito se aproxima do que Atienza reputa ser um caso trágico, eis que, quando a solução se encontra dentro do direito positivo, independentemente da possibilidade de mais de uma resposta correta, temos um caso difícil. Contudo, há casos em que uma resposta em consonância com o referido direito implica, consequentemente, abdicação ou limitação de um valor fundamental, seja sob o vértice jurídico ou moral, daí a necessidade casuística de se fundamentar a decisão em algo que não seja positivado no ordenamento, em especial nos princípios. Expõem-se os motivos por ele formulados que explicam a ocorrência dos mesmos:

Hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos (especialmente, y aunque esto resulte paradójico, de los Estados de Derecho con mayor carga social y democrática) que permite explicar por qué se producen casos trágicos (ATIENZA, 2013, p. 27).

Podem-se dividir as justificações trazidas por Atienza em três: a) o primeiro motivo se refere à ampliação dos direitos, especialmente relativos ao surgimento dos direitos de substratos sociais e econômicos que culminam em uma maior força expansiva de regras e diretrizes e, com isso, numa maior probabilidade de se ocorrer contradições entre as mesmas do que somente com a existência das normas de “condição”; b) uma segunda razão para a existência dos casos trágicos no direito se dá em virtude de que os órgãos judiciais vêm decidindo os casos não somente alicerçando a decisão nos interesses em jogo, mas, na verdade, normalmente baseiam-se em valores morais que ordinariamente não são negociáveis. Aliás, como adverte Atienza, a necessidade dessa fundamentação também é um dos fatores que impedem que as contradições se mantenham ocultas; c) por fim, Atienza apresenta talvez aquela que seja a mais forte das razões relativas à existência e à produção dos casos trágicos, pois, para ele, grande parte desses casos se dão em virtude do fato de que as constituições contemporâneas, ao passo que objetivam ser “para todos”, ou seja, tentam retratar todo um espectro de valores direcionados à sociedade, incorporam valores últimos de signos, invariavelmente, contrapostos. Atienza usa o exemplo da Constituição Espanhola – que pode ser bem aplicado à Constituição Brasileira –, a qual busca preservar tanto valores da espécie liberal quanto valores igualitários de vertente social em um sentido amplo, o que acaba culminando em contradições dentro do próprio direito (ATIENZA, 2013, p. 27).

Percebe-se que Atienza atentou perfeitamente para as mudanças ocorridas nas constituições, o que factualmente gerou a produção daquilo que denomina casos trágicos do direito. Tal conclusão certamente também pode ser estendida à fabricação das decisões *contra legem*, que, em verdade, nada mais são do que a consequência jurídica da verídica existência dos casos trágicos.

Nesse contingente, analisar-se-á cada uma das razões trazidas à luz das decisões *contra legem* com intuito de se tentar explicar por que as referidas fundamentações dos casos trágicos também acarretam as decisões *contra legem*.

Em sua primeira exposição, Atienza fala da expansão da proteção dos direitos por parte das constituições democráticas que se dá pela normatização de regras e diretrizes⁴, o que, conseqüentemente, gera contradições. Para o tema, vê-se que são correntes as hipóteses em que vários direitos protegidos, às vezes por regras, outras vezes por princípios, colocam-se em rota de colisão com algum outro direito também protegido. Dessa forma, a decisão *contra legem* tem lugar quando há uma regra plenamente aplicável a um caso mas, ao mesmo tempo, com a aplicação dessa regra, tem-se um desrespeito a algum princípio de direito. Portanto, a dúvida surge ao magistrado consoante aquilo que deve aplicar, se o princípio ou se a regra. Assim, caso o mesmo opte pela aplicação do princípio, esse será o caso de uma decisão *contra legem*. O que se quer dizer é que essa constante proteção a direitos gera vez ou outra contradições, e que possivelmente podem criar os casos difíceis, os casos trágicos e, conseqüentemente, as decisões *contra legem*.

A segunda afirmação de Atienza se concentra na perspectiva de que o juiz não julga uma lide somente pensando nos interesses intraprocessuais, mas sim em valores morais que podem ultrapassar a mera relação processual. Pode-se ilustrar com um caso, embora fictício, possível, de um juiz que, ao julgar uma ação de indenização material em face de um pai de família, minora o valor da condenação pensando no sustento dos filhos do réu. O que ocorre é que o magistrado não observa somente o processo e as partes envolvidas, mas o coloca dentro de um contexto moral de tentar encontrar uma solução ao conflito com base em um sopesamento de interesses, inclusive de terceiros estranhos à lide processual, fazendo com que haja, talvez sem perceber, uma decisão naturalmente *contra legem*. Em verdade, realmente pode-se observar que em grande parte dos casos as decisões *contra legem* são produzidas pelo fato de o juiz extrapolar o julgamento para considerações morais extraprocessuais, talvez consequencialistas, desrespeitando, com isso, o direito positivo.

4 No contexto, "diretrizes" é utilizado como sinônimo de "princípios".

O último fundamento que Atienza utiliza para explicar a ocorrência dos casos trágicos é relativo ao fato de as constituições democráticas disporem grandes números de garantias fundamentais, sejam individuais, sejam sociais. Tentam proteger e resguardar valores últimos que, em várias vezes, acabam gerando, no caso concreto, verdadeiras contradições, principalmente, aqui complementando a formulação do autor, pela existência de princípios que, ora ou outra, vêm a colidir, em especial quando pelo menos um deles também encontra-se positivado por uma regra jurídica. Exemplifica-se a fundamentação de Atienza com um caso prático ocorrido: o ex-presidente Fernando Collor de Melo foi casado com Rosane Collor sob o regime de separação total de bens. O juiz de primeiro grau decidiu no processo de divórcio (sentenciado em 2005), além de conceder pensão alimentícia à Rosane no valor de 30 salários-mínimos, destinar dois carros e dois imóveis à mesma, sob o fundamento de que ela não teria condições de trabalhar enquanto era primeira dama, decisão essa que fora posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça⁵. O regime de casamento da separação bens, de acordo com o Código Civil de 1916⁶, prevê: “*Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, nº I, 242, nº II, e 310)*” (BRASIL, 2013b). Com o divórcio, em uma acepção legal, os bens deveriam se preservar na propriedade de Fernando Collor, que era detentor de todos os bens do casal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em desacordo com a lei, por entender que no caso concreto a aplicação da regra – que abstratamente não é inconstitucional – acarretaria em violações de direitos fundamentais da divorcianda. A decisão acima trazida é *contra legem* no sentido de não observar a aplicação do Código Civil, pois a aplicação da lei levaria, como exposto pelo Tribunal, a um choque com di-

5 Por se tratar de direito de família, o processo é sigiloso, contudo, a matéria pode ser conferida em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/stj-fixa-pensao-de-r-20-mil-para-ex-mulher-de-collor-por-mais-3-anos.html>.

6 O matrimônio fora contraído na constância do antigo Código Civil, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, que é o correto a ser aplicado, nos termos do artigo 2.039 do Código Civil de 2002.

reitos fundamentais. Como explica Atienza, todos esses valores imbuídos na Constituição podem, vez ou outra, encontrar-se em situação conflitante, ainda que somente no caso concreto.

Em complementação ao estudo das decisões *contra legem*, outro ponto interessante deve ser alocado no sentido de se considerar ou não a jurisprudência como uma das fontes do direito. Pois bem, um dos pontos é: se consideramos a possibilidade de existência da decisão *contra legem*, aceitamos a jurisprudência como fonte do direito, independentemente de outras discussões atinentes às outras funções da mesma,⁷ pois se acredita que é fonte tudo aquilo que cria direito. De qualquer forma, sempre que houver uma decisão *contra legem*, haverá a criação do direito e essa, conseqüentemente, será fonte. Fato é que as decisões *contra legem* e a jurisprudência *contra legem*⁸ existem, ou, como salienta Bustamante, “*as mesmas são inevitáveis, sob pena de flagrante incoerência e irracionalidade no sistema jurídico como um todo*”, portanto, ocorrendo decisão *contra legem*, esta é tida como fonte do direito (BUSTAMANTE, 2005, p. 3). Deve ser esclarecida essa conclusão porque a jurisprudência, enquanto extensão da interpretação da norma, pode ou não configurar fonte do direito (considerando-a regra clara, sem necessidade de interpretação judicial), a depender da teoria a ser seguida, mas, quando cria cláusulas de exceção de aplicação da regra, formando ou não precedentes, conseqüentemente cria uma norma, ou seja, faz jus à disposição de ser instituída como uma fonte do direito. Preceitua Gilson Ferreira:

Nesse compasso, o que se busca é perceber que a lei, em sua relação de estreita afinidade e complementaridade com a jurisprudência, nela se abeberará de vida e dela se nutrirá para o atingimento de sua pretensa universalidade e abran-

7 “Por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas formas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial” (REALE, 2002, p. 130).

8 Adianta-se que defendo a existência da decisão *contra legem* em virtude tão somente da peculiaridade do caso concreto. Portanto, entendo que essa decisão *contra legem* não deve ser de maneira abstratamente universalizada. Logo, não deve inferir em jurisprudência *contra legem* no sentido de formação de precedente judicial, salvo para casos idênticos, inclusive com as mesmas peculiaridades.

gência, ainda que prevaleça, em certa medida, a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior de que '[...] a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, 'fonte' interpretativa, mas não chega a ser fonte do direito [...]', a não ser que, como aponta o autor, predomine a hipótese de jurisprudência *contra legem* como fonte genuinamente jurisprudencial (FERREIRA, 2006, p. 103-104).

Nesse horizonte, percebe-se que a princípio a jurisprudência não pode ser entendida como fonte direta do direito, porquanto sua principal função se permeia justamente na interpretação das próprias fontes do direito. Contudo, sem perpassar pela discussão acerca da possibilidade de existência ou validade da decisão *contra legem*, mas aceitando que a mesma, no mundo prático, de fato existe, não há como negar que, como salienta Ferreira, a decisão *contra legem* tem aspecto de fonte do direito, ainda que genuinamente jurisprudencial.

Saindo do contexto da decisão *contra legem* como fonte do direito, a análise será, ao momento, mais revertida às conceituações que a doutrina traz das mesmas, na maior medida possível destacando o que de mais importante cada autor brasileiro apresenta.

Para Bustamante, as decisões *contra legem* são necessárias devido à pretensão de correção das regras jurídicas, abarcando tanto a sua validez por critérios jurídicos quanto também ao que tange a pretensões de correção prático-rationais, ocasionando assim o fenômeno da superação das regras (BUSTAMANTE, 2010, p. 174). Segundo o autor, a possibilidade da decisão *contra legem* se manifesta quando a aplicação de uma regra jurídica ocasionar transgressões de princípios considerados importantes dentro do ordenamento jurídico, implicando, ao caso concreto, verdadeiras injustiças, corrigíveis a partir da criação da exceção de aplicação da regra na casuística específica. Dessa forma, essa pretensão de correção se dará a partir dos postulados da proporcionalidade, coerência e da razoabilidade, o que permite a justificação da decisão *contra legem* (BUSTAMANTE, 2005, p. 240).

Dito isso, Bustamante faz um complexo trabalho acerca das decisões *contra legem*. Contudo, válida é a ressalva que a maior

preocupação do autor se dá em formular parâmetros normativos no sentido de orientar o intérprete no momento da análise dos casos, para que, assim, não ocorra um respeito incondicional às normas ditadas pelo legislador. Em verdade, o trabalho de Bustamante é direcionado a explicar a possibilidade da argumentação jurídica *contra legem*, mediante uma extensão da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, na medida do possível, aplicada à justificação das decisões *contra legem* (BUSTAMANTE, 2005, p. 1-3).

Marlom Tomazetti também retrata as decisões judiciais *contra legem*:

Trata-se da chamada superabilidade prática das normas, por meio da qual se admitem decisões que vão contra o que está expressamente estabelecido, *desde que sejam justificadas por princípios e/ou pelas consequências da decisão*. 'Na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei. A lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos específicos'. *Assim as consequências e os princípios podem ser utilizados como critérios suficientes para aferir a correção de decisões judiciais que aparentemente contrariam o texto da lei*, mas que na verdade apenas fogem do sentido mais óbvio das palavras (TOMAZETTI, 2013, p. 168-169, sem grifos no original).

Interessante destacar que Tomazette descreve que é possível a admissão de uma decisão *contra legem* não só pelo desrespeito a princípios, mas também pelas consequências da decisão caso seja proferida de acordo com a regra. No entanto, entendo de maneira diferente, visto que somente consequências oriundas da decisão ou ainda somente a transgressão a princípios não são causas suficientes que ensejam a necessidade de uma decisão *contra legem*. Só é possível a sua produção na hipótese última e excepcional de que ambos os fatores estejam necessariamente abarcados no caso concreto. Uma decisão que desrespeita um princípio não necessariamente traz consequências, como também é válido o contrário, ou seja, somente o fato de afronta ao princípio não me parece justificativa suficiente per-

missionária, salientando-se, a mais, que qualquer decisão jurídica acaba por gerar consequências que muitas vezes podem ser interpretadas como injustiças, mas não é somente por esse fato que devam ser evitadas.

O autor explica ser possível justificar a utilização de uma decisão *contra legem* somente pelas consequências jurídicas advindas da própria decisão. No entanto, uma decisão judicial não deve apenas ser justificada – aqui entendida como sinônimo de argumentada –, mas sim fundamentada, o que não é possível de se fazer tão somente pelas consequências oriundas da decisão. Uma justificação apenas consequencialista não fundamenta, não pode ser entendida como tipicamente jurídica. Parece que caso o posicionamento de Tomazette fosse aplicado pelos magistrados, a quantidade de decisões *contra legem* seria absurda, pois, talvez não sempre, mas certamente na maioria dos casos, a decisão judicial acabaria levando a consequências judiciais um pouco desassociadas do conceito moral de justiça. Isso permitiria ao juiz decidir *contra legem*, indo de encontro ao caráter *prima facie* de aplicação de regra, ainda mais quando não necessária a fundamentação em parâmetros principiológicos. Não se refuta aqui a colocação de Tomazette, contudo não se pode concordar com a sua aplicação da maneira expansiva e não criteriosa com a qual trata as decisões *contra legem*.

João Baptista Villela bem pondera o excerto:

Quid juris se, [...], o juiz não considera boa a lei aplicável? Ou não a tem como a de melhor conveniência para a situação? Ou mesmo, ainda, se por motivos de sua visão de mundo, de sua formação intelectual ou de suas preferências pessoais, supõe-se capaz de conceber a norma em termos diversos? Transmuda-se em legislador? Investe-se nos poderes de ser, ele próprio, o artífice *ex novo* da solução? Não é o que diz, mais uma vez, o Código de Processo Civil, que, sequer em caso de lacuna, lhe dá poderes de *fazer* a lei. Deve recorrer “à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (art. 126, *in fine*). A mesma equidade, tão sedutora aos juristas pelo seu apelo a valores escondidos nos arcanos de nossa consciência, está vedada, a não ser “nos casos previstos em lei” (Código de Processo Civil, art. 127) (VILLELA, 2013).

De fato a preocupação é válida, eis que não pode o Poder Judiciário deixar de aplicar a lei simplesmente porque não a considera conveniente a um caso concreto, ou, como dispõe Tomazette, porque dela surgirá consequências. As mesmas devem ser na máxima medida possível evitadas com o fim último de se resguardar a segurança jurídica, razão maior para a existência das regras.

Dessa mesma forma se posiciona Livia Paula de Almeida Lamas, ao dispor que “*não se pode permitir que o juiz julgue contra legem pelo simples fato deste aferir que determinada norma é injusta, uma vez que tal postura acarretaria insegurança jurídica*” (LAMAS, 2013). Pelo que se visualiza, portanto, o postulado da segurança jurídica é um dos princípios basilares protetores do ordenamento jurídico e, por isso, deve ser na máxima medida protegido.

2.2 Decisão Contra Legem na jurisprudência

Uma vez tendo sido demonstrado qual a percepção doutrinária acerca das decisões *contra legem*, passa-se agora a explorar o que a jurisprudência tem estabelecido sobre o assunto. Antes, válido é esclarecer que as decisões colacionadas não são decisões *contra legem* propriamente ditas, mas, em verdade, traduzem aquilo que a jurisprudência aparentemente entende sobre as mesmas.

As decisões trazidas são do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, explicitando que os julgados obtidos obedecem ao parâmetro de pesquisa jurisprudencial que se limita à utilização do termo “*contra legem*”, com respectivas análises dispostas sequencialmente, não apreciadas questões atinentes à área penal.

A seguir decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que trata do termo ‘costume *contra legem*’:

DIREITO CAMBIÁRIO E RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CHEQUE PÓS-DATADO. PACTUAÇÃO EXTRACARTULAR. *COSTUME CONTRA LEGEM*. BENEFICIÁRIO DO CHEQUE QUE O FAZ CIRCULAR, ANTES DA DATA AVENÇADA PARA APRESENTAÇÃO. TERCEIRO DE BOA-FÉ, ESTRANHO AO PACTUADO. ILEGITIMIDADE PASSI-

VA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS.

1. O cheque é ordem de pagamento à vista e submete-se aos princípios, caros ao direito cambiário, da literalidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.
2. Com a decisão contida no REsp. 1.068.513-DF, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, ficou pacificado na jurisprudência desta Corte a ineficácia, no que tange ao direito cambiário, da pactuação extracartular da pós-datação do cheque, pois descaracteriza referido título de crédito como ordem de pagamento à vista e viola os princípios cambiários da abstração e da literalidade.

[...] (sem grifos no original).⁹⁻¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça pouco menciona o termo em seus julgados e, quando o fez, um dos termos utilizado é o de 'costume' *contra legem*, e não 'decisão' *contra legem*, conforme demonstrado no julgado acima. No entanto, o que passa despercebido pelos ministros é que a adoção judicial de um costume *contra legem* consequentemente ocasiona também uma decisão *contra legem*, que não pode ser fundamentada simplesmente com base na adoção ou recepção de costumes.¹¹⁻¹²

Nas outras vezes em que menciona o termo, pode-se separar a apreciação em duas: uma em que o STJ se limita a verificar

9 REsp 884.346/SC. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22contra+legem%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>>. Acesso em: 11 set. 2013.

10 Ver também R. Esp. 875161 / SC; R. Esp. 1200125 / RS; R. Esp. 877074 / RJ.

11 Veja a ementa do Recurso Extraordinário 58414 / GO do STF, de 1965, que corrobora com a exposição supra: "JUROS. A PROIBIÇÃO DE SUA COBRANÇA, ACIMA DA TAXA LEGAL, E NORMA DE DIREITO PÚBLICO, QUE DEVE SER CUMPRIDA. O COSTUME CONTRA LEGEM NÃO PODE SER FUNDAMENTADO DE DECISÃO JUDICIAL, PORQUE A LEI SÓ SE REVOGA POR OUTRA LEI. REPRESSÃO DA USURA DECORRENTE DO PRÓPRIO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO" (sem grifos no original). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22contra+legem%22%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k32x5zo>>. Acesso em: 11. Set. 2013.

12 Vale explicar que não se admite, a princípio, a fundamentação de uma decisão judicial em costumes *contra legem* porque a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, só admite a utilização de costumes em decisões quando a lei for omissa, ou seja, se há um costume *contra legem* é porque existe uma lei que regula a matéria, logo tanto a lei não é omissa quanto o juiz não pode basear uma decisão no costume, sob pena de proferir uma decisão também *contra legem*. "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (BRASIL, 2013a).

se determinado ato se reputa ou não *contra legem* e outra em que o STJ utiliza o termo exatamente para evitar a produção de uma decisão *contra legem*, ou seja, desde já é possível concluir que o órgão judiciário só utiliza o termo ao negar uma interpretação *contra legem*, o que significa que, quando profere uma decisão nitidamente *contra legem*, ou o órgão não percebe essa característica ou evita utilizar a referida nomenclatura.

Além da decisão acima exposta, abaixo estão dispostos todos os outros casos em que a nomenclatura '*contra legem*' aparece em julgados, podendo ser divididas as jurisprudências em dois grupos, 1) o primeiro relativo à análise se um ato extrajudicial é ou não *contra legem* e; 2) o segundo, em que se encontram decisões que utilizam o termo como forma de se evitar decisões *contra legem*:

- 1) Verificação de ato extrajudicial *contra legem*: AgRg no AgRg no REsp 1261824 / SP; AgRg no Ag 1307948 / SP; *EDcl nos EREsp 505179 / SC; EREsp 505179 / SC; AgRg na SLS 114 / RS; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 740652 / DF; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 727106 / RJ; EDcl no REsp 709418 / RJ; AgRg no AgRg no REsp 707005 / DF; AgRg no Ag 593647 / RJ; REsp 632474 / RJ; REsp 718221 / RJ; REsp 692241 / RJ; REsp 547657 / MG; REsp 510150 / MA; AgRg no Ag 224394 / SC; REsp 151675 / MG; MS 2867 / DF; RMS 1060 / RJ; MS 1415 / DF; REsp 4824 / RJ.*
- 2) Decisões impeditivas da ocorrência *contra legem*: REsp 1085218 / RS; RMS 22692 / RJ; RMS 23014 / MT; *AgRg no R Esp 903901 / RS; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 793236 / RS; AgRg nos EREsp 759114 / RS; EDcl no AgRg no REsp 796682 / RS; AgRg no REsp 850235 / RS; AgRg no REsp 796682 / RS; AgRg nos EREsp 782179 / RS; AgRg nos EREsp 789305 / RS; AgRg no REsp 793236 / RS; AgRg nos EREsp 771433 / RS; AgRg na SS 1467 / DF; REsp 614186 / SC; REsp 173213 / SP; REsp 603451 / PE; RMS 7333 / CE¹³.*

13 Os acórdãos sublinhados são referentes à mesma matéria jurídica.

Passa-se agora a perquirir as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, desde já salientando que a metodologia de abordagem é a mesma, ou seja, a pesquisa se baseia na análise de toda a jurisprudência do órgão que contenha o termo “*contra legem*”, excetuando-se as atinentes à área penal, objetivando, com isso, verificar qual é o trato dado pelo STF em relação ao parâmetro fornecido. Ressalta-se que o objetivo é o de tão somente verificar as hipóteses de utilização do termo dentro da conjectura jurisprudencial. A seguir acórdão do STF:

[...] CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA INCLUSÃO [...] O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE DE CONFLITO FEDERATIVO [...] A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “*due process of law*”, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, espe-

cialmente nos casos em que o Estado atua “*contra legem*” ou “*praeter legem*”, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar [...]”. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecimento de situação configuradora do “*periculum in mora*” [...] ¹⁴.

A decisão, com relatório proferido pelo Min. Celso de Melo, demonstra, pelo menos superficialmente, a aversão que o órgão máximo do Poder Judiciário possui em relação não só à decisão *contra legem*, mas a qualquer ato que vá de encontro à lei. Vê-se que o acórdão se preocupa com temas atinentes à legalidade e ao devido processo legal. Portanto, a impressão que se tem é que, para o Supremo Tribunal Federal, não é possível a existência de nada que seja *contra legem*, cabendo revisão quando esta ocorrer, com vistas à proteção da segurança jurídica e, em última instância, da supremacia da Constituição. Contudo, até mesmo o STF, vez ou outra, profere uma decisão *contra legem*, malgrado o repúdio demonstrado no caso citado.

Ato contínuo, da mesma forma como foram divididas as ocorrências no Superior Tribunal de Justiça, pode-se fazê-lo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

- 1) Atos *contra legem*: RE 230267 / MG; RE 73923 ED-EDv / SP; RMS 13204 / SP; RE 24593 / SP; RMS 2433 / DF. Nesse grupo encontram-se decisões proferidas pelo Supremo em que é averiguado se determinado ato foi ou não praticado de maneira contrária à lei.
- 2) Decisões não *contra legem*: AR 848 / DF; RE 74062 / RS; RE 58414 / GO; RE 23994 / DF; AI 15059 / DF;

14 Para mesma matéria jurídica veja AC 1033 AgR-QO / DF.

RE 16784 / DF. Diferentemente, esses julgados tratam de apreciações de recursos de decisões que ou foram proferidas *contra legem* em instâncias inferiores ou reforçam a impossibilidade dessa ocorrência.

No entanto, existe ainda no Supremo certo grupo de decisões em que os ministros se preocupam não só em abordar o termo *contra legem*, mas também os termos *citra legem* e *ultra legem*:

[...] Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em conseqüência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata.

O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. (sem grifos no original)¹⁵⁻¹⁶.

Dessa maneira, é relevante explicar, ainda que não profundamente, o significado dessas duas outras expressões. No esteio, tem-se que o termo *citra* significa aquém, abaixo, menos, ou seja, o ato, podendo ser inclusive uma decisão, está aquém daquilo que foi determinado pela lei. Por exemplo, imagina-se uma Lei Estadual que exige do cidadão o pagamento de uma taxa para a emissão de determinada certidão. O órgão público,

15 ADI 996 MC, Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22contra+legem%22%2C+e+citra%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/od7xton>>. Acesso em: 11. Set. 2013.

16 No mesmo sentido AI 135632 AgR / RS; ADI 561 MC / DF, do Supremo Tribunal Federal.

no entanto, fornece a certidão sem fazer a exigência do pagamento da referida taxa. Assim, fica claro o caráter *contra legem* do ato administrativo. Diferentemente, o ato *ultra legem* é aquele que está além, acima do comando legal, ocorre quando uma regra impõe uma ordem e o ato ultrapassa a exigência especificada. Veja a jurisprudência a seguir do Tribunal de Justiça do Maranhão:

E M E N T A ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. DECRETO MUNICIPAL Nº 25.300/2003. LICENÇA PARA INSTALAÇÃO DE “OUTDOORS”. CERTIDÃO NEGATIVA DE IPTU. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. IMPROVIMENTO. I - O *Decreto Municipal nº 25.300/2003, que condiciona liberação de licença para instalação de “outdoors” à exibição de certidão negativa de IPTU, extrapolou os limites fixados no Código de Postura do Município de São Luís (Lei nº 1.790/1968), pois, projetando-se ultra legem, criou nova condição para expedição da referida licença, sendo, por isso mesmo, ilegal; II - por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei; e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos; III - o Ente Público não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte ou terceiros a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso; IV - apelação improvida (sem grifos no original)¹⁷.*

Percebe-se que o acórdão trata o caso em questão como um ato *ultra legem* do poder executivo, intitulando-o, desta forma, como ilegal. A questão aqui ficaria em apreciar se realmen-

17 Processo nº 0016011-08.2010.8.10.0000. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNotyk0OwiA-QQOG79Alw_Lcuu_AC7s3MXDDahNCmgPH4duHy5XttAe2XyVwwalwiNBkkA4SKOBrSpJNXNnhQ-GImkM94Fy-z5GmdNFKwOivJsZUuvUeN-P3EI3msbpePzGFQ2RtEKP7ZjFyCo1_Wv55X929c3fpKQyrr-gIQQ53X6bSS2Z>. Acesso em: 12 set. 2013.

te esses atos *citra* e *ultra legem* seriam de fato diferentes dos chamados atos *contra legem*, eis que a consequência, ou seja, a decretação de sua ilegalidade, pelo que se exprime, é nada mais do que a própria ilegalidade. Nesse desiderato, percebe-se que, se considerarmos que os atos/decisões *citra* e *ultra legem* estão consubstanciados em ilegalidade, ou seja, em desacordo com a lei, a conclusão única a que se chega é que, na verdade, essas especificidades são subespécies do gênero *contra legem*. Caso contrário, teríamos até a possibilidade de atos, judiciais ou administrativos, *citra* ou *ultra legem*, mas que, distinta e imperiosamente, não poderiam ser declarados ilegais por essa mera liberalidade.

Todavia, tem-se que não é o foco discernir se há ou não subespécies das, agora especificamente, decisões *contra legem*, mesmo por que tal diferenciação pouco acrescenta de relevante, bastando apenas a identificação casuística se o ato efetivamente trata-se ou não de hipótese de ocorrência de decisão *contra legem*. Contudo, essa diferenciação seria relevante caso as consequências advindas de sua análise ou averiguação modificassem o resultado final de uma lide. Seria como se dividisse o fato *contra legem* em graus ou níveis, o que resultaria em uma decisão *mais* ou *menos contra legem*, a depender de critérios a serem definidos de acordo com sua origem *citra* ou *ultra*. Tal raciocínio, em verdade, bem caberia para decisões judiciais fundamentadas em princípios, estes sim, podendo ser divididos em graus ou níveis; mas, como a proposta aqui não é a de verificar decisões conflitantes somente com princípios, mas as que se encontram em desacordo com a regra posta, conclui-se que a referida diferenciação, ao menos em princípio, não possui maior relevância.

2.3 Um caso concreto

Até agora, nessa parte de análise prática de casos reais, foram expostos dois casos, um em que fora promovida uma decisão *contra legem*, mas com a qual não se concorda (embargos à execução) e outra em que se concorda com a decisão *contra legem* proferida (execução judicial de boleto bancário). No en-

tanto, o caso a seguir refere-se a uma situação em que seria bastante razoável decidir *contra legem*, mas, em contrário, o juiz julgou exatamente de acordo com a lei.

Esse fato trata-se de uma situação ocorrida no Estado de Ohio, Estados Unidos da América, em que o cidadão Donald Eugene Miller Jr. foi legalmente declarado morto em 1994 por requerimento de sua esposa em virtude de seu desaparecimento desde 1986. Ocorre que no ano de 2013, resolveu voltar para o seu Estado e requerer judicialmente a declaração de que estava vivo, pelo que o juiz Allan Davis, processo nº 19940150, decidiu da seguinte maneira:

This matter came before the Court on October 7, 2013, upon Defendant's Motion filed on August 15, 2013 seeking the vacating and/or other relief from the judgment entered by this Court on May 31, 1994 declaring the Defendant, Donald Eugene Miller, Jr., to be deceased. Also before the Court was Plaintiff's Motion seeking the dismissal of Defendant's Motion filed on September 23, 2013. Plaintiff's was present with her attorney, James A. Hammer, and Defendant was present with his attorney, Francis M. Marley, Jr. The Court heard arguments of counsel and sworn testimony of the Defendant was also received. Based upon the evidence and arguments before the Court, the Court finds that it does not have a legal or equitable basis upon which to grant Defendant's Motion. The Court further finds that O.R.C. Section 2121.08(A) applies herein and provides that Defendant's Motion was not timely filed within the three (3) year period required by said statute. Based upon the foregoing findings, it is ORDERED, ADJUDGE AND DECREED that Defendant's Motion filed on August 15, 2013 shall be and hereby is denied. Accordingly, this Court's Judgment Entry on May 31, 1994 remains in full force and effect. Costs to Defendant¹⁸.

Pelo exposto, visualiza-se que o juiz Allan Davis decidiu confirmar a decretação de morto de Donald Miller, pessoa viva, pois, conforme narrado, este requereu a declaração de que era

18 Probate Court Hancock County, Juiz Allan H. Davis, processo n. 19940150. Disponível em: <<http://probate.co.hancock.oh.us/cgi-bin/pdocket.cgi?pre=PC&num=19940150&sub=&type=PC>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

vivo após o prazo de três anos estipulado pela Lei do Estado de Ohio. A seguir expõe-se a referida regra:

2121.08 Administering estate when decree vacated.

(A) The probate court may at any time within a three-year period from the date of the decree establishing the death of a presumed decedent, upon proof satisfactory to the court that the presumed decedent is in fact alive, vacate the decree establishing the presumption of death. After the decree has been vacated all the powers of the executor or administrator of the presumed decedent cease, but all proceedings had and steps taken with respect to the administration of the estate of the presumed decedent prior to the vacating of the decree remain valid. The executor or administrator of the estate of the presumed decedent who is found to be alive shall settle the account of the executor's or administrator's administration down to the time of the vacating of the decree and shall transfer all assets remaining in the possession or under the control of the executor or administrator to the person for whom the executor or administrator is acting, or to that person's authorized agent or attorney.

Dessa forma, verifica-se que aparentemente ou apenas por uma análise superficial essa decisão não foi razoável, importando em grave conflito normativo e clara situação de tensão, razão essa pela qual se cria uma metodologia de resolução do conflito a ser aplicada ao caso:

Tensão: a situação de tensão se mostra pertinente, primeiro, porque não se faz razoável declarar morta uma pessoa viva, assim, o conflito pode ocorrer em vários aspectos, mas, aqui será reduzido entre a regra que estipula prazo de três anos para o Tribunal reverter a declaração de morte e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁹.

19 "O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais são os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (rule's purpose), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias" (ÁVILA, 2012, p. 63).

Razão de ser da regra: a regra em questão trata de um prazo de 03 anos para que o Tribunal possa rever a decisão que decretou a morte presumida, ou seja, tem provavelmente como razão de ser fazer com que a decisão judicial transite em julgado em um período específico, trazendo com isso segurança jurídica e econômica para a família do falecido presumido. É dizer, tem como justificção possibilitar, dentro do prazo de três anos, uma rediscussão se o desaparecido de fato é falecido ou não, com natureza jurídica semelhante ao instituto da ação rescisória e, ainda, impedir, após o decurso legal do prazo, nova rediscussão, garantido, portanto, um julgamento definitivo do feito. Em geral e abstratamente, é fundada ainda no princípio do devido processo legal procedimental. Para complementar, expõe-se como *predicado fático* da regra a *decretação de morte presumida* e, como *consequente* a conclusão de que *o tribunal pode, em até três anos, reverter a decretação de morte presumida*.

Razão de ser dos princípios: como disposto acima, o conflito aqui será traçado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse segmento, traçar a razão de ser ou o núcleo de sentido do princípio da dignidade da pessoa humana é quase que tender ao infinito, motivo pelo qual vários outros princípios tem na dignidade fundamento último de existência, assim, especificamente para o caso, pode ser identificado o direito à vida, à igualdade, à personalidade etc.

Fundamentação e razões: a decisão tomada pelo juiz Allan Davis foi fundamentalmente de acordo com a legislação vigente no Estado de Ohio, ou seja, não admitiu a resignação de sentença declaratória de morte presumida, ainda que a parte ré da demanda veridicamente se encontrasse viva, eis que ultrapassado o lapso temporal de três anos que permitiria a alteração do julgado. No entanto, claro é que surpreende, ainda que protegido pela lei, que uma pessoa com vida seja declarada morta. A razão de ser da regra, no caso, é menor do que a razão de ser do princípio. Ainda que a regra disponha de prazo de três anos para que o Tribunal possa alterar o decreto que declarou a morte presumida, certamente os legisladores não previram a possibilidade de que uma pessoa ainda pudesse se encontrar viva depois de tantos anos, ou seja, a aplicação da regra não corresponde a sua razão

de ser, que seria a de dar uma resposta definitiva ao processo e segurança jurídica e econômica a família, contudo, para a regra, do outro lado, não haveria um réu, mas sim um morto. Como a peculiaridade do caso apresenta não pessoa morta, mas sim pessoa viva, não pode a essa ser negado todos os direitos de um cidadão qualquer. Ainda que assim determine a norma, a dignidade da pessoa humana, adjunto a todos os seus consectários, deve prevalecer. A decisão do juiz não retira a vida biológica do cidadão, mas sim os atributos fundamentais desta, o direito jurídico de viver, direitos da personalidade jurídica. Como pode uma pessoa viver, mas, ser legalmente morta? O juiz em questão é consignatário do grupo dos tomadores de decisão do modelo formalista, ou seja, o predicado fático da regra deve ser obedecido absolutamente, independentemente das circunstâncias condicionantes e da justificação da regra²⁰. Para Donald Miller, em verdade, foi quase uma sorte o juiz não ter mandado executar a sentença, retirando verdadeiramente a vida do mesmo, fazendo os fatos reais se adequarem à realidade jurídica. No caso, o devido processo legal, do Estado, deve ser afastado com viés a proteger o devido processo legal da parte, eis que, ao se observar a regra, viola-se toda uma gama de direitos processuais constitucionais e fundamentais do falecido presumido, motivo que leva tendentemente a sobrepujar as razões de reversão da situação e declará-lo vivo do que mantê-lo como morto.

Conclusão: em qualquer caso, a preferência de aplicação sempre é concedida às regras jurídicas, haja vista que o legislador fora responsável por ponderar grande parte das situações possíveis e previsíveis em seu processo de criação. No entanto, há casos que fogem dessa conjectura, encaixando-se em uma situação que não fora prevista pelo legislador no momento de criação das regras, logo, nessas situações, não houve uma correta ponderação. O caso em apreço certamente configura o disposto, eis que provavelmente o legislador jamais consentiria uma hipótese de uma pessoa viva legalmente estar morta. É

20 Mais sobre os modelos de tomada de decisão e sobre a constituição das regras em SCHAUER, F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decisions-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

típico caso de sobreinclusão da regra, uma vez que essa, pragmaticamente, teve abrangência maior do que a prevista. Nesses termos, certo é que, considerando que a regra é sobreinclusiva, e que, no caso, as condições de superação da regra – asseguradas pela dignidade da pessoa humana –, são mais relevantes do que a própria existência da regra, deve ser aberta uma cláusula de exceção de aplicação da mesma para que, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários, se afaste a incidência casuística da regra e seja possível o Tribunal reverter a decretação de morte presumida do réu, uma vez que o mesmo se encontra vivo, inserindo-o novamente no contexto jurídico atinente às pessoas vivas.

3 Conclusão

Dessa forma, a partir de todo o exposto, tem-se que fora explanado a parte relevante das abrangências das decisões *contra legem*, perpassando por uma análise inicial especialmente teórica, abordando temas como o dos casos fáceis e difíceis do direito e, notadamente, os casos trágicos de Manuel Atienza, para, em posterior, traçar a investigação para o que a doutrina brasileira e a jurisprudência nacional têm discutido sobre o tema.

Quanto à parte da jurisprudência, mais especificamente, vale a observação de que, em princípio, qualquer hipótese de decisão *contra legem* é completamente rechaçada, especialmente quando se trata do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as abordagens desses órgãos em relação ao termo sempre se dão no sentido de que a eles não é permitido proferir qualquer espécie da mencionada decisão. Contudo, vários são os casos em que é possível se verificar decisões *contra legem* proferidas por esses órgãos, ou seja, parece, ao menos em princípio, que esses órgãos judiciais ou não deixam transparecer que determinada decisão judicial é de fato *contra legem* por terem certo receio do uso do termo a favor da decisão e com isso evitar a formação de precedentes judiciais nesse sentido, ou simplesmente não assemelham ou não possuem qualquer consciência de que o afastamento de uma regra válida é, de fato, uma decisão *contra legem*.

Por fim, fora demonstrado um caso concreto em que era completamente aconselhável decidir *contra legem*, analisando-se detidamente a peculiaridade do caso concreto e o colocando em rota de colisão o conflito normativo.

O nosso ordenamento jurídico não é perfeito e comporta falhas. Uma das formas de se sobrepor a essas falhas existentes é por meio da decisão *contra legem*. Contudo, estas, apesar de às cegas serem produzidas, são pouco estudadas e debatidas, razão essa pela qual se percebe que os Tribunais aparentemente as rechacem, muito embora seja cotidiano a sua criação pelos tomadores de decisões sem que estes se deem conta.

Portanto, a conclusão a que se chega é que, considerando os avanços dos direitos constitucionais e da busca por uma tutela jurisdicional mais adequada e efetiva, deve haver mais pautas de discussão das decisões *contra legem*, pois certamente elas compõem uma das boas formas de solução dos conflitos normativos.

4 Referências

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ATIENZA, M. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

_____. *Constitucionalidad y decisión judicial*. Los limites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15818>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BUSTAMANTE, T. D. R. D. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Democracia - Revista Semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. n. 37, p. 152-180, jul./ dez. 2010.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, institui a lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2013a.

BRASIL. *Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 19 dez. 2013b.

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

FERREIRA, G. A jurisprudência contra legem e sua posição no quadro teórico das fontes de produção normativa segundo o modelo jurídico romano-germânico. *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p.99-111, 2006. Disponível em: <http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v5/prismajuridico_v5.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LAMAS, L. P. D. A. O positivismo jurídico e a norma injusta. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10466>. Acesso em: 2 set. 2013.

OHIO. *Ohio Revised Code*. Chapter 2121: Presumed Decedents' Law. Disponível em: <<http://codes.ohio.gov/orc/2121>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHAUER, F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decisions-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

TOMAZETTE, M. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. *Revista Direito e Práxis*, v. 3, n. 2, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1877>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

VILLELA, J. B. Francamente contra legem. *Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/francamente-contra-legem/6187>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

1.7

A ADVOCACIA PÚBLICA ESTADUAL E SUA UNIDADE ORGÂNICA

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Especificidades do tratamento constitucional da Advocacia Pública Federal. 3 Distinções constitutivas impostas pelo texto constitucional à Advocacia Geral da União e à Advocacia Pública Estadual. 3.1 Intellecção dos artigos 131 e 132 da Constituição. 3.2 Intellecção do artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 4 Unidade orgânica da Advocacia Pública Estadual. 5 À guiza de conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Dada a configuração tripartite da Advocacia Geral da União, que é composta não apenas pela Procuradoria da União e pela Procuradoria da Fazenda Nacional, mas também pela Procuradoria Federal¹, esta última responsável pelo atendimento às autarquias e fundações públicas federais, volta e meio vem à tona a discussão, no âmbito das Procuradorias dos Estados, sobre a juridicidade da instituição/manutenção de procuradorias especiais para atendimento às suas entidades autárquicas e fundacionais. Para citar um exemplo recente, está em curso no Espírito Santo campanha deflagrada junto a atores políticos e instituições jurídicas, legitimamente conduzida por entidades de classe que representam profissionais de direito que atuam nas autarquias e fundações públicas estaduais, para que seja instituído paralelamente à estrutura da Procuradoria Geral do Estado órgão jurídico que congregue as procuradorias autárquicas e fundacionais em funcionamento no Estado.

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

1 Cfr., a propósito: COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – AGU*: LC 73/1996 e Lei nº 10.480/2002. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

Um dos argumentos apresentados nesse contexto é no sentido de que as autarquias e fundações públicas estaduais deveriam manter procuradorias próprias, reunidas em serviço jurídico autônomo que congregue suas procuradorias especiais, porque o legislador federal adotou esse modelo quando da instituição da Advocacia Geral da União. Ocorre que, ressalvadas as hipóteses taxativamente elencadas na Constituição, a suscitar a aplicação do princípio da simetria, por óbvio o legislador estadual não se encontra vinculado às opções político-normativas adotadas pelo Congresso Nacional para a estruturação administrativa da Advocacia Pública Federal, pela razão simples de que os Estados detêm, como integrantes da Federação², autonomia para se organizar administrativamente como melhor lhes aprouver³.

Também se argumenta, em defesa da descentralização na prestação advocatícia em âmbito estadual, que as entidades autárquicas e fundacionais não se encontram hierarquicamente subordinadas à Administração Direta, e que por isso precisariam manter procuradorias próprias. Esse talvez seja o principal (e mais sofisticado) argumento apresentado nesse contexto.

Não se discute a correção da afirmação segundo a qual as autarquias e fundações públicas estaduais não guardam, formalmente, vínculos de hierarquia com a administração central. Até porque, como cediço, essa é uma das principais características da descentralização administrativa, que se singulariza do fenômeno da desconcentração pela circunstância de, nela, haver a instituição de uma nova pessoa jurídica para a execução das atividades determinadas em sua lei instituidora, e que se situa, por isso, fora do âmbito do poder hierárquico exercido na

2 Afinal, como comezinho, a Federação Brasileira é composta pela União Federal, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, conforme dispõe o artigo 18 da Constituição, que prevê, de forma expressa, a autonomia das unidades federadas.

3 Refiro-me especialmente à autonomia administrativa das entidades federadas, que se singulariza, conforme Fernando Gonzaga Jayme, "pelo poder de autogoverno conferido a todos os entes federativos", e pela "divisão de competências entre eles, observando-se, nessa repartição, o critério de que o poder central não será exercido quando as autoridades locais forem competentes para atuar" (JAYME, Fernando Gonzaga. Comentários aos arts. 18 e 19. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 532).

Administração Direta⁴. Entretanto, é imprecisa a ilação de que essa constatação conduz, naturalmente, à cisão da representação advocatícia dos Estados em diversos serviços jurídicos, ou à instituição de órgão jurídico autônomo, portanto dissociado das suas respectivas Procuradorias Gerais, para atendimento às autarquias e fundações públicas estaduais.

Destaco, ao ensejo, a existência, e preponderância, de investigação jurídica que precede essa afirmação, prejudicando-a, e que comumente é olvidada quando se discute a possibilidade teórica da descentralização da Advocacia Pública Estadual. Refiro-me à circunstância de a Constituição da República, tal como interpretada e aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, obstar a consumação desse objetivo.

Esse será o objeto de minhas considerações neste artigo. Em apertada síntese, procuro induzir à compreensão de que, ressalvada a instituição de serviços jurídicos autônomos pelos Poderes Legislativo e Judiciário, que é admitida pela jurisprudência como forma de preservar a sua independência⁵ perante o Executivo⁶, não podem ser instituídas no âmbito dos Estados (e também do Distrito Federal) procuradorias especiais que atuem paralelamente às suas respectivas Procuradorias Gerais.

2 Especificidades do tratamento constitucional da Advocacia Pública Federal

Em âmbito federal, as atividades típicas de advocacia pública são exercidas pela Advocacia Geral da União, cujas atri-

4 Ao ensejo, o Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello leciona que a distribuição de atribuições do Estado gera dois institutos distintos: o da concentração (ou desconcentração) e o da centralização (ou descentralização): a desconcentração refere-se à "distribuição de competências entre os órgãos de dada entidade", de maneira que "os órgãos com poderes desconcentrados, quanto ao exercício das suas competência, se sujeitam ao poder hierárquico dos órgãos superiores, a fim de ser mantida a unidade no aparelho governamental"; a descentralização, por sua vez, comporta a distribuição de competências entre distintas pessoas jurídicas, "em virtude do qual se faz a distribuição de poderes entre diversas entidades", sendo que, nela, os entes descentralizados sujeitam-se, nos termos da lei, "ao poder de controle do ente maior, do qual se desdobrou, a fim de manter a unidade do todo, formado pelos diversos aparelhos governamentais" (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v.2, p. 145-146).

5 CRFB. "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

6 A propósito, cfr., a título de exemplo, os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do pedido de Medida Cautelar na ADI nº 175 (Rel. Ministro Otávio Gallotti) e do mérito da ADI nº 1.557 (Rel. Ministra Ellen Gracie).

buições restam disciplinadas no artigo 131 da Constituição da República. Esse dispositivo constitucional a ela confere, textualmente, a representação judicial e extrajudicial da União Federal e a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal, mas deixa evidente que essas atividades podem ser exercidas, na esfera federal, não apenas pela Advocacia Geral da União, mas também pelos chamados “órgãos vinculados”⁷.

Essa opção político-normativa é coerente com a previsão, no parágrafo 3º do artigo 131⁸, de que determinados aspectos da atividade jurídica conferida pelo constituinte à Advocacia Pública Federal ficam a cargo de um outro órgão jurídico, denominado Procuradoria da Fazenda Nacional⁹. Esse serviço jurídico é preexistente à promulgação da Carta de 1988¹⁰. A propósito, Aldemario Araujo Castro observa que “os Procuradores da Fazenda Nacional constituem, seguramente, uma das mais antigas carreiras jurídicas do Brasil”, destacando que “já no Brasil Colônia, mais precisamente no Regimento de 7 de março de 1609, encontramos o reconhecimento da importância do então Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco”¹¹. Castro leciona, ainda, que “no Império, por Decreto de 18 de agosto de 1831, os já denominados Procuradores da Fazenda Nacional foram incumbidos, tanto na Corte como nas Províncias, de promover a ação executiva em face dos devedores da Fazenda Nacional”¹²; e que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional surgiu, como órgão independente, com a instituição do “departamento da administração no âmbito do Ministério da Fazenda, por transforma-

7 CRFB. “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente *ou através de órgão vinculado*, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (*destaques pessoais*).

8 CRFB. “Art. 131 [...] § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei”.

9 A propósito dessa taxativa referência do constituinte à Procuradoria da Fazenda Nacional, Aldemario Araujo Castro observa que “não são numerosas as instituições mencionadas expressamente pelo constituinte”, e que “mais escassas ainda são as referências diretas a órgãos administrativos”, destacando, com isso, a importância dessa distinção constitucional (CASTRO, Aldemario Araujo. A (centenária) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: seu papel e sua importância para a sociedade e para o Estado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 547).

10 Cfr.: DEMO, Roberto Luís Luchi. Advocacia pública. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 801, p.705, jul. 2002.

11 CASTRO, op. cit., p. 548.

12 *Ibid.*, p. 548.

ção da então Diretoria-Geral do Contencioso, conforme o Decreto n° 7.751, de 23 de dezembro de 1909¹³⁻¹⁴.

Além da Procuradoria da Fazenda Nacional, também operavam no regime legislativo pretérito as chamadas “procuradorias e departamentos jurídicos” dos Ministérios e das autarquias e fundações públicas¹⁵. Ao ensejo, Roberto Luís Luchi Demo recobra que essas procuradorias vinculavam-se administrativamente aos respectivos órgãos e entidades a que serviam, a exemplo do que ocorre com a Procuradoria da Fazenda Nacional¹⁶.

Esse ambiente fático parece haver induzido à previsão, no texto constitucional, de que, em âmbito federal, as atividades típicas de advocacia pública (em especial a consultoria jurídica e o contencioso judicial) podem ser exercidas também por “órgãos vinculados” à Advocacia Geral da União. Essa suposição é confirmada quando se investiga o tratamento conferido pelo poder constituinte às procuradorias das autarquias e fundações públicas federais. Quanto a esse particular, Roberto Demo leciona que “a solução de dissolver, no organismo da AGU, os serviços jurídicos das autarquias e fundações públicas federais, malgrado tenha sido proposta à Constituinte, foi explicitamente recusada pelo concerto das forças políticas”¹⁷. Tal se infere, sem maiores dificuldades, da seguinte manifestação do constituinte Plínio Arru-

13 CASTRO, Aldemario Araujo. A (centenária) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: seu papel e sua importância para a sociedade e para o Estado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 548.

14 A propósito, recobro que a Procuradoria da Fazenda Nacional, conquanto não tenha sido designada, textualmente, pelo legislador federal como “órgão vinculado” (LC 73, art. 2º, p. 3º), estrutura-se, por disposição legal expressa, como órgão administrativamente subordinado ao Ministro da Fazenda (LC 73, art. 12); o que faz com que a sua integração à Advocacia Geral da União não seja completa, como ocorre, por exemplo, com a Procuradoria da União que, nos precisos termos da lei, é “subordinada direta e imediatamente ao Advogado-Geral da União” (LC 73, art. 9º). Essa particularidade da sua estruturação administrativa (subordinação ao órgão fazendário e não ao órgão de representação jurídica) foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal como elemento caracterizador da descentralização da Advocacia Pública. Refiro-me, nesse ponto, ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1679, em que se discutiu se é viável, à luz da Constituição, a instituição de Procuradoria da Fazenda Estadual subordinada à Secretaria da Fazenda do Estado, portanto, em moldes semelhantes à estruturação administrativa da Procuradoria da Fazenda Nacional (STF, ADI 1679/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 08/10/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 21-11-2003 PP-00007 EMENT VOL-02133-02 PP-00209). Na oportunidade, o Excelso Pretório assentou que essa opção político-legislativa induz à “usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria Geral do Estado”, dada a “ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria-Geral do Estado”, pelo que, a despeito da omissão legislativa dantes mencionada, qualifico a Procuradoria da Fazenda Nacional como “órgão vinculado” à Advocacia Geral da União.

15 Cfr.: DEMO, Roberto Luis Luchi. *Advocacia pública*. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 801, p.706, jul. 2002.

16 *Ibid.*, p. 710.

17 *Ibid.*, p. 710.

da Sampaio durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, extraída do “Diário da Assembléia Nacional Constituinte”:

O SR. CONSTITUINTE PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO: – Sr. Presidente, V. Ex.^a que me conhece desde o Colégio Perdiz, sabe que sempre cumpro com as minhas obrigações. Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o historiador que amanhã examinar o trabalho desta Comissão, quando já houver passado a paixão que domina este momento, verá que fomos muito escrupulosos; que fizemos transformações importantes na estrutura deste País sem, em qualquer momento, tomarmos uma atitude precipitada. Todavia, a emenda supressiva que venho defender refere-se a uma atitude precipitada. Quero tomar grandes cuidados ao proferir minhas palavras para não ofender alguém. Não assumo a esta tribuna para lutar contra qualquer grupo de pessoas. Quero apenas dizer que a manutenção dos §§ 3º e 4º do art. 14 das Disposições Transitórias poderá constituir-se numa precipitação que fará cair sobre esta Assembléia a acusação de que agiu no interesse de algumas pessoas, onerando desnecessária e injustificadamente o Erário. Explico a situação e leio a emenda. O art. 14 refere-se a um ajuste necessário que se fará na instituição chamada Ministério Público. A origem desse texto explico rapidamente para os Constituintes que não estiveram na Subcomissão do Poder Judiciário. *Havia, na Constituição atual, uma instituição chamada Procuradoria Geral da República. Esta instituição era órgão do Ministério Público como fiscal da lei e advogada da União. Na Subcomissão do Poder Judiciário, depois na Comissão dos Poderes, depois aqui, na Comissão de Sistematização, dividiu-se a Procuradoria Geral da República: uma parte ficou sendo Procuradoria Geral da República, com funções de Ministério Público. Só a outra parte passou a constituir um órgão novo, chamado Procuradoria Geral da União, com as funções de exercer a advocacia da União, sua defesa judicial e extrajudicial.* Muito bem. Os procuradores de 27 ministérios e de 67 autarquias, procuradores e advogados, entendem que, uma vez se crie esta Procuradoria da União, eles devem fazer parte de seu corpo de servidores. Alegam que, se não o fizerem, se da Constituição não constar isto, eles estarão em uma situação de disponibilidade, dado que a função que exercem passará a ser exercida por outro órgão. Isto é uma argumentação falaciosa. Um órgão tinha as tarefas a e b e vários outros órgãos faziam a tarefa b. Separamos, deste órgão, a tarefa a.

Qual é o problema de que ele faça a b e os outros continuem a fazer a b? Nenhum. Agora, nem este prejuízo poderá haver, porque o próprio texto das Disposições Transitórias explica que, 120 dias após a promulgação da Constituição, lei complementar reestruturará a Procuradoria da União. Será a ocasião oportuna para se considerar a eventualidade da conveniência para o Brasil e unir, num só corpo, esses vários corpos de advogados da União. Esses assuntos não podem ser decididos em um só parágrafo, porque existe no Direito o princípio da isonomia. Se fizermos, agora, esta unificação em um só parágrafo, desencadearemos uma tempestade de reajustes de salários, de benefícios e de pagamento de salários atrasados. É isto que cria o fenômeno do “marajá”. Não estamos contra ninguém, que isto fique bem claro. Queremos um tempo suficiente para fazermos um estudo técnico deste assunto, a fim de colocarmos no lugar que de fato corresponda a elas as várias pirâmides de pessoal, o que num setor é classificado como categoria e noutra, como nível. Não é possível proceder-se de outra maneira, e as palavras-chaves do meu discurso são as seguintes: não podemos, de afogadilho, colocar mais de três mil advogados procuradores na Procuradoria da União, porque isto representaria uma irresponsabilidade, falha que esta Comissão ainda não cometeu. Muito obrigado¹⁸ (destaques pessoais).

Por força dessa opção do constituinte por conferir, na esfera federal, as atividades típicas de advocacia pública não apenas à Advocacia Geral da União, mas também a órgãos a ela vinculados, que se funda, conforme expus, em razões históricas, pautadas na preexistência ao texto constitucional da Procuradoria da Fazenda Nacional¹⁹ e das procuradorias e departamentos jurídicos das autarquias/fundações públicas federais²⁰ e na relutância do constituinte originário em trazer os profissionais que

18 BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/constituente_principal.asp>. Acesso em: 29 maio 2013.

19 Somente com a edição da Lei Complementar Federal nº 73/1993 é que a Procuradoria da Fazenda Nacional foi incorporada à Advocacia Geral da União, embora tenha mantido, por força da Constituição, sua vinculação ao Ministério da Fazenda.

20 Esses serviços jurídicos foram textualmente designados pela Lei Complementar Federal nº 73/1993 como “órgãos vinculados” (art. 2º, p. 3º), e depois foram reunidos na Procuradoria Federal, instituída pela Lei Federal nº 10.480/2002, mantendo-se, entretanto, mesmo após a sua centralização administrativa, como órgão vinculado à Advocacia Geral da União. Somente com a edição da nova lei orgânica da Advocacia Pública Federal, encartada no PLP nº 205/2012, que tramita na Câmara dos Deputados, é que a Procuradoria Federal passará efetivamente a integrar a estrutura administrativa da Advocacia Geral da União.

as integravam ao âmago da nova instituição que se criava, concebeu-se, no plano infraconstitucional²¹, estrutura tripartite para Advocacia Pública Federal, que é composta atualmente pela Procuradoria da União, pela Procuradoria da Fazenda Nacional e pela Procuradoria Federal²².

3 Distinções constitutivas impostas pelo texto constitucional   Advocacia Geral da União e   Advocacia Pública Estadual

Semelhante opção político-normativa não foi estendida pelo constituinte   Advocacia Pública Estadual. A uma porque o artigo 132 da Constituição confere às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal tratamento normativo distinto daquele atribuído pelo seu artigo 131   Advocacia Geral da União, num contexto em que apenas com relação a esta última o constituinte admitiu a representação advocatícia por " rg os vinculados". A duas porque o artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deixa bastante claro que, ressalvada a exceção nele consignada (preservação das procuradorias especiais preexistentes   Constituição), somente poderão exercer atividades típicas de advocacia pública no âmbito dos Estados e do Distrito Federal as suas respectivas Procuradorias Gerais.

3.1 Intelecção dos artigos 131 e 132 da Constituição

O artigo 132 da Constituiç o²³, quando conferiu aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal a representação judicial (atividade contenciosa) e a consultoria jurídica das suas respectivas unidades federadas, não cogitou do exercício dessas ativi-

21 Cfr., a propósito, os textos da Lei Complementar Federal n  73/1993 e da Lei Federal n  10.480/2002.

22 Cfr., a propósito: COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – AGU: LC 73/1996 e Lei n  10.480/2002*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

23 CRFB. "Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (*Redação dada pela Emenda Constitucional n  19, de 1998*)".

dades por “órgãos vinculados”, como fez o artigo 131 da mesma Carta Política²⁴.

Nesse sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.679²⁵. Discutiu-se, nesse processo, se é viável, à luz da Constituição, a instituição no âmbito dos Estados de Procuradoria da Fazenda Estadual vinculada à Secretaria da Fazenda, portanto em moldes semelhantes à estruturação da Procuradoria da Fazenda Nacional²⁶. Posta, nesses termos, a *vexata quaestio*, o Excelso Pretório entendeu que a instituição desse serviço jurídico no contexto da Advocacia Pública Estadual induziria a “usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado”, dada a “ausência de previsão constitucional expressa” para a sua descentralização funcional.

Em outro julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional, que teve lugar quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº 558.258²⁷, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo, deixou a entrever que a representação jurídica das autar-

24 CRFB. “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, *diretamente ou através de órgão vinculado*, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (destaques pessoais).

25 Cujá Ementa resta vazada nos seguintes termos: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional no 17, de 30 de junho de 1997, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, que acrescentou os §§ 2º e 3º e incisos, ao artigo 118 da Constituição estadual. 3. *Criação de Procuradoria da Fazenda Estadual, subordinada à Secretaria da Fazenda do Estado e desvinculada à Procuradoria-Geral*. 4. *Alegação de ofensa aos artigos 132 da Constituição e 32, do ADCT*. 5. *Descentralização. Usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado*. 6. *Ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria-Geral do Estado*. 7. *Inaplicabilidade da hipótese prevista no artigo 69 do ADCT. Inexistência de órgãos distintos da Procuradoria estadual à data da promulgação da Constituição*. 8. *Ação julgada procedente*” (STF. ADI 1.679/GO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 08/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21-11-2003 PP-00007 EMENT VOL-02133-02 PP-00209) (destaques pessoais).

26 Como expuz, a Procuradoria da Fazenda Nacional é órgão administrativamente subordinado ao Ministro da Fazenda, como se infere do artigo 12 da Lei Complementar Federal nº 73/1993, que tem a seguinte redação: “Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente [...]”.

27 Cfr. a Ementa do julgado: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SUBTETO REMUNERATÓRIO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ABRANGÊNCIA DO TERMO “PROCURADORES”. PROCURADORES AUTÁRQUICOS ABRANGIDOS PELO TETO REMUNERATÓRIO. ALTERAÇÃO QUE, ADEMAIS, EXIGE LEI EM SENTIDO FORMAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – A referência ao termo “Procuradores”, na parte final do inciso IX do art. 37 da Constituição, deve ser interpretada de forma a alcançar os Procuradores Autárquicos, uma vez que estes se inserem no conceito de Advocacia Pública trazido pela Carta de 1988. II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de resto, é firme no sentido de que somente por meio de lei em sentido formal é possível a estipulação de teto remuneratório. III - Recurso extraordinário conhecido parcialmente e, nessa parte, improvido” (STF, RE 558.258/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Julgamento: 09/11/2010, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe-051 DIVULG 17-03-2011 PUBLIC 18-03-2011 EMENT VOL-02484-01 PP-00188).

quias e fundações públicas do Estado de São Paulo poderia ficar a cargo de “órgãos vinculados”. Em seu Voto, Lewandowski afirmou que os procuradores autárquicos também integram as chamadas funções essenciais da justiça²⁸, referindo, a propósito, ao disposto no artigo 131 da Constituição e na Lei Complementar Federal nº 73/1993²⁹, bem como à circunstância de a Constituição do Estado de São Paulo haver disciplinado o funcionamento das procuradorias autárquicas em moldes semelhantes ao tratamento conferido pela Carta da República à Advocacia Pública Federal³⁰. Porém, essa sua manifestação não pode ser tomada como indicativo de que o Supremo Tribunal Federal assentou, nessa oportunidade, que a Constituição de 1988 autoriza a instituição de “órgãos vinculados” no âmbito da Advocacia Pública Estadual.

Em primeiro lugar porque, como exposto, o Ministro Lewandowski funda o seu raciocínio na circunstância de o artigo 101 da Constituição do Estado de São Paulo dispor, em sua redação original, sobre a vinculação das procuradorias autárquicas à Procuradoria Geral do Estado. Assim, a referência do julgador ao artigo 131 da Constituição da República decorre, simplesmente, de ele haver encontrado semelhanças entre as opções político-normativas encampadas por uma e outra Carta Política.

28 Ipsi literis: “[...] os Procuradores Autárquicos também exerceriam *função essencial à justiça*? [...] Bem examinada a questão, entendo que a resposta há de ser positiva. [...] Com efeito, registro que o vocábulo “Procuradores”, em nosso ordenamento jurídico, mostra-se polissêmico, servindo para designar tanto os Membros do Ministério Público, como os Advogados Públicos que atuam na defesa do Estado. Ana Cândida da Cunha Ferraz, em parecer sobre o tema, define os últimos como aquele que [...] “exercem atividade jurídica – defesa judicial e extrajudicial e consultoria jurídica – dos entes federativos e de suas entidades descentralizadas, com personalidade de direito público (tais como autarquias e fundações públicas)”.

29 Ipsi literis: “Para regulamentar esse dispositivo foi publicada a Lei Complementar 73/93, que ao tratar dos órgãos vinculados da AGU, no Capítulo IX, consignou o quanto segue: ‘Capítulo IX Dos Órgãos Vinculados. Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: I - a sua representação judicial e extrajudicial; II - as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos; III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial. Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar’ (grifos meus). [...] Observa-se, assim, que os Procuradores das Autarquias e Fundações também representam a União, judicial e extrajudicialmente, apesar de fazerem-no de forma mediata, visto que estão vinculados à AGU, nos termos da Lei Complementar supra mencionada”.

30 Ipsi literis: “A matéria foi regulamentada em sentido idêntico na Constituição do Estado de São Paulo, que, em seu artigo 101, na redação original, rezava: ‘Art. 101 – Vinculam-se à Procuradoria Geral do Estado, para fins de atuação uniforme e coordenada, os órgãos jurídicos das autarquias, incluindo as de regime especial, aplicando-se a seus procuradores os mesmos direitos e deveres, garantias e prerrogativas, proibições e impedimentos, atividade correicional, vencimentos, vantagens e disposições atinentes à carreira de Procurador do Estado, contidas na Lei Orgânica de que trata o art. 98, parágrafo único, desta Constituição”.

Disso se extrai, com relativa facilidade, que, na hipótese, a instituição de “órgãos vinculados” no âmbito da Advocacia Pública do Estado de São Paulo não decorreu da regra jurídica consignada no artigo 131 da Carta de 1988, mas da redação original do artigo 101 da Carta Paulista³¹.

Em segundo lugar porque, às claras, o artigo 131 da Carta da República não disciplina a estruturação da Advocacia Pública Estadual, aplicando-se única e exclusivamente à Advocacia Geral da União. Afirmar-se que Lewandowski expressou, com base nele, que a Constituição da República autorizaria a instituição de “órgãos vinculados” no âmbito da Advocacia Pública Estadual corresponderia a assumir que o Ministro se equivocou na escolha do dispositivo legal aplicável³², ou que pretendeu aplicá-lo por analogia às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, mesmo havendo no texto constitucional regra específica a regulá-las, insculpida em seu artigo 132, postura igualmente desacertada, pois, como leciona Maria Helena Diniz, a analogia consiste na aplicação de norma semelhante, mas prevista para hipótese distinta, a “caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica”³³.

Em terceiro lugar porque esse julgamento cinge-se à investigação sobre se é possível a inclusão dos chamados “procuradores autárquicos” no teto do Poder Judiciário, por aplicação do

31 Ao ensejo, devo esclarecer que essa redação do artigo 101 da Carta Paulista foi modificada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/04/2004, que conferiu à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em regime de exclusividade, a consultoria jurídica e o contencioso judicial das autarquias e fundações públicas estaduais (como se depreende da leitura dos incisos I e II de seu artigo 99, *verbis*: “Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado: I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais; II - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior”), ressaltando, apenas e tão somente, a situação dos órgãos jurídicos das universidades públicas estaduais (como se depreende da redação atual desse artigo 101, que resta vazado os seguintes termos: [...] Artigo 101 - Vinculam-se à Procuradoria Geral do Estado, para fins de atuação uniforme e coordenada, os órgãos jurídicos das universidades públicas estaduais, das empresas públicas, das sociedades de economia mista sob controle do Estado, pela sua Administração centralizada ou descentralizada, e das fundações por ele instituídas ou mantidas”). Ocorre que, como terei a oportunidade de adiante expor e demonstrar, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, essa opção político-normativa não poderia ter sido manifestada pelo constituinte estadual, dado o caráter unitário da Advocacia Pública Estadual, referido, neste tópico, como sua unidade orgânica.

32 Quanto ao pormenor, recobro que o artigo 131 da Constituição trata da Advocacia Pública Federal, ao passo que seu artigo 132 disciplina as Advocacias Públicas dos Estados e do Distrito Federal.

33 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 461.

inciso XI do artigo 37 da Lei Maior³⁴. O Supremo Tribunal Federal respondeu afirmativamente a esse questionamento. Entretanto, o acórdão lavrado não se funda na aplicação do artigo 131 da Constituição à Advocacia Pública Estadual, mas na impossibilidade de o intérprete restringir o que a Constituição não restringiu. Tal se infere do seguinte trecho do Voto proferido pelo o Ministro Lewandowski:

[...] a Constituição quando utilizou o termo ‘Procuradores’ o fez de forma genérica, sem distinguir entre os membros das distintas carreiras da Advocacia Pública. Assim, seria desarrazoada uma interpretação que, desconsiderando o texto constitucional, exclua da categoria ‘Procuradores’ os defensores das autarquias, mesmo porque *aplica-se, à espécie, o brocardo latino ‘ubi Lex non distiguit, Nec interpres distiguere debet’*.

Em quarto lugar porque, a despeito dessa referência de Lewandowski ao artigo 131 da Constituição da República, quando comparou os “procuradores autárquicos” do Estado de São Paulo aos integrantes da Procuradoria Federal, o próprio Ministro assentou em seu Voto que o recurso julgado não foi “conhecido quanto aos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, uma vez que o recorrente não demonstrou de que forma a decisão recorrida teria contrariado os aludidos dispositivos constitucionais”. Tanto isso é verdade que, no mesmo julgamento, o Ministro Dias Toffoli, que aderiu ao Voto proferido pelo relator do processo, manifestou-se, nos termos seguintes, pela unidade da Advocacia Pública Estadual:

34 CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)”.

[...] os procuradores federais, que fazem a representação judicial e o trabalho de consultoria das autarquias federais, não integram essas autarquias. Eles podem até ocupar o espaço físico, o espaço público, para bem prestar o seu serviço de função essencial da Justiça, no seu trabalho, seja de contencioso, seja de consultoria, *in locu*, naquela autarquia, naquele prédio, naquele local, fazendo uso de computadores ou de outros materiais e ocupando, inclusive, em alguns casos, cargos em comissão. Mas eles não integram aquelas autarquias.

Pelo princípio da similitude - e Vossa Excelência destacou as leis do Estado de São Paulo, a Constituição Estadual - a mesma coisa ocorre nos Estados. *Os procuradores*, sejam os Procuradores do Estado, que prestam a consultoria ou a defesa do Estado em juízo ou em seu trabalho consultivo, para a administração direta, sejam os procuradores autárquicos, eles *devem integrar uma única instituição que é a Procuradoria do Estado* (destaques pessoais).

Por tais razões, esse julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser invocado para referendar a afirmação de que é admissível a representação jurídica dos Estados e do Distrito Federal por “órgãos vinculados”. Eficácia semelhante deve ser atribuída às decisões monocráticas proferidas no Recurso Extraordinário nº 574.203³⁵ e no Recurso Extraordinário nº 562.238³⁶, assim como ao acórdão lavrado

35 Cfr., ao propósito, este excerto da fundamentação externada pelo Ministro Gilmar Mendes: “[...] Especificamente quanto à distinção entre procuradores de estado e procuradores de autarquias e fundações, ressalte-se que a Primeira Turma desta Corte enfrentou a controvérsia nos autos do RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18.3.2011, cujo acórdão restou ementado nos seguintes termos: [...] Na oportunidade, ficou consignada a necessidade de lei em sentido formal para regramento da matéria relativa à remuneração de servidores públicos. Contudo, o relator também adentrou no mérito e enfrentou a questão referente ao alcance do termo “procurador” inserto no art. 37, IX, da CF, concluindo que o referido vocábulo abrangia os defensores das autarquias. Confira-se trecho do voto-condutor: ‘Acrescento, ainda, que a Constituição quando utilizou o termo ‘Procuradores’ o fez de forma genérica, sem distinguir entre os membros das distintas carreiras da Advocacia Pública. Assim, seria desarrazoada uma interpretação que, desconsiderando o texto constitucional, exclua da categoria ‘Procuradores’ os defensores das autarquias, mesmo porque aplica-se, à espécie, o brocardo latino ‘ubi lex non distinguit, nec interpretari debet’.

36 Ao ensejo, reporto-me ao seguinte trecho da argumentação construída pelo Ministro Carlos Britto: “[...] Prossigo, então, para anotar que a insurgência merece acolhida. Isso porque a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 558.258, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, assentou que a ‘referência ao termo ‘Procuradores’, na parte final do inciso IX do art. 37 da Constituição, deve ser interpretada de forma a alcançar os Procuradores Autárquicos, uma vez que estes se inserem no conceito de Advocacia Pública trazido pela Carta de 1988”.

no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 562.238³⁷, todos relativos à fixação do teto remuneratório aplicável aos procuradores autárquicos/fundacionais, nos quais o Tribunal Constitucional apenas se reportou aos termos do julgamento desse Recurso Extraordinário nº 558.258, que, reitere-se, não induz à conclusão de que é admissível a representação jurídica dos Estados e do Distrito federal por “órgãos vinculados”. Ao contrário, prevalece, quanto ao particular, o posicionamento firmado pelo Excelso Pretório quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.679, no sentido de que a instituição de serviço jurídico autônomo traduz usurpação de competência funcional da Procuradoria do Estado, precisamente porque inexistente previsão constitucional para a sua descentralização funcional.

3.2 *Intelecção do artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*

A precitada distinção entre as redações impressas pelo constituinte aos artigos 131 e 132 da Constituição põe em evidência que, em âmbito estadual, as Procuradorias dos Estados são os únicos órgãos jurídicos habilitados a exercer atividades de típicas de advocacia pública. De todo modo, para que não remanesçam dúvidas quanto ao acerto dessa interpretação, acrescento que o próprio constituinte teve o cuidado de imprimir, no texto constitucional, um argumento de reforço. Refiro-me, nesse ponto, ao disposto no artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que autoriza os Estados a manter consultorias jurídicas apartadas das suas respectivas Procuradorias Gerais, como “órgãos vinculados”, mas apenas quando na data da promulgação da Constituição mantinham órgãos distintos para o exercício das atividades

37 Cfr. a Ementa do julgado: CONSTITUCIONAL. TETO REMUNERATÓRIO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO. EXEGESE DO TERMO “PROCURADORES”. INCLUSÃO DE PROCURADORES DE ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. PRECEDENTE: RE 558258, RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, DJe-051 DIVULG 17-03-2011 PUBLIC 18-03-2011. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STF, RE 562238-AgR/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Julgamento: 02/04/2013, Segunda Turma, Publicação: DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013).

típicas de advocacia pública³⁸⁻³⁹. Assim, *contrario sensu*, os Estados que não possuíam órgãos jurídicos externos às suas respectivas Procuradorias Gerais quando da promulgação da Constituição não estão autorizados a instalá-los sob o novo regime constitucional. Isto é, somente as “consultorias jurídicas” instituídas anteriormente à vigência da Carta de 1988 é que, em princípio⁴⁰, poderiam ser mantidas em funcionamento.

O Ministro Octavio Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, procurou abrandar o rigor dessa regra jurídica, quando, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 175, assentou, em seu Voto, que não se pode extrair do artigo 132 da Constituição “malha tão estreita, a subjugar as Constituições estaduais, a ponto de impedir a existência [...] de carreiras especiais, voltadas ao assessoramento jurídico, mas sob a coordenação da Procuradoria Geral”⁴¹. Todavia, esse posicionamento foi refutado pelo Tribunal Constitucional em julgamento mais recente, proferido quando da apreciação da Ação Direta de Constitucionalidade nº 484, que pôs em destaque, para solucionar o problema,

38 Ipsi literis: “Art. 69. Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”.

39 Nesse sentido se manifestou Fabiano André de Souza Mendonça, em seus comentários aos artigos 131 e 132 da Constituição (MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Comentários aos arts. 131 ao 132. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1656).

40 Digo em princípio porque esse artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não confere aos advogados que integram esses órgãos jurídicos autônomos direito subjetivo a sua preservação no novo regime constitucional. Trata-se, com efeito, de norma constitucional cuja incidência apenas assegura aos Estados (e também ao Distrito Federal, por similitude de tratamento, dada a aplicação do artigo 132 da Constituição) a possibilidade da adoção dessa escolha política, o que, por óbvio, não impede que essas unidades federadas optem, quando da construção dos seus textos normativos, pela extinção dos órgãos autônomos outrora existentes, em favor da manutenção da unidade da Advocacia Pública Estadual. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Estado do Espírito Santo, como se depreende do texto do parágrafo 2º do artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº 88/1996, vazado nos seguintes termos: “Art. 71 - O Procurador Geral do Estado adotará as providências necessárias para a assunção, pela Procuradoria Geral do Estado, das atividades de consultoria, assessoramento e representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas do Estado. [...] §2º - Os atuais advogados, assistentes jurídicos ou procuradores autárquicos e fundacionais, estatutários ou não, desde que estáveis nos termos da Constituição Federal, ou que hajam ingressado mediante concurso público, permanecerão em quadro suplementar, a ser extinto com a vacância, assegurando-se-lhes a manutenção do seu *status* funcional e remuneratório nas respectivas entidades”.

41 Ainda refiro, aqui, ao campo da “possibilidade política”, pois, nessa oportunidade, o Ministro Gallotti assentou, tão somente, que as Constituições dos Estados e do Distrito Federal poderiam prever a existência, ao lado das suas respectivas Procuradorias Gerais, de órgãos jurídicos vinculados (“procuradorias autárquicas”, por exemplo).

justamente esse artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴².

Na ocasião, o Excelso Pretório entendeu que somente profissionais investidos anteriormente à promulgação da Constituição de 1988 poderiam ser mantidos nos quadros das “consultorias jurídicas” referidas por esse dispositivo constitucional transitório. Ou seja, o Tribunal Constitucional admitiu a existência, no âmbito dos Estados, de órgão especial que congregue profissionais que não sejam Procuradores do Estado, mas o fez exclusivamente em razão dessa regra jurídica insculpida no artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, por sua vez, somente autoriza os Estados a “manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais” quando “na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”. Basta ver que a Corte Suprema, nesse julgamento, em

42 Eis a Ementa do julgado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS ESTADUAIS 9.422, DE 5/11/1990, E 9.525, DE 8/1/1991. CRIAÇÃO DA CARREIRA ESPECIAL DE ADVOGADO DO ESTADO DO PARANÁ, INTEGRADA PELOS OCUPANTES DE EMPREGOS E CARGOS PÚBLICOS DE ADVOGADOS E ASSISTENTES JURÍDICOS ESTÁVEIS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E AUTÁRQUICA DAQUELA UNIDADE FEDERADA. ATRIBUIÇÕES DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO AO PODER EXECUTIVO E DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DAS AUTARQUIAS, COORDENADAS PELO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. ARTS. 5º, I, 37, II E XIII, 132 E 169, DA CF, E ART. 19, § 1º, DO ADCT. ALEGAÇÕES DE OFENSA REJEITADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONFERIDA AO ART. 5º DA LEI 9.422/1990. I – O Plenário desta Corte, no julgamento definitivo da ADI 175/PR, Rel. Min. Octavio Gallotti, declarou a constitucionalidade do art. 56 e parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Paraná, de 5/10/1989, que autorizou a permanência, em carreiras especiais criadas por lei, dos que já ocupavam com estabilidade, naquele momento, cargos e empregos públicos de advogados, assessores e assistentes jurídicos, para o exercício do assessoramento jurídico nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e da representação judicial das autarquias e fundações públicas. II – Os diplomas legais ora impugnados, ao reunirem numa única carreira os então ocupantes de empregos e cargos públicos preexistentes que já exerciam as mesmas funções de assessoramento jurídico ao Poder Executivo e de representação judicial das autarquias, nada mais fizeram do que atender ao comando expresso no mencionado art. 56 do ADCT paranaense, tratando-se, por certo, de hipótese de subsistência excepcional e transitória autorizada pelo art. 69 do ADCT da Constituição Federal. III – A previsão de concurso público de provas e títulos para ingresso na nova carreira, contida no art. 5º da Lei Estadual 9.422/1990, destinou-se, exclusivamente, àqueles que já eram, no momento de edição da norma constitucional transitória, ocupantes estáveis de cargos e empregos públicos de advogados, assessores e assistentes jurídicos e que viriam a preencher, mediante aproveitamento, os 295 cargos criados pelo art. 2º do mesmo diploma. IV – Impossibilidade, na vacância, de provimento dos cargos da Carreira Especial de Advogado do Estado do Paraná por outros servidores e, por conseguinte, de realização de novos concursos públicos para esse fim. Necessidade de obediência ao art. 132 da Constituição Federal. V – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, com interpretação conforme, nos termos supra” (STF, ADI 484/PR, Relator Ministro Eros Grau, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10/11/2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012 EMENT VOL-02642-01 PP-00001).

interpretação conforme a Constituição⁴³, taxativamente refutou a possibilidade da realização de concursos públicos para a admissão de novos advogados, dispondo, a propósito, que somente poderiam ser aproveitados no “órgão especial” os advogados ocupantes de empregos e cargos públicos sob o regime constitucional pretérito.

Tal se infere, sem maiores dificuldades, das notícias do julgamento publicadas no Informativo nº 647 do Supremo Tribunal Federal, dos Votos proferidos em seu curso e dos debates mantidos entre os Ministros quando da discussão do processo.

Sobre a restrição da extensão do julgamento aos termos do artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com reflexos sobre a vedação à realização de novos concursos e sobre a circunscrição do entendimento firmado aos profissionais investidos anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, confira-se a seguinte notícia, colhida daquele Informativo:

PLENÁRIO ADI e criação de carreira especial de advogado-4. O Plenário concluiu julgamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado do Paraná contra as Leis estaduais 9.422/90 e 9.525/91, que dispõem sobre a carreira especial de advogado daquele ente federado - v. Informativos 452 e 535. Afirmou-se, por maioria, a constitucionalidade dos diplomas legais, com a ressalva da *interpretação conforme à Constituição do art. 5º da Lei 9.422/90* (“O ingresso na Carreira Especial de Advogado do Estado dar-se-á, obrigatoriamente, na Classe Inicial, mediante concurso público de provas e títulos, tendo como membro da banca examinadora representante da OAB/PR e da carreira tratada nesta Lei”), a *fim de assentar que o modo de ingresso na carreira especial nele previsto limitar-se-ia aos cargos criados na própria nor-*

43 Método interpretativo de ampla utilização no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quer em controle difuso, quer em controle concentrado de constitucionalidade, que visa à preservação do princípio da constitucionalidade das leis. Com efeito, se é certo que uma norma legal não tem validade quando estiver em choque com o que prescreve o ordenamento constitucional, também é verdade que os operadores do Direito devem evitar, a todo custo, afirmar a invalidez constitucional de tais prescrições normativas abstratas, em favor das quais milita presunção de constitucionalidade. Diante desse paradoxo, surgiu, na Alemanha, a teoria da “interpretação conforme a Constituição”, que prescreve que, diante de normas com várias significações possíveis, caberá ao intérprete encontrar um significado que apresente conformidade com o ordenamento constitucional, evitando, assim, a declaração da sua inconstitucionalidade (a propósito, cfr., por todos: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 346-349).

ma, aproveitando apenas aos que já eram ocupantes estáveis de empregos e cargos públicos (ADCT: “Art. 69 Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”). Para tanto, considerou-se que, pelo disposto na Lei 9.422/90, existiriam exatamente 295 servidores desempenhando as funções de assessoramento jurídico nos 3 Poderes do citado Estado-membro, aos quais se restringiria a norma. Observou-se que a criação de carreira cujos cargos iniciais fossem providos mediante concurso, paralela à de procurador do Estado, projetando para o futuro autorização dada pelo art. 56 do ADCT paranaense, extrapolaria, inclusive, o que neste último preceito estabelecido. Nessa contextura, desautorizou-se realização de novos concursos” (STF. ADI 484/PR, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 10.11.2011. Informativo nº 647) (destaques pessoais).

Quanto ao particular, também merecem ser destacados os seguintes excertos do Voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski e do debate instaurado, na sequência, entre ele e o Ministro Eros Grau, Relator do processo:

TRECHO DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI:

Senhor Presidente, de fato, a ADI 175, julgada por este Tribunal, concluiu pela constitucionalidade do artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Paraná. Penso eu que o fez de forma harmônica, consentânea, com o disposto no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna, que diz que serão estáveis todos os servidores públicos que já estivessem em exercício do cargo ou da função há cinco anos antes da promulgação desse texto magno.

Portanto, até aí, creio que o Tribunal não criou nenhuma novidade e não inovou no mundo jurídico. Aqueles que já faziam o assessoramento jurídico dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário continuariam a exercer essas funções sem maior problema.

Louvo-me no memorial da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Segundo esta, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 175, veio a Lei 9.422/90, do Estado do Paraná. O artigo 1º realmente cria esta carreira especial de advogado do Estado do Paraná, aliás, autorizada pelo artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Paraná. O artigo 2º cria 295 cargos da carreira especial.

Até esse ponto, parece-me não haver nenhuma inconstitucionalidade, porque se entende que, pelo disposto nessa Lei, existiam exatamente 295 servidores exercendo as funções de assessoramento jurídico no Poder Executivo do Estado do Paraná.

Começo a encontrar problemas quando se cria, a partir do artigo 5º, uma carreira especial de advogado do Estado, cujos cargos iniciais são providos mediante concurso. Ou seja, cria-se uma carreira paralela à de Procurador do Estado, projetando-se para o futuro, essa autorização, extrapola-se, inclusive, aquilo que está disposto no artigo 56 da Constituição do Paraná.

Se essa Lei se limitasse a criar uma carreira para esses 295 juristas ou servidores que exercem os cargos de assessoramento jurídico, para mim, estaria tudo bem. Mas, na medida em que cria uma carreira permanente e despersonalizada, encontro problemas (destaques pessoais).

DEBATE MANTIDO ENTRE OS MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E EROS GRAU

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Se Vossa Excelência me permite. *Eu li esse preceito sempre com o entendimento de que ele estava limitado a esses cargos. Agora, não me oponho a uma interpretação conforme*, pois isso foi feito para efetivar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: – Nesse caso, sim, se Vossa Excelência realmente limitar.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Sem dúvida. Nesse ponto, acompanho tranquilamente Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: – Porque a interpretação dada pela Procuradoria-Geral do Estado do Paraná é exatamente nesse sentido, quer dizer, de se criar uma carreira, permitindo o ingresso.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Nesse ponto, estou de pleno acordo com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: – Com essa ressalva, acompanho o Relator (destaques pessoais).

Disso se verifica que os Ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski posicionaram-se no sentido de que o artigo 5º do ato normativo impugnado deve sofrer interpretação conforme a Constituição, de modo a que se assente que somente podem integrar o “órgão especial” previsto no mesmo diploma legal advogados investidos anteriormente à promulgação da Constituição de 1988.

Observe-se, oportunamente, que o Ministro Lewandowski, nesse julgamento mais recente⁴⁴, não afirma que a representação jurídica das autarquias e fundações públicas estaduais poderia ficar a cargo de “órgãos vinculados”, por aplicação do artigo 131 da Constituição; como se poderia tentar extrair, numa interpretação desconectada com as especificidades do texto constitucional⁴⁵ e com os próprios contornos por ele impressos àquele julgamento⁴⁶, de trecho de seu Voto no Recurso Extraordinário nº 558.258⁴⁷. Mas sustenta, de forma incisiva, que esses “órgãos vinculados” só podem existir nos Estados dentro dos limites da exceção estabelecida pelo artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

44 O Recurso Extraordinário nº 558.258 foi julgado em 09/11/2010, ao passo que o julgamento dessa Ação Direta de Constitucionalidade nº 484 foi concluído em 10/11/2011, portanto, um ano depois.

45 Como expus, o artigo 131 da Constituição, que disciplina a estruturação da Advocacia Geral da União, não pode ser aplicado às Procuradorias dos Estados e dos Municípios, nem mesmo por analogia, dada a existência de norma específica aplicável à Advocacia Pública Estadual, consignada no artigo 132 da mesma Carta Política.

46 Com efeito, conforme frisou o próprio o próprio Ministro Lewandowski por ocasião daquele julgamento, o recurso em questão não foi “conhecido quanto aos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, uma vez que o recorrente não demonstrou de que forma a decisão recorrida teria contrariado os aludidos dispositivos constitucionais”.

47 A que referi no tópico precedente.

Conclusões semelhantes são extraídas do posicionamento externado no processo pelo Ministro Cezar Peluso, de cujo Voto destaco a seguinte passagem:

Para analisar-lhe a constitucionalidade, é de se indagar se o ingresso à carreira mediante concurso público se circunscreve ao universo dos duzentos e noventa e cinco cargos criados no art. 2º, com aproveitamento dos que já eram titulares de empregos e cargos públicos a que alude essa regra, ou se se projeta para o futuro, permitindo admissão de novos servidores para preenchimento dos que se vagarem na vigência da lei.

[...]

Donde tenho por inevitável que, para salvá-lo, se proceda a interpretação conforme do art. 5º, para esclarecer que a previsão de ingresso na carreira se limita aos cargos criados nos termos do art. 2º, para legitimação do aproveitamento dos servidores que, na forma do art. 56 do ADCT da Constituição estadual, já eram ocupantes de cargos e empregos públicos de advogados, assessores e assistentes públicos estáveis, à data de início de vigência dessa norma transitória, não autorizando, pois, ingresso de outros servidores em caso de se vagarem os mesmos cargos, os quais serão, a cada vacância, sucessiva e automaticamente extintos (destaques pessoais).

Nessa outra notícia do mesmo julgamento, o Excelso Pretório põe em evidência a razão pela qual rejeitou o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 284:

ADI e criação de carreira especial de advogado-6:

No que concerne à inserção no quadro permanente dos ocupantes de cargo de assistente jurídico e advogados que ingressaram no emprego, após aprovados em concurso público, o Min. Cezar Peluso, Presidente, sublinhou, também, não haver transgressão à Constituição, em virtude dos mesmos fundamentos invocados no exame da ADI 266/RJ (DJU de 6.8.93). Além disso, acrescentou que, na estrita acepção do termo, a Lei 9.422/90 não criou cargos, mas tão-somente reuniu, numa única carreira, profissionais que ocupavam, naquela época, empregos e cargos públicos de advogados e

assistentes jurídicos da administração direta e autárquica da mencionada unidade da federação. Ressaltou que *essa situação seria transitória a se finalizar à medida que os cargos se tornassem vagos.* Neste aspecto, o Min. Marco Aurélio acentuou que se cuidaria, na espécie, de carreira em extinção. Vencidos os Ministros Cármen Lúcia e Celso de Mello, que julgavam o pleito procedente (STF. ADI 484/PR, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 10.11.2011. Informativo nº 647) (destaques pessoais).

Assim, em síntese, o Tribunal Constitucional apenas não reputou inconstitucional o ato legislativo impugnado porque considerou que o referido diploma não criou cargos, mas tão somente reuniu, numa única carreira, profissionais que ocupavam, ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, empregos e cargos públicos de advogados e assistentes jurídicos da administração direta e autárquica da mencionada unidade federada, e porque fixou que essa situação é transitória, na medida em que se encerrará conforme os cargos ocupados forem se tornando vagos.

Sobre esse caráter transitório do serviço jurídico autônomo disciplinado pelo ato normativo impugnado, registro que o Ministro Eros Grau fixou, em seu Voto, “[...] que os servidores aos quais se refere o artigo 12 da Lei nº 9.422/90 são estáveis; daí não afrontar a Constituição a criação de um quadro transitório para acomodá-los até a realização do concurso de efetivação”. Tal se infere, ainda, do debate instaurado entre os integrantes do Supremo Tribunal Federal por ocasião da manifestação do Ministro Marco Aurélio, que também peço vênha para transcrever:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – *Presidente*, somente *tenho uma dúvida*: a Carta de 1988 prevê a existência de carreira única de procurador, como, no âmbito federal, ocorre em relação à Advocacia Geral da União. Veio à baila, como ressaltado por Vossa Excelência, preceito transitório que está a revelar:

Art. 69. Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções.

Qual é a minha dúvida?

Será que esse preceito sugere a dualidade permanente nos estados ou é realmente transitório, tendo apanhado situações constituídas gerando uma carreira em extinção? Concluo que viabilizou a estruturação de uma carreira em extinção, porque, caso contrário, o preceito deixa de ser transitório, no que visou atender às situações reinantes.

Como está a lei do Estado, ter-se-á uma carreira permanente, ombreando com a Procuradoria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – São duas carreiras no Paraná. E esvaziando, Ministro, a Procuradoria, porque a Procuradoria, hoje as advocacias estaduais, tem uma Advocacia-Geral do Estado ou uma Procuradoria-Geral com o que é ditado pela própria Constituição no artigo 132. Então, ela é assessoramento, consultoria e representação judicial. Se um Estado cria uma carreira de consultoria, tenho duas advocacias: a advocacia da consultoria e a Procuradoria. Por isso julguei procedente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim. Foi a colocação que fiz. Tomo o artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como a contemplar uma situação fechada, quanto à permanência daqueles que vinham prestando serviços em consultorias jurídicas e enquanto em atividade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E transitória.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – *O que não concebo é que possamos ter, no cenário nacional, estados com a dualidade permanente: procuradoria e consultoria.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E que foi criado depois da Constituição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Mas foi isso que o estado evitou, unificando as carreiras.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, Presidente, mas como está a lei, vagando...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – *Exatamente, foi situação transitória mesmo. O estado unificou as carreiras.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Não, continua fazendo concursos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, *mas como está a lei, vagando o cargo, o Estado poderá abrir concurso.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Abre-se o concurso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – *Não, mas é por isso que estou dando interpretação conforme.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – *Por isso, é preciso elucidar.*

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – *Por isso é que estou dando interpretação conforme para não permitir novos concursos.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – *Só para limitar aos que já foram [...]*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – *Contemplados são aqueles que, à época da Carta de 1988, vinham integrando consultorias.*

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – *Exatamente.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não se tem quanto a esses cargos - e se criou a carreira, para agrupar - a permanência no cenário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – *É como se fosse uma... Vão se extinguindo os cargos.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – *Com a vacância, há a extinção.*

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – *Vai desaparecer. Está proibido fazer qualquer novo concurso público.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É, porque houve concursos posteriores, inclusive na pendência dessa ação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Exatamente. E esse o sentido do meu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Por isso julguei procedente a ação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Exatamente esse. Ou seja, *os cargos foram criados exatamente para aproveitar àqueles que vieram da antiga carreira. E, doravante, fica proibido qualquer concurso público para os mesmos cargos que se vagarem.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em última análise, pelo texto constitucional ocorre a pessoalidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Exatamente. E é exatamente o que está preservado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acompanho, então, Vossa Excelência no voto proferido (destaques pessoais).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido nesse julgamento, e também quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 175, ser possível a coexistência, no âmbito da Advocacia Pública Estadual, de Procuradores do Estado com outros profissionais de Direito que exerçam funções típicas de advocacia pública, deixa muito claro que isso só é admissível para a acomodação transitória de advogados que ingressaram no serviço público antes da promulgação da Constituição de 1988.

4 Unidade orgânica da Advocacia Pública Estadual

Vê-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal, quando se debruçou sobre os artigos 131 e 132 da Constituição, bem como sobre o artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para interpretá-los e aplicá-los, assentou, taxativamente, que é inadmissível a instituição/manutenção, em âmbito estadual, de órgãos jurídicos permanentes com atuação paralela a dos Procuradores do Estado. Disso resulta a “unidade orgânica” da Advocacia Pública Estadual; que, pelas razões dantes expostas, é composta por um único órgão jurídico; descrito pelo artigo 132

da Constituição da República como Procuradoria Geral do Estado ou do Distrito Federal, mas que também pode ser designado, como sobressai do texto do artigo 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como Advocacia Geral do Estado.

Marco Túlio Carvalho da Rocha a qualificou, em estudo anterior⁴⁸, como “unicidade orgânica”. Por sua vez, a Ministra Carmen Lúcia, referindo-se a essa doutrina, enunciou-a como “princípio da unicidade orgânica da Advocacia Pública”⁴⁹. A despeito disso, prefiro qualificá-la como simplesmente como “unidade orgânica”, seguindo a designação empregada pelo constituinte originário no parágrafo 1º do artigo 127 da Constituição⁵⁰, quando quis expressar que o Ministério Público é uno, enunciando, assim, o princípio da unidade.

Porém, as circunstâncias de vivermos em uma Federação e de os procuradores servirem à função administrativa⁵¹ exige que a Advocacia Pública Estadual seja considerada “una” apenas e tão somente nos limites dos territórios de cada unidade federada⁵². Ter-se-á, assim, tantas Procuradorias Gerais de Estado (ou

48 ROCHA, Marco Túlio Carvalho da. A Unicidade Orgânica da Representação Judicial e da Consultoria Jurídica do Estado de Minas Gerais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. n. 223, jan./mar. 2001.

49 Cfr., ao ensejo, o teor do seu Voto divergente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 484.

50 CRFB. “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a *unidade*, a indivisibilidade e a independência funcional” (destaques pessoais).

51 Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes”, os quais, de regra, são explicitamente mencionados nas constituições modernas do Ocidente. Tais unidades orgânicas absorveriam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30-31). Ao distingui-las, o professor paulista observa que a função legislativa é aquela que o Estado “exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição”; que a função jurisdicional, por sua vez, é aquela exercida “por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’”; ao passo que a função administrativa é a função “que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos”, que se caracteriza, no regime constitucional brasileiro, “pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário” (Ibid., p. 35-36).

52 Aliás, o mesmo se verifica com relação ao Ministério Público, a quem a “unidade” é atribuída como princípio pelo precitado parágrafo 1º do artigo 127 da Constituição. Comentando esse dispositivo, Walter Claudius Rothenburg leciona que a “unidade é atribuído institucional e quer dizer que o MP projeta-se, sempre, a cada atuação, como um todo, sendo seus diversos órgãos [...] (re)apresentações dessa mesma instituição”, mas adverte que a “unidade verifica-se no respectivo âmbito da federação”, num contexto em que “o MP da União constitui uma unidade distinta das unidades constituídas pelos MP estaduais” (ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentários aos arts. 127 ao 130. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1633). Outro não é o entendimento de Alexandre de Moraes, para quem “só existe unidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o outro” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 457).

Advocacias Gerais de Estado) quantos forem os Estados que compõem a Federação, todas elas “unas”, quando consideradas em sua singularidade, mas sem se apresentar, no plano nacional, como uma única instituição.

5 À guiza de conclusão

Creio que essas considerações são suficientes a induzir a compreensão de que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro, e em especial a Constituição da República, inadmite a descentralização administrativa da prestação advocatícia exercida pelas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, pautada na instituição, no âmbito do Poder Executivo⁵³, de procuradorias especiais vinculadas a autarquias e fundações públicas estaduais, e tampouco suporta a formação de serviço jurídico autônomo que congregue procuradorias autárquicas e fundacionais, a exemplo do que ocorre na esfera federal. Não almejo, todavia, apresentar resposta definitiva ao problema enfrentado neste trabalho, mas submeter a debate público essas minhas impressões sobre o tema.

Em especial, desejo suscitar a sua discussão nas procuradorias estaduais, que cedo ou tarde poderão vir a ser chamadas a se manifestar, em processos judiciais ou administrativos, sobre a juridicidade da instituição de procuradorias autárquicas/fundacionais ou, talvez, sobre a validade jurídica de atos concretos praticados pelos seus integrantes, à consideração de que esses profissionais não ostentam, pelas razões dantes expostas, legitimação administrativa e constitucional para exercer atividades típicas de advocacia pública. Mas advirto, em linha de conclusão, que as manifestações oficiais porventura exaradas sobre o tema devem sempre se fundar nas convicções jurídicas do procurador vinculado ao feito, e que, em regra, devem ser integralmente atendidas pelas autoridades administrativas, vez que, com cedi-

53 Quanto ao particular, reitero a possibilidade da instituição de órgãos jurídicos pelos Poderes Legislativo e Judiciário, que é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como forma de preservar a sua independência perante o Executivo. A propósito, cfr., a título de exemplo, os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do pedido de Medida Cautelar na ADI nº 175 (Rel. Ministro Otávio Gallotti) e do mérito da ADI nº 1.557 (Rel. Ministra Ellen Gracie).

ço, a Administração Pública e seus agentes não podem se furtar a uma correta aplicação do Direito.

Essa minha observação se funda, primariamente, na noção de legalidade. Quanto ao particular, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal”, isto é, da “lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social”, pretendeu-se “garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral”⁵⁴. Por esse motivo é que os agentes públicos têm sua atuação vinculada aos estritos limites do que lhes determinam a lei e a Constituição. Cumpre-lhes, pois, em suas atividades cotidianas, aplicar corretamente o Direito, servindo, assim, aos interesses juridicizados pelos legítimos representantes do povo. O que se dá é que, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, o agente público “não pode [...] deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhes são conferidos”, precisamente porque “os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgadas em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade administrada”⁵⁵. Daí falar-se em legalidade estrita, a vincular a Administração Pública e seus agentes, que, conforme observa Bandeira de Mello, é “fruto da submissão do Estado à lei”⁵⁶; que se encontra positivada, entre nós, como princípio de sede constitucional, na medida em que restou assentada pelo poder constituinte originário no *caput* do artigo 37 da Constituição⁵⁷⁻⁵⁸. Por força desse princípio é que, na preciosa observação de Meirelles, “enquanto na

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100).

55 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 77.

56 MELLO, op. cit., p. 100.

57 CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência* e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (*destaques pessoais*).

58 Cfr.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 96.

administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁵⁹. Ou, como expressa Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que não lhes seja proibido, a Administração pode fazer apenas o que lhe seja de antemão permitido por lei”⁶⁰⁻⁶¹. Ou, ainda, como sintetiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”⁶².

O constituinte conferiu aos procuradores as atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial; como sobressai da leitura dos artigos 131⁶³ e 132⁶⁴ da Constituição de 1988⁶⁵. A atividade consultiva destina-se à orientação dos agentes estatais sobre como deve se dar a aplicação do Direito⁶⁶. No contencioso judicial, por sua vez, os procuradores atuam como partícipes da atividade cognitiva desenvolvida pela comunidade de intérpretes

59 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 78.

60 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade – discricionariedade – seus limites e controle. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 57.

61 Sobre o assunto, consulte-se, ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76;101.

62 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 68.

63 CRFB. “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

64 CRFB. “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)”.

65 Derly Barreto Silva Filho classifica essas funções típicas em atividades preventivas (consultoria jurídica) e postulatórias (representação); e dispõe, a propósito, que “à função preventiva cabe orientar a atuação da Administração Pública, evitando, assim, o cometimento de injuridicidade”, ao passo que “à função postulatória [...] cumpre demandar, junto ao Poder Judiciário, a defesa dos interesses entregues à cura do Estado” (SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista dos Tribunais*, ano 89, n. 772, p. 47-48, fev. 2000.). Silva Filho leciona, ainda, que “a Advocacia Pública, no Estado Democrático de Direito brasileiro, insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acatelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob a ótica da justiça” (SILVA FILHO, op. cit., p. 48). Daí que, quando desempenha essas duas primeiras funções típicas (consultoria jurídica e contencioso judicial), a Advocacia Pública também exerce “o controle jurídico interno das pessoas jurídicas que integram a Administração Pública”, como expressa Cláudio Grande Júnior (GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64). Disto resulta uma terceira função típica, consistente no controle interno da juridicidade do agir administrativo.

66 Afinal, como leciona o Professor Ricardo Marcondes Martins, “o Estado de Direito [...] veda o arbítrio dos agentes públicos”, vinculando a atuação estatal à aplicação de normas jurídicas, o que faz com que, em concreto, o exercício da função pública pressuponha a concretização do ordenamento posto por esses agentes estatais (MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 55, p.141-142, 2011.). Sobre o assunto, cfr., também: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 64-102.

com vistas à interpretação e aplicação do Direito⁶⁷, com a missão de procurar convencer o Poder Judiciário de que as posturas defendidas pela Administração Pública encontram amparo no ordenamento jurídico-positivo⁶⁸.

Em uma e outra esfera, podem-se depreender equívocos na aplicação do Direito pela Administração Pública, preordenados, sobretudo, pela circunstância de nem todos os agentes públicos haverem sido formados para bem aplicar as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico-positivo. Destarte, quer quando exercem a consultoria jurídica, quer quando atuam no contencioso judicial, os procuradores devem orientar os governantes e demais agentes públicos para que suas ações sejam lícitas, recomendando a correção de possíveis equívocos jurídicos cometidos no exercício da função administrativa, exercendo, assim, o que em doutrina se convencionou chamar controle interno da juridicidade do agir administrativo⁶⁹.

Por esse motivo, não lhes toca, em qualquer hipótese, subverter o Direito, seja para atender a opções políticas ou administrativas pré-concebidas pelos governantes e demais autoridades estatais, seja para acomodar eventual interesse pragmático do procurador, ou de seus pares, de não sofrer uma elevação em sua carga de trabalho na hipótese de a procuradoria passar a atender também às autarquias e fundações públicas estaduais.

II

Orienta, de igual modo, a vinculação dos procuradores, em suas atividades cotidianas, a uma correta aplicação do Direito, a necessidade que tem a Administração Pública de promover a

67 Cfr., a propósito: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* [PRELO]. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 117-268, passim.

68 Em regra, essas posturas são lícitas, ou legais, precisamente porque, por concepção, a sua produção pressupõe a observância da ordem jurídica estabelecida. É que a Administração Pública e seus agentes têm sua atuação vinculada aos ditames da legalidade estrita, e por isso devem se preordenar, na esfera administrativa, a uma correta aplicação do Direito. Além disso, esses profissionais devem promover, em suas atividades cotidianas, a realização do interesse público, assim compreendido como interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72), pressupondo, destarte, a uma correta aplicação do Direito. Disso resulta o que em doutrina se convencionou chamar presunção de legitimidade dos atos administrativos (MELLO, op. cit., p. 419). Essa presunção, todavia, é relativa, admitindo prova em contrário; em especial quando questionada em juízo (Ibid., p. 419).

69 Cfr.: MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, ago. 2011.

realização do interesse público. A propósito, Bandeira de Mello expressa que “a noção de interesse público [...] impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado”, lapso de compreensão “que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo”⁷⁰⁻⁷¹. Para esse professor paulista “o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito”, e que, por isso, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado de interesses públicos”, pode ter, como qualquer outra pessoa, “interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa”⁷²⁻⁷³. Esses últimos interesses não são, conforme Bandeira de Mello, “interesses públicos”, mas se qualificam, na verdade, como “interesses individuais do Estado” (por exemplo, cobrar tributos)⁷⁴⁻⁷⁵.

Esses interesses particulares do Estado só merecem proteção jurídica quando instrumentais ao interesse público⁷⁶ (por exemplo, cobrar tributos dentro dos limites legais, para tornar viável o fornecimento de serviços públicos). Por isso é que, na acepção teórica adotada por Bandeira de Mello, o interesse público consiste “no interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida”⁷⁷, pressupondo, assim, uma correta aplicação do Direito⁷⁸.

70 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 187.

71 A propósito, cfr., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65.

72 MELLO, A noção jurídica de “interesse público”, op. cit., p. 188.

73 Sobre o assunto, ler também: MELLO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 65-66.

74 MELLO, A noção jurídica de “interesse público”, op. cit., p. 188.

75 Esses interesses designados por Bandeira de Mello como “interesses individuais do Estado” correspondem aos “interesses secundários” referidos por Alessi, ao passo que a “dimensão pública desses interesses individuais”, que o professor paulista qualifica como “interesse público”, corresponde ao que Alessi convencionou chamar “interesse primário” (ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197).

76 MELLO, A noção jurídica de “interesse público”, op. cit., p. 188.

77 MELLO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 72.

78 Ao ensejo, cfr., também: MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, ago. 2011.

Também por esse motivo os procuradores, quando forem chamados a se manifestar sobre a temática enfrentada neste artigo, bem como sobre qualquer outro assunto de interesse da Administração, devem promover uma correta aplicação do Direito, e por isso não podem submeter as suas convicções jurídicas a opções políticas/administrativas pré-concebidas e/ou a eventual interesse pragmático de seus pares.

III

Esses pressupostos teóricos (vinculação da Administração e seus agentes à legalidade administrativa e à necessidade de realização do interesse público) conferem aos procuradores uma enorme responsabilidade. Com efeito, o hipotético abandono das suas convicções jurídicas em favor da realização de opções políticas/administrativas pré-concebidas e/ou do interesse pragmático de seus pares, além de estar apta a conduzir, em hipótese, a realização de ato ilegal (e, portanto, contrário ao interesse público), em tese suscita a imoralidade da sua conduta, visto que, na espécie, o procurador, mesmo ciente da impropriedade da postura administrativa referendada, ainda assim estaria a orientar a sua prática/manutenção pela Administração Pública.

Márcio Cammarosano explicita essa particularidade do agir administrativo por meio de um exemplo prático, quando se refere à postura de administrador municipal que formula determinada exigência a proprietários de bens imóveis, e que, constando, adiante, após ouvir a procuradoria, que tal providência, por exigência do Direito, não poderia ser imposta a todos os proprietários, persiste no seu propósito de exigir-lhes a prestação, à consideração de que “a maioria dos notificados, pelas mais variadas razões, dentre elas a desinformação, contra as notificações indevidas não se insurgem, e até apressam-se em cumprir o que se lhes determina, ou acabam por pagar a multa aplicada”⁷⁹. Referindo-se a essa hipótese fática, Cammarosano expressa que “à invalidade dos atos expedidos - porque em des-

79 CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 103-104.

compasso com a lei - soma-se, é certo, vício de ordem moral [...]”, pois há “violação também do princípio da finalidade do interesse público, com a qual não se compadece a consciente violação da lei; a violação do princípio jurídico da boa-fé; a violação, enfim, da moralidade administrativa”⁸⁰.

Portanto, o procurador que se manifesta contrariamente às suas convicções jurídicas, seja para validar opções políticas/administrativas pré-concebidas, seja para atender a interesses pragmáticos de seus pares, pratica ato ilegal, contrário ao interesse público e, além de tudo, imoral.

IV

Deve ficar claro, outrossim, que essas premissas não regem apenas a atuação dos procuradores quando da confecção de seus pareceres e demais manifestações jurídicas, mas também alcançam as posturas adotadas pelas autoridades administrativas científicadas dos posicionamentos firmados pela procuradoria. O que ocorre é que, muito embora os governantes e demais autoridades administrativas em princípio somente estejam obrigados a aderir às orientações jurídicas dos procuradores nas hipóteses em que a lei considera vinculantes os pareceres por eles exarados, a circunstância de a Constituição (arts. 131 e 132) haver conferido a esses profissionais a prerrogativa de orientar a aplicação do Direito em sede administrativa impõe aos orientados, como regra geral, o atendimento às recomendações da procuradoria.

Se, por qualquer motivo, pretenderem inobservar essas recomendações, cumpre-lhes manifestar, em cada caso concreto, as razões jurídicas em que se funda a sua divergência com a orientação firmada pela procuradoria. Por óbvio, não se prestam a tanto a invocação de argumentos externos ao Direito, como ocorre, por exemplo, quando se afirma, com esse intuito, que a adoção do referido opinamento contraria “razões superiores de Estado”, ou o “bem maior”, ou, ainda,

80 CAMMARÓSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 104-105.

uma acepção distorcida de “interesse público”, para esse efeito compreendido (erroneamente, diga-se de passagem) como interesse do Governo ou do poder público. Cuidando-se o parecer desatendido de uma manifestação técnica, fundada em razões intrínsecas ao conhecimento jurídico, apenas argumentos de idêntica natureza legitimam a conduta dos orientados que pretenderem deixar de observá-lo. Na impossibilidade de articulá-los, os orientados, se persistirem em seu propósito de desatender a orientação firmada no parecer, deverão solicitar uma nova manifestação da procuradoria, contexto em que a invocação de “razões superiores de Estado” (ou de qualquer de seus equivalentes semânticos) poderá, inclusive, conforme o caso, justificar uma modificação do posicionamento anteriormente enunciado, por exemplo quando se verificar, em vista dos novos elementos fáticos apresentados, que a implementação da solução proposta no parecer mostra-se ofensiva ao princípio administrativo da eficiência, ou, talvez, à própria segurança jurídica.

Porém, mantendo-se os orientados inertes quanto ao cumprimento do parecer e silentes quanto às razões porque discorda das orientações jurídicas nele contidas, ter-se-á, em concreto, simples inobservância ao Direito, tal como interpretado pela procuradoria, a ensejar, na prática, ofensa aos princípios administrativos da legalidade e da moralidade. E isso porque, na hipótese, essas autoridades administrativas, sem sequer esboçar interpretação jurídica que em tese refute a juridicidade do parecer descumprido, estariam se recusando a adequar sua conduta ao ordenamento jurídico-positivo, praticando, assim, uma ilegalidade; atitude que, conjugada à circunstância de terem sido previamente científicadas pela procuradoria da ilegitimidade do ato praticado, induz, ademais, infração aos princípios jurídicos da finalidade do interesse público, da boa-fé e, por conseguinte, da moralidade administrativa.

V

A inobservância desses cuidados pode induzir a responsabilização dos orientados por ato de improbidade administrativa, por violação a princípios da Administração Pública (Lei nº

9.429/1992, art. 11⁸¹), mais especificamente aos princípios da legalidade e da moralidade. É certo que, na espécie, a validade da imputação pressupõe conduta dolosa do agente imputado⁸². No entanto, uma vez apontada a ilegitimidade do ato, a tão só insistência do agente estatal em manter-lhe os efeitos a despeito dos vícios jurídicos que lhe foram apontados pela procuradoria, conjugada à sua inércia em fundamentar, sob bases jurídicas, as razões de seu convencimento, denota o seu livre propósito (atitude dolosa, portanto) de contrariar o Direito pátrio.

Também justificará, em hipótese, a sua responsabilização por ato de improbidade administrativa, que nesse caso independerá do desatendimento ao parecer da procuradoria, ou até mesmo da existência de parecer recomendando conduta diversa daquela praticada pela Administração, a depreensão casuística de que a prática/manutenção do ato eivado de nulidade venha a ocasionar lesão ao erário (Lei nº 9.429/1992, art. 10⁸³); o que se verificará, em concreto, retomando as particularidades da hipótese analisada, se, no futuro, administrados obtiverem pronunciamentos jurisdicionais que lhes assegure a anulação de atos praticados por procuradores autárquicos/fundacionais sob a invocação da inconstitucionalidade das leis que disciplinam a atribuição a esses profissionais de atividades conferidas pela Carta da República em regime de exclusividade aos Procuradores do Estado. O que se dá é que, independente do posicionamento que a procuradoria e as autoridades estatais mantenham sobre o tema, é inegável que a instituição/manutenção dessas procuradorias especiais, mormente quando se considera o entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deixa margem a que administrados aduzam, em suas

81 Lei 9.429. "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]".

82 Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, a título de exemplo, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 875.163, relatado pela Ministra Denise Arruda, em cuja Ementa restou assentado que "a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA)". Quanto ao particular, cfr., ainda: REsp 805.080, Relatora Ministra Denise Arruda, e REsp 751.634, Relator Ministro Teori Albino Zavascki.

83 Lei 9.429. "Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]".

relações de conflito com a Administração Pública, por exemplo, que é nulo parecer lavrado por procurador autárquico/fundacional que lhe recomendou a atribuição de pena disciplinar, ou o indeferimento de pedido de aposentadoria, ou, talvez, a negativa de fruição a benefício fiscal. Também se poderá cogitar, em tal conjuntura, da revelia do poder público em processos judiciais, ou da inadmissibilidade de recursos interpostos em defesa de suas posições jurídicas, à consideração de que os subscritores dessas peças processuais não ostentam legitimação administrativa e constitucional para subscrevê-las. Se dessas situações hipotéticas resultar lesão ao erário, é factível a responsabilização por ato de improbidade das autoridades administrativas que se omitiram em regularizar representação jurídica das autarquias e fundações públicas de seu Estado.

Assim, ainda que a procuradoria e/ou as autoridades administrativas manifestem-se, fundamentadamente, pela juridicidade da instituição/manutenção, em âmbito estadual, de procuradorias autárquicas/fundacionais, é recomendável, por questões estratégicas, a sua extinção pelas unidades federadas ou, onde isso for possível⁸⁴, a sua integral incorporação à estrutura das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, como forma de prevenir, em concreto, prejuízos ao erário e, por conseguinte, a sua responsabilização pessoal por ato de improbidade administrativa.

VI

Soma-se a isso a circunstância de a experiência haver demonstrado, no âmbito da Advocacia Pública Federal, que a descentralização administrativa das procuradorias tornou-se preju-

84 Não sobeja lembrar, a propósito, que Direito pátrio, tal como interpretado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não admite a transposição de servidores para cargos distintos dentro da Administração Pública. Tal se infere, a título de exemplo, dos julgamentos proferidos pelo Tribunal Constitucional quando apreciou ADI nº 159 (Rel. Min. Octavio Gallotti), a nº ADI 266 (Rel. Min. Octavio Gallotti) e a ADI nº 824 (Rel. Min. Nelson Jobim). Tamaña é a pacificação pretoriana sobre o tema que aquela Corte Suprema editou verbete de súmula sobre a matéria, que enuncia que "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido" (STF, Súmula 685). Em rigor, a transposição apenas é admitida pelo Excelso Pretório quando se verifica, em concreto, (i) a equivalência entre os requisitos exigidos para acesso aos cargos, (ii) a completa identidade substancial (identidade de atribuições) e (iii) a compatibilidade funcional e remuneratória (STF, ADI nº 2713 (Rel. Min. Ellen Gracie).

dicial à representação jurídica da União e de suas autarquias e fundações públicas. Referindo-se à instituição da Procuradoria Federal, que centralizou a representação jurídica das autarquias e fundações públicas federais, Maria Jovita Wolney Valente⁸⁵ observa que essa ação governamental visou à “racionalidade, economia e otimização das atividades constitucionais da Advocacia-Geral da União”, na medida em que retirou “da subordinação aos dirigentes de autarquias e fundações decisões importantíssimas de representação judicial da União”, assim como a consultoria e o assessoramento jurídico, atividades que passaram a ser orientadas pelo Advogado-Geral da União⁸⁶.

A otimização de suas atividades decorre, conforme Valente, do fato de a Procuradoria Federal passar a atender, concomitantemente, “desde o gigante Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, à longínqua Escola Agrotécnica incrustada na zona rural de pequenina cidade⁸⁷, revertendo um quadro em que “cada autarquia e fundação funcionava com o seu órgão jurídico e o seu próprio quadro de procuradores e incumbido de exercer a representação judicial e de prestar consultoria e assessoramento jurídico às respectivas entidades”, num contexto em que “que a grande maioria dessas entidades eram carentes de Procuradores”⁸⁸. O que ocorria é que, “paradoxalmente, uma minoria de entidades possuía Procuradores com tempo ocioso,

85 Para os que não a conhecem, Valente há muito é integrante da Advocacia Pública Federal, onde ocupou os cargos de Consultora Geral da República, Consultora da União e Secretária Geral de Consultoria da Advocacia Geral da União. Evidencia a importância da sua participação na centralização administrativa da Advocacia Pública Federal essa outra passagem doutrinária de sua autoria, que retrata o início desse processo histórico: “No dia 3 de abril de 2002, em despacho restrito com a signatária (então titular do cargo de Secretária-Geral de Consultoria), o Advogado-Geral da União - Gilmar Ferreira Mendes - externou preocupação com os destinos da Coordenadoria dos Órgãos Vinculados (então já inserida na Consultoria-Geral da União) e da Carreira de Procurador Federal (recém criada nos quadros das autarquias e fundações da União, exceto o Banco Central) e, concomitantemente, também externou o desejo de incluir na Advocacia-Geral da União o quadro de Procuradores Federais. Antevendo os duros embates que a medida provocaria, foi ponderado a Sua Excelência ser mais conveniente a criação de um órgão autônomo para abrigar a Carreira de Procurador Federal e dirigir as atividades de consultoria e assessoramento jurídico e a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações, pela absorção dos órgãos jurídicos dessas entidades, mantendo-os vinculados à AGU pela vinculação mesma do novo órgão que teria autonomia administrativa e financeira mas sem deter personalidade jurídica própria, nos moldes preconizados pelo art. 172 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967” (VALENTE, Maria Jovita Wolney. Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 523).

86 VALENTE, Maria Jovita Wolney. Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 525.

87 *Ibid.*, p. 510.

88 *Ibid.*, p. 514.

mas que não podiam se auxiliar reciprocamente”, por serem “entidades com personalidades jurídicas distintas, com quadro exclusivo de Procuradores que somente poderiam exercer as suas funções na entidade a cujo quadro pertenciam”⁸⁹. Além disso, essa política centralizadora implantada na Advocacia Pública Federal também teve o condão de tornar efetiva a orientação e supervisão da Advocacia Geral da União sobre essas suas atividades jurídicas, que, como acentua Marcelo de Siqueira Freitas⁹⁰, ficava comprometida em razão da “dispersão causada pela existência de tantos órgãos jurídicos distintos” e também da circunstância desses “órgãos pertencerem, até então, à estrutura das entidades federais representadas, e, portanto, de estarem sujeitas a ingerências indevidas internas, que efetivamente se verificaram em alguns casos”⁹¹.

Como ápice desse processo de centralização administrativa, destaco que o projeto de lei que pretende instituir a nova lei orgânica da Advocacia Geral da União não mais qualifica a Procuradoria Federal como órgão vinculado⁹², fechando, assim, o ciclo que se iniciou quando da edição da Medida Provisória nº 2.048-26/2000, que uniformizou sob uma única denominação os profissionais de Direito que atuavam nas autarquias e fundações públicas federais⁹³. Esse processo se aperfeiçoou, dois anos depois, com a edição da Lei Federal nº 10.480/2002, que instituiu a Procuradoria Federal, como órgão vinculado à Advocacia Geral da União, nela reunindo todos os serviços jurídicos que até então

89 VALENTE, Maria Jovita Wolney. Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 514.

90 Também integrante da Advocacia Pública Federal, e que ocupava, ao tempo da confecção do estudo citado, o cargo de Procurador Geral Federal.

91 FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e dos interesses públicos a cargo da Administração indireta. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 537.

92 Refiro-me ao PLP nº 205/2012, que tramita na Câmara dos Deputados, cujo artigo 2º, parágrafo 1º, inciso III, alíneas “a” e “d”, Estabelecem que integram o sistema da Advocacia Pública da União, como órgãos específicos, a Procuradoria Federal, com suas respectivas Procuradorias Seccionais, além das Procuradorias Federais Especializadas ou não junto às autarquias e fundações públicas federais.

93 Na oportunidade, cargos de procurador autárquico, procurador, advogado, assistente jurídico de autarquias e fundações públicas federais e procurador e advogado da Superintendência de Seguros Privados e da Comissão de Valores Mobiliários foram transformados em cargos de Procurador Federal. Apenas ficaram de fora dessa política uniformizadora os cargos os Procuradores do Banco Central do Brasil, que também não seriam integrados, anos depois, à Procuradoria Geral Federal, quando da sua instituição pela Lei Federal nº 10.480/2002 (VALENTE, op. cit., p.503-524, passim).

atendiam as autarquias e fundações públicas federais nas atividades de contencioso judicial e de consultoria jurídica⁹⁴. Agora, a Advocacia Geral da União projeta o passo definitivo para concluir esse processo de centralização administrativa, pela via da introdução da Procuradoria Federal em sua estrutura, assumindo, assim, por razões de racionalidade administrativa, unidade orgânica semelhante àquela imposta pela Constituição da República às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, a qual, conforme expus anteriormente, a ela apenas não havia sido estendida por razões históricas, pautadas na preexistência ao texto constitucional da Procuradoria da Fazenda Nacional e das procuradorias e departamentos jurídicos das autarquias/fundações públicas federais e na relutância do constituinte originário em trazer os profissionais que as integravam ao âmago da nova instituição que se criava.

Essas considerações demonstram que, mesmo no âmbito da Advocacia Geral da União, contexto em que a Constituição admitiu, textualmente, a descentralização administrativa dos serviços jurídicos, essa medida não apresentou resultados favoráveis, desatendendo, assim, ao princípio administrativo da eficiência (CRFB, art. 37, *caput*⁹⁵), que se destina, na lição de Di Pietro, a “alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”⁹⁶. Assim, também por esse motivo justifica-se, no plano empírico, a preservação da unidade orgânica da Advocacia Pública Estadual.

VII

Disso se conclui, num esforço de síntese, que a unidade orgânica da Advocacia Pública Estadual deve ser buscada/preservada por procuradores e autoridades administrativas; quer

94 Lei 10.480. “Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”.

95 CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (destaques pessoais).

96 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 83.

porque se apresenta, dada a interpretação constitucional manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, como expressão da legalidade administrativa e, portanto, como pressuposto para a realização do interesse público; quer porque o cometimento de uma ilegalidade, quando conjugada ao conhecimento do ilícito, traduz uma imoralidade, assim como livre propósito do infrator (portanto, atitude dolosa) em praticar conduta ilegal e imoral, a suscitar a sua responsabilização por ato de improbidade administrativa, por violação a princípios da Administração Pública; quer porque ainda que procuradores e autoridades administrativas estejam convencidas da juridicidade da instituição/manutenção de procuradorias autárquicas/fundacionais em seus respectivos Estados, a eventual obtenção por administrados de provimentos jurisdicionais que decretem a nulidade de atos praticados pelos integrantes dessas procuradorias especiais poderá atrair a sua responsabilização (dos procuradores e demais autoridades estatais) por ato de improbidade administrativa caso se verifique, em tal conjuntura, lesão ao erário; quer porque a experiência da Advocacia Geral da União demonstrou ser ineficaz e, portanto, ofensiva ao princípio administrativo da eficiência, a descentralização administrativa da Advocacia Pública.

6 Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/constituente_principal.asp>. Acesso em: 29 maio 2013

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CASTRO, Aldemario Araujo. A (centenária) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: seu papel e sua importância para a sociedade e para o Estado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – AGU: LC 73/1996 e Lei nº 10.480/2002*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Advocacia pública. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 801, jul. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e dos interesses públicos a cargo da Administração indireta. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JAYME, Fernando Gonzaga. Comentários aos arts. 18 e 19. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* [PRELO]. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, ago. 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 55, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Legalidade – discricionariedade – seus limites e controle. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Comentários aos arts. 131 ao 132. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROCHA, Marco Túlio Carvalho da. *A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas Gerais*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, jan./mar. 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentários aos arts. 127 ao 130. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista dos Tribunais*, ano 89, n. 772, fev. 2000.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

1.8

ANÁLISE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DE PRISÃO DE SECRETÁRIO ESTADUAL DE SAÚDE POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

DANIEL MAZZONI*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da jurisdição. 2.1 Entendendo o conceito de jurisdição. 2.2 A jurisdição moderna. 3 Da efetivação da tutela jurisdicional. 3.1 Técnicas de efetivação e o devido processo legal. 3.2 A escolha das técnicas de efetivação e o sistema jurídico. 4 A prisão de secretário de Estado como forma de efetivação de decisões judiciais nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 4.1 Da impossibilidade de decretação de prisão por descumprimento de ordem judicial por magistrado no exercício de competência cível. 4.2 Da violação à norma da Constituição Estadual que estabelece prerrogativa de foro em favor de secretário de Estado. 4.3 Da ausência de previsão legal para a decretação de prisão do secretário estadual por suposto descumprimento de decisão judicial. 4.4 Da ausência de necessidade e proporcionalidade da decisão que decreta prisão de secretário estadual ante a possibilidade de utilização de outras técnicas mais eficazes. 5 Da conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Ao longo dos anos, a comunidade jurídica se debruçou sobre vários aspectos que norteiam a jurisdição e os seus escopos.

A par dos debates jurídicos e análises semânticas, hodiernamente, parece haver certo consenso no sentido de que a jurisdição e o seu exercício servem a um propósito que vai adiante dos tradicionalmente descritos pelos estudiosos do direito.

Além da sua missão precípua de aplicar concretamente o direito objetivo e estabelecer a quem o ordenamento jurídico deve

* Formado em Direito pela FDV - Faculdade de Direito de Vitória. Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-graduando em Direito Tributário pela FGV - Fundação Getúlio Vargas. Procurador do Estado do Espírito Santo.

amparar diante de um conflito de interesses estabelecido, deve a jurisdição ser útil, prática e de resultados.

Se, outrora, o papel do Estado-juiz consistia apenas em reafirmar mecanicamente o conteúdo da norma jurídica positivada, dizendo a quem compete o direito, atualmente, o seu dever é também buscar no ordenamento jurídico vigente e na integralidade das normas e princípios existentes a melhor decisão que se amolde ao caso concreto que lhe é apresentado¹.

E mais, deve o Estado-juiz não apenas dizer a quem o direito ampara, mas atuar ativamente a fim de que o reconhecimento do direito transmude-se em efeito prático e solucionador, mormente porque a ausência de resultado prático torna a jurisdição inócua e desnecessária. Em outras palavras *“De nada adiantaria a simples manifestação do Estado dizendo o direito. É imprescindível que sua atividade se complete através da efetivação do direito declarado”*².

Em razão desse novo olhar lançado sobre a jurisdição e o processo, bem como diante da necessidade cada vez maior de se promover a satisfação prática de alguns direitos, é possível se perceber que, não raras vezes, magistrados no exercício da competência cível tem se valido da decretação de prisões como forma de coerção e efetivação de comandos judiciais.

A adoção dessa técnica de concretização de decisões judiciais é ainda mais comum nas ações relativas à efetivação do chamado *“Direito à saúde”*, especialmente quando movidas em face de pessoa jurídica de direito público e das autoridades públicas responsáveis pela gestão administrativa e implementação desse direito.

Neste artigo, propõe-se uma discussão acerca da utilização da decretação de prisão de secretários estaduais de saúde por

1 É o que FREDIE DIDIER JR atribui a uma nova etapa do estudo do direito afirmando que: *“Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais.”* (DIDIER. Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1, p.69).

2 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1, p. 169.

descumprimento de decisões judiciais proferidas nos Juizados Especiais da Fazenda Pública estadual³.

Além da adequação em relação à função jurisdicional e dos escopos do processo, buscar-se-á analisar a compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, observando os aspectos legais, práticos e processuais desse tipo de medida.

2 Da Jurisdição

2.1 Entendendo o conceito de jurisdição

O termo “jurisdição” sempre assumiu em nosso ordenamento jurídico uma relevância ímpar, merecendo atenção dos mais renomados juristas.

Entre os de nossa época, parece haver certo consenso acerca da definição que adquiriu maior destaque ao longo do tempo, sendo atribuída ao mestre italiano GIUSEPPE CHIOVENDA⁴ a conceituação que, se não for a mais adotada⁵, certamente é o ponto de partida para muitos estudiosos.

Sem a pretensão de inovar ou superar qualquer uma das definições já formuladas pela doutrina pátria e estrangeira, faz-se necessário dizer, de regra geral, que a jurisdição é o poder estatal de fazer atuar concretamente o direito positivo, disciplinando sua forma de materialização e dirimindo eventuais controvérsias acerca de sua interpretação e/ou aplicação a um caso concreto.

A jurisdição é exercida mediante a prática de um conjunto de atos cuja competência para o seu exercício é legalmente estabe-

3 Criados pela Lei Federal 12.153/2009.

4 Segundo Giuseppe Chiovenda: “pode-se definir jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v.2, p. 9).

5 Daniel Amorim Assumpção Neves assevera que “A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Note-se que neste conceito não consta o tradicional entendimento de que a jurisdição se presta a resolver um conflito de interesses entre as partes, substituindo suas vontades pela vontade da lei. Primeiro porque nem sempre haverá conflito de interesses a ser resolvido, e segundo porque nem sempre a atividade jurisdicional substituirá a vontade das partes [...]” (NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3).

lecida e incumbida ao Estado, ao que denominamos processo. A jurisdição e sua forma de atuação (o processo), portanto, não se esgotam em si mesmos e tampouco atuam para reafirmar aquilo que são, em sua estrutura. A jurisdição (poder/dever) é um mecanismo estatal para preservação da ordem jurídica positivada e sua implementação no campo das relações humanas, como forma de instrumento de pacificação social.

Nos dizeres de BEDAQUE⁶:

O processo, em síntese, deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social. Todos esses valores – segurança, efetividade, justiça e paz social – não podem ser olvidados no exame da técnica, pois esta é simples meio para se chegar àqueles, os reais fins do processo.

Enxergar a jurisdição como um fim em si mesmo, dissociando-se de sua finalidade essencial, pode importar em desvirtuamento teleológico, afastando-se de sua natureza pacificadora para se tornar indevido instrumento de tensão.

Por essa razão, a jurisdição deve sempre guardar correlação com a necessidade de preservação do ordenamento jurídico (entendido como conjunto de normas jurídicas positivadas, fruto da soberania popular manifestada por meio do devido processo legislativo realizado por representantes do povo democraticamente eleitos⁷) e a sua implementação com o escopo de dirimir lides e promover a paz nas relações humanas e sociais⁸.

O que aparentemente traduz-se em palavras singelas, representa, na verdade, uma das mais árduas e angustiantes tarefas incumbidas ao Estado. A missão de dizer o direito, encarnada na própria etimologia da palavra jurisdição (*juris* “direito” e *dicere* “dizer”),

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40.

7 Nas lições de Arruda Alvim: “Com a mudança, porém, do fundamento sobre o qual se assentava o Direito, que se pretendeu veio a residir essencialmente na vontade do povo, o que, pelo menos, foi e tem sido afirmado, a realização da Justiça passou a ser feita em nome da República, governada por leis elaboradas por mandatários do povo (democracia)”. (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1, p. 169).

8 Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior destaca: “Em conclusão, dando ao direito do caso concreto a certeza que é condição da verdadeira justiça e realizando a justa composição do litígio, promove, a jurisdição, o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 42).

exige do Estado-juiz um conjunto de habilidades que necessitam ser constantemente fortalecidas e atualizadas para acompanhar as rotineiras e cada vez mais velozes modificações sociais.

2.2 A jurisdição moderna

Nos tempos atuais, nada tem empolgado mais os estudiosos do processo civil do que o chamado “*processo de resultados*” e tem assumido papel de destaque em nossa doutrina processual moderna a “*busca da efetividade da tutela jurisdicional*” e suas “*técnicas de efetivação*”.

Deveras, revela-se inconcebível pensar o direito e a atuação jurisdicional desprovidos de eficácia prática e resultados garantidores do bem da vida legitimamente perseguido por seu detentor, sobretudo, porque, nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ⁹:

[...] estudar o processo, sem comprometê-lo com sua finalidade institucional, representa obra especulativa, divorciada dos grandes valores e interesses que à ordem jurídica compete preservar e realizar. O resultado esperado da técnica processual há de se operar no campo das relações jurídicas substanciais.

Entretanto, não se pode olvidar que tão relevante quanto a busca pela eficácia prática do processo é a correta utilização desse instrumento de aplicação do direito, sobretudo para que a sua utilização não se distancie dos seus principais objetivos e fundamentos (em especial, a pacificação social¹⁰). Aliás, não se pode olvidar que a eficácia prática do processo deve operar-se legitimamente não apenas para aquele que persegue a preservação ou recomposição de um direito dito violado, mas também

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 20.

10 Com maestria, o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves destaca que: “O escopo social da jurisdição consiste em resolver o conflito de interesses proporcionado às partes envolvidas a pacificação social, ou em outras palavras, resolver a ‘lide sociológica’. De nada adiante resolver o conflito no aspecto jurídico se no aspecto fático persiste a insatisfação das partes, o que naturalmente contribui para a manutenção do estado beligerante entre elas. A solução jurídica da demanda deve necessariamente gerar pacificação no plano fático, em que os efeitos da jurisdição são suportados pelos jurisdicionados.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9).

para aquele a quem se imputa o ônus de violador dele. Nisso reside o efeito pacificador.

Um processo efetivo, portanto, deve ser encarado como aquele que equilibra as forças e oferece a todos os envolvidos a possibilidade de atuar em igualdade de condições. A busca pela efetividade não pode, jamais, servir a uma subversão de valores e de direitos, tampouco erigir-se a patamar de objetivo exclusivo ou absoluto da jurisdição. Não é demais lembrar, como bem o faz HUMBERTO ÁVILA¹¹ que

a Constituição não protege, apenas, um fim, mas vários. Como o Estado deve proteger mais de um fim, ao mesmo tempo, ele deve escolher, dentre todos os comportamentos adequados para proteger um, aquele que restringe na menor medida o outro fim, que igualmente precisa ser promovido.

3 Da Efetivação da Tutela Jurisdicional

A jurisdição é exercida, via de regra¹², por meio do processo. É ele o método estatal de resolução das crises verificadas no plano do direito material.

No plano ideal, todo processo deveria transcorrer de forma adequada, assegurando-se às partes o contraditório e a ampla defesa (devido processo legal), princípios constitucionalmente assegurados e essenciais ao processo¹³, bem como todo pronunciamento jurisdicional deveria produzir um resultado concreto e útil no plano fático (efetividade).

Contudo, é sabido que a jurisdição e o processo nem sempre produzem efeitos de *per se*, por mais bem estruturados que possam estar. Não raras vezes, o pronunciamento jurisdicional necessita ser complementado por uma conduta positiva ou ne-

11 ÁVILA, Humberto. *O que é devido processo legal?*. In: DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 408.

12 O Estado não detém o monopólio da solução de conflitos por meio da jurisdição. São admitidas em Direito outras formas de resolução de conflitos, sendo denominadas de equivalentes jurisdicionais ou formas alternativas de resolução de conflitos.

13 Artigo 5º da CRFB, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

gativa de uma das partes componentes do processo ou até mesmo de terceiros estranhos a essa relação processual.

Quando há óbices na implementação prática de um direito juridicamente reconhecido e na materialização da tutela jurisdicional obtida, não apenas o detentor desse direito sofre os efeitos de uma crise de inadimplemento, como também a própria jurisdição, que ao estabelecer o direito assume também o papel de exigir a sua satisfação concreta, não apenas para cumprir de forma eficaz o seu objetivo, mas, ainda, como consolidação de uma das suas principais características, a imperatividade.

Diante de uma crise de inadimplemento, surge para o processo, então, a necessidade de busca por formas de efetivação da tutela jurisdicional.

A busca por mecanismos de efetivação de tutelas jurisdicionais vem ganhando cada vez mais espaço na moderna processualística brasileira. Nosso Código de Processo Civil, em recentes inovações legislativas, traz mecanismos que se destinam à efetivação das tutelas jurisdicionais, ganhando relevo os artigos 461¹⁴ (na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer), 461-A¹⁵ (na ação que tenha por objeto a entrega de coisa) e 475 – J¹⁶ (na ação que tenha por objeto o pagamento de quantia).

No presente artigo, analisaremos uma das medidas adotadas para concretização das obrigações de fazer e não fazer.

3.1 Técnicas de efetivação e o devido processo legal

O uso das técnicas de efetivação da tutela jurisdicional implica, por certo, a utilização da força estatal. O ideal é que todos os pronunciamentos judiciais sejam adimplidos espontaneamente, sem a necessidade de meios coercitivos diretos ou indiretos.

14 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

15 Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

16 Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Todavia, surgindo a necessidade de utilização de medidas de efetivação da tutela – hipótese em que o poder estatal manifesta-se de maneira ainda mais incisiva, visto que age sobre a esfera dos interesses privados para coagir a uma determinada conduta ou realizar determinada conduta em lugar de quem deveria tê-la realizado – a observância das normas e princípios processuais e constitucionais merece destaque ainda maior.

Ou seja, quanto maior o foco de tensão, mais cuidadosa deve ser a jurisdição com a observância das normas de garantia dos direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, como já antes observado por HANS KELSEN¹⁷, que

o Direito, com certeza, é um ordenamento para a promoção da paz, no sentido de que proíbe o uso da força em relações entre os membros da comunidade. Ainda sim não exclui o uso da força. O Direito e a força não devem ser compreendidos como absolutamente em desacordo entre si. O Direito é uma organização da força. Pois o Direito vincula certas condições ao uso da força em relação entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e apenas sob certas circunstâncias.

Em razão disso, a busca pela efetividade da jurisdição jamais pode caminhar desacompanhada do respeito ao devido processo legal e das garantias a ele inerentes.

Merecem destaques também as lições de BEDAQUE ao ponderar que: *“processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”*. E mais: *“Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não a única”*¹⁸.

Por tudo isso, o ideal de celeridade e efetividade não pode ser fator autorizador de lesões desarrazoadas à esfera

17 KELSEN, Hans. *O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 231.

18 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

jurídica e patrimonial de jurisdicionados e nem ao arrepio de direitos tão dificultosamente conquistados e conferidos a todos que estão sob a égide do Estado Democrático de Direito. Processo que busca a efetividade como fator absoluto, sem ponderar os demais valores e princípios existentes em nosso ordenamento jurídico, revela-se manco e desfocado de sua preciosa missão.

Não há efetividade plena sem processo justo e equilibrado, com uso moderado e proporcional dos princípios e da força estatal para a consecução dos seus fins¹⁹.

Nesse prisma, elucidativas as afirmações de HUMBERTO ÁVILA²⁰ no sentido de que

ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Ao instituir dois princípios, está-se, simultaneamente prescrevendo o dever de promovê-los sem restringir desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está-se estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade.

3.2 A escolha das técnicas de efetivação e o sistema jurídico

No que pertine às obrigações de fazer e de não fazer (previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil) a efetividade é perquirida mediante previsão de exigência da tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente.

A tutela específica corresponde ao objeto perseguido pela parte por meio do processo. É o próprio bem da vida almejado. Já o resultado prático equivalente corresponde a um bem da

19 "A partir do momento que se reconhece ao processo certos escopos (sociais, políticos e jurídicos) a serem alcançados, sua efetividade será medida, exatamente, pelo grau de aproximação daqueles fins. O quão mais próximo esteja o processo daqueles escopos, atingindo-os satisfatoriamente, poderá o processo afirmar-se efetivo." (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do processo: a execução em momentos distintos da reforma do CPC. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; LOPES, João Batista. *Execução civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 220).

20 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In: DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 409.

vida que, embora não seja exatamente aquele almejado no processo, por similitude e adequação, tem o condão de satisfazer a pretensão autoral e fazer cumprir o direito então juridicamente reconhecido²¹.

Seja para obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente pode/deve o magistrado, em conformidade com o artigo 461 do CPC:

- a) Emitir ordem para cumprimento de determinada obrigação (de fazer ou não fazer);
- b) Na hipótese de descumprimento voluntário, estabelecer providências que assegurem o cumprimento da tutela específica ou seu resultado equivalente.

As providências supramencionadas são, em verdade, comandos impostos a quem deveria cumprir uma obrigação espontaneamente ou por decisão judicial, mas permanece inerte. São as *astreintes* do direito francês que, em sua etimologia, deixam evidentes o seu objetivo (do latim, *astringere*, de *ad e stringere*, que quer dizer pressionar, apertar, compelir.)

A providência mais comumente utilizada pelo Poder Judiciário é a imposição de multa pecuniária pelo descumprimento (§§ 4º e 5º do artigo 461²²).

Todavia, a multa revela-se apenas uma das providências possíveis de serem adotadas, podendo o magistrado, diante de um caso concreto, estabelecer outras providências.

21 Pontua Fredie Didier Jr. que: “[...] ao autorizar o magistrado a tomar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, o caput do art. 461 vai além de simplesmente permitir que o julgador se valha de medidas coercitivas diretas adequadas à obtenção do resultado final almejado. Pelo que se vê, o legislador autoriza aí que se chegue a um resultado equivalente ao do adimplemento, ainda que não totalmente coincidente.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008. v.1. p.69).

22 § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994).

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002).

Entretanto, é preciso se ter em mente que a possibilidade de adoção de providências alternativas não implica afirmar que o legislador não impôs limites a essa possibilidade de estabelecimento de sanções.

O processualista CASSIO SCARPINELLA BUENO²³ pontua que

os “meios” a serem adotados para atingimento dos “fins” devem, todos eles, ser consoantes ao sistema de direito processual civil. A circunstância de não haver prévia autorização legislativa para o juiz atuar, ou quando preexistente mostrar-se inadequada, não pode ser entendida como sinônimo de não haver limites à atuação jurisdicional. Todos os limites, expressos e não expressos, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, devem ser observados em qualquer situação.

Obviamente, tratando-se o direito de um sistema, as normas e princípios nele existentes jamais podem ser entendidos isoladamente, devendo haver necessariamente um juízo de conformação entre os comandos normativos e principiológicos. Em *ultima ratio*, toda norma é limitada, em algum momento, pelas demais normas existentes, que formam um todo sistêmico.

Sendo assim, na hipótese de estabelecer providências necessárias à efetividade do processo, o magistrado encontra limites nas demais regras do direito e em especial nos princípios constitucionais vigentes. Não lhe é autorizado, portanto, violar tais direitos sob a justificativa da busca da efetividade, sob pena de cometer abusos e ilegalidades.

Não seria lícito ao magistrado, portanto, à guisa de exemplo, determinar o corte integral da remuneração laboral de determinado devedor até que satisfaça uma eventual obrigação civil que lhe foi imposta. Existem normas no sistema jurídico que impedem o Estado-juiz de violar direitos e, a pretexto de buscar a

23 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23.

efetividade, comprometer a subsistência de um indivíduo ou de sua família.

Em exemplo diverso, não se revela juridicamente possível que determinado magistrado estabeleça proibição para que determinada pessoa usufrua de serviços públicos ofertados à população até que cumpra a sua obrigação de declarar imposto de renda e adimplir tributos, mesmo que se esteja buscando a efetividade do processo. O que se percebe, portanto, é que no estabelecimento de providência para efetivação de tutelas jurisdicionais não é livre o magistrado para impor toda e qualquer restrição/coerção, salvo aquelas que sejam albergadas por nosso ordenamento jurídico e segundo critérios e balizamentos jurídicos existentes.

4 A prisão de secretário de Estado como forma de efetivação de decisões judiciais nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

O tema afeto à efetivação de decisões judiciais guarda estreita relação com a ponderação de interesses que sempre deve permear nosso ordenamento jurídico. Se de um lado há a necessidade premente de fortalecimento e cumprimento das decisões emanadas do Poder Judiciário, de outro, há a necessidade contínua de preservação das normas que dão fundamento ao exercício desse Poder.

Conduta comumente adotada pelo Poder Judiciário de nosso país, em especial em ações judiciais que buscam o fornecimento de medicamentos, insumos e procedimentos ligados ao direito à saúde, é a decretação de prisão de secretários de estado como meio coercitivo para cumprimento de ordens judiciais.

Não raras vezes, servidores e autoridades públicas da área de saúde são surpreendidos com mandados de recolhimento à prisão em razão do descumprimento de ordem judicial que determine uma obrigação de fazer à Administração Pública.

Entretanto, cumpre analisar se a decretação de prisão de secretário de estado por descumprimento de ordem judicial encontra amparo em nosso ordenamento jurídico pátrio e se coaduna com demais normas e princípios constitucionais vigentes.

4.1 Da impossibilidade de decretação de prisão por descumprimento de ordem judicial por magistrado no exercício de competência cível

O primeiro aspecto relevante acerca do tema reside na definição da natureza da decretação de prisão de autoridade pública da área de saúde por descumprimento de ordem judicial. Tratar-se-ia de prisão, administrativa, cível ou penal?

Sobre a controvérsia, SÉRGIO CRUZ ARENHART²⁴, em interessante artigo, aponta que

a restrição da liberdade pode ser imaginada como mecanismo de proteção da decisão judicial por via de dois raciocínios diferentes. Pode-se cogitar de seu uso como figura ligada ao Direito Penal, aplicada como sanção à violação de uma conduta esperada; ou se pode conceber o uso da prisão como técnica estritamente civil, dirigida apenas à coerção individual, sem qualquer conotação repressiva.

Pois bem, *ab initio*, destaca-se que não se trata de prisão administrativa, hipótese de constrição de liberdade de incidência remota e ainda de legalidade duvidosa em nosso ordenamento jurídico pátrio²⁵.

Por óbvias razões, entende-se que não corresponde a prisão civil, uma vez que a nossa Constituição Federal restringe

24 ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão civil como meio coercitivo*. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

25 O processualista penal FERNANDO CAPEZ acrescenta que “*Prisão administrativa: é aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Esta modalidade de prisão foi abolida pela nova ordem constitucional. Com efeito, o art. 319 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pelo art. 5º LXI e LXVII, da Constituição Federal. Em sentido contrário, o STF já entendeu que ainda cabe prisão administrativa do estrangeiro, durante o procedimento administrativo da extradição, disciplinado pela Lei n. 6.815/80, desde que decretada por autoridade judiciária. Assim, desde que imposta por juiz, tem-se admitido, a nosso ver sem razão, a prisão administrativa do extraditando.*” (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 246).

esse tipo de constrição da liberdade às hipóteses previstas no artigo 5º, inciso LXVII da CRFB/88²⁶.

Não obstante, mesmo na hipótese constitucional supramencionada, doutrina e jurisprudência cuidaram de reduzir seu campo de incidência e, sob o pálio das disposições do Pacto de San José da Costa Rica, relegaram a prisão civil a apenas um caso, o de descumprimento voluntário de pensão alimentícia²⁷.

Restaria, assim, o âmbito criminal para enquadramento da natureza do decreto de prisão por eventual descumprimento de medidas judiciais deferidas em ações de saúde. Ou seja, a decretação da prisão de autoridade pública que eventualmente descumpra medida liminar ou de mérito possui natureza penal, em decorrência de enquadramento penal que comporte a prisão como medida cautelar ou pena (Crime de Desobediência, com previsão no art. 330 do Código Penal brasileiro).

A primeira observação a se fazer é a de que a prisão de secretário de estado por ordem de magistrado de Juizado Especial da Fazenda Pública não é praticada no exercício de com-

26 Nesse ponto, faz-se indispensável ressalva à existência de entendimentos divergentes, no sentido de que a decretação de prisão para cumprimento de decisões judiciais possui natureza cível. Nessa linha, estão doutrinadores como Cássio Scarpinella Bueno, Marcelo Lima Guerra e Luiz Guilherme Marinoni. Alguns doutrinadores defendem que a Constituição Federal (art. 5º, inciso LXVII), ao vedar a prisão civil como meio de coerção indireta se referiu apenas às dívidas correspondentes à obrigação de pagar quantia, não vedando a adoção dessa técnica de coerção para o adimplemento de outras espécies de obrigações, como as de fazer e não fazer.

Advogando tese favorável, o processualista Marcelo Lima Guerra argumenta que deve ser “*encarada a prisão civil como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade*”, assim, poderia “*entender-se que o § 5º do art. 461 constitui fundamento legal bastante para que o juiz possa decretar a prisão do devedor de obrigação não pecuniária, como medida destinada a compeli-lo a adimplir, sempre que essa medida se revele a mais adequada.*” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 245-246).

Com a devida vênia a entendimentos dissonantes, quer parecer que advogar a tese do cabimento de prisão civil em casos outros que não o do inadimplente voluntário de obrigação alimentar (hipótese constitucionalmente prevista, art. 5º, inciso LXVII da CRFB) constitui exercício de mera retórica, tendente a ampliar indevidamente aquilo que a Constituição Federal buscou restringir, até então, à hipótese única. Ademais, não se vê sentido na criminalização do processo civil, ou na adoção de modalidades civis de privação da liberdade se o próprio Direito Penal vive uma nova era, a do direito penal mínimo e a da descriminalização e despenalização de condutas.

27 “[...] Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. – Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º).” (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183)

petência criminal, mas no bojo de uma ação de natureza cível²⁸. Nesse sentido, haveria nítida violação ao sistema processual de divisão de competências. A respeito, o Superior Tribunal de Justiça, assim como outros tribunais do país²⁹, já pontuou que

HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO. DESOBEDIÊNCIA. NÃO-COMPROVAÇÃO DE DEPÓSITO DE ALUGUÉIS. ILEGALIDADE. JUÍZO CÍVEL. 1. É entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça que decreto de prisão decorrente de decisão de magistrado no exercício da jurisdição cível, quando não se tratar das hipóteses de devedor de alimentos, é ilegal. 2. Habeas corpus concedido. (HC 125.042/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 23/03/2009).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo também já teve a oportunidade de se manifestar sobre a prisão por descumprimento de decisão liminar emanada de órgão jurisdicional no exercício da competência cível, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 100.010.008.207, de Relatoria do eminente Desembargador Manoel Alves Rabelo. O órgão pleno desse Egrégio Tribunal de Justiça entendeu que:

28 Embora a situação no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública do Estado do Espírito Santo seja particular (uma vez que a competência para atuação nos processos sob a égide da Lei 12.153/09 foi atribuída cumulativamente aos magistrados das Varas dos Juizados Especiais Criminais JECRIM's – Resolução TJES nº 22/10), não se pode olvidar que, ao atuar nos processos afetos ao Juizado Especial da Fazenda Pública Estadual, o referido magistrado exerce competência cível, não se confundindo com a sua competência criminal.

29 “[...] É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que o magistrado, no exercício de jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial. Precedentes. 3. Não há falar em crime de desobediência quando a lei extrapenal não trazer previsão expressa acerca da possibilidade de sua cumulação com outras sanções de natureza civil ou administrativa. 4. Pedido indeferido. Habeas corpus de ofício.” (MC 11.804/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007, p. 378).

“[...] 3- Falece competência ao juízo coator para tal ordem eis que não investido de jurisdição penal e, ainda, por não se tratar de hipótese de prisão civil constitucionalmente prevista no art. 5º, LXVII. 4- O Provimento nº 15 de 16 de junho de 1993 do Exmo. Sr. Vice-Presidente Corregedor desse Tribunal restringe as hipóteses de prisão decretadas por Juizes Federais aos juizes investidos de jurisdição penal. 5- Agravo de Instrumento provido para cassar ordem de prisão-condução do secretário de Estado do Rio de Janeiro e demais agentes públicos mencionados na decisão agravada.” (TRF-2ª R. - AG 2008.02.01.014869-9 - 8ª T.Esp. - Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa - DJe 03.03.2009 - p. 87).

“[...] 4- Indeferido pedido incidental de prisão do secretário da saúde formulado em virtude do descumprimento da liminar, por ausência de previsão no ordenamento jurídico e de competência do juízo cível para a decretação. 5. Aplicação oficiosa de multa diária e envio de cópias dos autos ao titular da ação penal para as providências cabíveis. 6. Segurança concedida.” (TJGO - MS 14364-3/101 - (200601851140) - 4ª C.Civ. - Rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco - J. 18.09.2006).

A Carta Constitucional de 1988 recepcionou em seu art. 5º, LVIII, somente a prisão cível nos casos de inadimplimento inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel. O juiz de jurisdição cível, não pode expedir decreto de prisão mediante uso de força policial por crime de desobediência, mas tão somente no caso de flagrância, prender como qualquer do povo, ou comunicar a autoridade competente [...] ³⁰.

Assim, é possível se concluir que magistrado no exercício de sua jurisdição cível não detém respaldo jurídico para decretar prisão de secretário estadual por suposto descumprimento de ordem judicial.

Caso identifique a prática de ato que se amolde a algum tipo penal, deverá promover à autoridade competente para apuração ou para a propositura de eventual ação penal³¹.

4.2 Da violação à norma da Constituição Estadual que estabelece prerrogativa de foro em favor de secretário de estado

Outro aspecto interessante reside na existência de prerrogativa de foro em favor de secretário estadual no exercício de suas funções.

A Constituição do Estado do Espírito Santo (à semelhança de outras constituições estaduais) estabelece que os Secretários de Estado possuem foro privilegiado, sendo o Egrégio Tribunal de Justiça o órgão competente para processá-los e julgá-los nos crimes comuns, consoante se extrai da redação do artigo 109, inciso I, da Constituição Estadual:

Art. 109 Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

30 TJES, Classe: Habeas Corpus, 100010008207, Relator : MANOEL ALVES RABELO, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 20/06/2002, Data da Publicação no Diário: 05/08/2002.

31 Nessa mesma linha, Daniel Amorim Assumpção Neves: *“Salvo na hipótese de dívida alimentar inescusável, a tese da prisão civil como forma de execução indireta não vem sendo aceita na praxe forense, o que tem levado alguns juízes a determinar a prisão em flagrante do devedor pelo crime de desobediência, forma de prisão-sanção que não se confunde com a execução indireta. Registre-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado de que não cabe ao juízo cível a decretação dessa prisão, devendo oficial ao Ministério Público para que tome as providências devidas.”*(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 842.) .

- a) nos crimes comuns o Vice-Governador do Estado, os Deputados Estaduais e os Prefeitos Municipais, e, nesses e nos de responsabilidade, os juízes de direito e os juízes substitutos, os Secretários de Estado, o Procurador-Geral de Justiça, os membros do Ministério Público e o Procurador Geral do Estado, ressalvada a competência da justiça eleitoral;

Ante a existência de norma constitucional que estabelece prerrogativa em favor de secretário de estado de ser julgado por crime comum pelo Egrégio Tribunal de Justiça, resta evidente que a decretação de prisão por magistrado de primeiro grau viola frontalmente norma da Constituição Estadual em vigor.

Ao estabelecer a supramencionada prerrogativa – é prudente ressaltar – visou o constituinte resguardar exatamente o que o decreto de prisão nos casos ora tratados acaba por gerar, o comprometimento das atividades desempenhadas por cidadão que exerce função pública relevante e indispensável a toda população³².

Cuidou o constituinte de salvaguardar o cidadão que desempenha importante *mister*, atribuindo ao órgão máximo da justiça dos Estados a missão de conduzir processos criminais e proceder a análise e julgamento das imputações realizadas em seu desfavor.

Ora, quando um magistrado de primeira instância decreta a prisão de secretário estadual de saúde, mesmo que por descumprimento de ordem judicial, acaba por subverter a lógica da norma garantidora da prerrogativa de foro e alcança, de forma indevida, o máximo da lesividade que uma ação penal pode gerar ao cidadão, a perda de sua liberdade.

Como já asseverou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo: “[...] *Possuindo o paciente foro privilegiado em razão da função, descabe ordem exarada por juiz de primeiro grau de jurisdição, devendo ser originariamente processado e*

32 “Também denominada competência originária *ratione personae*. Consiste na atribuição de competência a certos órgãos superiores da jurisdição para processar e julgar originariamente determinadas pessoas, ocupantes de cargos e funções públicas de especial relevo na estrutura federativa.” (CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63-64).

*julgado pelo Tribunal de Justiça, ex vi art. 109, I, “a” da Constituição Estadual.”*³³

É conclusivo, portanto, que se um secretário de estado somente pode ser processado e julgado pelo egrégio Tribunal de Justiça (meio para se obter eventual punição por desvio de condutas), muito mais a aplicação dessa penalidade deve ser preservada e atribuída a esse mesmo órgão jurisdicional, por imperativo lógico.

4.3 Da ausência de previsão legal para a decretação de prisão do secretário estadual por suposto descumprimento de decisão judicial

Outro ponto relevante é a ausência de previsão legal para decretação de prisão civil de autoridade pública por descumprimento de decisão judicial.

Primeiramente, nosso Código de Processo Civil não traz, em qualquer de seus artigos, essa possibilidade de medida³⁴. Embora seja consabido que nosso diploma processual civil estabelece um rol aberto de medidas à disposição do juiz para adoção de meios para tornar eficazes os comandos judiciais (atipicidade das formas executivas), é assente também que não há liberdade absoluta na escolha, mormente em razão da característica sistêmica de nosso ordenamento jurídico.

Como já ponderado, a adoção de providências alternativas não implica afirmar que o legislador não impôs limites a essa possibilidade de estabelecimento de sanções, não lhe sendo lícito adotar medidas que não sejam albergadas por nosso ordenamento ou, a pretexto de satisfazer um direito, viole outro de igual importância, como comumente ocorre com a liberdade e a vida.

33 TJES, Classe: Habeas Corpus, 100010008207, Relator : MANOEL ALVES RABELO, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 20/06/2002, Data da Publicação no Diário: 05/08/2002.

34 Araken de Assis, recorrendo ao direito comparado faz observação no sentido de que *“Nos países anglo-saxônicos, por muitos vistos como paradigma de eficiência, o meio para induzir à pronta obediência consiste em impor sanções ao destinatário da injuction. E a sanção mais eficiente é a prisão do recalcitrante. Ora, o art. 461, § 5º, a despeito das controvérsias, não autoriza semelhante providência [...]”* (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 221).

Aliás, insta pontuar que tentativas de se criar prisões-sanções por descumprimento de decisões judiciais já foram rechaçadas em oportunidades pretéritas, consoante relembra o ilustre processualista DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES³⁵:

Interessante lembrar que já houve tentativa de incluir em texto legal a prisão civil como forma de contempt of court, com a inclusão de um § 2º ao art. 14 do CPC, que determinaria a prisão civil da parte que reiterasse o descumprimento de ordem judicial por não mais que 30 dias. A tentativa foi frustrada e a Lei 10.358/2001 incluiu no sistema somente a multa de até 20% do valor da causa na hipótese de ato atentatório à dignidade da jurisdição, previsto no art. 14, V e parágrafo único do CPC.

Acerca do tema, interessantes os julgados de tribunais de outras unidades da federação, a seguir transcritos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADES - ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE - DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS - DEVER DO ESTADO - PEDIDO INCIDENTAL DE PRISÃO DO IMPETRADO – [...] Orientação reiterada na jurisprudência desta corte e dos tribunais superiores. 4. Indeferido pedido incidental de prisão do secretário da saúde formulado em virtude do descumprimento da liminar, por ausência de previsão no ordenamento jurídico e de competência do juízo cível para a decretação. 5. Aplicação oficiosa de multa diária e envio de cópias dos autos ao titular da ação penal para as providências cabíveis. 6. Segurança concedida. (TJGO - MS 14364-3/101 - (200601851140) - 4ª C.Cív. - Rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco - J. 18.09.2006).

[...] mandado de segurança é a via adequada para o pedido de fornecimento de medicamentos, pois restou comprovada a necessidade da impetrante, não sendo preciso maior dilação probatória. Irrelevante a alegação de lesão à ordem econômica e financeira e da necessidade de dotação orça-

35 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 842.

mentária quando o que se está em jogo é o direito à saúde e à vida. *A ameaça da prisão civil da autoridade impetrada é medida ilegal e arbitrária, por não se tratar de hipótese prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal*. No mandado de segurança, a condenação em custas processuais deve ser feita ao ente público representado pela autoridade coatora. (TJPR - AC 0360198-9 - Iporã - 5ª C. Cív. - Rel. Des. Luiz Mateus de Lima - DJPR 29.06.2007).

Vale destacar, ainda, que eventual descumprimento de ordem judicial por autoridade pública no exercício da função enquadrar-se-ia eventualmente na violação ao preceito insculpido na norma do artigo 330 do Código Penal brasileiro³⁶.

Todavia, ainda que entendêssemos pela ocorrência de crime de desobediência, a decretação da prisão também não seria opção juridicamente viável, na medida em que se trata de crime de menor potencial ofensivo, não gerador de prisão em flagrante.

Sobre a questão, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES³⁷ também destaca:

Salvo na hipótese de dívida alimentar inescusável, a tese de prisão civil como forma de execução indireta não vem sendo aceita na praxe forense, o que tem levado alguns juizes a determinar a prisão em flagrante do devedor pelo crime de desobediência, forma de prisão-sanção que não se confunde com a execução indireta. Registre-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que não cabe ao juízo cível a decretação dessa prisão, devendo oficiar ao Ministério Público para que tome as providências devidas.

Sobre a impossibilidade de prisão em crimes desse jaez, nossa Corte Estadual de Justiça também já se manifestou:

HABEAS CORPUS - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE DETERMINADA ORDEM JUDICIAL - PRISÃO EM FLAGRANTE - INADMISSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA. 1. A apuração da prática do crime de

36 Desobediência - Art. 330 do Código Penal brasileiro - Desobedecer à ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

37 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 842.

desobediência está sujeita ao procedimento da Lei Federal 9099/1995. Assim, a possibilidade de prisão em flagrante pela prática desse crime só existe se o autor do fato se negar a comparecer ao juizado quando intimado. Logo, o simples descumprimento de decisão judicial, por si só, não autoriza a prisão em flagrante. 2. Ordem concedida. (TJES, Classe: Habeas Corpus, 100040012849, Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 15/09/2004, Data da Publicação no Diário: 19/10/2004).

Assim sendo, por não existir norma em nosso Código Processual Civil prevendo a possibilidade de decretação de prisão por descumprimento de ordem judicial, e ainda por não ser viável a prisão sob o viés penal por crime de desobediência, esse tipo de medida não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.³⁸

4.4 Da ausência de necessidade e proporcionalidade da decisão que decreta prisão de secretário estadual ante a possibilidade de utilização de outras técnicas mais eficazes

Finalmente, é preciso se ponderar que a prisão de autoridade pública da área de saúde, além de não encontrar respaldo legal, pode ainda não ser a melhor forma de concretização do direito pretendido pela parte, uma vez que a constrição da liberdade do secretário estadual de saúde, por si só, não implica a satisfação da prestação que se pretende obter.

Ao adotar essa modalidade de técnica de efetivação, o magistrado pode estar, ao mesmo tempo, violando o princípio da legalidade, ferindo direito fundamental de terceiros e ainda dei-

38 O processualista Fernando da Fonseca Gajardoni resume bem a questão ao destacar que: *“Embora a utilidade da prisão civil como medida de apoio, em caráter de exceção, seja inconteste e conte com nossa simpatia, a jurisprudência é bastante renitente quanto a sua admissão, principalmente porque a própria prisão civil pela infidelidade do depósito – que conta até com previsão constitucional expressa – não é admitida por inúmeros autores e julgadores frente ao que consta do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário [...]”* (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O cumprimento das sentenças que reconheçam obrigações de fazer e não fazer contra o poder público. In: MARINELA, Fernanda. *Leituras complementares de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 237).

xando de garantir o cumprimento da ordem judicial (que pode ser de crucial relevância para a parte demandante).

Conforme já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça “[...] é lícito ao Julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas [...]” (STJ, REsp 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013). No exercício dessa liberdade, o magistrado deve perquirir, sempre, qual a forma mais eficaz para se assegurar o resultado útil para a parte que necessita do adimplemento da obrigação e não a medida que exerce maior poder de pressão ou coerção psicológica.

Nessa esteira de raciocínio, ARAKEN DE ASSIS³⁹ nos lembra que “A execução é terreno em que se buscam, sobretudo, resultados práticos, não a emissão de um juízo ético ou pedagógico.”

Embora sempre intimidadora, a ameaça de retirada da liberdade de um indivíduo pode não ser a medida mais adequada para o processo, mormente porque o que se busca é uma medida de coerção e não de punição.

Ora, “[...] a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor.” (STJ, AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.09.2008).

Não raras vezes, outras técnicas de efetivação (diversas da medida extrema de constrição da liberdade) acabam por se revelar mais eficazes para implementação do direito do que a ameaça de cárcere, conforme demonstra elucidativo julgado a seguir transcrito:

[...] Impossibilidade de imediata prisão do coordenador da coordenadoria regional da saúde, no caso de descumprimento da decisão. Desnecessidade de tal medida, porquan-

39 ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 229.

to uma vez descumprida a liminar que determinou o fornecimento dos medicamentos, possível, como medida extrema a fim de compelir o estado ao cumprimento da decisão judicial, o bloqueio de verba pública suficiente para o custeio do medicamento, com expedição de alvará em favor do beneficiário. Agravo provido liminarmente, em parte.” (TJRS - AI 70012120655 - Dom Pedrito - 1ª C.Cív. - Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick - J. 27.06.2005).

Em reforço ao que se sustenta, deve-se destacar que até mesmo entre os doutrinadores que aceitam a prisão civil como meio coercitivo de cumprimento das decisões judiciais, paira certo consenso no sentido de que ela somente pode ser adotada por última hipótese, caso não exista outra opção viável para a satisfação do direito igualmente relevante⁴⁰.

Ora, é de se indagar a respeito dos benefícios que a eventual constrição da liberdade de autoridade pública traz ao pretendente à satisfação de direito violado.

Se o que se busca é a satisfação de uma obrigação pelo agente público responsável, a constrição da liberdade de autoridade pública da área de saúde poderia até mesmo dificultar a sua concretização, eis que a constrição lhe retiraria da esfera de administração da máquina pública que precisará ser acionada para a efetivação da medida. E mais, caso a constrição não seja suficiente para compelir a autoridade pública ao cumprimento do *decisum* (pois uma vez recolhido a estabelecimento prisional a autoridade pública tem sua incapacidade de adotar medidas mais do que justificadas), ainda sim o bem da vida almejado não estaria disponível para o titular da pretensão, não alcançando a previsão contida na norma do artigo 461 do CPC (nem a tutela específica e nem o resultado prático equivalente).

O que se quer dizer é que, diante de uma crise de tensão no cumprimento de decisões judiciais, deve o Poder Judiciário perquirir, de maneira inteligente e objetiva, qual a melhor maneira

40 “Trata-se, isto sim, da verificação casuística, de aquele mecanismo coercitivo ser a única forma de tutelar outro interesse ou direito também garantido pela Constituição federal, viabilizando, em última análise, a efetivação da própria tutela jurisdicional” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 421).

de promover a satisfação do objeto do *decisum* ou seu resultado prático equivalente.

Nesse sentido, em casos em que se busca o fornecimento de medicamentos, insumos e/ou procedimentos relativos ao direito a saúde (obrigações de fazer, em regra), o bloqueio de verba pública poderá ser a única técnica de efetivação que corresponda ao resultado prático equivalente⁴¹, uma vez que o Estado não é o único prestador de serviços na área de saúde, podendo a quantia reservada ser destinada à busca pela satisfação da pretensão junto a instituições particulares de saúde (cumprimento da obrigação por terceiros)⁴².

Portanto, além de desnecessária, medidas de constrição de liberdade podem ainda levar à configuração de condutas ilícitas, consoante já ponderou o Superior Tribunal de Justiça: “[...] *A decisão proferida por Juízo Cível, no sentido de que se efetue a prisão em flagrante da pessoa responsável pela agência bancária, caso ainda persista o descumprimento da determinação judicial relativa à restituição de valores depositados em fundos de investimentos, por crime de desobediência, constitui constrangimento ilegal.*” E mais: “[...] *Embora compreensível a vontade do magistrado, no exercício da jurisdição cível, de querer ver satisfeita em sua plenitude a prestação jurisdicional, a ameaça efetiva de prisão, quando não se tratar das hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos, configura ilegalidade, por ausência de previsão legal.*” (HC 42.896/TO, Rel. Ministro ARNALDO

41 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (Resp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013)

42 Athos Gusmão Carneiro pondera que: “*Em se tratando de obrigação de fazer ou de não fazer, imposta em antecipação de tutela, é facultado ao juiz, de ofício ou a pedido da parte, a utilização dos meios coercitivos previstos nos §§ 4º e 5º do art. 273: imposição de multas por tempo de atraso, buscas e apreensões, remoções de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividades nocivas e atividades outras, se necessário mediante o auxílio de força pública. Não será descabida, em determinadas hipóteses, em sendo fungível a obrigação, a permissão judicial para que o próprio autor, ou um terceiro às custas do autor, preste o fato devido, sob o parâmetro operacional do art. 634 do CPC (se premente a urgência, é admissível a dispensa de propostas).*” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do provimento antecipatório e sua natureza executiva*. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 12 fev. 2014).

ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 323).

5 Da conclusão

Após análise jurídica da decretação de prisão por descumprimento de ordem judicial, forçoso se concluir que a prisão de secretário de estado por ordem de magistrado de Juizado Especial da Fazenda Pública não é praticada no exercício de competência criminal, mas no bojo de uma ação de natureza cível, o que revela nítida violação ao sistema processual de divisão de competências.

Ademais, ante a existência de norma constitucional que estabelece prerrogativa em favor de secretário de estado de ser julgado por crime comum pelo Egrégio Tribunal de Justiça, resta evidente que a decretação de prisão por magistrado de primeiro grau viola frontalmente norma da Constituição Estadual em vigor.

Não bastasse isso, nosso Código de Processo Civil não traz, em qualquer de seus artigos, essa possibilidade de medida. Embora seja consabido que nosso diploma processual civil estabelece um rol aberto de medidas à disposição do juiz para adoção de meios para tornar eficazes os comandos judiciais (atipicidade das formas executivas), é assente também que não há liberdade absoluta na escolha, mormente em razão da característica sistêmica de nosso ordenamento jurídico.

Mesmo que entendêssemos que o descumprimento de ordem judicial está enquadrado no tipo penal inculcado na norma do artigo 330 do Código Penal brasileiro, a decretação da prisão também não seria opção juridicamente viável, na medida em que se trata de crime de menor potencial ofensivo, não gerador de prisão em flagrante.

Por fim, é preciso se ponderar que a prisão de autoridade pública da área de saúde, além de não encontrar respaldo legal, pode ainda não ser a melhor forma de concretização do direito pretendido pela parte, uma vez que a constrição da liberdade do secretário estadual de saúde, por si só, não implica a satisfação da prestação que se pretende obter.

Não se pode olvidar que, diante de uma crise de tensão no cumprimento de decisões judiciais, deve o Poder Judiciário perquirir, de maneira inteligente e objetiva, qual a melhor maneira de promover a satisfação do objeto do *decisum* ou seu resultado prático equivalente.

Nesse sentido, em casos em que se busca o fornecimento de medicamentos, insumos e/ou procedimentos relativos ao direito a saúde (obrigações de fazer, em regra), o bloqueio de verba pública poderá ser a única técnica de efetivação que corresponda ao resultado prático equivalente, uma vez que o Estado não é o único prestador de serviços na área de saúde, podendo a quantia reservada ser destinada à busca pela satisfação da pretensão junto a instituições particulares de saúde (cumprimento da obrigação por terceiros).

6 Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão civil como meio coercitivo*. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In: DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do provimento antecipatório e sua natureza executiva*. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.

DIDIER, Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008. v.1.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Constituição (1989). *Constituição do Estado do Espírito Santo de 1989*. Vitória: Assembleia Legislativa, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O cumprimento das sentenças que reconheçam obrigações de fazer e não fazer contra o poder público. In: MARINELA, Fernanda. *Leituras complementares de direito administrativo*: Salvador: Juspodivm, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KUKINA, Sérgio Luiz. *Efetivação da tutela antecipada*. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Efetividade do processo: a execução em momentos distintos da reforma do CPC. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; LOPES, João Batista. *Execução civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005.

1.9

BREVES OBSERVAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXERCEM ATIVIDADES INDELEGÁVEIS E O CORTE DE PONTO, SEGUNDO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

GUILHERME ROUSSEFF CANAAN*
RICARDO CESAR OLIVEIRA OCCHI**

SUMÁRIO: 1 Considerações introdutórias. 2 Direito de greve dos servidores que exercem atividades indelegáveis (serviços essenciais e aqueles considerados de Estado). 3 Corte do ponto. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Considerações introdutórias

O poder constituinte originário expôs, no art. 37, XVII, da CRFB, que o direito de greve seria exercido nos termos e nos limites definidos em *lei complementar*. Contudo, em 1998, a Emenda Complementar nº 19 substituiu a expressão *lei complementar* por *lei específica*, com intuito de facilitar a aprovação da norma integrativa infraconstitucional, visto que a lei complementar é aprovada pelo quorum de maioria absoluta, enquanto a lei ordinária, pelo quórum de maioria simples.

Apesar dessa alteração, a norma que trata do direito de greve dos servidores públicos civis, desde a promulgação da Constituição Cidadã, continuou de eficácia limitada, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade, uma vez que, para produzir todos os seus efeitos, precisa de uma lei integrativa infraconstitucional.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Pós-graduado em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central - FURPLAC. Bacharel em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Procurador do Estado do Espírito Santo.

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-graduado em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central - FURPLAC. Procurador do Estado do Espírito Santo.

Nesse contexto, o Pretório Excelso reconhecia a necessidade de se editar a reclamada legislação para que o direito de greve fosse exercido pelos servidores públicos, a saber:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: *O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.* MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (MI 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001).

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa. (MI 485, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2002, DJ 23-08-2002 PP-00071 EMENT VOL-02079-01 PP-00001).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF), diante da inércia legislativa, isto é, a permanência da situação de não regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, passou admitir, a partir de uma série de precedentes, soluções “normativas” para decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção do mandado de injunção efetiva.

No caso do direito de greve dos servidores civis, tal solução não fora diferente, visto que a mora legislativa fora, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional, sem que houvesse qualquer regulamentação do direito em questão. Ou seja, direito de greve dos servidores civis continuava (e continua) sem rece-

ber tratamento legislativo para garantir o exercício dessa prerrogativa em conformidade com imperativos constitucionais.

Com efeito, o STF, ao julgar os Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA, passou a admitir a aplicação da Lei nº 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos *servidores públicos*, enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica, ou seja, passou a adotar a *sentença de perfil aditivo*, consoante se extrai do voto do ministro Gilmar Mendes nas ações constitucionais acima citadas.

Com isso, verifica-se que a Suprema Corte mudou sua orientação e firmou o posicionamento no sentido de que a Lei Geral de Greve dos trabalhadores celetistas poderá ser aplicada as movimentos paredistas dos servidores públicos.

Todavia, tal aplicação não deve ser realizada de maneira indiscriminada, pois, conforme salientou o próprio STF ao julgar o MI 712/PA,

[...] não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei nº 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. (MI 712 / PA; Pleno. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 25/10/2007).

2 Direito de greve dos servidores que exercem atividades indelegáveis (serviços essenciais e aqueles considerados de Estado)

Conforme salientado no tópico acima, o Supremo Tribunal Federal, nos Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA, não garantiu o direito de greve indiscriminadamente a todos os servidores públicos e nem mesmo a aplicação somente da Lei nº 7.783/89 ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração.

Nessa linha de raciocínio, a Suprema Corte aduziu, ao julgar a Rcl nº 6568 e a AC nº 3034, que os servidores públicos, em *regra*, são, seguramente, titulares do direito de greve. Sucede que, *excepcionalmente*, entre os serviços públicos há alguns que a *coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade*, como as atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça – *nas quais estão as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis*, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública, senão vejamos:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI Nº 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI nº 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprimindo omissões do Poder Legislativo. 2. *Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que*

certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. *Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. essa é a regra. ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da justiça – onde as carreiras de estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, iv].* 4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente. (Rcl 6568 / SP - Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/05/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno) – destacou-se

Decisão: 1. Trata-se de ação cautelar, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e

Territórios, com a finalidade de ver suspensa decisão proferida pelo Desembargador LÉCIO RESENDE, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2011.00.2.021819-4, em trâmite no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Na origem, o ora requerente ajuizou ação civil declaratória de ilegalidade de greve, cumulada com ação de preceito cominatório de obrigação de não fazer (Processo nº 2011.01.1.205362-8), em desfavor do Sindicato dos Policiais Cíveis do Distrito Federal (Sinpol/DF). Relatou que a categoria havia decidido, em assembleia, manter 30% dos policiais em serviço. Fez histórico das paralisações das diversas categorias de policiais civis, para requerer a declaração de ilegalidade do movimento paradedista, com pedido de cominação de multa por eventual descumprimento da decisão. O juízo de primeiro grau antecipou a tutela, para que o Sinpol/DF “[...] suspenda a greve e comunique os integrantes das carreiras da Polícia Civil do Distrito Federal para que retornem imediatamente ao trabalho, independentemente de nova assembleia, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Sindicato, determinando ainda a retirada e todos os policiais que se encontram à frente à DPE, permitindo a entrada de todas as pessoas que procurem o departamento, ficando esclarecido que nova deliberação assemblear no sentido de nova paralisação, em razão das mesmas reivindicações, não invalida a presente decisão”. Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento, distribuído ao Desembargador LÉCIO RESENDE, que deferiu parcialmente a liminar requerida, assegurando o exercício de greve pelos policiais. Em consulta ao sítio eletrônico do TJDF na internet (www.tjdft.jus.br), *verifico que Sua Excelência julgou possível a realização do movimento grevista, não no percentual de 30% deliberado pela categoria, mas em outros parâmetros. Consta da decisão: “Ante o exposto, defiro, em parte, a liminar, para determinar a ampliação do contingente de filiados ao Sindicato recorrente para o percentual de 70% (setenta por cento), reduzindo, outrossim, a multa diária fixada na quantia acima especificada”*. Na ação de que ora se cuida, alega o Ministério Público que a decisão a ser suspensa provocaria “[...] vultosos danos à segurança pública, à população e à Justiça do Distrito Federal”. Refere-se a diversas matérias jornalísticas relacionadas à ação originária, segundo as quais vários delitos não puderam ser re-

gistrados nas delegacias locais, como o episódio em que estudante da UnB, atingido por arma de choque elétrica nas dependências do Senado Federal, não pôde lavrar boletim de ocorrência, nem tampouco ser submetido a exame de corpo de delito. Relata, ainda, decisões proferidas pelos juízos da 3ª Vara de Entorpecentes do DF e 2ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do DF, no sentido de decretar a soltura de réus que deveriam estar presos, em razão da greve dos policiais civis. Por fim, cita matéria jornalística publicada pelo Correio Braziliense, segundo a qual a categoria teria decidido manutenção da greve por tempo indeterminado. Requer a suspensão da decisão proferida os autos do Agravo de Instrumento nº 2011.00.2.021819-4 e a restauração da multa fixada pelo juízo de primeiro grau, no montante de cem mil reais por dia de paralisação. 2. É caso de suspensão. De acordo com o regime legal de contracautela (Leis nº 8.437/92, nº 9.494/97 e nº 12.016/09, e art. 297 do RISTF), compete a esta Presidência suspender execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A cognição do pedido exige, contudo, demonstração da natureza constitucional da controvérsia (cf. Rcl nº 497-AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Plenário, DJ de 06.4.2001; SS nº 2.187-AgR, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 21.10.2003 e; SS nº 2.465, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 20.10.2004). Está preenchido o requisito, pois em jogo, aqui, suposta violação ao art. 37, VII, da Constituição da República, que diz com o direito de greve dos servidores públicos. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem se reveste de índole constitucional. A Corte tem entendido, com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela, não ser vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, caracterizado pela probabilidade de a decisão contra a qual se pede a suspensão ser contrária às normas existentes na ordem jurídica. Nesse sentido: SS nº 846-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 29.5.96; e SS nº 1.272-AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 18.5.2001). Na espécie, em juízo de razoabilidade do direito invocado pelo

requerente – *fumus boni iuris* –, verifico que a liminar concedida pelo Desembargador LÉCIO RESENDE não está conforme com o entendimento desta Suprema Corte, no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não é absoluto. De todo aplicável, no caso, a ratio da decisão que proferi nos autos da Suspensão de Segurança nº 4241 (DJe de 1.7.2010), e que se valeu dos fundamentos adotados pelo Plenário desta Corte no julgamento da Rcl nº 6568 (Rel. Min. EROS GRAU, DJe 25.9.2009). Na oportunidade, diversamente do caso que ora se analisa, rejeitei o pedido de suspensão, porquanto envolvia categoria de servidores públicos à qual “[...] não incumbem valores de amplitude bastante a por em risco a concepção, a coesão, a unidade da nação”. Consta da decisão: “E, no caso da Rcl nº 6.568, apontou-se no sentido da impossibilidade do exercício do direito por policiais civis. As razões para tal restrição têm fundamento nos valores que incumbem a cada categoria de servidores públicos. Se de natureza incontornável à subsistência do Estado, não vejo como se retirar da Constituição da República a possibilidade do direito de greve. Consta do meu voto: ‘Mas, neste caso, ela [a Constituição] se remete explicitamente à legislação infraconstitucional, atribuindo-lhe o poder de definir não apenas aspectos secundários desse exercício, mas até as categorias que podem exercê-lo. Ainda que a lei não o faça, a interpretação unitária da Constituição me leva, junto com o eminente Relator no seu belo voto, a concluir que os policiais não têm direito de greve, assim como não o têm outras categorias, sobre as quais não quero manifestar-me na oportunidade, porque seria impertinente. E não o têm, porque lhes incumbem, nos termos do artigo 144, caput, dois valores incontornáveis da subsistência de um Estado: segurança pública e a incolumidade das pessoas e dos bens. Ora, é inconcebível que a Constituição tutele estas condições essenciais de sobrevivência, de coexistência, de estabilidade de uma sociedade, de uma nação, permitindo que os responsáveis pelos resguardo desses valores possam, por exemplo, entrar em greve, reduzindo seu efetivo a vinte por cento.’” Extraio da ementa da Rcl nº 6568 trecho que sintetiza a questão: “[...] 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que

exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A CONSERVAÇÃO DO BEM COMUM EXIGE QUE CERTAS CATEGORIAS DE SERVIDORES PÚBLICOS SEJAM PRIVADAS DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos HÁ ALGUNS QUE A COESÃO SOCIAL IMPÕE SEJAM PRESTADOS PLENAMENTE, EM SUA TOTALIDADE. ATIVIDADES DAS QUAIS DEPENDAM A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E A SEGURANÇA PÚBLICA, A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – ONDE AS CARREIRAS DE ESTADO, CUJOS MEMBROS EXERCEM ATIVIDADES INDELEGÁVEIS, INCLUSIVE AS DE EXAÇÃO TRIBUTÁRIA – E A SAÚDE PÚBLICA NÃO ESTÃO INSERIDOS NO ELENCO DOS SERVIDORES ALCANÇADOS POR ESSE DIREITO. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proibe a greve [art. 142, § 3º, IV]” (grifo nosso). Encontro óbice, entretanto, para acolhimento do pedido de restauração da multa diária aplicada pelo juízo de primeiro grau, reduzida pelo relator do agravo no TJDF. É que não compete a esta presidência conhecer das razões fático-processuais levadas a juízo no incidente de suspensão. O pedido, ademais, guarda nítido cunho de recurso,

quando a orientação desta Corte está em que a via da suspensão não é sucedâneo recursal (cf. SL nº 14, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 3.10.2003; e SL nº 80, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 19.10.2005). 3. Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido, para suspender a decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2011.00.2.021819-4, no capítulo em que permite a realização de greve pelos policiais civis do Distrito Federal, restabelecendo-se, quanto a esta parte, a tutela antecipada pelo juízo da 8ª Vara Cível de Brasília/DF nos autos do Processo nº 2011.01.1.205362-8. Por fim, determino à Secretaria reatuação do feito como Suspensão de Liminar. Publique-se. Int.. Brasília, 16 de novembro de 2011. Ministro Cezar Peluso Presidente Documento assinado digitalmente (STF. AC 3034, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 16/11/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 23/11/2011 PUBLIC 24/11/2011) (destacou-se)

Como se vê, segundo o posicionamento da Corte Constitucional, os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve (essa é a regra). Contudo, *excepcionalmente*, entre os serviços públicos, há alguns que a estrutura social, a relevância institucional para o bem-estar comum impõem sejam prestados de forma plena e sem interrupções.

Dessa forma, resta claro que as atividades relacionadas, por exemplo, à manutenção da ordem e da segurança pública, à administração da Justiça, à proteção do meio ambiente e a saúde pública não estão inseridas no elenco dos servidores alcançados pelo direito de greve.

Tal proibição se justifica pela necessidade de assegurar-se a coerência entre o exercício de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, às quais a prestação continuada dos serviços públicos é imprescindível, sob pena de causar danos irreparáveis ou de difícil reparação não somente para o Estado, mas também para toda a sociedade.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – GREVE –
LEGALIDADE – COMPETÊNCIA DO STJ – PRESERVAÇÃO

DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS – ACORDO PRÉ EXISTENTE – MULTA.

1. Impõe-se a competência do STJ pelo caráter nacional da greve, perpetrada pelos servidores do Ministério do Meio Ambiente e Recursos Renováveis (IBAMA) e do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICMBIO), representados pela Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente: ASIBAMA.
2. Direito de greve constitucionalmente garantido aos servidores públicos (art. 37, VII, CF), dentro dos limites da Lei nº 7.783/89, em aplicação analógica.
3. Legalidade da paralisação, examinada perfunctoriamente, em caráter liminar, porque provocada por fato superveniente ao acordo celebrado em 2008: não revisão da carreira de especialista em meio ambiente.
4. *Permanência dos serviços essenciais na área de fiscalização e licenciamento em sua TOTALIDADE, pela insuficiência de manter-se apenas 30% (trinta por cento).*
5. Estabelecida em decisão primeira, pelo relator a multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de paralisação dos serviços, considera-se demais a majoração da multa para atender a pedido da UNIÃO, em sede de exame acautelatório e provisório.
6. Agravo regimental provido em parte. (STJ. AgRg na PETIÇÃO Nº 7.883 - DF (2010/0066896-1). Data do julgamento: 12 de maio de 2010) (destacou-se)

É certo, portanto, que o direito de greve não se aplica aos servidores públicos que exercem atividades indelegáveis, serviços cuja essencialidade sobrepuja em favor da estabilidade social e, por isso, se impõe diante da necessidade de conservação do bem comum e de outros bens e direitos igualmente salvaguardados pela Constituição da República, a justificar a continuidade dos serviços públicos.

3 Corte do ponto

Outro assunto de extrema importância que está relacionado com o direito de greve dos servidores públicos é o corte do ponto, isto é, o desconto dos dias parados dos servidores em greve.

Inicialmente, insta esclarecer que, durante a greve no setor privado, o contrato de trabalho é suspenso (art. 7º, *caput*, da Lei nº 7.783/1989), o que impede o trabalhador grevista receber salário, pois sem o contrato de trabalho, o empregado não tem direito ao salário.

No que tange ao *setor público*, conforme visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, após declarar a mora legislativa por diversas oportunidades, manifestou o entendimento no sentido de eficácia imediata do direito de greve dos servidores públicos, o qual deve ser exercido por meio da aplicação da Lei nº 7.783/89, observadas as devidas proporções e no que não for com ela incompatível, até a edição de lei específica para regulamentar a questão (MI nº 708/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 31/10/2008).

Nesse momento, a Corte Suprema firmou o posicionamento de que, em atenção ao artigo 7º da Lei 7.783/89¹, a deflagração de movimento grevista suspende o vínculo funcional e, conseqüentemente, desobriga a Administração Pública do pagamento referente aos dias não trabalhados.

Vale descrever, por pertinente, o seguinte trecho extraído da ementa do julgado do MI nº 708/DF:

Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*).

1 Art. 7º "Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho".

Assim, considerando que o art. 7º da Lei 7.783/89 se aplica ao setor público, forçoso reconhecer que a participação em greve suspende o vínculo funcional e, por via de consequência, o pagamento da remuneração, conforme já se manifestou, por diversas oportunidades, a eg. Corte Suprema, como se percebe dos seguintes julgados:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. MI 708/DF. DESCONTO REMUNERATÓRIO DOS DIAS DE PARALISAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I – *Inexiste direito à restituição dos valores descontados decorrentes dos dias de paralisação. Precedente. MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.*

II – Não merece reparos a parte dispositiva da decisão agravada a qual isentou o Estado do Rio de Janeiro de restituir os descontos relativos ao período de paralisação.

III – Agravos regimentais improvidos.” (STF, AI 824949 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 6/9/2011).

“*Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Greve de servidor público. Descontos dos dias parados. Possibilidade. 3. Ausência de fundamentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.*” (STF, AI 795300 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20/5/2011).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE: POSSIBILIDADE DE DESCONTO REMUNERATÓRIO DOS DIAS DE PARALISAÇÃO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.(STF, RE 399338 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/2/2011).

Nessa mesma linha de pensamento, vem se manifestando, também, o c. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL - SÚMULA 266/STF - MANDADO DE SEGURANÇA - CORTE DO PONTO DE SERVIDORES GREVISTAS – MEDIDA QUE PODE SER LEVADA A TERMO PELA ADMINISTRAÇÃO.

1. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula 266/STF.
2. O Pretório Excelso, a partir do julgamento do MI nº 708/DF, firmou entendimento de que a paralisação de servidores públicos por motivo de greve implica no consequente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao trabalho, procedimento que pode ser levado a termo pela própria Administração. Precedentes.
3. Segurança denegada. (MS 15.272/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 7/2/2011). (destacou-se)

ADMINISTRATIVO. GREVE. SERVIÇO PÚBLICO. DESCONTO. DIAS PARALISADOS. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO. CONTRATO DE TRABALHO. PRECEDENTES.

1. A Primeira Seção, após o julgamento do MS 15.272/DF, tem reconhecido que é lícito o desconto dos dias não trabalhados em decorrência de movimento paredista. Naquela ocasião, acolheu-se a tese de que a greve acarreta a suspensão do contrato do trabalho, consoante disposto no art. 7º da Lei 7.783/1989 e, salvo acordo específico formulado entre as partes, não gera direito à remuneração.
2. Desse modo, acham-se autorizados os descontos remuneratórios pelos dias não trabalhados, a menos que haja entendimento entre os interessados para assegurar a reposição.
3. Agravo regimental não provido. (AgRg na Pet 8.050/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25/2/2011). (destacou-se)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. GREVE. DESCONTO DOS DIAS PARADOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

[...]

2. O acórdão recorrido reflete a jurisprudência uníssona desta Corte sobre a matéria, a qual pacificou-se no sentido de que é assegurado ao servidor público o direito de greve, mas não há impedimento, nem constitui ilegalidade, o desconto dos dias parados. Precedentes: AgRg na Pet 8.050/RS, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 25/02/2011; MS 15.272/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 07/02/2011; Pet 7.920/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 07/02/2011; AgRg no REsp 1173117/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/09/2010; AgRg no RMS 22.715/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 30/08/2010.
3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 5.351/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 29/6/2011). (destacou-se)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. REMUNERAÇÃO. DESCONTO. POSSIBILIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO DISCRICIONÁRIO. ORDEM DENEGADA.

I - *O c. Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, deve ser aplicada, no que couber, também aos servidores públicos civis (MI nº 708/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 31/10/2008).*

II - Desse modo, é de ser compreendido que a deflagração do movimento grevista suspende, no setor público, o vínculo funcional e, por conseguinte, desobriga o Poder Público do pagamento referente aos dias não trabalhados. Precedentes do c. STF, deste eg. STJ e do c. CNJ (STF: AI 824949 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 6/9/2011; RE 551549 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 13/6/2011; AI 795300 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20/5/2011; RE 399338 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/2/2011. STJ: MS 15.272/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 7/2/2011; AgRg na Pet 8.050/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25/2/2011; AgRg no AREsp 5.351/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 29/6/2011. CNJ:

PP 0000098-92.2012.2.00.0000, Plenário, Relator Conselheiro Gilberto Valente Martins, julgado em 10/4/2012; PP 0000096-25.2012.2.00.0000, Plenário, Relator Conselheiro Gilberto Valente Martins, julgado em 10/4/2012; PP 0000136-07.2012.2.00.0000, Plenário, Relator Conselheiro Gilberto Valente Martins, julgado em 10/4/2012).

III - A existência de acordo, convenção coletiva, laudo arbitral ou decisão judicial regulando as relações obrigacionais decorrentes do movimento paredista pode prever a compensação dos dias de greve (ex vi do art. 7º, in fine, da Lei nº 7.783/89)

IV - Todavia, à míngua dessas tratativas, não há direito líquido e certo dos servidores sindicalizados a ser tutelado na via mandamental, já que, nesses casos, deve prevalecer o poder discricionário da Administração, a quem cabe definir pelo desconto, compensação ou outras maneiras de administrar o conflito, sem que isso implique qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.

Ordem denegada. (STJ. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.405 - DF (2011/0162875-8). Rel. MINISTRO FELIX FISCHER. - DJe: 09/05/2012)

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. GREVE. DESCONTOS DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. Reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça a legalidade do desconto referente ao dias não trabalhados, o pagamento dos vencimentos aos servidores públicos causa grave lesão à economia pública; vedado o desconto em folha de pagamento, a greve não teria limites, à vista da impossibilidade de compensar faltas que se sucedem por meses, causando também grave lesão à ordem administrativa. Agravo regimental não provido. (CORTE ESPECIAL. AgRg na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.619 - PE Rel.: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ. DJe: 06/09/2012)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DA JORNADA. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE.

1. Como antes afirmado, a jurisprudência das Turmas que compõem a 1ª Seção é uníssona no sentido de que, ainda que reconhecida a *legalidade* da greve, podem ser descontados dos vencimentos dos servidores públicos os dias não trabalhados, tendo em conta a suspensão do contrato de trabalho 2. No que se refere à compensação da jornada, não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal. Ademais, “deve prevalecer o poder discricionário da Administração, a quem cabe definir pelo desconto, compensação ou outras maneiras de administrar o conflito, sem que isso implique qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.” (MS 17.405/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 23/04/2012, DJe 09/05/2012) 3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1256484/SE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013) (destacou-se)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTOS DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. POSSIBILIDADE.

1. É entendimento consolidado no âmbito do STJ que é legítimo o ato da Administração que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento grevista, diante da suspensão do contrato de trabalho, nos termos da Lei 8.112/1990, salvo a existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados.
2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem deixou claro que, embora exista acordo extrajudicial firmado pelas partes, este somente fez menção à criação de benefícios e vantagens pleiteados pelo Sindicato demandado.
3. Assim como no setor privado, o movimento de greve acarreta a suspensão do vínculo funcional, e a consequente

desobrigação do pagamento da remuneração, conforme dispõe o art. 7º da Lei 7.783/89, aplicável, no que couber, ao setor público, de acordo com precedentes do STF e STJ. Precedentes.

Agravo regimental improvido.(AgRg no REsp 1390467/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013) (destacou-se)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS PARADOS. POSSIBILIDADE.

1. Embargos de declaração que não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, podendo ser recebidos como agravo regimental, em prestígio ao princípio da fungibilidade recursal.
2. O acórdão recorrido reflete a jurisprudência uníssona desta Corte sobre a matéria, a qual pacificou-se no sentido de que é assegurado ao servidor público o direito de greve, mas não há impedimento, nem constitui ilegalidade, o desconto dos dias parados. Precedentes: AgRg na Pet 8.050/RS, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 25/02/2011; MS 15.272/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 07/02/2011; Pet 7.920/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 07/02/2011; AgRg no REsp 1173117/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/09/2010; AgRg no RMS 22.715/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 30/08/2010.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1302179/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 04/06/2013) (destacou-se)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DA JORNADA. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE.

1. Como antes afirmado, a jurisprudência das Turmas que compõem a 1ª Seção é uníssona no sentido de que, ainda que reconhecida a legalidade da greve, podem ser descontados dos vencimentos dos servidores públicos os dias não trabalhados, tendo em conta a suspensão do contrato de trabalho.

2. No que se refere à compensação da jornada, não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal. Ademais, “deve prevalecer o poder discricionário da Administração, a quem cabe definir pelo desconto, compensação ou outras maneiras de administrar o conflito, sem que isso implique qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.” (MS 17.405/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 23/04/2012, DJe 09/05/2012)

3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1256484/SE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013) (destacou-se)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO. REMUNERAÇÃO.

PARALISAÇÃO. SUSPENSÃO DO VÍNCULO FUNCIONAL. LEGALIDADE.

1. Trata-se, originariamente, de Mandado de Segurança Preventivo impetrado por sindicato contra potenciais atos da União (Ministério da Saúde) relacionados com o corte de remuneração por greve destinada ao reajuste dos salários da categoria (desconto de dias parados). A sentença concessiva da Segurança foi mantida pelo Tribunal de origem.
2. A jurisprudência do STJ se pacificou no sentido da legalidade, em regra, dos descontos realizados nos vencimentos dos servidores públicos em greve (MS 17.405/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 9.5.2012; AgRg na Pet 8.050/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Pri-

meira Seção, DJe 25.2.2011; MS 14.942/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 21.5.2012).

3. Recurso Especial provido para denegar a Segurança.

(REsp 1245056/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013) (destacou-se)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. A decisão administrativa que determina o desconto em folha de pagamento dos servidores grevistas é compatível com o regime da lei. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 82.757/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 19/03/2013) (destacou-se)

Como se vê, de acordo com entendimento já pacificado dos Tribunais Superiores, não resta dúvida que é legítimo o ato do Poder Público que promove, independentemente de ordem judicial, o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento grevista, ante a suspensão do vínculo funcional, salvo no caso de existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados.

4 Conclusão

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal (STF), em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis, mudou sua orientação e firmou o posicionamento no sentido de que a Lei Geral de Greve dos trabalhadores celetistas poderá ser aplicada aos movimentos paredistas dos servidores públicos, enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica, conferindo às decisões da Corte Suprema a natureza de sentença modificativa.

No entanto, o Pretório Excelso *não* garantiu o direito de greve indiscriminadamente a *todos* os servidores públicos e nem mesmo a aplicação *apenas* da Lei nº 7.783/89 ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração, tendo em vista que,

entre os serviços públicos, há alguns que a *coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade*. Logo, servidores que exercem atividades que visam à manutenção da ordem pública e da segurança pública, à administração da justiça, à saúde pública e à preservação do meio ambiente, por exemplo, não estão inseridos no elenco daqueles alcançados por esse direito, conforme entendimento do STF.

Desse modo, não se pode admitir, a título de exemplo, o exercício de greve de policiais, profissionais da saúde, fiscais do meio ambiente e da receita e de servidores que exercem as funções essenciais à justiça, ainda que 30% (trinta por cento) dos servidores em questão realizem sua atividade laboral, sob pena de severa desestabilidade institucional no seio da sociedade, com viés para o próprio caos.

Por outro lado, quanto ao corte de ponto dos servidores grevistas, conforme salientado no tópico acima, forçoso reconhecer a possibilidade do desconto realizado pela Administração Pública referente aos dias não trabalhados em decorrência do movimento paralista, *independentemente de ordem judicial*, tendo em conta a suspensão do vínculo funcional decorrente da paralisação do servidor.

Sob um olhar pragmático, o desconto dos dias não trabalhados poderá evitar greves que se arrastam por meses em que não há qualquer prejuízo para o servidor, apesar de a sociedade ser seriamente penalizada, conduzindo as partes (servidores e Poder Público) à autocomposição em prazo relativamente breve, minimizando o prejuízo à população.

Não se trata de mecanismo destinado a inviabilizar o exercício legítimo do direito de greve, mas tão somente a consequência legal do exercício desse direito.

Portanto, forçoso concluir que, (a) embora o direito de greve esteja sim integrado ao patrimônio jurídico dos servidores públicos, tal direito não é absoluto, pois nem todos os servidores poderão exercê-lo dado a índole capital das atividades que exercem e (b) o exercício do sobredito direito, quando legítimo, acarretará dentre outras consequências, o corte de ponto.

5 Referências

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártire; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Liminar nº 1.619*. Relator: Min. Presidente do STJ – Requerente: União. Requerido: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n 8001123720124050000 do Tribunal Regional Federal Da 5ª Região. Disponível em: <[http:// www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso: 10 jan. 2014.

_____. _____. *Mandado de Segurança nº 17.405* – DF. Relator: Min. Felix Fischer. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal. Impetrados: Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça e Advogado-Geral da União. DJe: 09/05/2012. Disponível em: <[http:// www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso: 10 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 20*. Relator: Ministro Celso de Mello. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília/DF, 19 de maio de 1994. Disponível em: <[http:// www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso: 14 abr. 2013.

_____. _____. *Mandado de Injunção nº 485*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília/DF, 30 de novembro de 2007. Disponível em: <[http:// www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso: 14 abr. 2013.

_____. _____. *Mandado de Injunção nº 670*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Impetrante: Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Mato Grosso. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília/DF, 25 de abril de 2002. Disponível em: <[http:// www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso: 14 abr. 2013.

_____. _____. *Mandado de Injunção nº 708*. Relator: Gilmar Mendes Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação

do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília/DF, 25 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso: 14 abr. 2013.

_____. _____. *Mandado de Injunção nº 712*. Relator: Eros Grau. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília/DF, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso: 14 abr. 2013.

_____. _____. *Reclamação nº 6568/SP*. Relator: Eros Grau. Reclamante: Estado de São Paulo. Reclamado: Vice-Presidente Judicial Regimental do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e Relator da Ação Cautelar nº 814.597-5/1-00 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília/DF, 21 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso: 14 abr. 2013.

_____. _____. *Ação Cautelar nº 3034*. Relator: Cezar Peluso. Autor: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Réu: Relator do AI nº 20110020218194 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília/DF, 16 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso: 14 abr. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

1.10

A ILEGALIDADE DA DIVULGAÇÃO NOMINAL DA REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS COM FUNDAMENTO NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LEI 12.527/2011)

GUSTAVO CALMON HOLLIDAY*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011. 3 O direito constitucional à privacidade. 4 O princípio da publicidade *versus* o direito à privacidade. 5 Da ilegalidade de divulgação dos rendimentos com base na Lei de Acesso à Informação. 6 A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

A partir da vigência da Lei nº 12.527/2011¹, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI), os diversos Poderes Públicos, por meio de seus órgãos, em seus diferentes níveis, federal, estadual e municipal, assim como as autarquias, fundações e empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades, passaram a divulgar em seus *websites* as informações que dessem cumprimento à referida Lei.

A Lei de Acesso à Informação veio a regulamentar o artigo 5º da Constituição Federal que prevê no seu inciso XXXIII que:

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado².

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Procurador do Estado do Espírito Santo.

1 Início da vigência em 16 de maio de 2012.

2 Artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal.

A Lei nº 12.527/2011 foi publicada no Diário Oficial da União em 18/11/2011, com prazo de vigência de 180 dias, com início em 16/05/2012.

Com o ímpeto de se dar cumprimento à Lei de Acesso à Informação, vários órgãos e poderes passaram a divulgar não só as suas despesas, mas também a remuneração dos seus integrantes, acompanhadas dos nomes dos agentes públicos.

Conforme se demonstrará por meio do presente estudo, a Lei de Acesso à Informação não prevê a divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos e ainda assegura em seu próprio texto o direito à intimidade e à vida privada.

Não obstante a ausência dessa previsão, somada à discordância da grande parte das principais entidades de classe de representação nacional, essas informações estão sendo amplamente divulgadas pelas administrações públicas e seus órgãos, com grande repercussão na imprensa.

Constatando-se que os atos regulamentares têm a finalidade de regulamentar a matéria tratada na lei, no momento em que extrapolam os limites da norma, esses atos tornam-se contaminados pelo vício da ilegalidade.

2 A Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011

Conforme já registrado, a Lei de Acesso à Informação veio regulamentar o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal que dispõe que

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado³.

Logo no artigo 1º da referida Lei, está previsto que

esta lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim

3 Artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal.

de garantir o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal⁴.

A justificativa contida no Projeto de Lei 219/2003, que deu origem à Lei de Acesso à Informação, está disposta da seguinte forma:

JUSTIFICAÇÃO DO PL 219/2003

Um dos pontos de honra da moderna democracia é o compromisso de transparência da Administração Pública. Verifica-se, por isso, uma tendência crescente para que os estados modernos busquem o estabelecimento de leis que garantam ao cidadão o pleno conhecimento das ações do governo, da estrutura, missão e objetivos de seus órgãos, e sobre qual é o resultado final da equação representativa da aplicação de recursos públicos em confronto com os benefícios reais advindos à comunidade.

O instrumento para que se atinja tal desiderato é atribuição, a qualquer do povo, do direito de indagar e obter informações dos órgãos públicos que garantam a constante e plena sintonia com os princípios da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência. Tal direito deve ser assegurado, tanto para proteger legítimos interesses pessoais quanto para, de modo geral, estimular o correto desempenho administrativo.

Nosso ordenamento jurídico se ressentia de uma legislação incisiva sobre o assunto, reduzido que está ao mandamento do direito à informação, inscrito no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, e a normas esparsas em diversos diplomas legais.

O tratamento mais objetivo que pretendemos dar à matéria proporcionará um arcabouço legal de apoio ao cidadão e de garantia de transparência, a exemplo das legislações de diversos países, dentre as quais citamos o Freedom Information Act (Ato da Liberdade de Informação), dos Estados Uni-

4 Lei nº 12.527/2011, art. 1º.

dos da América; a Lei nº 65/93 – Acesso os Documentos da Administração (Administração Aberta), da República Portuguesa; a Lei nº 78753 – Medidas para melhoria das relações entre a administração e o público e diversas disposições de ordem administrativa, social e fiscal, da República Francesa; o artigo 37 da Lei nº 30/1992 – Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, do Reino de Espanha, e finalmente, cuja citação por último deve-se a sua recente edição, a Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação Pública Governamental, promulgada no México a 10 de junho de 2002.

Destaque-se a incorporação no projeto de disposição constante da lei mexicana, no que concerne a não se admitir a classificação sigilosa para documentos que podem contribuir para elucidação de crimes contra a humanidade ou de violações graves contra direitos fundamentais.

Nossa proposição estabelece normas para o exercício do direito de acesso à informação, define as informações acessíveis, fixa prazos para atendimento dos pedidos, institui procedimentos recursais e instrumentaliza o controle do fiel cumprimento da lei. Buscou-se, ademais, coerência com as características próprias da realidade brasileira e do nosso ordenamento jurídico.

Estas as razões que nos levam o oferecimento do presente projeto, cuja aprovação representará passo importante na busca da democracia plena e do aperfeiçoamento de nossas instituições. Sala das Sessões, de 2003, Deputado REGINALDO LOPES, PT-MG⁵.

Inicialmente o projeto possuía 21 artigos, sendo que o texto final, após emendas, restou com 47 (quarenta e sete).

5 Justificativa contida no Projeto de Lei nº 219/2003.

Segue abaixo o mapa da lei⁶:

Tema	Onde encontrar	Palavras-chave
Garantias do direito de acesso	Artigos 3, 6, 7	Princípios do direito de acesso/ Compromisso do Estado
Regras sobre a divulgação de rotina ou proativa de informações	Artigos 8 e 9	Categorias de informação/Serviço de Informações ao Cidadão/Modos de divulgar
Processamento de pedidos de Informação	Artigos 10, 11, 12, 13 e 14	Identificação e pesquisa de documentos/Meios de divulgação/ Custos/Prazos de atendimento
Direito de recurso à recusa de liberação de informação	Artigos 15 ao 20	Pedido de desclassificação/ Autoridades responsáveis/Ritos legais
Exceções ao direito de acesso	Artigos 21 ao 30	Níveis de classificação/Regras/ Justificativa do não acesso
Tratamento de informações pessoais	Artigo 31	Respeito às liberdades e garantias individuais
Responsabilidade dos agentes públicos	Artigos 32, 33, 34	Condutas ilícitas/Princípio do contraditório
Disposições finais e Transitórias	Art.s 35 a 47	

A União Federal regulamentou a Lei de Acesso por meio do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. No referido Decreto, também não há determinação de divulgação de informação nominal dos servidores, mas, tão somente, a remuneração e os subsídios recebidos por ocupantes de cargo, posto, graduação, função e emprego público com respectivas vantagens de maneira individualizada.

⁶ Mapa da Lei extraído da Controladoria Geral da União, com acréscimos do autor.

Apesar de o Decreto ter inovado quando determina que a divulgação deve ser feita de maneira individualizada, não existe previsão expressa para a divulgação nominal dos servidores com os respectivos subsídios ou remuneração.

Não há dúvidas de que a Lei de Acesso à Informação, que a nosso ver sobreveio tardiamente no nosso ordenamento jurídico, constitui um grande avanço com relação ao sistema de transparência no País, possibilitando a plena eficácia do Princípio da Publicidade.

A maioria dos países já possui a Lei de Acesso à Informação, a exemplo do Reino Unido, Estados Unidos da América, México, Suécia, Índia, Japão, África do Sul, dentre outros.

3 O direito constitucional à privacidade

De acordo com José Afonso da Silva⁷, temos:

A Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). Portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar no caput do artigo. Por isso, estamos considerando-o um direito conexo ao da vida. Assim ele figura no caput como reflexo ou manifestação deste. O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada ou da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como *o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito*. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, *abrange o modo de vida doméstico*,

7 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, as origens e planos futuros do indivíduo.

O mesmo Doutrinador ao tratar de privacidade e informática expõe:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com a sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu consentimento.

O Professor Luís Roberto Barroso, ao abordar o tema, sobre o que denomina direitos constitucionais da personalidade⁸, explica:

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros. Neste estudo, interessam mais diretamente alguns direitos do segundo grupo, em especial os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem. [...]

De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só. A intimidade e a vida privada são esferas diversas compreendidas em um conceito mais amplo: o de *direito de privacidade*. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser

8 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 36, 2001.

preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.

Conforme bem pontuou o Prof. Luís Roberto Barroso, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade, existindo particularidades que devem ser preservadas, considerando-se os hábitos e atitudes das pessoas. Dentre a infinidade de situações, não há dúvidas de que, culturalmente, a remuneração está nesse contexto.

4 O princípio da publicidade *versus* o direito à privacidade

Um dos grandes desafios da doutrina moderna é saber até onde se deve tornar público os atos administrativos e dados da administração sem violar o direito fundamental à vida privada e à intimidade dos cidadãos.

O Princípio da Publicidade está previsto na Constituição Federal em seu artigo 37, *caput* e § 1º. O Princípio da Publicidade ou da transparência está associado ao Princípio da Moralidade Pública, de forma que devem ser divulgados os atos praticados pela administração.

O direito ao acesso à informação está previsto na Constituição Federal, mais precisamente nos artigos 5º, XXXIII, art. 37, II e art. 216, §2º e, agora, regulamentados pela Lei de Acesso à Informação.

A publicidade é uma importante ferramenta de controle dos atos produzidos pela Administração Pública. Nesse contexto, a Constituição Federal exige que sejam públicos os atos e negócios realizados pela Administração Pública.

Todavia, o Princípio da Publicidade tem o seu limite justamente quando confrontado com o Princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada do Cidadão. Assim, devem ser di-

vulgados os atos que sejam de interesse público, desde que não violem direitos individuais constitucionalmente assegurados.

Decerto, nesses casos, deve-se interpretar utilizando-se da técnica da ponderação de valores⁹ envolvidos em observância ao caso concreto, de forma a equalizar a situação, evitando-se a ocorrência de distorções.

Sobre esse tema cita-se novamente Luís Roberto Barroso na obra já referida acima, nos seguintes termos:

A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder a esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas os enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese. De toda sorte, a ponderação será a técnica empregada pelo aplicador tanto na ausência de parâmetros legislativos de solução como diante deles, para a verificação de sua adequação ao caso.

Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade¹⁹. Pois bem: nessa fase decisória, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso. Os parâmetros construídos na primeira etapa deverão ser empregados aqui e adaptados, se necessário, às particularidades do caso concreto.

9 DWORIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Cec, 1997; TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 91-98.

Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

No que tange à parte da lei que disciplina as despesas, mais especificamente despesas com pessoal, podemos observar que a própria Lei de Acesso à Informação foi elaborada considerando os dois preceitos constitucionais, regulamentando o que deveria ser divulgado e, ao mesmo tempo, resguardando expressamente os direitos individuais assegurados constitucionalmente.

No artigo 4º, inciso IV a Lei define informação pessoal como aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

O artigo 6º está disposto da seguinte forma:

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso¹⁰.

Vê-se que o artigo 6º, inciso III prevê que os órgãos e suas entidades devem assegurar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal.

O artigo 31, por sua vez, estabelece que

o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada,

10 Artigo 6º da Lei nº 219/2003.

honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais¹¹.

A referida Lei prevê ainda as responsabilidades do agente público, entre os quais destacamos a prevista no inciso IV do artigo 32, que estabelece como conduta ilícita “divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal”.

Quando se fala em direitos da personalidade, o art. 21 do Código Civil vigente assegura o direito à intimidade, conforme previsto na Constituição Federal, sendo inviolável a vida privada da pessoa natural e cabendo sempre medidas visando proteger essa inviolabilidade. A intimidade não deve ser concebida somente no plano físico, mas também no plano virtual da internet.

5 Da ilegalidade de divulgação dos rendimentos com base na Lei de Acesso à Informação

Após análise da Lei de Acesso à Informação (LAI), conclui-se que não há previsão de divulgação da remuneração/subsídios dos ocupantes de cargos ou emprego públicos¹².

Na realidade, essa previsão está contida no Decreto Presidencial nº 7.727 de 16/05/2012, que regulamenta a questão com relação aos órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

No artigo 7º, §3º, inciso IV do referido Decreto temos:

Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independentemente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.527, de 2011.

§ 1º Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o caput.

11 Artigo 31 da Lei nº 219/2003.

12 No Estado do Espírito Santo houve edição da Lei Estadual nº 9.871/2012 que se alinha à Lei Federal nº 12.587/2011.

§ 3º Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1º, informações sobre:

*VI - remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão [...]*¹³.

Observa-se que o Decreto que regulamentou a matéria no âmbito do Poder Executivo Federal estabeleceu o dever de se divulgar a remuneração e subsídios dos servidores de forma individualizada e detalhada, mas em nenhum momento previu a divulgação dos nomes dos servidores atrelados à sua remuneração.

O Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar a Lei de Acesso à Informação¹⁴ pela Resolução 89/2012, decidiu que a remuneração dos membros ativos e inativos deveria ser divulgada na internet, com a identificação individualizada de beneficiários, que pode ser feita por nomes ou matrículas, podendo os interessados solicitarem a identificação nominal dos beneficiários.

Diferentemente, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução nº 151¹⁵, de 05 de julho de 2012, determinou que os Tribunais divulgassem as remunerações, diárias, indenizações

13 Artigo 7º, § 3º, IV, Decreto Presidencial nº 7.727 de 16/05/2012.

14 O CNMP aprovou a Resolução nº 89/2012 que regulamenta a LAI em sessão realizada no dia 28 de agosto de 2012. Transcreve-se trecho da notícia extraída do site do CNMP: “devem ser divulgados na internet a remuneração e os proventos recebidos por todos os membros e servidores do Ministério Público – ativos, inativos ou pensionistas, além de colaboradores e colaboradores eventuais – com os devidos descontos legais e a identificação individualizada do beneficiário e da unidade na qual presta serviço. Além de proventos e remuneração, serão divulgados indenizações e outros valores pagos a membros, servidores e colaboradores a qualquer título. Para o Plenário do CNMP, que decidiu por maioria de votos, a Lei de Acesso à Informação exige a individualização dos beneficiários, cabendo a cada unidade ou ramo do Ministério Público utilizar os nomes ou as matrículas dos membros e servidores da instituição. A resolução permite ainda que os interessados, além de ter acesso integral à remuneração e aos benefícios pagos, solicitem, conforme determina a LAI, a identificação nominal dos beneficiários.”

15 A Resolução 151/2012 alterou a Resolução 102/2009, inserindo o inciso VI, nos seguintes termos: VI – as remunerações, diárias, indenizações e quaisquer outras verbas pagas aos membros da magistratura e aos servidores a qualquer título, colaboradores e colaboradores eventuais ou deles descontadas, com identificação nominal do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta os seus serviços, na forma do anexo VIII.

e quaisquer outras verbas dos membros da magistratura e seus servidores com identificação nominal do beneficiário.

Conforme se observa, a Resolução 151/2012 do CNJ foi mais abrangente do que a Resolução 89/2012 do CNMP, determinado a divulgação nominal, acrescentando, ainda, quaisquer outras verbas recebidas pelos membros da magistratura e seus servidores.

O Conselho Nacional de Justiça, talvez com o intuito de dar uma satisfação à sociedade em razão do até então (des)conhecido e obscuro sistema remuneratório de alguns Tribunais, foi muito além do que dispôs a Lei.

Todavia, a resolução do CNJ extrapola as previsões contidas na Lei de Acesso à Informação, na medida em que determina que os Tribunais devam divulgar a remuneração com identificação nominal, enquanto que a própria Lei Federal que regulamentou a questão assim não dispôs.

Em contraposição ao disposto acima, o Estado do Rio Grande do Sul possui Lei Estadual nº 13.507/2010¹⁶, já objeto de questionamento judicial e mantida pelo TJRS, que veda a divulgação nominal da remuneração de pessoal de todos os poderes daquele Estado.

Toda norma tem a sua função. No caso da Lei de Acesso à Informação (LAI), o seu objetivo é regulamentar a transparência de maneira que os atos da Administração possam ser fiscalizados, permitindo uma participação ativa do cidadão no que pertine ao destino dos recursos públicos. Nessa seara, a divulgação da remuneração dos servidores, acompanhada dos nomes dos mesmos, não serve ao propósito do direito à informação e transparência, mas tão somente à curiosidade alheia.

A divulgação dos dados e informações do Poder Público deve servir ao interesse público, não havendo dúvida de que a disponibilização da lista nominal acompanhada da remuneração

16 Art. 1º - O Estado do Rio Grande do Sul disponibilizará, na rede mundial de computadores - internet, o quantitativo dos cargos públicos, ocupados e vagos, tanto os de provimento efetivo, quanto os em comissão, funções gratificadas, empregos celetistas e estágios, existentes ou a preencher, em todos os Poderes, abrangendo a administração direta, indireta e órgãos vinculados, inclusive os detentores de mandatos eletivos, os membros de Poder, bem como os inativos e pensionistas pagos pelo Tesouro do Estado, especificando as respectivas remunerações, vedada, em qualquer caso, a identificação pessoal, devendo ser observado o disposto no inciso X do art. 5.º da Constituição Federal.

ultrapassa os limites necessários à transparência, tornando-se excessiva e sem utilidade prática, em total dissonância com o Princípio da Razoabilidade e da Eficiência.

Devemos acrescentar, ainda, que a não divulgação de salários é uma questão cultural já sedimentada, não só no Brasil, mas em todo o mundo. O contracheque, seja do servidor público, ou mesmo do trabalhador da iniciativa privada, independentemente do valor que recebe, sempre esteve inserido no âmbito da vida privada das pessoas, até mesmo entre familiares. Perguntar quanto a pessoa recebe sempre foi considerado antiético e reprovado pelas regras de etiqueta.

O entendimento defendido pelo Ministro Ayres de Brito enquanto Presidente do STF, e que fundamenta as suas decisões, é o de que “a remuneração dos agentes públicos constitui informação de interesse coletivo ou geral, nos exatos termos da primeira parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal.”

De igual forma, entendemos que a remuneração dos agentes públicos constitui informação de interesse coletivo ou geral. Até porque a obrigação de se divulgar os valores dos subsídios e da remuneração dos cargos e empregos públicos já está previsto no artigo 39, §6º da Constituição Federal¹⁷. Todavia, o que não compreende no interesse coletivo ou geral é a identificação nominal dos agentes públicos acompanhada de seus rendimentos.

Existe enorme diferença entre a (a) divulgação dos valores dos subsídios/remuneração dos cargos públicos e da (b) divulgação dos valores dos subsídios/remuneração individualizada do agente público e na (c) divulgação dos valores dos subsídios/remuneração individualizada acompanhada do nome do agente público.

No momento em que se vincula o nome do agente público à sua remuneração ou subsídio e aos cargos, expondo-os em *websites* de livre acesso, a informação deixa de ser impessoal,

17 Art. 39 – [...] 6º. – Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

passando a se adentrar na esfera de individualidade da pessoa, atingindo a sua intimidade e a sua vida privada.

Deve ser frisado que a Lei de Acesso à Informação não estabelece a obrigatoriedade de se divulgar os rendimentos dos agentes públicos de forma nominal.

A violação da vida privada fica caracterizada quando se expõe o subsídio ou remuneração juntamente com o nome do agente público, pois expõe a sua intimidade, estimulando a curiosidade alheia¹⁸, além de uma exposição desnecessária perante a sociedade.

Entendemos que a divulgação da matrícula do servidor com a discriminação de seus rendimentos atenderia de forma plena ao Princípio da Publicidade e ao que foi disposto na Lei de Acesso à Informação, sem violar o direito fundamental à Vida Privada.

No que tange à delegação legislativa, o artigo 45 da Lei 12.527/2011 dispõe que cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em legislação própria, com obediência às normas gerais, definir regras específicas, especialmente com relação aos procedimentos (art. 9º e arts. 15, 16, 17 e 18, que tratam dos recursos).

O poder de regulamentar a norma geral¹⁹, por sua vez, não autoriza o administrador a inovar a ordem jurídica, mas sim a detalhar o modo e a forma de execução da Lei, visto que o regulamento é subordinado aos comandos da lei.

Dessa forma, qualquer inovação feita pelo poder regulamentador será considerada ilegal, pois apenas a lei é a via legítima para criar deveres e obrigações, na forma prevista no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas²⁰.

18 No Estado do Espírito Santo, no primeiro de dia em que o *website* da transparência começou a operar, recebeu mais de 160.000 acessos.

19 Deve se ressaltar a diferença entre delegação legislativa e poder regulamentar; no primeiro caso há necessidade de ato normativo primário, enquanto que no segundo há a existência de atos secundários de cunho administrativo.

20 Leis delegadas, art. 68 CF; atos normativos primários, por meio de decreto, art. 84, VI; medidas provisórias, art. 62 CF.

Conforme ensina Juarez Freitas²¹, a Administração sempre estará sujeita à lei e, quando se tratar da possibilidade de restringir ou prejudicar direitos, a Administração deve sujeitar-se a uma legalidade positiva. É justamente o caso.

Pontes de Miranda, de forma categórica, asseverou: “Onde se estabelecem, alteram-se ou extinguem-se direitos, não há regulamentação – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa²²”.

A partir do momento em que existe lei disciplinando a atuação do Poder Público com relação ao acesso às informações, em obediência ao Princípio da Publicidade/Transparência, o administrador deverá agir em consonância com as mesmas, sob pena de violação ao Princípio da Legalidade estrita.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 584.798/PE²³, de relatoria do Min. Luiz Fux, asseverou:

O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, quando trata do Princípio da Legalidade²⁴, ensina:

É livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem

21 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 268-269. “Parece melhor dizer que, no sistema democrático, a Administração deve estar vinculada positivamente ao limitar ou prejudicar direitos, como no exercício da polícia administrativa, mas semelhante assertiva deve ser entendida de modo nuançado e com temperamentos, porquanto se se tratar de ação de cunho prestacional ou se a Administração estiver agindo de acordo com regras de Direito Privado, a vinculação haverá de ser negativa”.

22 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 314.

23 DJ 06/12/2004. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1134164/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24/09/2009; AgRg no Resp 541.157/DF, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 20/09/2010.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 306-331.

obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delimitada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

No caso da Lei de Acesso à Informação, repita-se, não existe previsão de divulgação nominal dos agentes públicos. Na mesma lei²⁵, ao contrário, houve cautela do legislador prevendo que a divulgação de informações pessoais deve ser feita com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

6 A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

Após a vigência da Lei de Acesso à Informação, o Supremo Tribunal Federal não proferiu decisão colegiada enfrentando o mérito da questão, mas tão somente abordou o tema em decisões monocráticas.

Os precedentes existentes no Supremo Tribunal Federal, em grande parte, são oriundos de decisões proferidas em Suspensões de Segurança e Suspensões de Liminares, ou mesmo em agravos regimentais.

Como é notório, na análise do pedido de suspensão de segurança ou de liminar, não se examina o mérito da causa, devendo a apreciação jurisdicional limitar-se aos aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório impugnado sobre a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Em segundo lugar, nos casos citados os processos eram oriundos do Município de São Paulo, onde existe a Lei 14.720/08, que expressamente determinava a divulgação, no site da referida Prefeitura, da lista nominal de todos os servidores públicos municipais, acompanhados da remuneração, além de endereço, unidades de lotação, jornada de trabalho etc.

25 Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

Sendo assim, observa-se que a situação é diversa, pois, conforme já dito, além de a suspensão de segurança não ser o meio próprio para se decidir sobre a matéria, nos casos julgados existia uma Lei municipal que expressamente determinava a divulgação nominal dos servidores e sua remuneração.

Em terceiro lugar, observa-se que a matéria, após a edição da Lei de Acesso à Informação, deve ser analisada nos limites da legalidade/ilegalidade, razão pela qual está fora da jurisdição constitucional, devendo ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁶.

Recentemente, houve a decisão proferida na Ação Cível Originária nº 1.993-DF²⁷, pelo Ministro Joaquim Barbosa, oportunidade em que indeferiu pedido de tutela antecipada requerida pela AJJFERJES, baseando-se justamente no precedente no Agravo Regimental nº SS 3902-AgR.

Todavia, conforme já dito, a situação jurídica é distinta, pois naquele caso havia determinação legal para se divulgar nominalmente os beneficiários, enquanto que na recente Lei de Acesso à Informação não há essa previsão.

Em conclusão, sob o aspecto constitucional, entendemos que a questão ainda não está sedimentada no Supremo Tribunal Federal, pois ainda não existe decisão colegiada enfrentando o mérito após a vigência da Lei de Acesso à Informação. Ademais, tratando-se de ilegalidade, a matéria foge do âmbito do STF, devendo ser julgada pelo STJ.

7 Conclusões

- 1º) A Lei nº 12.527/2011, que regulamentou o direito de acesso à informação, inicialmente previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, constitui um avanço com relação ao sistema de transparência no Brasil, a exemplo de países como Estados Unidos, Reino Unido, México, dentre outros;

²⁶ Nesse sentido, por todos, RE 154.027, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 20/10/98.

²⁷ Decisão proferida em 14/08/2012.

- 2º) A Lei de Acesso à Informação não prevê a obrigação de divulgação nominal dos servidores públicos com as suas respectivas remunerações;
- 3º) A divulgação nominal dos servidores/agentes públicos com os valores dos respectivos vencimentos/remunerações não é essencial para se dar cumprimento ao Princípio da Publicidade e assegurar o direito de informação ao cidadão, conforme previsto nos artigos 5º, XXXIII, art. 37, II e art. 216, §2º da Constituição Federal, sendo suficiente a divulgação da matrícula do agente público ou outro identificador que não seja o nome;
- 4º) O ato de divulgação nominal da remuneração dos agentes públicos, com fundamento na Lei de Acesso à Informação, viola o Princípio da Legalidade estrita, visto que essa obrigação não está contida na referida lei.

8 Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Cec, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 36, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1988.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 306-331.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano (Coord.). *Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

1.11

DELEGAÇÕES ATÍPICAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ESTUDO DE CASO A RESPEITO DA TRANSFORMAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE MUNICIPAL EM ESTADUAL

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1 Introdução e delimitação do tema. 2 A hipótese. 3 Do exame de juridicidade da hipótese. 4 O tratamento das delegações de serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros à luz da Constituição da República de 1988. 5 A disciplina da lei nacional de concessões comuns e permissões de serviços públicos. 6 O tratamento conferido pelo marco regulatório dos Estados. 7 O exame da boa-fé das requerentes na prestação dos serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. 8 A manifestação da população interessada pela manutenção da prestação dos serviços públicos. 9 A orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal 10 Proposições conclusivas. 11 Referências.

1 Introdução e delimitação do tema

Integra o conhecimento jurídico convencional pacífico a ideia consagrada na Constituição da República de 1988 de que a delegação de serviços públicos, quer pela via da concessão de serviços públicos, quer pela via da permissão de serviços públicos, deve, como regra geral, ser precedida de regular procedimento licitatório (CRFB/88, art. 175, *caput*).

Não obstante esse parâmetro normativo de Ordem Constitucional, fruto do Poder Constituinte Originário, a que deve submissão, por evidente, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, ainda assim, após mais de vinte anos do advento da Carta Constitucional de 1988, a realidade jurídica, política e

* Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes – RJ. Especialista em Economia e Direito do Consumo pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha. Professor da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da Fundação Getúlio Vargas-RJ. Professor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória – ES. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado e Consultor Jurídico. Ex- Consultor Jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM.

administrativa de certos entes federativos ainda revela um quadro de anomalia institucional, no que tange às delegações de serviços públicos. Essa anormalidade na delegação dos diversificados serviços públicos, de titularidade dos entes federados, decorre de inúmeros fatores econômicos, históricos, sociológicos, políticos, administrativos e até mesmo jurídicos, e que ensejaram as chamadas delegações atípicas de serviços públicos.

Por delegações atípicas de serviços públicos devem ser entendidas aquelas conferidas aos particulares, antes mesmo da Constituição da República de 1988, sem a observância, total ou parcial, dos princípios fundamentais inerentes ao regime jurídico das parcerias contratuais entre o Estado e a iniciativa privada, em especial, os princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência, da licitação e economicidade (CRFB/88, arts. 37, *caput*, inciso XXI, 70, *caput* e 175, *caput*).

É bom que se diga que a realidade administrativa brasileira ainda abriga muitas delegações atípicas, em especial nos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros.

Assim, o presente estudo pretende realçar alguns aspectos constitucionais e infraconstitucionais do regime jurídico das chamadas delegações atípicas, que, embora constituam uma grave vicissitude na gestão dos serviços públicos brasileiros, merecem atenção e resposta otimizada dos operadores do Direito, tendo em vista integrarem a realidade administrativa brasileira. Para tanto, o tema será desenvolvido considerando o serviço público de transporte rodoviário de passageiros, partindo-se do exame da matéria à luz da matriz constitucional, prosseguindo-se na análise em vista da Lei geral de concessões comuns e permissões de serviços públicos (Lei nº 8987/95), ilustrando-se a problemática com as normas regulatórias comumente existentes nos Estados da federação, especialmente considerando a hipótese da prestação de serviços públicos de transporte originariamente nos Municípios e que, posteriormente, passam a ser prestados em dimensões territoriais para além de um ente político municipal.

2 A hipótese

A hipótese consiste no exame de pretensão comumente formulada por prestadores dos serviços públicos de transporte de passageiros, os quais almejam a regularização de linhas inerentes ao cometimento estatal em perspectiva. Como regra, esses prestadores dos serviços receberam, bem antes da Constituição da República de 1988, diversas delegações dos serviços públicos de transporte local (municipal) de passageiros.

Posteriormente, as localidades (distritos), situadas no interior de um único Município, foram transformadas em Municípios, por meio de desmembramentos, prática, como se sabe, bastante restringida com a nova Constituição da República de 1988 (CRFB/88, art. 18, par. 4º). Assim, os prestadores de serviços públicos de transporte local continuam desenvolvendo a atividade, só que, agora, não mais situada no âmbito de um específico Município, mas abrangendo dois ou mais entes políticos municipais.

Nessas hipóteses, tem-se notado que tanto os prestadores dos serviços públicos de transporte quanto os agentes reguladores estaduais se omitem nas providências para a regularização da prestação dos serviços. No máximo, os agentes privados prestadores dos serviços públicos delegados, antes da Constituição da República de 1988, como mencionado, diligenciam junto ao agente regulador estadual, visando à regularização dos serviços prestados.

É dizer, os serviços públicos continuam sendo executados, no advento da Constituição da República de 1988 e mesmo após a Lei geral de concessões e permissões, sem a observância, total ou parcial, do regime jurídico próprio das delegações de serviços públicos, ensejando, pois, as chamadas delegações atípicas.

Assim, importa saber como ficam essas delegações atípicas à luz da Ordem Constitucional de 1988 e do marco regulatório infraconstitucional editado para a disciplina das delegações de serviços públicos, sendo o que se passa a examinar no tópico seguinte.

3 Do exame de juridicidade da hipótese

Nesse contexto, o ponto central do exame jurídico que se pretende levar a efeito consiste em saber se, à luz da Ordem Constitucional e infraconstitucional vigentes no Brasil, é possível o acolhimento das pretensões formuladas pelos prestadores dos serviços, no sentido de verem regularizadas as linhas que constituem objeto da prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal, fruto do desmembramento municipal aludido no item anterior.

Desde logo, adianto-me em ressaltar que a pretensão formulada nesses termos é juridicamente impossível, quer à luz da Carta Constitucional de 1988, seja em razão do marco regulatório infraconstitucional regente da prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Isso porque, em primeiro lugar, operando-se o desmembramento do Município, titular do serviço público de transporte local, criando-se outro Município, extinguiu-se, de pleno Direito, a delegação dos serviços públicos de transporte municipal de passageiros, cuja execução era empreendida anteriormente.

É dizer, o serviço público de transporte de passageiros, que, antes era de titularidade municipal, passou a ser intermunicipal, portanto, de titularidade e competência do Estado, como decorrência lógica da partilha federativa de competências administrativas, em sede da prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Sobre dita partilha constitucional, já tive a oportunidade de averbar, em trabalho específico a respeito da regulação jurídica do transporte que

[...] A Carta Constitucional de 1988 tratou, em vários de seus dispositivos, do transporte rodoviário de passageiros, trazendo como nota de relevo a competência político-administrativa de todos os níveis espaciais de poder para a gestão do modal rodoviário. [...] Com efeito, compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, possuindo, ainda, competência constitucional legislativa privativa para disciplinar sobre as diretrizes da política nacional de transportes, bem como trânsito e transporte. Aos Municípios, conferiu-se a disciplina do transporte coletivo, que

tem caráter essencial. Já ao Distrito Federal reservou-se a competência legislativa própria dos Estados e Municípios. Em relação aos Estados-Membros, foi mantida a tradição constitucional brasileira, lhes conferindo o exercício das competências que não lhes fossem vedadas pela Constituição da República, dentre as quais se inclui o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Vale assentar que a disciplina do transporte rodoviário de passageiros, dada a sua relevância econômica e social, irradia-se, direta ou indiretamente, por outros campos de preocupação constitucional, dentre os quais a previsão genérica das concessões e permissões para a delegação do transporte rodoviário de passageiros, a ordenação econômica do transporte terrestre, o asseguramento da gratuidade aos maiores de sessenta e cinco anos nos transportes coletivos urbanos e a possibilidade de gestão integrada do modal rodoviário. Apresenta-se o transporte rodoviário de passageiros, portanto, objeto de preocupação tanto do ordenamento econômico quanto do ordenamento social estabelecido pela Ordem Constitucional atualmente vigente¹.

Assim, o desmembramento aludido, como regra, disciplinado por lei, se constituiu, sob o ponto de vista jurídico, em ato normativo extintivo da delegação dos serviços públicos de transporte rodoviário municipal de passageiros, já que, repita-se, a partir de então, os serviços públicos aludidos foram alçados, por força de lei, à competência do Estado. Em assim sendo, deveriam os transportadores, ainda mesmo antes da Constituição da República de 1988, postularem, perante os Estados, por meio dos agentes reguladores competentes, as regularizações das linhas.

Sob outro prisma, em segundo lugar, merece registro a circunstância de que, mesmo que os pedidos de regularizações das linhas, decorrente das suas transformações em linhas intermunicipais, fossem prontamente formulados pelos transportadores, à luz do da Ordem Constitucional e infraconstitucional vigentes à época (antes da Constituição da República de 1988), ainda assim os seus deferimentos não seriam possíveis.

1 Cf. SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 63-65.

E assim me parece porque os pedidos formulados, nesses termos, estariam em frontal contrariedade, em especial, com os princípios jurídicos da impessoalidade, moralidade, licitatório, eficiência e economicidade na prestação dos serviços públicos, que sempre estiveram implícitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Todas as normas citadas, diga-se por oportuno, são no sentido de exigir que a escolha do parceiro privado do Estado seja feita com base em critérios objetivos, impessoais, fundados na melhor técnica e nos menores custos na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros.

Contudo, à luz da Ordem Constitucional anterior, reconheço que a matéria era controvertida, havendo respeitáveis entendimentos no sentido de que a delegação dos serviços públicos a particulares poderia ser empreendida sem o prévio procedimento licitatório, diante da ausência de previsão expressa e inequívoca dessa obrigação do Poder Público para licitar as permissões de serviços públicos.

De parte isso, não é a hipótese em exame, pois que, consoante se observa da realidade prática da Administração Pública, os transportadores continuam prestando o serviço público, sem qualquer manifestação ou anuência do Estado, diretamente, ou por meio do seu agente regulador.

Significa dizer, desde muito antes de 1988, até o presente momento, não foram expedidos, pelos Estados ou pelos agentes reguladores estaduais, qualquer título habilitante da prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Essa constatação é cristalina, seja pelos pedidos comumente formulados pelos transportadores, quer pelas informações apresentadas pelos agentes reguladores estaduais, no sentido de que os serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, prestados pelas requerentes, não estão respaldados em contratos de concessão.

Assim, vale verificar o tratamento constitucional conferido ao tema, o que se passa a fazer no tópico seguinte.

4 O tratamento das delegações de serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros à luz da Constituição da República de 1988

Não obstante esse contexto fático acima descrito, revelador de um quadro de injustificável inércia – do agente regulador e do próprio prestador dos serviços – incompatível com os princípios da eficiência e da indisponibilidade do interesse público, o fato é que a questão recebeu novas luzes com a Ordem Constitucional de 1988, que previu, inequívoca e expressamente, o instituto da licitação como princípio constitucional setorial da Administração Pública brasileira.

Assim, a CRFB/88 ressaltou, em seu art. 175, *caput*, como regra geral para as delegações de serviços públicos, quer pela via da concessão, seja por meio de permissão, a necessidade de prévia realização de licitação, de modo a selecionar, por critérios objetivos e impessoais, fundados nos princípios da eficiência e da economicidade, o melhor prestador privado de serviços públicos.

Por conseguinte, como os pedidos dos requerentes, nesses casos, estão sendo formulados sob o manto da Carta Constitucional de 1988, é a luz desse mesmo documento jurídico e político da maior relevância que os pedidos devem ser apreciados.

Isto porque, não se pode conceber, como regra geral, em vista da Ordem Constitucional vigorante, que se possa delegar, discricionariamente, a determinados particulares, mediante concessão ou permissão, a prestação do serviço público de transporte rodoviário de passageiros sem licitação, como na hipótese de estudo vertente.

Admitir tal possibilidade consistiria em inaceitável quebra do sistema constitucional regente das contratações administrativas do Estado, o que não se pode conceber, sendo o que se extrai, em especial, da interpretação sistemática dos arts. 1º, *caput*, 37, *caput*, inciso XXI e 175, *caput*, todos da CRFB/88. A doutrina clássica e contemporânea não discrepa a respeito do tema. Confirmam-se, por todos, os magistérios doutrinários de Ives Gangra da Silva Martins, Celso Ribeiro Bastos e Marçal Justen Filho:

[...] A nossa Constituição anterior já tinha norma voltada à disciplina parcial do serviço público. O presente artigo, contudo, não é uma mera reprodução sua. Há diversos pontos de inovação que merecerão agora a nossa atenção. Cite-se, em primeiro lugar, a maior abrangência da atual norma que inclui também a permissão dentro de sua disciplina. Se, portanto, desde a Constituição de 1934 já se cuidava das concessões de serviço público, esta preocupação do constituinte se estende agora também à modalidade da permissão, sujeita, desde já, à necessidade de licitação. Não importa, pois, se de concessão ou permissão se trate, porque em ambas as hipóteses de transferência do serviço público há de obedecer-se à lei regulamentadora prevista na Constituição, assim como há de anteceder-se este ato translativo de licitação².

[...] A Constituição de 1988 determinou, de modo explícito, a obrigatoriedade de concessão e permissão serem concedidas mediante prévia licitação (art. 175 da CF/88). Assinale-se que, tal como todo ato praticado pelo Poder Público, a outorga de concessão e permissão deve ser norteada pelos princípios da vantajosidade e da isonomia. O ente estatal está obrigado a buscar a melhor solução (técnica e econômica) para a prestação do serviço por via de concessão. Por outro lado, está constrangido a propiciar a todos os interessados a oportunidade de competir em igualdade de condições para obter a outorga. A incidência dos princípios da licitação assimila a concessão (e a permissão) às demais atividades administrativas, no sentido de que nenhuma circunstância justifica privilégios na seleção do particular selecionado. Concessão e permissão não são institutos “especiais”, refratários à licitação. Bem por isso, todas as leis sobre concessões impuseram a obrigatoriedade do procedimento licitatório prévio³.

Após o advento da Constituição da República de 1988, e antes mesmo da vigência da Lei geral nacional de concessões comuns e permissões de serviços públicos, o Egrégio Supremo

2 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gangra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 192.

Tribunal Federal já havia assentado o entendimento aqui exposto, consoante se infere do trecho do seguinte acórdão:

[...] Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal⁴.

Com efeito, na linha do entendimento aqui defendido, vale conferir, ainda, trecho de julgado do E. STF, no qual se enfatizou o dever impostergável de realização licitação para as delegações ilegítimas aqui referidas. Confira-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE “SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA”. MANUTENÇÃO DE “OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO” OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2.008, de “outorgas vencidas, com caráter precário” ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995.

4 RE 140.989, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 16-3-93, DJ de 27-8-93.

Sucedee que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, *caput*, da CB/88 — “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”. 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná⁵.

Ainda na esteira dos argumentos até aqui apresentados, o E. STF já entendeu pela validade da inclusão das linhas pertinentes ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Programa Nacional de Desestatização, enfatizando a necessidade de realizar a licitação no setor em tela. Confira-se:

[...] O Tribunal, por maioria, denegou mandado de segurança impetrado pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros - ABRATI contra ato do Presidente da República consubstanciado no Decreto de 16.7.2008, que incluiu no Programa Nacional de Desestatização - PND as linhas de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros constantes de seu anexo, e estabeleceu a responsabilidade da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT pela execução e pelo acompanhamento desse processo de desestatização, sob a supervisão do Ministério dos Transportes. [...] Em seguida, registrou-se que o vigente contexto do transporte interestadual e internacional de passageiros se mostra em desacordo com o que preconizado pela Constituição, tendo em vista que milhares de ligações rodoviárias são mantidas em regime de virtual monopólio, o que acarreta, ante a ausência de concorrência no setor, uma prestação de serviços deficitária aos usuários, e o aumento do poder de barganha dessas empresas para definição dos preços

5 Cf. ADI N. 3.521-PR, relator Min. Eros Grau, noticiado no Informativo de Jurisprudência do STF, n. 459, mar. 2007.

de passagens. Ressaltou-se ser este o alvo das preocupações consolidadas nas normas constitucionais e que determinaram a inclusão desses serviços no PND, por meio do Decreto impugnado. Prosseguindo, reputou-se ilógico o argumento inaugural da impetração de que os serviços não poderiam ser desestatizados por já estarem nas mãos de particulares, haja vista se estar diante de situações precárias à margem da lei, toleradas no interesse da continuidade do serviço, ou seja, por não estarem esses serviços em mãos de particulares, como um direito adquirido à permanência de sua exploração. [...] Observou-se que, por um lado, existem tentativas do Governo Federal de incentivar a livre concorrência no setor de transportes de passageiros, mediante procedimento licitatório em que todos concorrerão em igualdade de condições e, por outro, das empresas, que usufruem dessas linhas, de permanecer nessa situação privilegiada. [...] Por fim, realçou-se que o que interessa é que se obedeça ao devido processo licitatório, a fim de se viabilizar a abertura desse setor da economia no objetivo maior de assegurar a melhor prestação desses serviços, propósito último visado pela Constituição. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que concediam a ordem⁶.

Frise-se, por oportuno e relevante, que até mesmo em matéria de alteração do contrato de concessão de serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros – que é um *minus* em relação à hipótese em exame, que cuida de delegação plena de serviços públicos e, não, de mera mudança contratual – os tribunais superiores não controvertem a respeito da matéria.

Com efeito, observa-se a tendência da jurisprudência do E. STF e do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que qualquer mutação no contrato de concessão do serviço público de transporte rodoviário de passageiros que importe em vantagem violadora dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (CRFB/88, art. 37, *caput*), atribuindo-se benefício irrazoável e desproporcional ao concessionário, deve ser precedida do prévio procedimento licitatório. Confira-se:

6 MS nº 27516/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 22.10.2008. Noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 525, out. 2008.

EMENTA: SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO DE EMPRESA TRANSPORTADORA DE OPERAR PROLONGAMENTO DE TRECHO CONCEDIDO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. [...] Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e a que se dá provimento⁷.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE NOVAS SEÇÕES EM LINHA RODOVIÁRIA. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 5. O transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, competindo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, a teor do que dispõe o art. 21, XII, “e”, e art. 175 da Constituição Federal, conforme conveniência e necessidade. A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação. (Precedente: RESP nº 617.147/PR, deste relator, DJ de 25.04.2005) 6. A demora na apreciação do pedido de autorização para exploração de seções em linhas de transporte coletivo interestadual de passageiros não pode superar a obrigatoriedade da licitação, máxime porque, *in casu*, há ação civil pública impondo essa obrigação que efetivamente não é discricionária como presuppõe o aresto recorrido. 7. A conclusão do acórdão permite a “compensação de antijuridicidade”, por isso que à inefici-

7 Recurso Extraordinário nº 264.621-1 Ceará, Segunda Turma, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Recorrente(S): União, Recorrido (A/S): Expresso Guanabara S/A, votação unânime, DJ de 01.02.2005.

ência do Estado, premia-se o particular com a imoralidade consistente na alteração da prestação do serviço de transporte, sem licitação. (Precedente do STF: RE 214.382-CE, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 19.11.99).⁸

Logo, à luz da Ordem Constitucional vigente, da doutrina especializada sobre o tema e da jurisprudência do E. STF e do C. STJ não se apresenta possível a delegação do serviço público de transporte pretendido pelas requerentes sem a observância do devido processo legal licitatório (arts. 1º, *caput*, 37, *caput*, inciso XXI e 175, *caput*, todos da CRFB/88).

Ainda que assim não fosse, o que só se admite para o fomento ao debate, a mesma conclusão pode ser extraída do marco regulatório infraconstitucional regente da matéria, consoante se passa a demonstrar no tópico seguinte.

5 A disciplina da lei nacional de concessões comuns e permissões de serviços públicos

Densificando os comandos constitucionais aludidos, a lei geral nacional de concessões comuns e permissões de serviços públicos – Lei nº 8987/95 – consagrou o princípio licitatório como princípio fundamental inerente às delegações de serviços públicos. É o que se extrai, em especial, dos arts. 2º, II, IV, art. 4º, 9º, 11, 14 a 22, todos da Lei nº 8987/95.

Impende realçar, ainda, que a lei nacional também tratou das delegações de serviços públicos atípicas, já mencionadas, assim entendidas – repita-se – aquelas conferidas aos particulares sem a observância, total ou parcial, dos princípios fundamentais inerentes ao regime jurídico das parcerias contratuais entre o Estado e a iniciativa privada, em especial, os princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência, licitação e economicidade (CRFB/88, arts. 37, *caput*, inciso XXI, 70, *caput* e 175, *caput*).

8 Recurso especial nº 529.102 - PR (2003/0072517-7), 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, Recorrente: Pluma Conforto e Turismo S/A e Outro, Recorrente: União, Recorrido: Expresso Princesa dos Campos S/A, votação unânime, DJ de 10.04.2006.

Essas delegações atípicas foram agrupadas, consoante a anterior dicção legal, nas seguintes categorias: (i) delegações em caráter precário; (ii) delegações com prazo vencido; (iii) delegações por prazo indeterminado; (iv) delegações sem licitação na vigência da CRFB/88 e (v) delegações sem licitação sob o regime constitucional anterior à CRFB/88, cujos serviços não tenham sido iniciados ou se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei. Vale conferir, por oportuna, a dicção legal, então vigente:

Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. § 1º Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei. § 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988. Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.

[...]

Art. 46. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 47. Revogam-se as disposições em contrário⁹.

Do exame da hipótese, a posição jurídica dos requerentes, à luz da sistemática da lei nacional de concessões comuns e

9 Vale anotar que o presente estudo se dá sobre a redação do art. 42 da Lei nº 8987/95, antes de ser modificado pela Lei nº 11.445/07.

permissões de serviços públicos, bem poderia ser enquadrada, sem maior esforço interpretativo, nos casos de delegações em caráter precário.

E assim deve ser entendida porque a prestação, pelos requerentes, dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, encontra-se desprovida de títulos jurídicos habilitantes. É dizer, títulos jurídicos conferidos em bases objetivas, impessoais e eficientes, a partir de um prévio procedimento licitatório, além de estarem extintas, por força das leis estaduais que provocaram as transformações dos serviços públicos de transporte local em intermunicipal, a partir dos desmembramentos dos Municípios.

Ainda se poderia cogitar do enquadramento da hipótese em exame como delegações com prazos vencidos e até mesmo delegações sem licitação, na vigência da Constituição da República de 1988. A consequência, ditada pela própria lei nacional, seria a fixação de um prazo, pelo Estado, para a extinção das delegações atípicas aludidas, prazo esse que o legislador nacional fixou, em patamar mínimo, por 24 (vinte e quatro) meses, sendo o que extrai da dicção do citado art. 42, par. 2º da Lei nº 8987/95, antes da modificação empreendida pela Lei nº 11.445/2007, que, inconstitucionalmente, dilatou esse prazo.

Após tal prazo, fixado na norma, exsurgiria o inafastável dever de licitar as referidas delegações atípicas. Contudo, tal exegese se torna desnecessária, seja pela incontestável precariedade na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros pelas requerentes, à luz da lei nacional sobre o tema – a exigir uma disciplina estatal consentânea com os valores e princípios consagrados na CRFB/88 – seja pelo tratamento comumente conferido pelas diversas leis de concessões dos Estados, consoante se passa a demonstrar no tópico seguinte.

6 O tratamento conferido pelo marco regulatório dos Estados

Em nova densificação e em sentido assemelhado, as leis de concessões estaduais também consagraram a licitação como

princípio reitor das delegações de serviços públicos estaduais¹⁰. Da mesma forma, costumam disciplinar o tratamento transitório para as delegações atípicas acima aludidas. Nesse contexto, em linha de coerência sistemática com a lei nacional de concessões comuns e permissões de serviços públicos, no que interessa ao desfecho do presente exame jurídico, as normas estaduais fixaram prazos para que os prestadores dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, em regime de delegação atípica, requeressem a manutenção das delegações dos serviços públicos aludidos¹¹.

Todavia, mesmo diante de tais prazos, ainda que admitidos, o que se faz por força do debate, vários transportadores deixaram transcorrer, em branco, os prazos fixados nas leis estaduais para postularem a manutenção das delegações dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros prestados, em total precariedade, como visto, muito antes do advento da Constituição da República de 1988.

Ao assim procederem, ainda que absurdamente se admitisse a manutenção da prestação dos serviços públicos de transporte intermunicipal de passageiros em total precariedade, desde muito antes da atual Constituição da República de 1988, essas possibilidades, excepcionais e transitórias, conferidas pe-

10 No Estado do Espírito Santo, vale conferir, em especial, os arts. 2º, II, III, IV, V, 3º, 9º, 13, 15 a 22, 40, 41 e 46, todos da Lei nº 5720/98.

11 No Estado do Espírito Santo, confira-se a dicação da Lei nº 5720/98: "[...] Art. 52. O Estado, visando garantir a qualidade do atendimento aos usuários e o princípio da atualidade, com a necessária amortização dos investimentos realizados, manterá ou prorrogará, pelo prazo de quinze (15) anos, a contar da data da publicação desta Lei, as atuais concessões, permissões e autorizações para a exploração dos serviços de transporte coletivo rodoviário intermunicipal e intermunicipal urbano de passageiros, que estejam sendo praticados pelas empresas transportadoras. § 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, aos serviços acessórios ao principal, compreendendo as alterações operacionais de linha, a implantação de seções, os desdobramentos, os tráfegos mútuos e os serviços complementares que estejam executados nas respectivas linhas. § 2º. O órgão público ou entidade competente, na qualidade de Poder Concedente, Permitente ou Autorizador, providenciará no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data do requerimento das empresas transportadoras concessionárias, permissionárias e autorizadas interessadas, as assinaturas dos respectivos termos aditivos e/ou instrumentos contratuais próprios, pelo prazo de 15 (quinze) anos, para a formalização e cumprimento do disposto no "caput" e § 1º deste artigo, publicando os seus extratos no Diário Oficial do Estado às expensas de tais empresas. § 3º. Para o cumprimento do parágrafo anterior, as empresas transportadoras deverão manifestar interesse, através de expediente protocolizado, no prazo máximo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados de igual forma da data da publicação desta Lei. § 4º. Ao requerimento deverão ser anexados pelo interessado os elementos comprobatórios de: I - qualificação jurídica, técnica, financeira e administrativa; II - regularidade fiscal junto à Fazenda Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, em cuja jurisdição estejam estabelecidas a sede da empresa interessada e suas filiais, e quando localizadas no Estado do Espírito Santo. III - regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por Lei. IV - adimplemento de obrigações contratuais, firmados junto a órgãos e entidades da Administração Pública Estadual [...]"

las normas estaduais, se exauriram com a consumação dos prazos nela previstos.

Logo, ainda que superados os óbices de natureza constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial para as pretendidas regularizações das linhas – o que só se admite para argumentar –, essas possibilidades se exauriram, de pleno Direito, com o transcurso, em branco, dos prazos fixados pelas leis estaduais. Ocorreu, pois, a extinção das delegações atípicas dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros prestados pelas requerentes, enquadradas na hipótese.

Assim, a solução para esses casos é normalmente conferida pelas próprias normas legais estaduais, ao fixarem que, extinta a concessão, o Poder Concedente procederá a sua licitação, nos termos da lei¹².

Cabe, ainda, uma consideração a respeito dos marcos regulatórios estaduais dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, que estabelecem não depender de prévia licitação a regularização das linhas que, por força de desmembramento de Municípios, se transformem em linhas intermunicipais¹³. Assim, ao expressarem que independe de licitação as regularizações mencionadas, as referidas normas infralegais padecem de incontornáveis vícios formais e substanciais de inconstitucionalidade.

Em primeiro lugar, sob o aspecto formal, pois é cediço o entendimento de que somente a lei nacional, editada pela União Federal, no exercício da sua competência constitucional privativa para tratar de normas gerais de licitações e contratações administrativas, pode cuidar dos casos e requisitos gerais para a configuração de hipóteses de contratação direta, sem licitação (CRFB/88, art. 22, XXVII). A doutrina não discrepa a respeito da matéria. Confira-se, por todos, o abalizado magistério doutrinário de Marcos Juruena Villela Souto:

[...] A Constituição de 1988 introduziu, definitivamente, a questão das licitações em sede constitucional em dois dispo-

12 É o que estabelece, por exemplo, o art. 46 da Lei nº 5720/98.

13 É o que assevera o art. 13, II da Resolução CRE nº 3635/91, no âmbito do sistema de transporte rodoviário de passageiros do Estado do Espírito Santo.

sitivos, um dos quais, o art. 37, XXI, fala, expressamente, a respeito das ressalvas: *Ressalvados os casos especificados na legislação* [...]. A própria Constituição, que introduz a regra da obrigatoriedade da licitação precedente aos contratos da Administração Pública, já, também, prevê a possibilidade da exceção a essa regra, desde que venha na legislação. E essa legislação, conforme o art. 22, XXVII, é federal, em nível de editar normas gerais. Portanto, as exceções só podem estar contempladas naquilo que seja uma norma geral, emanada da lei federal, que tem competência privativa para tal. A primeira conclusão, então, óbvia, seria a de que Estados e Municípios não podem ampliar essas hipóteses, por serem normas gerais excepcionadoras do dever, sem autorização da norma geral, licitação e somente se inserem na competência privativa da União¹⁴.

Essa é a orientação, também, do E. STF, ao assentar que somente a lei nacional, fruto do exercício da competência privativa da União Federal para legislar sobre licitações e contratos da Administrativa (CRFB/88, art. 22, XXVII), pode fixar exceções à obrigação constitucional de licitar dirigida ao administrador público (CRFB/88, art. 37, XXVI e 175). Nesse sentido, confira-se o trecho do seguinte julgado:

[...] 18. Uma proposição de mérito, contudo, se me afigura sólida o bastante para conferir à presente ação direta de inconstitucionalidade um desfecho cautelar exitoso. Refiro-me à proposição de que a Lei nº 11.871/2002 ofende o artigo 22, inciso XXVII, da Lei Republicana, desde que esse dispositivo seja interpretado de forma geminada com o inciso XXI do art. 37 da mesma Constituição Federal de 1988[...]. 19. Bem, aqui, imperioso é proclamar que a lei em debate se revestiu de atributo que a Magna Lei Federal lhe sonou: o de produzir normas gerais, em tema de licitação. [...] 20. Deveras, o inciso XXI do art. 37 da Norma Normarum faz da licitação um obrigatório processo-competição de caráter administrativo. Um puro dever administrativo de igualitária concorrência, mas que admite, sim, exceção. Exceção, todavia:

14 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 91-92.

I - figurante de lei congressual, por ser o processo licitatório um proceder administrativo de aplicabilidade irrestritamente federativa. Logo, de aplicabilidade federativamente uniforme, o que já patenteia sua obrigatória veiculação por aquele tipo de norma geral que a Magna Carta estatui no seu art. 22, inciso XXVII; II - somente admissível naquelas situações em que a disputa abriga um componente jurídico de preordenada desequiparação entre os contendores, ou então se revele factualmente impossível, quando não francamente dispensável. [...] 22. Daqui resulta que a lei invectivada parece desconhecer: a) que a relativização ou flexibilização do princípio isonômico, em tema de licitação pública, é matéria de competência legislativa da União Federal, como assentado; 23. Recolocando a idéia: o processo de licitação em bases igualitárias é a regra geral para a Administração Pública. Aquilo que deve ser usualmente observado, pois, afinal, a disputa entre os licitantes é meio de efetivação não só do princípio constitucional da isonomia, como de várias outras normas principiológicas de idêntica matriz constitucional (princípios da moralidade, da eficiência e da publicidade, *verbi gratia*) e que têm na função administrativa do Estado uma das suas mais fortes justificativas. Sem empeco, tal competição pode conter elementos de desequiparação ou até mesmo ser posta de lado, conforme dito. A Magna Lei inicia sua legenda com a locução “ressalvados os casos especificados na legislação”, de maneira a autorizar o entendimento de que a lei tem o condão de relativizar o princípio da igualdade (pense-se no tratamento favorecido que a própria Carta-cidadã conferiu às “empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”, a teor do inciso IX do art. 170) e ir além: indicar hipóteses de fuga pura e simples ao proceder competitivo dos interessados em se relacionar contratualmente com o Poder Público, tendo por objeto “obras, serviços, compras e alienações”. Mas é de todo evidente que esse laborar no campo da excepcionalidade só pode defluir de normas gerais (repete-se), procedente de fonte congressual e de equânime aplicabilidade federativa, tudo conforme a sobredita inteligência do inciso XXVII do art. 22 do Código Político de 1988. Pois o certo é que norma geral, em matéria de licitação, é a lei ordinária que desdobra, debulha, desata, faz render, enfim, um comando nucle-

armente constitucional, de sorte a conformar novas relações jurídicas sobre o mesmo assunto. E é por esse necessário vínculo funcional com norma de lastro constitucional, seja ela um princípio, seja uma simples regra, que a norma geral de que falo é de aplicabilidade federativamente uniforme. 24. Não é tudo. Além do reclamo de tais normas gerais de berço genuinamente legislativo-federal, é preciso, primeiro, que essas mesmas normas gerais aportem comandos seqüenciais daqueles que, na Constituição, prevejam situações em que a licitação comporte abrandamento no seu caráter isonômico. Depois, é necessário que elas, no uso da autorização constitucional que se lê na parte inicial do mencionado art. 37, inciso XXI, expressa e exaustivamente arrole as hipóteses de dispensa do certame em que a licitação consiste, ou, ainda, prefigurem os casos em que a competição em si perde todo sentido (inexigibilidade)¹⁵.

Assim, se nem à Constituição do Estado e à lei estadual é possível estabelecer casos de contratação direta, portanto, sem licitação, com maior razão um ato administrativo estadual, como na hipótese em exame.

Sob o aspecto substancial, a norma em exame colide frontalmente com os princípios constitucionais da razoabilidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, licitatório e economicidade (CRFB/88, art. 5º, LIV, 37, *caput*, XXI, 70, *caput* e 175). E assim entendemos na medida em que confere privilégio inadequado, desproporcional, não isonômico, imoral, ineficiente e não econômico àqueles prestadores de serviços públicos de transporte local que, com o desmembramento de um Município, passaram a ser injustificadamente contemplados com delegações de serviços públicos de transporte intermunicipal, o que não se pode admitir, à luz dos valores e princípios mencionados e que informam o regime jurídico das contratações estatais. Por tais razões, as normas jurídicas estaduais que expressam independência de licitação as regularizações mencionadas padecem de incontornáveis vícios formais e substanciais de inconstitucionalidade.

15 ADI 3059 MC/RS, Relator: Min. Carlos Britto, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 346.

Cabe, ainda, o exame das condutas dos transportadores requerentes à luz do princípio da boa-fé, que deve reger as parcerias entre os particulares e o Estado, consoante o exame que se passa a empreender no tópico seguinte.

7 O exame da boa-fé das requerentes na prestação dos serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros

Não fossem todos os fundamentos de ordem constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial que motivam o entendimento no sentido da impossibilidade jurídica dos pedidos de regularizações dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, objeto do presente exame, merece registro, também, a violação, por parte das sociedades empresárias postulantes, do princípio da boa-fé, no seu relacionamento com o Estado.

Todavia, antes de adentrar especificamente no exame das condutas das requerentes, à luz do princípio da boa-fé, parece-me importante compendiar alguns aspectos essenciais do citado princípio. Para tanto, buscarei sintetizar as considerações empreendidas em estudo específico anterior que desenvolvi sobre o tema¹⁶.

Em termos gerais, a boa-fé pode ser conceituada como a intenção e o padrão de comportamento objetivamente esperados do homem médio da sociedade, quando da celebração e execução de um contrato. Essa intenção e comportamento devem ser, sempre, fundados na lealdade, na prudência, na honestidade e na obrigação de cooperação recíprocas que deve existir na relação jurídica contratual.

Destarte, a boa-fé contratual sempre foi concebida como um princípio geral do Direito, permeando, orientando e integrando as relações jurídicas contratualizadas, regidas pelo Direito Público ou pelo Direito Privado. Por tal razão, sempre esteve implícita

16 Cf. nosso SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratações da administração pública: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

no ordenamento jurídico brasileiro, como verdadeiro instituto de correção.

Não obstante isso, o estudo da boa-fé contratual no Direito brasileiro foi empreendido, com maior vigor, pelos civilistas e, classicamente, voltado para o seu aspecto subjetivo, ou seja, para a pesquisa da intenção ou vontade do agente na formação, celebração e execução do contrato. Ressalte-se que a mesma preocupação com o aspecto subjetivo da boa-fé na relação contratual se fez presente no que tange aos contratos da Administração Pública.

Essa perspectiva fundamentalmente subjetiva do exame da boa-fé se justificava tendo em vista a sistemática vertente liberal e individualista do (hoje revogado) Código Civil de 1916, sede da teoria geral dos contratos e referência normativa e integrativa para os contratos da Administração Pública, sempre que houvesse lacuna no tratamento jurídico especial dos citados contratos¹⁷.

Todavia, com a massificação e despersonalização das relações jurídicas contratuais, fruto, em especial, da industrialização, da globalização e da revolução das tecnologias, se tornou muito difícil a pesquisa casuística da intenção do agente (boa-fé subjetiva) em cada um dos milhares de contratos firmados na sociedade, inclusive naqueles em que o Estado fosse parte. Daí, pois, a necessidade se estabelecer parâmetros objetivos contratuais comportamentais, exigíveis em qualquer relação jurídica contratual, pública ou privada, independentemente da pesquisa da intenção das partes contratantes.

Surge, por conseguinte, a noção de boa-fé objetiva, como padrão de comportamento legitimamente esperado do homem médio da sociedade, quando da celebração e execução de um contrato, independentemente da sua intenção e vontade. A doutrina aponta como marcos legislativos infraconstitucionais da boa-fé contratual objetiva, no Direito brasileiro, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹⁸ e o Código Civil brasileiro de

17 Lei nº 8666/93, art. 54.

18 Lei nº 8078/90, arts. 4º, III e 51, IV.

2002¹⁹. No Direito Administrativo pátrio, merece destaque, em especial, as Leis nº 9784/99, art. 2º, p. único, IV c/c art. 54, a contrário senso, em combinação com a Lei nº 11.079/2004, art. 4º e a Lei nº 8666/93, art. 59.

Nesse contexto, a doutrina costuma dividir o exame da boa-fé em subjetiva e objetiva. Em linhas gerais, a boa-fé subjetiva corresponde à pesquisa da intenção do sujeito quando da prática e execução de determinado contrato. Noutra passo, a boa-fé objetiva dispensa o exame da vontade do sujeito, investigando-se o padrão de comportamento que era objetivamente esperado quando da celebração e execução de certo contrato, independente – repita-se – da pesquisa da vontade do agente.

Ademais, a doutrina especializada sobre o tema associa o princípio em exame ao indispensável valor ético que deve estar presente nas relações contratualizadas, destacando a necessidade de lealdade, correção e veracidade como elementos estruturantes de qualquer contrato²⁰. Nesse contexto, em busca de uma ética solidarista nas relações contratuais, consoante o magistério doutrinário em exame, abre-se um expressivo leque de funções do princípio da boa-fé, seja funcionando como princípio de interpretação e integração do contrato, quer operando como princípio criador de obrigações jurídicas aos contratantes, seja, ainda, como parâmetro de limitação do exercício de posições jurídicas na relação contratual.

É certo, também, que essas perspectivas funcionais da boa-fé contratual (vetor de interpretação e integração contratual, norma criadora de obrigações contratuais de lealdade, transparência, clareza e cooperação e, ainda, norma de limitação de posições jurídicas de vantagem no contrato) não atuam isoladamente e de maneira estanque, mas sim em conjunto sistemático e complementar, fazendo parte do amplo conteúdo de limites e possibilidades normativas do princípio em exame²¹.

E mais: em relação à função criadora de obrigações exercida pelo princípio da boa-fé, com especial importância para o

19 Lei nº 10.406/2002, arts. 113, 187 e 422.

20 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 116.

21 *Ibid.*, p. 140.

presente exame, destaque-se, desde logo, a impossibilidade fática e jurídica de exaurimento da previsão dessas obrigações no instrumento contratual, por mais previdentes e pró-ativas que fossem as partes do negócio jurídico.

Por tal razão, costuma-se aludir, na doutrina, às obrigações ou deveres instrumentais, diluídos em conceitos jurídicos indeterminados, mas determináveis diante da complexa realidade contratual sobre os quais incide, na hipótese concreta e específica de cada relação contratualizada.

Do que foi brevemente exposto, parece-me possível sustentar que as premissas normativas e teóricas acima lançadas são aplicáveis às parcerias da Administração Pública. Em primeiro lugar, porque a boa-fé (subjéctiva e objectiva) se constitui em princípio geral do Direito, devendo permear todas as relações jurídicas contratualizadas, públicas ou privadas, sendo irrelevante, nesse particular, a natureza e a finalidade do vínculo contratual. Em segundo lugar, o princípio em tela decorre directamente 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, deve 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 deve 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 Privado²².

Com esses argumentos, fundados no sistema normativo pátrio vigente e na doutrina contemporânea especializada sobre o

22 Lei nº 8666/93, art. 54.

tema, parece-me irrefutável o entendimento de que as noções desenvolvidas sobre a boa-fé, no âmbito do Direito Privado, quer em seu aspecto subjetivo, seja na sua vertente objetiva, se aplicam às parcerias contratuais do Estado. E mais: aplica-se o princípio em exame, também, aos vínculos, ainda que precários, sem viés contratual, que venham a se formar entre o Estado e particulares, como no caso vertente.

Tais considerações sobre a boa-fé objetiva não aniquilam a utilidade da noção de boa-fé subjetiva, que continua importante para as parcerias contratuais do Estado. Contudo, pela relevância social e econômica que a celebração de contratos, públicos e privados, representa, a boa-fé objetiva se constitui como uma técnica mais justa de auxílio na interpretação, integração, execução e pacificação de conflitos de interesses decorrentes das relações jurídicas contratualizadas, daí o seu maior realce contemporâneo.

Não obstante as considerações gerais supramencionadas e que integram o conhecimento convencional sobre o tema, parece-me possível sustentar, como adiantado acima, à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que a boa-fé, tanto no seu aspecto subjetivo quanto na sua vertente objetiva, pode ser extraída diretamente do sistema constitucional presente na Constituição da República de 1988.

Destarte, 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 (CRFB/88, art. 1º, *caput*). Assim, o subprincípio da segurança das relações jurídicas, consoante se infere da doutrina e jurisprudência que cuidaram do tema²³, comportaria uma abordagem sob os aspectos objetivo e subjetivo. O aspecto objetivo corresponde à intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico per-

23 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*, n. 343, 2004, que é citado, inclusive, por Almiro do Couto e Silva, no texto referido.

feito e da coisa julgada (CRFB/88, art. 5º, XXXVI), ao passo que o aspecto subjetivo estaria relacionado à boa-fé e à proteção da confiança.

Essa boa-fé, que implicitamente decorre da Constituição da República de 1988, diz respeito tanto ao seu aspecto subjetivo quanto o objetivo, por força do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, na linha do efeito expansivo e irradiante das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, como tem ressaltado os constitucionalistas e publicistas contemporâneos²⁴.

Ainda que assim não fosse, a doutrina também vislumbra o princípio da boa-fé como uma decorrência lógica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que constituem, respectivamente, fundamento e objetivo primordial da República federativa do Brasil (CRFB/88, art. 1º, III c/c art. 3º, I)²⁵.

Significa dizer, com o movimento contemporâneo de constitucionalização do Direito, mais do que a inserção de normas no texto constitucional, afirma-se a ideia geral de que a legitimidade de qualquer norma, negócio ou ato jurídico passa pelo filtro axiológico da sua prévia conformação ao sistema de normas, valores e objetivos consagrados pela CRFB/88²⁶.

Assim, a legitimidade instrumental do contrato, enquanto relevante instrumento da Ordem Econômica, em busca da efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, supõe que o seu conteúdo seja a síntese e a expressão dos valores, objetivos e normas que a CRFB/88 fixou como relevantes, dentre eles, a justiça social, a solidariedade, a erradicação da pobreza e a livre iniciativa²⁷.

Ademais, a boa-fé pode ser considerada, ainda, como elemento nuclear indissociável do princípio constitucional da moralidade administrativa (CRFB/88, art. 37, *caput*), pois não se pode

24 Nesse sentido, vale referenciar o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em seu *Curso de direito administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 71. Ver, também, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

25 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107.

26 Sobre o tema, ver BARROSO, op. cit., p. 44.

27 NEGREIROS, op. cit., p. 107-108.

falar em moralidade nas condutas do Estado sem se passar, necessariamente, pelo exame da boa ou má-fé comportamental do agente público e privado parceiro do Estado ²⁸.

Nessa ordem de ideias, a boa-fé contratual, que decorre diretamente do sistema da Constituição da República de 1988, deve expandir e irradiar os seus efeitos normativos por todos os contratos, inclusive aqueles em que o Estado seja parte, orientando a sua formação, execução, interpretação, integração e extinção. Daí, pois, a sua relevância enquanto parâmetro de conformação dos contratos da Administração Pública.

Mas não é só. Como dito acima, deve orientar, também, os efeitos de parcerias inválidas envolvendo o Estado e particulares, como no caso vertente.

Logo, à luz dessas premissas de ordem constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial, bem se percebe que as requerentes enquadradas em situações análogas à hipótese presente, estão atuando em desconformidade com os deveres de lealdade e transparência no relacionamento com o Estado.

Isso porque, fundamentalmente, não adotaram as providências que eram legitimamente esperadas de um bom prestador de serviços públicos, no caso, buscar a regularização das suas posições jurídicas perante o Estado, na prestação de um serviço público relevante e essencial à promoção da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III). E, nessa regularização, cumprir as respectivas obrigações constitucionais e legais, seja a de formalizar o contrato, seja a de efetuar o pagamento dos tributos devidos, em razão da exploração dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Significa dizer, desses comportamentos antijurídicos, por evidente, não podem as requerentes pretender quaisquer vantagens, não cabendo nem mesmo qualquer invocação de proteção da segurança das relações jurídicas, que pressupõe a boa-fé do particular, sob pena de premiação dos atos ilícitos, o que

28 Nesse sentido, FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.104-105. Em sentido assemelhado, confira-se a dicção do C. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 579.541 - SP (2003/0129889-6), Relator: Ministro José Delgado, Recorrente: Paschoal Thomeu, Recorrente: Empresa Jornalística Folha Metropolitana S/A, Recorrido : Néfi Tales. Votação unânime, DJ de 19.04.2004.

não se pode admitir. Assim, também por violação ao princípio constitucional da boa-fé objetiva, não se apresenta possível o acolhimento das pretensões de regularização da prestação dos serviços públicos de transporte.

Adite-se mais uma consideração: é certo que, nessas hipóteses, evidenciam-se falhas nas atividades fiscalizatórias dos serviços, por parte dos Estados, o que deve ser verificado por meio do devido processo administrativo disciplinar, visando à apuração das responsabilidades pelos defeitos na fiscalização dos serviços prestados irregularmente.

8 A manifestação da população interessada pela manutenção da prestação dos serviços públicos

Em casos assim, é comum a manifestação da população diretamente interessada, consubstanciada na necessidade de continuidade da prestação do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros na região. É a busca da concretização, pois, do princípio da participação popular ativa e protagonizada dos usuários do serviço público do transporte em tela, o que decorre do princípio do Estado Democrático de Direito brasileiro (CRFB/88, art. 1º, *caput*). Frise-se, desde logo, que a participação popular direta deve ser incentivada no âmbito do Estado, de modo a conferir efetiva transparência e legitimidade das decisões regulatórias adotadas.

Sobre o princípio da participação dos usuários e seu relacionamento com o serviço público objeto do presente exame, em trabalho específico sobre a regulação jurídica do setor de transporte rodoviário de passageiros, já tive a oportunidade de averbar que

[...] No que tange às obrigações, vale mencionar o dever de levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento, referentes ao transporte. Compete à concessionária, por outro lado, responder o pleito em trinta dias. Neste passo, além de constituir relevantíssima obrigação, pois contribui fundamentalmente para a manutenção da adequação do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal, é forma de participação

do usuário na gestão do serviço, no que se afina, pois, com os princípios democrático e da legitimidade. Daí Diogo de Figueiredo Moreira Neto falar em princípio da participação dos usuários, segundo o qual: “Na linha do que há de mais atualizado no Direito Público, a Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, busca aproximar, o mais possível, o público usuário das prestações dos serviços públicos, com vistas a que estas lhes sejam cada vez mais úteis e de modo a que todos se vejam cada vez mais compelidos a zelar pelo equipamento público e a exigir qualidade dos serviços prestados.” No mesmo sentido é a obrigação de controle do usuário sobre o serviço, devendo comunicar [...] os atos ilícitos praticados pelo concessionário, sendo a preocupação da lei compelir o usuário do serviço a participar da fiscalização do transporte, visando à garantia da adequação do serviço, por um lado, e a participação democrática, de cooperação e consensual, por outro. Contudo, é inegável a distância existente entre o direito de participação direta do usuário do serviço público de transporte e a possibilidade prática de exigir a sua observância, daí porque a previsão legal de tal direito do utente torna-se inócua sem a implementação de mecanismos efetivos disciplinadores de tal ingerência do utente²⁹.

Em sentido assemelhado, confira-se a acertada dicção de Marçal Justen Filho:

[...] As alterações, mesmo unilaterais, deverão ser objeto de avaliação por parte da comunidade, pelos mesmos fundamentos pelos quais deverá ela intervir na formação do contrato de concessão. Isso não significa subordinar o aperfeiçoamento da modificação à concordância da comunidade, mas sim indica a necessidade de participação da comunidade no processo administrativo correspondente – ainda que seja apenas para manifestar sua discordância com as soluções adotadas. Insista-se na relevância dessa questão, especialmente pelo motivo prático de que muito mais facilmente serão desenvolvidas as atividades pertinentes à prestação

29 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 249-251.

do serviço público quanto mais transparente for a gestão da concessão perante os usuários³⁰.

Todavia, em que pese a legitimidade democrática do pleito da população diretamente interessada, concretizadora do pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito brasileiro (CRFB/88, art. 1º, *caput*), o indispensável atendimento dessas necessidades sociais, atreladas umbilicalmente à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III), deve ser dar com atenção aos demais valores, princípios e objetivos que a própria sociedade consagrou na Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, embora os agentes reguladores estaduais devam buscar soluções otimizadoras, a regularização das linhas, nos termos pretendidos pelos transportadores, não se apresenta como uma medida regulatória válida a ser adotada. Logo, devem os agentes reguladores, a partir de juízos de ponderação dos interesses e valores em jogo, buscar soluções otimizadoras que garantam a continuidade na prestação dos serviços aos interessados, sem sacrifício dos demais valores, princípios e objetivos que a Constituição da República de 1988 pretende tutelar.

9 A orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal

Nessa ordem de ideias, cabe dizer que o E. STF esposou entendimento semelhante ao aqui defendido. Confira-se:

[...] O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Rondônia para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 16 e 19, e seu parágrafo único, da Lei rondoniense 260/90. O art. 16 da mencionada lei estabelece que, no caso de criação de novos Municípios ou desmembramento de áreas dos atualmente existentes, as linhas municipais de transporte coletivo de passageiros “legalmente executadas” há 2 anos ou mais serão convertidas automaticamente pelo DER daquele Estado-

30 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 447.

-membro em permissão intermunicipal, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei e o interessado requeira a conversão no prazo de 90 dias contados da data da emancipação do Município. O seu art. 19 estabelece pontuação que deverá ser considerada no julgamento da licitação destinada à escolha dos permissionários. Entendeu-se que o art. 16 da lei impugnada afronta a igualdade, bem como o art. 175, da CF, que estabelece que as concessões e as permissões de serviços públicos serão sempre precedidas de licitação. Considerou-se, por sua vez, que os preceitos veiculados pelos incisos I a IV do mencionado art. 19 conferem inegável vantagem às empresas que já sejam permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia, discriminando-as, para beneficiá-las, indevidamente, em afronta ao princípio da isonomia. Asseverou-se que o art. 37, XXI, da CF, que conforma a licitação a que respeita o art. 175, exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, e concluiu-se que os critérios estabelecidos naqueles incisos não surgem da natureza das coisas, nem são concretamente compreensíveis³¹.

No item seguinte, alinham-se proposições conclusivas.

10 Proposições conclusivas

Assim, pelo que foi exposto, à luz da Ordem Constitucional e infraconstitucional vigorantes, não se apresenta constitucional, legal, legítimo e possível o pedido de regularização de linhas comumente formulado pelos transportadores rodoviários de passageiros. Nesse sentido, devem os agentes reguladores estaduais adotar, com a maior urgência e brevidade possíveis, as providências necessárias para a realização das licitações para as delegações dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros que se encontrem enquadrados na

31 ADI 2716/RO, Rel. Min. Eros Grau, 29.11.2007, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 490, nov. 2007.

hipótese em exame, ou seja, que não estejam respaldadas em prévio e regular procedimento licitatório.

11 Referências

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE Nº 529.102 - PR (2003/0072517-7)*. 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, Recorrente: Pluma Conforto e Turismo S/A e outro, recorrente: União, recorrido: Expresso Princesa dos Campos S/A, votação unânime, DJ de 10.04.2006.

_____. _____. *Recurso especial nº 579.541 - SP (2003/0129889-6)*. Relator: Ministro José Delgado, Recorrente: Paschoal Thomeu, Recorrente: Empresa Jornalística Folha Metropolitana S/A, Recorrido: Néfi Tales. Votação unânime, DJ de 19.04.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2716/RO*. Rel. Min. Eros Grau, 29.11.2007, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n 490, nov. 2007.

_____. _____. *ADI 3059 MC/RS*. Relator: Min. Carlos Britto, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n 346, maio 2004.

_____. _____. *ADI N. 3521-PR*. Relator Min. Eros Grau, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n 459, mar. 2007.

_____. _____. *MS nº 24268-MG*. Relatora originária Min. Ellen Gracie e Rel. para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 343, abr. 2004.

_____. _____. *MS nº 27516/DF*. Rel. Min. Ellen Gracie, 22.10.2008, noticiado no *Informativo de jurisprudência do STF*, n 525, out. 2008.

_____. _____. *RE 140.989*. Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 16-3-93, *DJ* de 27-8-93.

_____. _____. *RE Nº 264.621-1 Ceará*, Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Recorrente(s): União, recorrido (a/s): Expresso Guanabara S/A, votação unânime, *DJ* de 01.02.2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. 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.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Temas de licitações e contratações da administração pública: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

1.12

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO À RESSOCIALIZAÇÃO PELO TRABALHO: IMPLICAÇÕES PRAGMÁTICAS, NORMATIVAS E JURISPRUDENCIAIS*

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA**
ORLANDO DE OLIVEIRA GIANORDOLI***

SUMÁRIO: 1 Introdução, delimitação, justificativa e relevância da temática em exame. 2 A necessidade de releitura e filtragem constitucional da norma do art. 33 da Lei nº 7.210/1984: juridicidade da jornada de trabalho do preso no patamar máximo de 44 horas semanais (CR/88, art. 7º, XIII). 3 A indispensabilidade de releitura da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal. 4 O art. 33 da Lei de Execução Penal e a jurisprudência do E. STJ: possibilidade de realização de horas extras, superiores à jornada de oito horas diárias, para fins de remição da pena. 5 Proposições conclusivas. 6 Referências.

1 Introdução, delimitação, justificativa e relevância da temática em exame

É incontroversa a necessidade de maior eficiência na prestação dos serviços públicos penitenciários, como pressuposto da vida harmônica de todo o corpo social, a partir da concretização solidária do direito fundamental à ressocialização digna da pessoa humana que incorreu na prática de infração penal. Dentre as inúmeras iniciativas que o Estado vem adotando para o alcance dos objetivos aludidos – harmonia social e ressocialização da pessoa humana – merecem destaque as

* O presente estudo, com ligeiras adaptações posteriores, decorre de parecer jurídico da lavra dos autores, no exercício da função de Procuradores do Estado do Espírito Santo, nos autos do processo nº 61070351/2013, sendo o órgão consultante a Secretaria de Estado da Justiça. O parecer aludido foi aprovado integralmente no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

** Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Professor da Fundação Getúlio Vargas - RJ e da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Procurador do Estado do Espírito Santo.

*** Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Cândido Mendes. Procurador do Estado do Espírito Santo.

diversificadas medidas de ressocialização dos presos, por meio do trabalho.

Nesse contexto, o presente estudo tem por finalidade investigar a possibilidade de o preso do sistema carcerário estadual poder trabalhar 44 (quarenta e quatro) horas semanais, para empresas que realizam parcerias com o Estado, tendo por objeto a absorção da mão de obra carcerária.

A matéria é objeto de controvérsia, na medida em que é possível o entendimento segundo o qual o trabalho do preso não poderia ser superior a oito horas diárias, com descanso aos domingos e feriados, conforme a dicção expressa do art. 33, *caput*, da Lei nº 7210/84 – Lei de Execuções Penais –, ao asseverar que “A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.” Nesse sentido já entendeu o próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça, averbando que “A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas (art. 33 da mesma lei)”¹.

Nessa ordem de ideias, a aplicação literal da norma legal acima aludida tem ensejado dificuldades aos parceiros privados do Estado que se dispõem a absorver, em suas atividades empresariais, a mão de obra carcerária, sob a alegação da necessidade de se manter a mesma jornada praticada pelos demais empregados, pois a criação de jornada de trabalho especial para os presos acaba por gerar dois grupos diferenciados de trabalhadores, comprometendo o objetivo do programa governamental de reinserção laboral do preso e o próprio gerenciamento empresarial da atividade, que encontra dificuldades na administração de dois grupos de empregados, com funções idênticas e jornadas de trabalho diferenciadas, num ambiente de trabalho que acaba por se tornar discriminatório, e, por conseguinte, contrário aos interesses públicos e privados envolvidos.

Assim, o presente exame pretende investigar os limites e possibilidades do trabalho do preso, à luz da matriz constitucional, do ordenamento infraconstitucional, da doutrina e da juris-

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1283575/RS*. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

prudência, notadamente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tendo-se como ponto de partida a normatividade do art. 33 da Lei nº 7.210/84 que, para ser adequadamente compreendida, no contexto finalístico e sistêmico da Constituição da República de 1988, deve receber adequada releitura e filtragem constitucional. Ao final, ofertamos algumas proposições conclusivas, cujas soluções modestamente apresentadas podem ser aproveitadas pelos demais entes políticos da federação que estejam envolvidos na complexa gestão dos seus respectivos sistemas prisionais.

2 A necessidade de releitura e filtragem constitucional da norma do art. 33 da Lei nº 7.210/1984: juridicidade da jornada de trabalho do preso no patamar máximo de 44 horas semanais (CR/88, art. 7º, XIII)

Como já destacado anteriormente, a Lei de Execução Penal estabelece que a jornada normal de trabalho do preso não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados, sem prejuízo de horário especial de trabalho para os presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal (Lei nº 7.210/84, art. 33 e parágrafo único).

Sem embargo da importância do sistema normativo disciplinador da execução das penas impostas pelo Estado – Lei nº 7.210/84 – não se pode olvidar que a sua origem está diretamente relacionada ao modelo de Estado ditatorial brasileiro, sob a égide da Constituição brasileira de 1969, aos “anos de chumbo” da sociedade brasileira, quando os direitos fundamentais dos cidadãos, tanto os livres quanto os presos, embora dotados de sede constitucional, não passaram de previsões retóricas, simbólicas e despidas de efetividade, quando, a rigor, a Constituição “não valia pra valer”, sendo mero aglomerado de normas ou verdadeira “folha de papel”, na clássica e feliz síntese de Ferdinand Lassale².

2 LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Tradução Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

Destarte, o exame da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/69³, supõe uma breve referência ao ambiente institucional brasileiro da Carta Constitucional de 1946.

É que, sob a sua vigência, ocorreu o golpe militar de 31.03.1964, visando à deposição do Presidente João Goulart, em contexto extremamente delicado, sob o ponto de vista político-econômico. Como assinala Luís Roberto Barroso, o país vivia um momento de grave instabilidade político-econômica, informada por diversificadas greves, insubordinações militares, descontentamentos da burguesia industrial, financeira e comercial com as reformas de base pretendidas, movimentos camponeses pela reforma agrária, em confronto com os interesses econômicos dos donos das terras, o nacionalismo econômico e as consequentes restrições ao capital estrangeiro impostas pela Lei nº 4131/62, com a insatisfação das sociedades empresárias estrangeiras, tudo agravado pela falta de resistência do Presidente, dando ensejo ao cenário institucional propício ao golpe militar de 1964 aludido, marcando o início do fim da Constituição da República de 1946 e o começo da história da Constituição da República de 1967⁴.

Nesse contexto, a Carta Constitucional de 1967 nasceu de uma imposição do Poder Executivo, de natureza militar, ao Poder Legislativo federal, que não detinha a legitimidade constitucional de Poder Constituinte Originário, posto que não investido pela soberania popular. De inspiração autoritária, caracterizava-se, substancialmente, por uma excessiva concentração de poderes no âmbito da União Federal, fulminando o princípio federativo, com o esvaziamento da autonomia dos demais entes da federação. O ambiente político-institucional no país se agravou com

3 Sob a vigência da Constituição da República de 1967, o Poder Executivo federal, de natureza militar, outorgou a EC nº 01, de 17.10.69, que, materialmente, era uma nova Constituição, dada a extensão das mudanças empreendidas no sistema constitucional vigente, embora não o fosse formalmente, em que pese a discussão doutrinária a respeito do assunto. Nesse sentido, entendendo tratar-se de nova Ordem Constitucional, confira-se BARROSO, Luís Roberto *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 39. Em sentido diverso, BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília: OAB, 2008. p. 447-448.

4 BARROSO, Luís Roberto *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 32-34.

a edição do Ato Institucional nº 05, de 13.12.1968, consagrando a ditadura plena, na acertada análise de Luís Roberto Barroso⁵.

Assim, com o advento do constitucionalismo democrático brasileiro, e, agora, já sob o influxo das ideias contemporâneas inerentes ao neoconstitucionalismo, em especial, a constitucionalização do direito⁶, vale enfatizar a necessidade e indispensabilidade de releitura e filtragem constitucional de toda a normatividade inerente à execução penal, em especial para o presente exame, da norma do art. 33 da Lei nº 7.210/84, de modo a conformá-la, plenamente, aos valores e diretrizes normativas da atual Constituição da República de 1988, notadamente na temática da jornada de trabalho, especialmente a juridicidade da jornada de trabalho do preso, no patamar máximo de 44 (quarenta e quatro) horas semanais (CR/88, art. 7.º, XIII).

A filtragem constitucional proposta não poderá deixar de considerar, como é intuitivo, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e, por conseguinte, a própria normatividade constitucional consagradora dos direitos fundamentais de todos os trabalhadores brasileiros, inclusive dos presos. Assim, o trabalho do preso, disciplinado na Lei nº 7.210/84, deve, necessariamente, considerar, sem embargo de outros influxos normativos da Constituição da República de 1988, algumas premissas normativas de natureza constitucional, consoante se passa a explicitar.

5 BARROSO, Luís Roberto *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 36-38. Para um aprofundamento do contexto político-institucional informador da Constituição da República de 1967, ver BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília: OAB, 2008. p. 433-434.

6 A propósito da constitucionalização do direito e da necessidade de filtragem constitucional do ordenamento jurídico infraconstitucional, vale conferir o magistério doutrinário de SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40-41: "A constitucionalização do Direito envolve dois fenômenos distintos, que podemos chamar de 'constitucionalização-inclusão' e de 'constitucionalização releitura'. A constitucionalização-inclusão consiste no tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados. Na Constituição de 88, este é um fenômeno generalizado, tendo em vista a inserção no texto constitucional de uma enorme variedade de assuntos – alguns deles desprovidos de maior relevância. Já a constitucionalização releitura liga-se à impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais. Trata-se de uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma *eficácia irradiante*, passando a nortear a interpretação da totalidade da ordem jurídica. Assim, os preceitos legais, os conceitos e institutos dos mais variados ramos do ordenamento, submetem-se a uma *filtragem constitucional*: passam a ser lidos a partir da ótica constitucional, o que muitas vezes impõe significativas mudanças na sua compreensão e em suas aplicações concretas."

A propósito da temática em perspectiva, cabe dizer que a mesma já foi estudada e enfrentada anteriormente⁷. Naquela oportunidade, assentamos, a respeito do trabalho do preso, com especial importância para o presente exame, as seguintes premissas:

(i) Deve o Estado, na formulação e concretização das suas respectivas políticas públicas penitenciárias, além de empreender melhorias e adequações na prestação dos serviços aludidos, buscar alternativas consentâneas com a Constituição da República de 1988 e com as leis, rumo ao resgate da dignidade humana obscurecida – e muitas vezes perdida – no cárcere;

(ii) Percorrendo a matriz constitucional, pode-se dizer que a medida densifica, desde logo, o princípio constitucional fundamental da cidadania socioeconômica, previsto no art. 1º, II da Constituição da República de 1988. Essas noções adquirem especial relevância quando estivermos diante da situação socioeconômica do presidiário, que não perde a sua cidadania, no sentido aqui entendido, pelo fato de ter cometido anteriormente uma infração criminal e ter sido condenado. Ao revés, a circunstância de ser condenado não lhe retira a condição jurídica de cidadão, e, neste contexto, deve o Estado elaborar e implementar políticas públicas, seja por meio de leis, seja por meio de atividades administrativas, que viabilizem aos presidiários a reinserção gradual na sociedade, notadamente por meio de ocupação lícita, através do trabalho;

(iii) A medida densifica, também, o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana do presidiário, previsto no art. 1º, III da Constituição da República de 1988. Essas noções adquirem especial relevância quando estivermos diante da situação socioeconômica do presidiário, que não perde a sua dignidade enquanto pessoa humana, pelo fato de ter cometido anteriormente uma infração criminal e ter

7 No âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, por meio do processo administrativo nº 45325839/2009, sendo o órgão consultante a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos – SEGER, cujo resultado final da consulta veiculada no vertente processo administrativo aludido foi a edição do Decreto nº 2.460-R/2010, que disciplina a organização e funcionamento da administração pública estadual, para fins de absorção da mão de obra dos presos e egressos nas parcerias contratuais e convênias do Estado, pertinentes às obras e serviços.

sido condenado. Ao revés, a circunstância de ser condenado não lhe retira a condição de pessoa humana. Assim, deve ter assegurada a sua igualdade (possível), enquanto ser humano atingido pelas mazelas socioeconômicas da vida em sociedade, agravadas pelo cárcere. Da mesma forma, deve ter preservada a sua liberdade (possível) de trabalho, de acordo com o regular cumprimento da sanção penal concreta a ele imposta. No mesmo contexto, deve ter resguardada a sua integridade física e psíquica, independentemente da sua condição carcerária, objetivo passível de concretização por meio do trabalho lícito;

(iv) Ainda neste contexto, a reinserção gradual do cidadão condenado criminalmente, na sociedade, concretiza a solidariedade, enquanto perspectiva da dignidade humana. Nesta ordem de ideias, deve o Estado elaborar e implementar políticas públicas, seja por meio de leis, seja por meio de atividades administrativas, que viabilizem aos presidiários a reinserção gradual na sociedade, notadamente por meio de ocupação lícita, através do trabalho digno;

(v) Com efeito, a previsão densifica, também, o princípio constitucional fundamental da valorização socioeconômica do trabalho (CR/88, art. 1º, IV), viabilizando, ao cidadão condenado, o reconhecimento social e econômico do seu esforço útil, no exercício da atividade laboral, rumo à sua auto ressocialização, em bases dignas;

(vi) Da mesma forma, a previsão em tela viabiliza o cumprimento dos objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, por meio de atuação não só da Administração Pública, mas, também, da própria sociedade, no sentido de construir uma organização social mais justa, com oportunidades de progresso socioeconômico a todos os membros da comunidade, notadamente àqueles em que se encontram em situação mais grave, como é o caso dos cidadãos condenados (CR/88, art. 3º, I);

(vii) Ainda neste contexto, a previsão reforça o objetivo fundamental da sociedade brasileira, na construção de um ambiente socioeconômico, em bases solidárias (CR/88, art. 3º, I). Com efeito, a questão da vida carcerária não constitui problema único e exclusivo do Estado, mas, também, da socie-

dade como um todo, na medida em que, especialmente, os reflexos da ausência de solução adequada para as demandas próprias da gestão dos serviços penitenciários – como a reinserção socioeconômica dos presos na vida social – tenderá ao agravamento da própria vida em sociedade, em prejuízo de todos os cidadãos, o que não é admissível;

(viii) Nesse eixo temático, aliás, vale lembrar que a segurança pública – donde se inclui, em certa medida, a gestão dos serviços penitenciários – é não só dever do Estado, mas, também, direito e responsabilidade de todo o corpo social (CR/88, art. 144, *caput*), concretizando, na temática, a pretensão de solidariedade socioeconômica estampada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil;

(ix) Avançando, remarque-se que a medida pretendida também confere densidade ao objetivo constitucional fundamental de desenvolvimento socioeconômico do Estado e, por conseguinte, do país como um todo (CR/88, art. 3º, II);

(x) Vale frisar que a medida pretendida viabiliza, também, a redução das desigualdades sociais e regionais, no âmbito do Estado, com a diminuição dos efeitos da pobreza e da marginalização socioeconômica a que estão submetidos e inseridos os cidadãos condenados e suas famílias, como regra geral, contribuindo-se, pois, para a melhoria das suas vidas, promovendo-se o bem de todos (CR/88, art. 3º, III e IV);

(xi) Sob outro prisma, a medida dá cumprimento à competência administrativa do Estado, comum aos demais entes, de zelar pela efetividade da Constituição da República e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, de modo a promover a integração dos setores desfavorecidos (CR/88, art. 23, I e X);

(xii) Além do atendimento dessas diretrizes gerais, a medida ora em análise vai ao encontro do princípio da eficiência do Estado, no desempenho das suas atividades administrativas, seja no que diz respeito à gestão dos serviços penitenciários, seja no que tange às parcerias administrativas firmadas com

a iniciativa privada, a partir de contratação administrativa mais vantajosa (CR/88, art. 37, *caput*)⁸.

Destarte, sem embargo da concretização dos objetivos e normas constitucionais acima brevemente revisitados, não se poderá desconsiderar que o sistema constitucional tutelar do trabalho humano, consagrador de um rol de direitos, em numeração exemplificativa, e extensível aos presos, deve ser sempre interpretado com vistas à melhoria da sua condição social (CR/88, art. 7º, *caput*, parte final).

Nessa linha de entendimento, e sempre com vistas ao objetivo constitucional maior de melhoria da condição social do trabalhador, inclusive o preso, não se poderá negar a ele condições de acesso à empregabilidade, em especial o cumprimento de jornada semanal de trabalho que não ultrapasse o patamar máximo constitucional de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, tal como ocorre com a maioria dos demais trabalhadores brasileiros (CR/88, art. 7º, XIII), sob pena, inclusive, de se incorrer em discriminação desproporcional e abusiva nas relações de trabalho, o que também é vedado pela matriz constitucional (CR/88, art. 7º, XXX à XXXII).

Em reforço à tese aqui proposta, ainda sob a égide da Constituição de 1969 – e, mesmo, sob a vigência da Constituição de 1967 – fonte incontroversa de inspiração do legislador da Lei nº 7.210/84, vale lembrar que havia a possibilidade de jornada de trabalho semanal de 48 (quarenta e oito) horas semanais, para todos os trabalhadores, inclusive os presos. Com efeito, ambas as Constituições aludidas, embora proclamando direitos fundamentais dos trabalhadores, voltados “à melhoria de sua condição social”, previam “a duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos” (CR/69, art. 165, VI c/c a CR/67, art. 165, VI).

Nessa ordem de ideias, parece correto afirmar que, numa leitura do art. 33 da Lei nº 7210/84, à luz mesmo da Constituição

8 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídico-econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 9, n. 9, p.217-218, 2010.

da República de 1969, art. 165, VI, seria possível o estabelecimento de jornada de trabalho do preso de 48 (quarenta e oito) horas semanais, limite que, como visto acima, foi reduzido, pela atual Constituição da República de 1988, para 44 (quarenta e quatro) horas semanais, facultada a compensação de horários (CR/88, art. 7º, XIII).

Essas premissas interpretativas, de natureza constitucional, deverão funcionar como filtros axiológicos para a releitura renovada do sistema previsto na Lei nº 7.210/84, notadamente do seu art. 33, que, a rigor, à luz da Constituição da República de 1988, notadamente do seu art. 7º, XIII, disse menos do que deveria, para, em sinergia e interpretação integrativa, em face da atual matriz constitucional, admitir a jornada de trabalho do preso dentro do patamar máximo de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

3 A indispensabilidade de releitura da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal

A interpretação constitucional subordinante aqui empreendida, como enfatizado, vai ao encontro dos altos objetivos sociais para os quais o sistema da Lei nº 7.210/84 se dirige, notadamente a concretização do direito fundamental à ressocialização do preso, por meio do trabalho, em bases harmônicas, dignas, fraternas, solidárias e sem discriminações desproporcionais (CR/88, art. 1º c/c art. 3º c/c a LICC, art. 4º c/c a Lei nº 7210/84, art. 1º c/c art. 3º, p. único c/c art.10).

No ponto, peço vênia para compendiar algumas premissas que assentamos, no estudo citado anteriormente, a respeito do trabalho do preso, agora sob a ótica da Lei nº 7.210/84:

- (i) Dentre os objetivos da concretização da sanção penal, está a diretriz geral, dirigida, fundamentalmente, ao Estado, no sentido de criar condições para a reinserção socioeconômica do condenado, na vida em sociedade. Cuida-se, portanto, da necessidade de criação, pelos Poderes do Estado, de instrumentos jurídico-administrativos, visando à execução, em bases humanitárias, da pena criminal. Essa diretriz, aliás, pode ser encontrada, também, na Constituição da Repúbli-

ca de 1988, seja no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, seja no princípio da humanidade das penas (CR/88, art. 1º, III c/c art. 5º, XLVII);

(ii) É importante dizer que a norma também se endereça aos grupos sociais intermédios organizados, tais como as associações, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, as cooperativas, as sociedades empresariais, entre outros, que poderão colaborar com o Estado, por intermédio dos diversificados mecanismos jus-administrativos, previstos e viabilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, em concretização aos princípios constitucionais da participação e da solidariedade (CR/88, art. 1º, p. único c/c art. 3º, I), acima comentados;

(iii) Frise-se que se cuida de poder-dever do Estado, que, consoante a dicção legal, tem a obrigação de efetivar a concretização humanitária da pena criminal, contando, para tanto, com a participação da sociedade (Lei nº 7.210/84, art. 4º). Essa diretriz político-legislativa se justifica na medida em que o condenado deve ser considerado em vista da sua condição de pessoa humana dotada de dignidade, titular de todos os direitos e liberdades fundamentais que não tenham sido alcançados pela sentença pela condenatória transitada em julgado (Lei nº 7.210/84, art. 3º);

(iv) E a dignidade humana do condenado deve ser concretizada por um conjunto de atividades administrativas do Estado, diretamente ou por intermédio de parcerias com a iniciativa privada, a começar pela efetivação do princípio da individualização da execução penal, separando e classificando os condenados, de acordo com os seus antecedentes e personalidade (Lei nº 7.210/84, art. 5º);

(v) Ademais, a prestação dos serviços penitenciários se fundamenta, também, na obrigação de assistência ampla que o Estado deve conferir ao condenado, com vistas à sua orientação para o retorno à vida em sociedade, e, por conseguinte, a prevenção da infração criminal. No conceito jurídico de assistência devida pelo Estado, inclui-se a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (Lei nº 7.210/84, arts. 10 a 27). Nesse particular, merece destaque a disciplina pertinente à assistência ao egresso, consubstan-

ciada no específico apoio estatal visando à reintegração do liberado, definitivo ou provisório, na vida em sociedade, notadamente por meio da obtenção de trabalho (Lei nº 7.210/84, arts. 25 a 27);

(vi) Vale remarcar que a aludida normatividade assistencial deve ser interpretada ampliativamente, para abranger todas as possibilidades contempladas pelo ordenamento jurídico e não referidas expressamente pelo sistema normativo em exame, pois que ela densifica os valores e normas constitucionais acima mencionados, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (CR/88, art. 1º, III c/c art. 3º, I);

(vii) Em concretização sistemática e teleológica da normatividade aludida, voltada para a assistência ao condenado, há um tratamento normativo específico para a disciplina do seu trabalho, cuja interpretação deve ser consentânea com os valores e as normas constitucionais aludidas, notadamente, insista-se, os princípios da cidadania socioeconômica, da dignidade da pessoa humana, da valorização socioeconômica do trabalho e da solidariedade (CR/88, arts. 1º, II, III, IV e 3º);

(viii) A atividade laborativa do condenado se constitui em dever social de ampla extensão, pois que se refere tanto ao dever próprio do cidadão, em cumprimento da pena criminal, quanto do Estado, desde o momento em que, na forma da Constituição da República de 1988, se comprometeu com a concretização, dentre outros valores e normas, da cidadania socioeconômica, da dignidade da pessoa humana, da valorização socioeconômica do trabalho e da solidariedade (CR/88, arts. 1º, II, III, IV e 3º), acima comentados e, na forma da lei, com a reinserção do condenado na vida digna em sociedade (Lei nº 7210/84, arts. 4º e 10 à 28);

(ix) Cuida-se, pois, de direito subjetivo do condenado, oponível ao Estado (Lei nº 7210/84, art. 41, II), e condição para a progressão do regime prisional, do encurtamento da pena imposta e da concessão de outros benefícios processuais executivos (Lei nº 7210/84, arts. 112, 113, 114, I, 115, II, 126, 132, 149, 168 e 169);

(x) O trabalho do condenado é condição fundamental para a sua dignidade enquanto pessoa humana (CR/88, art. 1º, III c/c Lei nº 7.210/84, art. 28, *caput*), pois se já é, no plano da realidade, indigna e sub-humana a condição do condenado, no dia a dia carcerário, mais grave ainda é a sua situação quando, podendo, não é inserido em atividade produtiva e útil;

(xi) Sob o ponto de vista teleológico, o trabalho do condenado terá duas grandes destinações gerais, quais sejam, a finalidade educativa e a produtiva (Lei nº 7.210/84, art. 28, *caput*). Com efeito, no ponto, o ordenamento jurídico realiza uma nítida conexão entre a atividade socioassistencial do Estado e a Economia, ao asseverar que a reinserção do condenado na vida social se dará por meio da sua educação e da sua produção, por intermédio do desenvolvimento de atividade econômica laborativa, rumo à concretização da valorização socioeconômica do trabalho do condenado, como pretendido pela Constituição da República de 1988 e pela Lei de Execução Penal. Ao disciplinar essa conexão, o sistema normativo em exame viabiliza um amplo campo de concretização administrativa da referida norma, de acordo com os limites e possibilidades conferidos à Administração Pública, enquanto gestora de interesses públicos primários e secundários da sociedade;

(xii) O regime jurídico-econômico do trabalho do condenado é diferenciado. Assim, não se aplica a disciplina da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo o trabalho do condenado remunerado mediante tabela fixada pelo Poder Público, não podendo perceber remuneração inferior a três quartos do salário mínimo;

(xiii) Assim, à luz da sistemática da Lei de Execução Penal, a partir da necessária releitura e filtragem constitucional de suas normas, pode-se dizer que o oferecimento de trabalho ao condenado se constitui não só em obrigação do Estado, mas, sobretudo, direito subjetivo do condenado, com amplos reflexos na sua vida e de seus familiares⁹.

9 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídico-econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v.9, n.9, p. 211-218, 2010.

Ademais, vale reforçar que o próprio sistema laboral da LEP assevera que, na atribuição de trabalho do preso, deverá o Estado observar, obrigatoriamente, como diretriz para a garantia da empregabilidade ressocializante do preso, dentre outras circunstâncias, “as oportunidades oferecidas pelo mercado” (Lei nº 7.210/84, art. 32). Nesse contexto, é certo que a geração de chances de postos de trabalho para os presos, oferecidas pela iniciativa privada parceira do Estado, ocorrerá “se” e “quando” a força de trabalho do preso se amolde às necessidades de mão de obra do próprio mercado, dentre elas, à jornada de trabalho normalmente praticada no respectivo mercado de trabalho, qual seja, 44 (quarenta e quatro) horas semanais, no termos da atual Constituição da República de 1988, a justificar, também sob esse prisma, o entendimento aqui proposto.

Além disso, como mencionado, o próprio art. 33, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84 em exame, prevê a possibilidade de horário especial de trabalho para os presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal. Se é assim, pode-se dizer que, se a própria normatividade, na primeira parte do parágrafo único aludido, admitiu o horário diferenciado de trabalho do preso, em prol do interesse público patrimonial ou secundário do Estado – conservação e manutenção do estabelecimento penal – com maior razão deve ocorrer essa flexibilização do horário de trabalho do preso quando a mesma se der com vistas à realização de interesses públicos primários da sociedade e dos presos, relacionados à concretização dos direitos fundamentais à ressocialização e ao trabalho, a legitimar, também sob essa ótica, a tese aqui proposta.

Assim, observado o patamar constitucional máximo de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, será possível, por exemplo, a jornada de 09 (nove horas), de segunda a quinta-feira e 08 (oito) horas na sexta; ou, ainda, a jornada de 08 (oito) horas de segunda a sexta-feira e a jornada de 04 (quatro) horas no sábado, tudo de modo a atender as diversas jornadas de trabalho dos segmentos econômicos que absorvem a mão de obra dos presos, desde que, em qualquer caso, se observe o teto constitucional máximo de 44 (quarenta horas) semanais.

Essa releitura, como exposto acima, em típica atividade de interpretação da norma conforme a Constituição de 1988, realiza, simultaneamente, os diversos valores constitucionais destacados e previstos na Constituição da República de 1988 e reconduz o sistema de execução penal, a partir da filtragem constitucional empreendida, ao seu crucial papel de instrumento de ressocialização digna do preso, por meio do trabalho.

4 O art. 33 da Lei de Execução Penal e a jurisprudência do E. STJ: possibilidade de realização de horas extras, superiores à jornada de oito horas diárias, para fins de remição da pena

Corroborando a linha de raciocínio adotada no item anterior, parece-nos interessante transcrever parte do voto condutor do Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista nº 1072/2007-011-06-40.4, no qual se reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho no que pertine ao trabalho do preso, consoante o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.684/DF), *verbis*:

Esse resumido contexto da Lei de Execução Penal demonstra que o trabalho do preso está imbuído do caráter finalista da execução - *buscar a ressocialização* - e dos poderes disciplinares que lhe são próprios - finalidade educativa - incidindo até mesmo nessa quando o trabalho é prestado para as empresas privadas, a caracterizar a prestação de serviços, não só e nem essencialmente, pelo seu aspecto econômico, mas, sim, *reabilitador*. Portanto, de natureza essencialmente penalista, principalmente em razão do controle sobre a conduta do preso e da relação disciplina-*benefício a permitir o trabalho como forma até de prêmio pelo progresso pessoal na reabilitação*¹⁰.

10 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo: RR-107240-81.2007.5.06.0011*, Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2009 - grifamos.

Além disso, há que se ressaltar as finalidades de ressocialização e de reabilitação do trabalho do preso, as quais são essenciais não só ao encarcerado, mas também à sociedade atual, que não suporta mais, por exemplo, ser vítima de golpes de presidiários praticados de dentro do estabelecimento penal, por meio de telefones ou empreendidos por meio de comparsas livres, comandados de dentro da prisão. Da mesma forma, não se pode mais admitir que a sociedade seja vítima de presidiários, ainda imbuídos de personalidade criminosa, que recebem algum tipo de benefício (são vários!) que os autorizem a sair do cárcere. Isso somente ocorre porque a mente criminosa é alimentada diretamente pela ociosidade prisional.

Daí porque o trabalho do preso constitui medida de segurança pública imprescindível, que deve ser buscada e fomentada de todas as formas possíveis, de maneira a erradicar ou pelo menos reduzir substancialmente a reincidência criminal, que, no Brasil, é uma das maiores do mundo, algo em torno de 70%, conforme narrado pelo Ministro Cezar Peluso, então presidente do CNJ¹¹.

Nesse diapasão, não podemos deixar de registrar passagem da obra *Estação Carandiru*, de autoria do renomado médico Dr. Drauzio Varella, que, em 1989, iniciou trabalho voluntário de dez anos de prevenção à AIDS dentro do, então, maior presídio do país, com cerca de 7.200 presos. Eis o relato contundente do autor:

Mente ociosa é moradia do demônio, a própria malandragem reconhece. Ao contrário do que se imagina, a maioria prefere cumprir a pena trabalhando. Dizem que o tempo passa mais depressa, e à noite: – Com o corpo cansado, a saudade espanta. Poderiam, também, aprender um ofício e voltar para casa com alguma perspectiva. Soltá-los mais pobres e ignorantes do que quando entraram não ajuda a reabilitá-los¹².

11 EDUCAÇÃO e trabalho na prisão reduzem reincidência no crime. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1216729&tit=Educao-e-trabalho-na-prisao-reduzem-reincidencia-no-crime>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

12 VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1999. p. 141.

É diante desse aspecto inescapável e absolutamente condicionante do sucesso do encarceramento (o trabalho do preso) que o E. STJ tem admitido a extrapolação do limite máximo do trabalho do preso de oito horas diárias, estabelecendo, como contrapartida, a contagem da remição, considerando cada 6 horas extras realizadas além da jornada normal de 8 horas diárias como um dia de trabalho, em razão do maior esforço do apenado. É o que se infere dos julgados abaixo:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO. JORNADA NORMAL. HORAS EXTRAS. DIVISOR DIFERENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 33 da Lei de Execução Penal, a jornada normal de trabalho do sentenciado pode variar entre 6 (seis) e 8 (oito) horas diárias, o que permite concluir que o legislador deixou a critério do juiz estabelecer, dentro desses expressos limites, a duração diária da jornada laboral, conforme as peculiaridades do trabalho a ser desenvolvido pelo condenado, tendo em vista ser razoável admitir que quanto maior a exigência de esforço, dispêndio de energia e dedicação na realização de determinadas tarefas pelo sentenciado, menor deve ser a duração da respectiva jornada de trabalho. 2. *Esse critério deve nortear a adoção de divisor menor para o cômputo dos dias remidos decorrentes de horas extras realizadas além da jornada normal de 8 (oito) horas diárias, uma vez que as horas extraordinárias trabalhadas exigem mais esforço do apenado, independentemente do tipo de serviço por ele executado.* 3. *Ademais, não há como negar, também, que, em tese, quanto maior o envolvimento do sentenciado com o trabalho, mais rápida será a sua reintegração social, que é o objetivo maior da pena aplicada, do qual o Juízo da Execução não deve descuidar, justificando o diferencial no que toca às horas extras realizadas pelo paciente, em consonância com os fins a que se propõe o referido instituto.* 4. *Ordem concedida para considerar cada 6 (seis) horas extras realizadas além da jornada normal de 8 (oito) horas diárias como um dia de trabalho para fins de remição*¹³.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 39.540/SP. Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 01/07/2005, p. 577 – grifamos.

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. REMIÇÃO DA PENA. JORNADA DE TRABALHO. *Se o sentenciado desempenhar atividade laboral fora do limite máximo da jornada diária de trabalho (8 horas), o período excedente deverá ser computado para fins de remição de pena, considerando-se cada 6 (seis) horas extras realizadas como um dia de trabalho* (Precedente). Recurso parcialmente provido¹⁴.

EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. JORNADA DE TRABALHO x HORAS TRABALHADAS.1. O condenado que cumpre pena no regime fechado ou semiaberto terá a cada 3 (três) dias de trabalho 1 (um) dia de desconto da reprimenda (art. 126, § 1º, da Lei nº 7.210/84).2. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas (art. 33 da mesma lei).3. *A jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores admite que o trabalho diário que exceda a 8 (oito) horas seja aproveitado para fins de remição.*

4. No entanto, não é a hipótese dos autos. A pretensão exposta na peça recursal (18 horas de trabalho para 1 dia de desconto na pena) não encontra apoio na legislação pátria.5. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁵.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DA PENA. REMIÇÃO PELO TRABALHO. JORNADA DIÁRIA SUPERIOR À PREVISTA EM LEI. HORAS EXTRAS.1. O recorrido trabalhou, de fato, prestando um serviço essencial à estrutura do estabelecimento prisional, laborando além da carga horária prevista em lei, fazendo-se necessário que se lhe conceda a pretendida remição de pena, até por tratar-se de direito subjetivo público.2. *Se o condenado desempenhar atividade laboral fora do limite máximo da jornada de trabalho (8 horas diárias), o período excedente deverá ser computado para fins de remição de pena, considerando-se cada 6 (seis) horas extras realizadas como 1 (um) dia de trabalho.* Precedentes.3. Recurso ao qual se nega provimento¹⁶.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 898.593/RS*. Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 287 – grifamos.

15 Id. *AgRg no REsp 1283575/RS*. Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012 – grifamos.

16 Id. *REsp 1064934/RS*. Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2009, DJe 22/02/2010 – grifamos.

No terceiro acórdão supratranscrito, chegou-se a consignar no voto condutor que “[...] a jurisprudência dominante admite que o trabalho diário que exceda a 8 (oito) horas seja aproveitado para fins de remição (Resp-898.593/RS) [...]”. Nesse mesmo sentido, vale citar as Decisões Monocráticas referentes aos seguintes julgados: HC nº 247.924 (publ. 28/11/2012), HC nº 220.965 (publ. 28/06/2012), HC nº 218.636 (publ. 28/06/2012), HC nº 201.639 (publ. 28/06/2012), HC nº 199.713 (publ. 28/06/2012) e REsp nº 1.094.438 (publ. 1.º/12/2010).

Ressalta-se que o E. STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 96.740/RS, manifestou o entendimento de que, em se tratando de horário especial de trabalho, quanto maior é o esforço, menor deve ser a jornada de trabalho, estabelecendo que, para fins de remição, deve ser descontado um dia da pena a cada 18 horas trabalhadas, considerando, portanto, a jornada de trabalho mínima de seis horas. Trata-se de caso de apenado que trabalhava como auxiliar de cozinha no horário das 06:00 às 13:00 horas e das 14:00 às 20:00 horas, de segunda a domingo, inclusive feriados.

Sendo assim, deve prevalecer o entendimento do E. STF no sentido de que, havendo maior esforço do preso, com a realização de horas extras (jornada superior a oito horas) e horário especial, deve ser considerado, para fins de remição, o desconto de um dia de pena a cada dezoito horas trabalhadas (somando-se a jornada regular com as horas extras).

Além da jurisprudência do E. STJ quanto à possibilidade de realização de horas extras pelo preso, deve-se ressaltar que isso também é possível em razão do que determina o art. 41, inciso V e parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, que dispõe:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. – grifamos

Dessa forma, ainda que se invoque o direito do preso a uma proporção razoável de tempo para o trabalho, o descanso e a

recreação, entendemos que o diretor do estabelecimento prisional pode remanejar as eventuais horas de descanso e recreação (que, com razoável grau de probabilidade, serão usadas para a ociosidade fomentadora das atividades criminosas mencionadas no início desse tópico), de forma a contemplar as horas extras (superiores à jornada diária de oito horas prevista na LEP) necessárias às 44 (quarenta e quatro) horas semanais de trabalho estabelecidas na Constituição de 1988, sempre tendo em mente o critério acima exposto de cálculo da remição da pena.

Nesse sentido, julgamos oportuno transcrever a conclusão exarada no percuciente trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul/Campus de Dourados, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, por Juliano Quelho Witzler Ribeiro, denominado “O TRABALHO PRISIONAL REMUNERADO – ENQUANTO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO - aspectos legais e ponderações sobre a questão no Mato Grosso do Sul”, *verbis*:

Não raro os próprios presos pedem para que *as autoridades competentes os autorizem a trabalhar nos domingos e feriados, sob o argumento de que precisam combater a ociosidade. Neste caso, se houver a autorização, também será permitido trabalho em horário especial.* Em todas as hipóteses de trabalho em horário especial, antes mister se faz a autorização do diretor do presídio ou autoridade competente¹⁷.

Daí porque é possível, diante da devida justificativa do Estado, ouvido o diretor do estabelecimento prisional, o regime de trabalho que contemple, além da jornada diária de oito horas regulares, mais 4 (quatro) horas, distribuídas durante os cinco dias úteis da semana (segunda a sexta-feira), ou trabalhadas aos sábados (que, diga-se de passagem, não é dia de descanso).

17 RIBEIRO, Juliano QuelhoWitzler. *O trabalho prisional remunerado – enquanto instrumento de ressocialização do preso: aspectos legais e ponderações sobre a questão no Mato Grosso do Sul*. Disponível em: <http://www.uems.br/porta/biblioteca/repositorio/2012-02-06_10-10-22.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2013. grifamos.

5 Proposições conclusivas

Pelo exposto, é possível apresentar algumas proposições conclusivas:

- 1 À luz do marco regulatório constitucional e infraconstitucional regentes do direito fundamental à ressocialização do preso pelo trabalho, é possível a jornada de trabalho do preso até o limite máximo de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, facultada a compensação de horários (CR/88, art. 1º c/c art. 3º c/c art. 6º c/c art. 7º, XIII c/c a Lei nº 7.210/84, art. 32 c/c o art. 33 e p. único).
- 2 Observado o patamar constitucional máximo de 44 (quarenta e quatro) horas semanais e diante da devida justificativa do Estado, ouvido o diretor do estabelecimento prisional, será possível a jornada diária de oito horas regulares, mais 4 (quatro) horas, sendo estas distribuídas durante os cinco dias úteis da semana (segunda a sexta-feira), ou trabalhadas aos sábados, tudo de modo a atender as diversas jornadas de trabalho dos segmentos econômicos que absorvem a mão de obra dos presos, desde que, em qualquer caso, se observe o teto constitucional máximo de 44 (quarenta horas) semanais.
- 3 Recomenda-se ao Estado a inserção, em seus instrumentos convenientes, da seguinte previsão:

A jornada de trabalho dos presos, nos termos do presente convênio, dar-se-á da seguinte forma:

Em qualquer caso, a jornada de trabalho do preso não poderá ultrapassar o limite constitucional de 44 (quarenta e quatro horas) semanais, facultada a compensação de horários (CR/88, art. 1º c/c art. 3º c/c art. 6º c/c art. 7º, XIII c/c a Lei nº 7.210/84, art. 32 c/c o art. 33 e p. único).
- 4 Essa releitura, como exposto acima, em típica atividade de interpretação da norma do art. 33 da Lei nº 7.210/84, conforme a Constituição de 1988, realiza, simultanea-

mente, os diversos valores constitucionais destacados e previstos na matriz constitucional e reconduz o sistema de execução penal, a partir da filtragem constitucional empreendida, ao seu crucial papel de instrumento de ressocialização digna do preso, por meio do trabalho.

Espírito Santo, Vitória, setembro de 2013.

6 Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília: OAB, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1283575/RS*. Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012.

_____. *HC 39.540/SP*. Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 01/07/2005, p. 577.

_____. *REsp 898.593/RS*. Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 287.

_____. *REsp 1064934/RS*. Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2009, DJe 22/02/2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo: RR-107240-81.2007.5.06.0011*. Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2009.

EDUCAÇÃO e trabalho na prisão reduzem reincidência no crime. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1216729&tit=Educacao-e-trabalho-na-prisao-reduzem-reincidencia-no-crime>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Tradução Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

RIBEIRO, Juliano QuelhoWitzler. *O trabalho prisional remunerado – enquanto instrumento de ressocialização do preso: aspectos legais e ponderações sobre a questão no Mato Grosso do Sul*. Disponível em: <http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-06_10-10-22.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2013.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 9, n. 9, p. 179-244, 2010.

———. *Parecer jurídico proferido nos autos do processo administrativo nº 45325839/2009, sendo o órgão consulente a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos do Estado do Espírito Santo – SEGER*.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1999.

1.13

DA (IR)RETROATIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL QUE RELATIVIZA A COISA JULGADA

LUIZ HENRIQUE MIGUEL PAVAN*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito de coisa julgada. 3 Considerações básicas sobre a relativização da coisa julgada. 4 Formas de impugnação da sentença transitada em julgado. 5 Natureza do vício da sentença inconstitucional. 6 Natureza jurídica do provimento judicial que mitiga a coisa julgada. 7 Efeitos da decisão que afasta a coisa julgada. 8 Conclusões. 9 Referências.

1 Introdução

A denominada “relativização da coisa julgada material” surgiu como um tema objeto de inúmeros estudos acadêmicos e ganhou relevância a partir da década de 2000.

Efervescentes discussões foram suscitadas a respeito da possibilidade de mitigação da coisa julgada, consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil e reconhecida como uma das mais importantes manifestações do princípio da segurança jurídica.

A limitação à possibilidade de modificação do provimento judicial é de suma importância para impedir que um determinado conflito de interesses seja postergado indefinitivamente.

Contudo, a necessidade de se impor uma célere elucidação para as lides pelo Poder Judiciário – conforme comando inserido no texto constitucional e materializado pelo controle de produtividade dos Magistrados com base em metas fixadas em resoluções do Conselho Nacional de Justiça – somada ao crescimento exponencial do número de ações ajuizadas perante os diferentes ramos do Judiciário e a corriqueira impossibilidade

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Mestrando em Direito Processual – UFES. Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Estado do Espírito Santo.

de revisão de decisões judiciais pelas instâncias superiores por questões de natureza processual acabaram por gerar um contexto em que diversos provimentos judiciais exarados em contrariedade ao entendimento do Supremo Tribunal Federal acabam por ser albergados pelo manto da coisa julgada.

Dentro do quadro exposto acima e diante da necessidade de produção de resultados justos e compatíveis com a CRFB é que surge a importância na discussão a respeito da flexibilização da coisa julgada material.

No presente artigo serão abordados, em especial, a natureza jurídica e os efeitos da decisão que relativiza a coisa julgada material, analisando suas consequências para o processo em que foi proferida a sentença injusta ou contrária aos ditames da CRFB.

2 Conceito de coisa julgada

A definição legal da coisa julgada pode ser extraída a partir da leitura dos parágrafos do artigo 301¹ e do artigo 467² do Código de Processo Civil. Enquanto os parágrafos do art. 301 estabelecem que a coisa julgada ocorre quando reproduzida uma ação idêntica à anteriormente proposta³, o art. 467 do CPC dispõe que a coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso.

Apesar dos dispositivos supracitados darem ensejo à correta ilação no sentido de que a coisa julgada incide em relação ao processo em que a sentença foi prolatada e a todos os demais processos, denota-se que os referidos enunciados são insufi-

1 Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

[...]

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

[...]

2 Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

3 Com identidade de partes, pedido e causa de pedir.

cientes para delimitar o instituto, não permitindo a diferenciação entre a coisa julgada formal e a material.

Quanto ao conceito de coisa julgada material, Dinamarco entende que “*é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito.*”⁴

Diferentemente do professor italiano, Elpídio Donizette afirma que não são os efeitos da sentença “*que se tornam imutáveis, mas o conteúdo da decisão proferida, ou seja, a norma individual criada para aquele caso concreto.*”⁵

Por sua vez, o professor Humberto Theodoro consigna que

[...] A sentença ao compor a lide, seja declarando, condenando ou constituindo, não depende do trânsito em julgado para produzir seus naturais efeitos, conforme explica Liebman. Tanto é assim que em muitos casos a lei admite a execução provisória antes da *res iudicata*. O que a caracteriza é tornar, em determinado momento, imutável a matéria decidida. Por isso, Liebman defende a tese de que a “autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade de seus efeitos e a todos os seus efeitos referentes, isto é, precisamente a sua imutabilidade”⁶.

A coisa julgada material é, em verdade, uma qualidade da sentença, e não um elemento dissociado desta⁷, consubstanciando-se na indiscutibilidade do conteúdo do provimento judicial.

3 Considerações básicas sobre a relativização da coisa julgada

A relativização da coisa julgada, denominada, equivocadamente, por alguns, de “coisa julgada inconstitucional”,⁸ é a miti-

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 9, jan. 2003.

5 DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 512.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 19, jan. 2002.

7 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.186.

8 *Ibid.*, p.182.

gação do conteúdo da sentença transitada em julgado por força de novo provimento judicial.

Ao se examinar a jurisprudência pátria, é possível verificar a existência de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal a partir da década de 1960 no bojo das quais foi determinada a realização de nova avaliação de bens imóveis desapropriados pelo Poder Público⁹; pronunciamentos fundamentados no excessivo lapso temporal decorrido da data da avaliação do imóvel, sem que houvesse o pagamento do preço fixado judicialmente.

No entanto, tratam-se de decisões isoladas proferidas pela Suprema Corte, que não abordara de maneira sistematizada a temática em foco, apesar de ter desconsiderado a coisa julgada material existente nessas ações expropriatórias.

O tema relativização da coisa julgada passou a ser efetivamente estudado no Brasil a partir das lições de Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ e de Humberto Theodoro Junior¹¹.

Ao discorrer sobre a mitigação da coisa julgada, Dinamarco anota que

[...] Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutri-

9 1- DESAPROPRIAÇÃO INICIADA EM 1948 E QUE, DECORRIDOS MAIS DE DEZ ANOS, AINDA NÃO EFETUARA A EXPROPRIANTE O PAGAMENTO DO PREÇO E NEM SE IMITIR NA POSSE DO IMÓVEL. 2- AÇÃO VISANDO OBTER NOVA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL, JULGADA PROCEDENTE EM SEGUNDA INSTÂNCIA, DADO O ABUSO DO ESTADO, PROCRASTINANDO, POR CERCA DE UM DECÊNIO, A SOLUÇÃO FINAL DA EXPROPRIAÇÃO E TORNANDO ILUSÓRIA A GARANTIA INDIVIDUAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO, MEDIANTE PRÉVIO PAGAMENTO EM DINHEIRO. 3 - *PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE, JÁ ANTES DA VIGÊNCIA DA L. N. 4686/65, ORDENAVA A SUPREMA CORTE NOVA AVALIAÇÃO QUANDO O LAUDO ERA ANTIGO E O EXPROPRIANTE PROCRASTINARA O PAGAMENTO*. 4 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 68608-GB. Relator(a): Min. BARROS MONTEIRO. Julgamento: 07/11/1969. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 29-12-1969, EMENT VOL-00788-04, PP-02784; RTJ VOL-00054-02, PP-00376) (grifo nosso).

DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO DE POSSE. DEMORA INJUSTIFICADA NO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO ORDINÁRIA DE RESSARCIMENTO POR ATO ILÍCITO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO ORDINÁRIA DE RESSARCIMENTO POR ATO ILÍCITO AJUIZADA PELOS EXPROPRIADOS CONTRA A EXPROPRIANTE QUE OBTVEU A IMISSÃO PROVISÓRIA DA POSSE DO IMÓVEL E QUE DEMOROU MAIS DE VINTE ANOS PARA PAGAR A INDENIZAÇÃO. *AUSÊNCIA DE COISA JULGADA IMPEDITIVA DE QUE, NA AÇÃO ORDINÁRIA, FOSSE REALIZADA NOVA AVALIAÇÃO. A CORREÇÃO MONETÁRIA NÃO AFASTA O RESSARCIMENTO CORRESPONDENTE AO ATO ILÍCITO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO* (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 93705-PB. Relator(a): Min. SOARES MUNOZ. Julgamento: 05/05/1981. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 22-05-1981, PP-04739, EMENT VOL-01213-03, PP-00678) (grifo nosso).

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 9, jan. 2003.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 19, jan. 2002.

na e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*¹².

Como se infere pela leitura do texto acima, Dinamarco¹³ defende a possibilidade de sindicabilidade da coisa julgada com base em ideais de justiça. Para o autor, a relativização da coisa julgada é inerente à ordem jurídica diante do convívio de diferentes valores de igual grandeza e da necessidade de conferir harmonia aos mesmos.

Percebe-se que as hipóteses de relativização da coisa julgada para o professor não se subsumem apenas as sentenças incompatíveis com os princípios e as regras vigentes no ordenamento jurídico, abrangendo provimentos judiciais que se revelem injustos.¹⁴

Sobre o enfoque da “constitucionalidade do provimento judicial” – tecnicamente a discussão envolve a compatibilidade da fundamentação adotada pela sentença com a interpretação extraída da Constituição da República Federativa do Brasil –, que acaba por ser abordado com maior frequência pela doutrina, é de se notar que a coisa julgada não pode ter um valor maior que a norma fundamental do ordenamento jurídico; pilar mais relevante em um Estado Democrático de Direito.

Diante da supremacia do texto constitucional na ordem jurídica pátria, não é admissível a persistência dos efeitos da

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p.9.

13 *Ibid.*, p.9.

14 É possível extrair do seguinte fragmento de texto alguns exemplos de sentenças injustas conforme as lições do professor Dinamarco: “Além do exemplo da paternidade presumida por provas indiretas contra a posterior prova do exame do DNA negativo dessa mesma paternidade, colhe-se no trabalho de Dinamarco mais os seguintes exemplos significativos: 1) ação expropriatória para desapropriação indireta, com sentença transitada e acordo posterior, cujo título foi questionado por ação declaratória de nulidade, ao se descobrir que o bem expropriado sempre pertenceu ao ente expropriante (Estado de SP – Resp. nº 240.712/SP – 1ª T. – STJ); 2) novas perícias de avaliação em ações expropriatórias = ‘justa indenização’; 3) dupla condenação pelo mesmo bem expropriado; 4) lide simulada e ‘coisa julgada delinquente’ (Couture), nos casos: a) do fazendeiro uruguaio e da ação de reconhecimento de paternidade com pedido julgado improcedente por negligência do advogado da parte ativa em produzir provas; b) da ação reivindicatória da amante em face de homem casado, com revelia ou negligência na produção da prova; 5) ACP para proteção do meio ambiente com pedido julgado improcedente, de acordo com prova pericial fraudulenta.” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 193-194)

sentença que: 1) aplicou norma inconstitucional; 2) reputou inconstitucional norma que era constitucional; ou 3) interpretou de maneira equivocada os preceitos contidos na Lei Fundamental.

Não é adequado sustentar que unicamente os atos inconstitucionais exarados pelos Poderes Executivo e Legislativo podem ser objeto de sindicabilidade pelo Judiciário.

A premissa consubstanciada na impossibilidade de controle dos atos judiciais é equivocada diante da incumbência do Poder Judiciário tutelar a aplicação dos preceitos contidos na CRFB, cassando atos contrários à Constituição, independentemente do Poder que os exarou.

Nessa linha, Humberto Theodoro leciona que

[...] O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo que advém do ato inconstitucional não se dirigem apenas, como podem pensar os mais desavisados, aos atos do Poder Legislativo. Aplicam-se a toda a categoria de atos emanados do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário):

[...] podemos registrar que toda actividade jurídica (e política em sentido estrito) se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade¹⁵.

Com efeito, o provimento judicial que é incompatível com a Carta Magna deve ser adequado às suas premissas, especialmente ao se observar que a manutenção dessa decisão viciada implica violação ao princípio da igualdade, eis que permitirá a existência de pronunciamentos judiciais incompatíveis entre si a respeito de uma determinada questão constitucional.

A segurança jurídica não pode ser imposta como um limite absoluto para a sindicabilidade da coisa julgada. Isso porque não deve ser conferido um caráter absoluto à coisa julgada. Existem, sim, princípios constitucionais que são mais relevantes que a coisa julgada.

Em verdade, a segurança jurídica vai ser observada e assegurada por meio da irretroatividade de efeitos da coisa julgada; tema que será abordado em tópico específico.

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005.

A respeito da observância da CRFB e da relativização da coisa julgada, Dinamarco lembra a lição dos juristas americanos:

[...] A posição dos tribunais e dos autores americanos, como se vê, é de uma consciente e equilibrada relativização da coisa julgada, cujo efeito imunizante eles condicionam à compatibilidade com certos valores tão elevados quanto o da definitividade das decisões¹⁶.

A relativização da coisa julgada incompatível com a Constituição da República foi acolhida expressamente em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a impossibilidade de suscitação da coisa julgada visando limitar o exercício do direito fundamental à busca da identidade genética.

Colaciono a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. [...] 2. *Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.* 3. *Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um*

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 9, jan. 2003.

*ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. [...] 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.*¹⁷ (grifo nosso)

O caso abordado pela Suprema Corte envolvia uma ação de investigação de paternidade que foi inicialmente julgada extinta devido à existência de decisão anterior transitada em julgado a respeito da ascendência do demandante; sentença anterior na qual foi julgado improcedente o pedido sem que fosse realizado o exame de DNA.

Esse precedente demonstra a profusão da teoria em estudo e assegura o respeito aos preceitos constitucionais em detrimento de óbices de índole meramente processuais.

4 Formas de impugnação da sentença transitada em julgado

Os mecanismos de controle da coisa julgada são variados e podem ser extraídos de antiga doutrina brasileira, como se verifica no seguinte fragmento do texto do professor Dinamarco:

[...] Tomo a liberdade de tornar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que surge, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas¹⁸.

A coisa julgada pode, em verdade, ser afastada por quaisquer meios disponíveis no ordenamento jurídico, não se revelando necessária a existência de procedimentos específicos na legislação para tanto.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 363889/DF*. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 02/06/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 9, jan. 2003.

Humberto Theodoro afirma, comentando as lições de Dinamarco, que

[...] Por outros caminhos de raciocínio, CÂNDIDO DINAMARCO, chega ao mesmo resultado da doutrina lusitana já exposta, qual seja, o reconhecimento da ineficácia ou invalidade da coisa julgada formada contra a Constituição, que, por isso, estaria sujeita a ser reconhecida a qualquer tempo e por qualquer meio processual ao alcance da parte, inclusive a *querela nullitatis*, isto é, a “ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença”¹⁹.

A desconsideração da coisa julgada pode se dar por meio de uma nova demanda, abrangendo, por exemplo, a propositura de uma segunda ação de investigação de paternidade em virtude da ausência de realização de exame de DNA no processo pretérito, ou mesmo incidentalmente no bojo do processo em que foi prolatada a sentença transitada em julgado, como admitido pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar recursos extraordinários interpostos em face de decisões proferidas em ações de desapropriação²⁰.

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005.

20 Exemplo de precedente em que foi admitida após a prolação da sentença a realização de nova avaliação no bojo de ação de desapropriação:

DESAPROPRIAÇÃO. TERRENOS DA ATUAL BASE AÉREA DE PERNAMERIM, EM NATAL, RN. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DETERMINAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. HIPÓTESES EM QUE O STF TEM ADMITIDO NOVA AVALIAÇÃO, NÃO OBSTANTE, EM DECISÃO ANTERIOR, JÁ TRANSITA EM JULGADO, SE HAJA DEFINIDO O VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, NÃO SE PODE ACOLHER A ALEGAÇÃO CONSTANTE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE OFENSA, PELO ACÓRDÃO, AO ART. 153, PARÁGRAFO 3, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM VIRTUDE DO DEFERIMENTO DE NOVA AVALIAÇÃO DOS TERRENOS. O ARESTO TEVE PRESENTES FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DA CAUSA A INDICAREM A INJUSTIÇA DA INDENIZAÇÃO, NOS TERMOS EM QUE RESULTARIA DA SÓ APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA, A CONTAR DA LEI N. 4686/1965, QUANDO A PRIMEIRA AVALIAÇÃO ACONTECEU EM 1957. CRITÉRIO A SER SEGUIDO NA NOVA AVALIAÇÃO. DECRETO-LEI N. 3365/1941, ART. 26. QUESTÃO QUE NÃO CONSTITUIU OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA UNIÃO. RELATIVAMENTE AOS JUROS COMPENSATÓRIOS, HAVENDO SIDO FIXADO, EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, O PERCENTUAL DE 6% A.A., NÃO CABERIA, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, ESTIPULAR SEU CÁLCULO A BASE DE 12% A.A. A INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL DE 6% A.A. DAR-SE-A, A PARTIR DA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. NESSE PONTO, O ACÓRDÃO OFENDEU O ART. 153, PARÁGRAFO 3, DA LEI MAIOR. NO QUE RESPEITA AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTABELECIDOS EM QUANTIA CERTA, A VISTA DA PRIMITIVA AVALIAÇÃO, NÃO VULNERA O ART. 153, PARÁGRAFO 3, DA CARTA MAGNA, O ACÓRDÃO, AO ESTIPULAR NOVO CRITÉRIO PARA SEU CÁLCULO, EM DETERMINADO NOVA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL EXPROPRIADO. CONHECIMENTO, APENAS, EM PARTE, DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANTO AOS JUROS COMPENSATÓRIOS, PARA, NESTA PARTE, DAR-LHE PROVIMENTO (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 105012/RN. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 09/02/1988. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 01-07-1988, PP-16904; EMENT VOL-01508-09, PP-01940) (grifo nosso).

Especificamente em relação à ação autônoma de impugnação, Dinamarco escreve que

[...] A ação autônoma a que alude o Supremo Tribunal Federal é aquela sugerida por Piero Calamandrei, segundo a qual “o único meio adequado contra a sentença nula será a ação declaratória negativa de certeza, mediante a qual, sem apor-
tar modificação alguma ao mundo jurídico, far-se-á declarar o caráter negativo que o conceito da sentença trouxe consigo desde o momento de sua concepção²¹.

Sintetizando o assunto em estudo, o professor Humberto Theodoro deixa assente que

[...] Em suma, a respeito da coisa julgada inconstitucional podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. O vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário.
2. A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença dada em contrariedade à Constituição Federal (LGL 1988\3).
3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável²².

Em verdade, o instrumento é menos importante que o objetivo final advindo da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada, que é restabelecer a autoridade da CRFB que foi violada por um provimento judicial ou cessar a injustiça provocada pela sentença.

Como mecanismos expressamente tipificados na legislação pátria para a relativização da coisa julgada, podem ser citados a impugnação ao cumprimento da sentença prevista no art. 475-L,

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 9, jan. 2003.

22 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005.

§1º, do CPC²³, os embargos a execução previstos no art. 741, parágrafo único, do CPC²⁴ e a ação rescisória.

Os arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC introduziram expressamente a inexigibilidade do título executivo judicial e extrajudicial:

[...] fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Anota-se, sobre o ponto, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁵ acerca da impossibilidade de aplicação do disposto no art. 475-L, p. 1º, do CPC e no art. 741, parágrafo único, do CPC às sentenças transitadas em julgado anteriormente à introdução dos respectivos dispositivos no CPC não impede a relativização da coisa julgada em ação autônoma. Demanda autônoma que é cabível devido à força normativa da CRFB.

No julgamento do Recurso Extraordinário 363.889 (citado acima)²⁶, a Corte Suprema acabou por relativizar, em nova demanda, a coisa julgada decorrente de sentença judicial transitada em julgado antes da inserção do parágrafo único do art. 741 do CPC. Circunstância que reforça a argumentação exposta acima concernente ao cabimento da relativização da coisa julgada por intermédio da propositura de nova ação independentemente

23 Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

24 Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

25 Vide: AgRg no AREsp 204.899/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 03/04/2013

26 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 363889/DF. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 02/06/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011.

do momento em que a decisão judicial contrária ao texto constitucional foi proferida.

5 Natureza do vício da sentença inconstitucional

O vício que impõe a mitigação da coisa julgada tem origem na sentença, de maneira que esta é o alvo da impugnação fundada na afronta à CRFB ou na injustiça²⁷.

Nesse passo, devem ser tecidas considerações a respeito da natureza do vício que acomete o ato judicial.

A questão, no entanto, é controversa.

A divisão corriqueira do vício dos atos judiciais consubstanciada nos “erros in procedendo” e nos “erros in iudicando” – máculas que dão ensejo, respectivamente, quando do julgamento do recurso, à anulação e à reforma do provimento judicial – não deve ser adotada para a relativização da coisa julgada, posto que a reforma/anulação do provimento pela instância superior é uma regra estabelecida pelo ordenamento jurídico apenas para o julgamento dos recursos.

Independentemente do instrumento empregado para a flexibilização da coisa julgada²⁸, deve-se valer dos planos dos atos jurídicos em geral (existência, validade e eficácia) para abordar os vícios existentes nas decisões judiciais.

Humberto Theodoro refuta, de plano, a possibilidade de enquadramento da decisão contrária a Constituição como inexistente, sob o fundamento de que

[...] Uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos

27 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.182

28 Podem ser arrolados os seguintes instrumentos processuais passíveis de utilização para a mitigação da coisa julgada: ação rescisória, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, ação autônoma e petição incidental, apresentada na fase de liquidação ou de execução da sentença.

requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe. Mas, contrapondo-se à exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para *valer*, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado. Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo, estando sujeito “em regra geral, aos princípios aplicáveis a quaisquer outros actos jurídicos inconstitucionais”. Com efeito, entendemos que a coisa julgada inconstitucional submete-se ao mesmo regime de inconstitucionalidade aplicável aos atos do Poder Legislativo²⁹.

O professor mineiro efetua uma comparação entre a “coisa julgada inconstitucional” e os atos normativos que se submetem ao controle de constitucionalidade. Afirma, ao fim, que a coisa julgada inconstitucional é nula³⁰.

Já o jurista lusitano Paulo Oterro anota que os atos do Poder Público, inclusive os judiciais, são inválidos se contrários à Constituição³¹. Sustenta, contudo, que essa falha pode, a depender da situação concreta, gerar a inexistência, a nulidade de pleno direito ou a nulidade relativa do ato exarado pelo Estado³².

Reputo equivocada a linha interpretativa no sentido de que a sentença injusta ou incompatível com os preceitos extraídos da Constituição Federal é inexistente. Ora, se a decisão foi prolata-

29 THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 19, jan. 2002.

30 *Ibid.*

31 “*Todos os actos do poder público, incluindo os actos jurisdicionais, são inválidos se desconformes com a Constituição.*” (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 76.)

32 O professor Geovany Jevaux descreve as diferentes falhas da sentença para Oterro da seguinte forma: “Para aquele autor, uma sentença pode ter a seguintes falhas: 1) inexistência: hipótese em que fere as normas materialmente constitucionais, mas não permite o controle, que somente se exerce sobre [...] decisões judiciais com o mínimo de identificabilidade [...], 2) nulidade de pleno direito: caso de sentença que viola um direito objetivo, circunstância que impediria, por si só, o próprio trânsito em julgado; e 3) nulidade relativa: sentença que viola o direito subjetivo de uma das partes, mas é ainda passível dos recursos previstos na lei, ou, quando transitada, é violada por outra sentença igualmente transitada. No grupo 2, supra, Paulo Oterro inclui os seguintes tipos de violação da sentença: 1) à lei ordinária; 2) direta da constituição: a) objetiva: sentença contrária a normas constitucionais que não digam respeito a direitos, liberdades e garantias fundamentais; b) subjetiva: sentença contrária a direitos, liberdades e garantias fundamentais; 3) baseada em lei inconstitucional: a) já proclamada inconstitucional em controle concentrado; b) ainda não proclamada inconstitucional em controle concentrado; 4) que pronuncia a inconstitucionalidade de lei constitucional: a) substituindo a lei constitucional por outra norma inconstitucional; b) substituindo a lei constitucional por outra norma também constitucional.” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.)

da em ação que foi manejada conforme as regras processuais, o provimento judicial existe no mundo jurídico.

Ao aplicar a premissa de que todos os atos exarados por autoridades públicas são sindicáveis pelo Poder Judiciário, inclusive seus próprios atos, e ao verificar que se está diante de um ato judicial eminentemente inconstitucional, nada mais natural que perfilhar a interpretação a respeito da natureza jurídica do ato normativo inconstitucional para os provimentos judiciais inconstitucionais.

Oportuno mencionar novamente as lições de Theodoro, para o qual:

[...] A decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, impõe-lhe a *nulidade*. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução” (STJ, REsp 7.556/RO, 3.^aT., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439)³³.

Parece ser esse o entendimento reportado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] Nós conhecemos, no sistema de Direito comparado – de alguma forma entre nós também se adotou essa possibilidade –, na linha da chamada nulidade da lei inconstitucional, naqueles casos em que fica flagrante a nulidade da lei inconstitucional que foi aplicada, não de se fazer uma rescisão, propriamente, fora do tempo, mas de se apresentarem embargos à execução com força pelo menos rescindenda, rescisória ou paralisante do acórdão. Isso tem previsão expressa na Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, que prevê a possibilidade de, em caso de coisa julgada com base

33 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005.

numa lei inconstitucional, se aquele acórdão vai à execução, poder a outra parte manejar os embargos de declaração com base no princípio da nulidade da lei inconstitucional. Aqui, claro, implícita nessa construção está uma ponderação entre a idéia de coisa julgada e o princípio da nulidade da lei inconstitucional enquanto princípio constitucional³⁴.

Nesse diapasão, adequado o entendimento no sentido de que o ato judicial cuja fundamentação é contrária aos ditames da CRFB é inválido e deve ser declarado nulo, devendo essa premissa ser adotada ainda no que tange à sentença injusta.

6 Natureza jurídica do provimento judicial que mitiga a coisa julgada

Paira dúvida no que tange à natureza do provimento judicial que relativiza a coisa julgada: seria ele uma decisão declaratória ou constitutiva negativa (desconstitutiva)?

A resposta depende do instrumento por intermédio do qual se dará a mitigação da coisa julgada.

Se a relativização se der por força de ação rescisória³⁵, de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução³⁶, o provimento será desconstitutivo.

Existem, nesse passo, mecanismos processuais próprios que não seguem a regra defendida no tópico anterior, qual seja: que os atos inconstitucionais devem ser declarados nulos, e não desconstituídos. Rejeição a regra que se dá por força dos enunciados contidos no Código de Processo Civil.

Destarte, a resposta à supracitada indagação demanda maiores digressões quando a mitigação da coisa julgada for al-

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 363889/DF*. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 02/06/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011.

35 Conforme Marcelo Abelha, a ação rescisória "ataca não apenas a sentença em si, mas uma qualidade de seus efeitos, que é a coisa julgada. Possui natureza constitutiva negativa, na exata medida em que, uma vez sendo julgado procedente o pedido de rescisão, outra situação jurídica terá sido criada." (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 576).

36 O Superior Tribunal de Justiça entende que os embargos à execução visam desconstituir o crédito exequendo, o título ou a relação processual. Vide: STJ. REsp 447.649/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 01/03/2004.

mejada incidentalmente na fase executiva do processo ou por intermédio de ação autônoma.

Penso que a interpretação mais apropriada para o tema passa pela análise do sistema do controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos.

Ao adotar o pensamento de Ruy Barbosa, o Supremo Tribunal Federal conferiu caráter declaratório à decisão que reconhece a incompatibilidade do ato normativo com os ditames da Constituição da República³⁷.

Ruy Barbosa apud Geovany Jeveaux fundamenta sua conclusão quanto à natureza do provimento judicial sob o argumento de que

[...] o papel do tribunal é apenas declaratório; não desata conflitos: indica-os, como a agulha de um registro, e, indicando-os, indicada está por sua natureza a solução. A lei mais fraca cede à superioridade da mais forte³⁸.

Não foi, assim, acolhido pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento de Hans Kelsen, que foi sintetizado da seguinte forma pelo professor Geovany Jeveaux:

[...] Hans Kelsen, por sua vez, nega a natureza declaratória do provimento que reconhece a inconstitucionalidade, afirmando tratar-se de desconstituição, porque a lei era válida até a decisão (embora provisoriamente!) e, portanto, não poderia ser “[...] nula desde o início”³⁹.

Em virtude de a doutrina e a jurisprudência majoritárias⁴⁰ adotarem a tese que defende a natureza declaratória do provimento que reconhece a inconstitucionalidade dos atos normativos, reputo que a decisão que impugna, incidentalmente ou no

37 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 161.

38 *Ibid.*, p. 157.

39 *Ibid.*, p. 157.

40 Teori Albino Zavascki anota que: “É pacífico o entendimento do STF de que a sentença de procedência na ação direta de inconstitucionalidade tem natureza declaratória, e não constitutiva, eis que a incompatibilidade entre uma norma inferior e a norma constitucional acarreta a nulidade daquela, e não a sua anulabilidade. Nesse sentido, entre muitos: ADIn 652, Min. Celso de Mello, RTJ 146/461.” (ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, p. 275, abr. 2000.)

bojo de nova demanda, a sentença proferida contrariamente aos ditames constitucionais é de cunho declaratório⁴¹.

Essa premissa deve ser empregada com o escopo de obter harmonia no sistema jurídico, impedindo que seja conferido um tratamento díspar para duas situações semelhantes.

De fato, os atos contrários ao ordenamento jurídico editados pelo Poder Legislativo, no caso do ato normativo, e os prolatados pelo Poder Judiciário, na hipótese de sentença judicial, devem ser submetidos ao mesmo tratamento jurídico no que tange à natureza do provimento judicial que reconhecer seus vícios.

7 Efeitos da decisão que afasta a coisa julgada

Fixada a premissa de que a violação a normas constitucionais ou a preceitos de justiça pela sentença transitada em julgado dá ensejo à declaração de sua nulidade por ser inválida, devem ser abordados os efeitos da decisão que mitiga a coisa julgada.

Na linha do entendimento majoritário da doutrina,⁴² as decisões de cunho declaratório têm efeitos retroativos.

Com base nessa ilação, poderia ser defendido que a decisão que relativiza a coisa julgada teria o efeito de apagar todos os atos praticados no período em que a decisão judicial viciada permaneceu hígida.

Em caso de declaração de nulidade da decisão judicial, teria que ser desconsiderada integralmente a coisa julgada, de maneira que todos os efeitos do ato seriam cessados e os efeitos já desconstituídos.

Ocorre que essa não parece ser a melhor exegese para a espécie.

41 Orientação que deve ainda ser seguida no que toca à sentença injusta.

42 GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1, p. 437; THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005; e TARTUCE, Flávio. Dação em pagamento. Simulação. Ato praticado na vigência do CC/1916. Matéria de ordem pública. Retroatividade motivada do CC/1916. Art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002. Função social do contrato. Imprescritibilidade da ação declaratória de nulidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, p. 389, out. 2013.

Adotar o entendimento de que o provimento judicial que reconhece o vício é de natureza constitutiva é uma medida simples para resolver o problema dos efeitos da decisão que minuta a coisa julgada, o que afastaria a necessidade de criação de uma teoria para tratar do tema. No entanto, seria necessário, para isso, alterar toda a jurisprudência sedimentada sobre a natureza jurídica do provimento judicial que reconhece a inconstitucionalidade de normas jurídicas.

Com efeito, a tese da relativização da coisa julgada envolve um vício no âmago da sentença, mas evoca uma de suas qualidades, consubstanciada na coisa julgada, sendo que exatamente essa característica garante a manutenção dos efeitos que perduraram enquanto não reconhecido expressamente o vício sentencial.

Creio que essa é a única forma de garantir o respeito à supremacia da Constituição e simultaneamente o princípio da segurança jurídica, ocorrendo apenas uma redução temporária do âmbito de incidência de ambas as normas para se atingir uma solução mais justa no caso concreto.

Aqui, portanto, não há que se falar em efeitos “ex tunc” por força da compatibilização de princípios constitucionais.

Ao tratar da invalidade do ato judiciário, Oterro anota que

[...] Em primeiro lugar, a invalidade de um acto jurídico não significa a ausência de produção de efeitos jurídicos. Por isso mesmo, as normas constitucionais produzem efeitos jurídicos até que a respectiva inconstitucionalidade seja judicialmente declarada, ainda que, reconheça-se, o princípio geral seja a destruição retroativa dos efeitos produzidos⁴³.

De fato, os efeitos findos do provimento judicial devem permanecer hígidos, enquanto os pendentos devem ser sobrestados.

Daqui pode ser extraída uma conclusão: não é adequado relativizar a coisa julgada se todos os efeitos decorrentes da sentença tiverem esgotados.

43 OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 76.

Se foi determinado o pagamento de uma quantia por um demandante a outro por uma decisão baseada em uma lei inconstitucional, não é cabível, no bojo de uma nova ação, obter a repetição do montante que já foi adimplido.

Podem ser aplicadas ao caso vertente as lições perfilhadas pelo Excelso Pretório na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, na qual foi reconhecida a constitucionalidade de ato normativo que vedou a importação de pneus usados. A Corte Suprema determinou a incidência de seu pronunciamento às decisões judiciais prolatadas preteritamente, mesmo que passadas em julgado, que permitiam essa importação de pneus, mas com o respeito das decisões cujos efeitos já cessaram.

Colaciono trecho da ementa do julgado:

[...] 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente⁴⁴.

A Ministra Relatora Carmen Lúcia se manifestou, quanto ao ponto que interessa ao presente estudo, nos seguintes moldes:

[...] Excluo da incidência dos efeitos pretéritos determinadas decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, porque somente podem ser objeto da Arguição de Preceito Fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. As decisões transitadas em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto, não mais podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo Arguente, que teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101*. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001.

Não se incluem nesta exceção decisões com conteúdo em aberto, vale dizer, aquelas cuja parte dispositiva contenha determinação proferida de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e as exceções nelas previstas⁴⁵.

A Ministra Relatora acabou por relativizar a coisa julgada, em virtude de ter reconhecido expressamente que as sentenças judiciais transitadas em julgado necessitam ser submetidas ao dispositivo de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, devendo apenas ser respeitados os efeitos acabados.

Sobre os efeitos da decisão que mitiga a coisa julgada, Theodoro⁴⁶ critica o apego a resoluções matemáticas que poderiam dar ensejo à conclusão de que deveriam ser conferidos efeitos retroativos à decisão.

Anota, em trato contínuo, que

[...] Sem dúvida alguma que a admissibilidade da desconstituição da coisa julgada que contém conclusão contrária à constituição, está a impor o repensar da tese da irrestrita eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Isto porque, a adoção pura e simples da *retroatividade* dos efeitos da decisão proferida no juízo declaratório, poderá implicar a negação de uma série de garantias e princípios consagrados no direito.

O estudioso do direito frequentemente se depara com situações em que se encontram em conflito valores igualmente legítimos, de modo que, a solução da questão importará sempre prestigiar algum deles em detrimento dos demais. Exatamente o que se passou quando do início dos debates acerca do cabimento da ação rescisória sob o fundamento da superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal fixando sua orientação final quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada exigência tributária.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101*. Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001.

46 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005.

[...]

Aludida limitação se justifica à medida que, no direito brasileiro, a *segurança jurídica* é um princípio da própria República Federativa, consoante consagrado no preâmbulo da Constituição Federal (LGL 1988\3). A eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade não é fenômeno apenas do direito brasileiro. Idêntico preceito pode ser encontrado na Constituição portuguesa que adotou o princípio da nulidade da norma inconstitucional, ressaltando, porém, que a decisão poderá ter efeitos *ad futurum* quando o exigirem a segurança, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo (art. 282, nº 4).

A necessidade de respeito à *segurança jurídica* traz consigo a consequência de que a eficácia da deliberação deverá ser examinada caso a caso, não admitindo, portanto, soluções preconcebidas⁴⁷.

Relevantes ainda são as conclusões de Geovany Jevaux sobre a natureza jurídica da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, mas que podem ser empregadas para a relativização da coisa julgada:

[...] A inconstitucionalidade, portanto, é uma invalidade originária que, se reconhecida na via incidental, há de retroagir seus efeitos até o marco reclamado pelo caso concreto, mantida a validade e a eficácia do dispositivo para os não-demandantes, e, se reconhecida na via principal, não deve retroagir seus efeitos em virtude das relações e atos praticados sob a égide da lei ou ato normativo presumido constitucional, perdendo então o preceito a sua validade e eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão⁴⁸.

Retornando ao exame das lições do professor Humberto Theodoro, ressalta-se que o jurista mineiro tece considerações acerca da necessidade de aplicação da técnica de modulação

47 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005.

48 JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 155.

dos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, fixadas no art. 27 da Lei 9.868/1999, no âmbito das ações em que é reconhecida a existência da coisa julgada inconstitucional, afirmando

[...] que vem sendo adotada no âmbito da eficácia das ações de controle concentrado de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis, haverá de ser igualmente aplicada para solucionar a questão no âmbito das ações em que reconhecida a existência da coisa julgada inconstitucional⁴⁹.

Conclui o professor que

[...] No conflito, portanto, que exsurge do reconhecimento da coisa julgada inconstitucional e o efeito de sua nulidade, haverá de prevalecer a estabilidade das relações, finalidade que somente será atingível mediante a atribuição de eficácia *ex nunc* às decisões que a declaram⁵⁰.

Ao aplicar as lições mencionadas acima, entendo que a regra deve ser a concessão de efeitos “*ex nunc*” à decisão que reconhecer o vício da sentença judicial.

Pode, no entanto, o Magistrado fixar expressamente na sentença os efeitos retroativos do provimento judicial ou os efeitos para o futuro em situações excepcionais, devidamente examinadas no caso concreto, observando os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, o vício perpetrado e a gravidade das consequências decorrentes do provimento judicial.

Nesse diapasão, pode-se apenas conferir efeitos retroativos ao provimento judicial em situações extraordinárias, como na hipótese de uso de documento falso no bojo do processo, que acabou por influir na sentença. Isso fundamentado na circunstância de o Direito não poder amparar a prática de atos escusos e o cometimento de ilícitos.

49 THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 19, jan. 2002.

50 *Ibid.*

8 Conclusões

A relativização da coisa julgada é uma medida apta a restaurar a supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil e a corrigir injustiças decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado, podendo ser utilizado qualquer meio para buscar a invalidação do provimento judicial viciado.

Apesar de o ato judicial que violar a Carta Magna padecer de nulidade e de o provimento judicial que reconhecer o defeito do ato preterito ter natureza jurídica declaratória, a decisão judicial que admitir o vício na sentença exarada anteriormente não tem efeitos “ex tunc”.

Deve ser efetuada uma releitura da doutrina tradicional acerca dos efeitos retroativos do provimento declaratório em se tratando de relativização da coisa julgada.

É necessário primar pela manutenção dos fatos ocorridos no período entre a prolação do provimento judicial injusto ou contrário à Constituição da República Federativa do Brasil e a declaração de seu vício a fim de compatibilizar o princípio da supremacia da Constituição com a segurança jurídica.

Apenas em casos excepcionais, observados os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, o vício perpetrado e a gravidade das consequências do provimento judicial, é que será possível a concessão de efeitos retroativos à decisão judicial que reconhecer a injustiça ou a inconstitucionalidade no provimento judicial exarado preteritamente.

9 Referências

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 9, jan. 2003.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEAL, Marília Daniella Freitas Oliveira Leal. Relativização da coisa julgada: segurança jurídica versus princípio da proporcionalidade. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba*, v. 1, p. 163, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Diálogo Jurídica*, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

OLIVEIRA, Renata Alice Bernardo Serafim de. A relativização da coisa julgada. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 105, 2009.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TARTUCE, Flávio. Dação em pagamento. Simulação. Ato praticado na vigência do CC/1916. Matéria de ordem pública. Retroatividade motivada do CC/1916. Art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002. Função social do contrato. Imprescritibilidade da ação declaratória de nulidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, p. 389, out. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 9, set. 2005.

_____ ; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 19, jan. 2002.

ZAVASKI, Teori Albino Zavascki. Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, p. 275, abr. 2000.

1.14

REVISÃO PARLAMENTAR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, CONSTITUCIONALISMO POPULAR E HUMILDADE INSTITUCIONAL

MARIANNA MONTEBELLO WILLEMAN*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Enquadramento teórico: as bases do constitucionalismo popular. 3 Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade: a fórmula da Carta de 1937. 4 Caminhos possíveis: desde uma reestruturação da separação de poderes ao constitucionalismo popular exercido no próprio *judicial review*. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 33/2011) – cuja admissibilidade foi reconhecida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 24 de abril do corrente ano – que pretende introduzir significativas mudanças no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente com vistas à redução do protagonismo das instâncias judiciais nessa tarefa.

Uma das alterações mais controvertidas preconizadas pela PEC caminha no sentido da instauração de mecanismo de revisão parlamentar das decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle de constitucionalidade¹, fórmula que já contou com importantes defensores no constitu-

* Mestre e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora do curso de graduação da PUC-Rio. Ex-Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

1 De acordo com a proposta, o Poder Legislativo assumiria papel de destaque no processo de definição de súmula vinculante, tendo o prazo de noventa dias para deliberar, em sessão conjunta e por maioria, sobre o efeito vinculante de enunciado aprovado pelo STF. Além disso, as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de emendas à Constituição passariam a se sujeitar à apreciação do Congresso Nacional, o qual, divergindo da decisão judicial, submeteria o conflito constitucional à consulta popular. Para o exame da íntegra dos termos da PEC e da movimentação do processo legislativo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

cionalismo brasileiro à época da elaboração da Constituição de 1934 e da Carta de 1937².

Esse cenário revela a atualidade do pensamento que tem sido formulado na comunidade acadêmica norte-americana por partidários de uma corrente doutrinária identificada por constitucionalismo popular e que tem como autores de destaque Larry D. Kramer e Mark Tushnet.

O estudo proposto neste ensaio visa a refletir precisamente sobre essa temática. Após delinear os principais pontos de sustentação e as perspectivas do constitucionalismo popular, abordar-se-á uma fórmula constitucional já experimentada no Brasil que, em tese, reflete as preocupações e inquietações do constitucionalismo popular. Trata-se da revisão parlamentar das declarações de inconstitucionalidade estabelecida na Carta de 1937, expediente que não pôde revelar seu potencial em prol da democratização da interpretação constitucional por ter sido utilizado em regime marcadamente autoritário.

Em seguida, o artigo irá investigar outras alternativas possíveis de compartilhamento da autoridade interpretativa da Constituição a partir de propostas já pensadas pela doutrina nacional. Ao final, sustenta-se que um arranjo menos ousado – porém não menos importante – do constitucionalismo popular pode, em verdade, ser praticado pelos próprios ministros de uma Corte Constitucional, articulando-se a atuação minimalista e a humildade judicial com o constitucionalismo popular.

2 Enquadramento teórico: as bases do constitucionalismo popular

A afirmação do significado da Constituição como tarefa primordialmente exercida pelo Poder Judiciário e a consagração de mecanismos de controle de constitucionalidade por órgãos jurisdicionais no Brasil são fórmulas consensualmente aceitas sem maiores questionamentos, inclusive porque previstas no sistema normativo. A dificuldade democrática que tais institu-

2 Essa recuperação histórica encontra-se realizada nos itens (III) e (IV) do presente trabalho.

tos apresentam não chega a ser fortemente problematizada ou desafiada pela comunidade acadêmica brasileira em razão da própria previsão constitucional de sofisticado mecanismo de revisão judicial das leis e atos do poder público³, o que, em última instância, representaria uma adesão à supremacia judicial.

Há, porém, uma tensão bastante latente nas democracias constitucionais que simplesmente não se pode negligenciar e que suscita debates bem mais complexos no que tange à interpretação constitucional. Trata-se da conhecida “dificuldade contramajoritária”, assim nomeada por Alexander Bickel⁴ na década de 60 e que, desde então, tem sido uma verdadeira obsessão da doutrina norte-americana⁵.

Existem várias concepções que buscam contornar essa tensão⁶ e, colocando em extremos, há autores que justificam e sustentam a primazia do Poder Judiciário como autoridade inter-

3 Como se sabe, os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil seguem, de um lado, a inspiração norte-americana de garantia da supremacia da Constituição por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, caracterizando o denominado controle difuso de constitucionalidade, presente na tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1891; e, de outro lado, a orientação austríaca no sentido da existência de uma Corte Constitucional responsável pela defesa da Constituição, caracterizando o denominado controle concentrado de constitucionalidade, instrumentalizado por meio de um processo objetivo, em que não se tutelam situações jurídicas individuais, mas sim, a própria higidez do ordenamento jurídico, mediante a aferição da constitucionalidade da norma em tese ou em abstrato.

4 BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of Politics*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986. Eis a descrição do problema, recorrendo às palavras do próprio autor: “[...] when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, mystic overtones, is what actually happens. [...] and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic”.

5 FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 112, n. 2, p. 153-259, 2002.

6 Para uma visão bastante detalhada do debate constitucional contemporâneo a respeito da tensão entre constitucionalismo e democracia, propondo a formulação de quatro categorias doutrinárias extremamente didáticas, confira-se: SULTANY, Nimer. *The state of progressiveconstitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 47, pp. 371-455. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2132397>>. Acesso em: 04 set. 2012. Em resumo, o autor visualiza a existência de dois metagrupos, classificando-os em *discursos da unidade* (que considera que a democracia constitucional comporta defesa, a partir de bases racionais, como uma concepção harmoniosa) e *discursos da desunião* (que considera que existe uma tensão irreconciliável entre a democracia e o constitucionalismo). Entre os teóricos que integram a categoria do “discurso da unidade”, destacam-se aqueles autores que negam (*deniers*) a existência de qualquer conflito entre democracia e constitucionalismo e que, portanto, justificam o *judicial review*, como, por exemplo, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e John Rawls. Ainda no contexto do “discurso da unidade”, também estão os autores que, como John Hart Ely, Cass Sunstein e Alexander Bickel, reconhecem a existência de uma tensão entre a democracia e o constitucionalismo, mas entendem que tal tensão é passível de reconciliação e, portanto, justificam o *judicial review* (*reconciliation*). De outro lado, o “discurso da desunião” é integrado por teorias que reconhecem a existência de uma tensão irreconciliável entre a democracia e o constitucionalismo, sendo que, algumas delas (*endorsement*) entendem que essa situação não conduz à rejeição do *judicial review* e buscam formulações para justificá-lo de maneira prudencial (adotada por Lawrence Tribe e Frank Michelman, por exemplo), ao passo que outras efetivamente reputam o *judicial review* como ilegítimo em determinadas condições (*dissolvers*, posição adotada por Jeremy Waldron, por exemplo).

pretativa e outros que a desafiam e propõem alternativas como o constitucionalismo popular⁷.

De fato, o constitucionalismo popular norte-americano tem se apresentado como o grande oponente da doutrina da supremacia judicial, desafiando a concepção de que os juízes são os intérpretes últimos e definitivos da Constituição. Assim, embora existam especificidades no pensamento dos diversos autores que se filiam a esse movimento⁸, o traço comum de sua doutrina reside na desconfiança dirigida à interpretação elitista e expertocrata dos juízes e, portanto, no desejo de diminuir o papel do Judiciário na interpretação constitucional.

Nesse contexto, Mark Tushnet, inicialmente, chegou a argumentar a necessidade de se “retirar a Constituição das mãos das cortes judiciais”, uma vez que o intérprete mais autorizado e legitimado do sentido constitucional é o próprio povo, que realiza essa tarefa por meio de suas instâncias de representação. Assim, o autor sustentou a própria eliminação do *judicial review* a partir do desenvolvimento de argumentos segundo os quais o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público seria desnecessário e indesejado, produzindo malefícios para a democracia norte-americana⁹.

Essa posição bastante extrema e radical veio a sofrer, posteriormente, alguns temperamentos, dedicando-se Tushnet, em trabalhos mais recentes, a marcar uma posição a favor de fórmulas alternativas e moderadas para o exercício da jurisdição constitucional. Assim, ao invés de reforçar sua aversão ao *judicial review*, Tushnet passou a enfatizar a possibilidade de exercício de controle judicial de constitucionalidade sem que isso importe adesão à supremacia judicial. Daí a sua famosa proposta

7 Destacam-se no constitucionalismo popular: KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004; e TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.

8 Dentre os autores que sustentam teses com pontos de proximidade ao constitucionalismo popular, podem-se citar Jeremy Waldron, Reva Siegel, Robert Posner e Richard Parker. O recorte temático deste ensaio, porém, não contempla o exame de suas teorias, pois o objetivo central do trabalho é articular as premissas gerais da corrente com situações de reatividade envolvendo questões constitucionais. Essa delimitação justifica a opção feita no sentido da abordagem restrita aos dois principais autores que se identificam com o movimento: Larry D. Kramer e Mark Tushnet.

9 Nessa linha de raciocínio, Mark Tushnet enfatiza que a Suprema Corte frequentemente produz decisões equivocadas e que, quando tais equívocos incidem em matéria constitucional, a sua reversão é praticamente impossível. TUSHNET, op. cit., Kindle edition, posição 1887.

no sentido do desenvolvimento de um *weak judicial review*, que parte da ideia central de fornecer mecanismos mais ágeis e eficazes para que os diversos atores sociais e políticos possam responder a decisões judiciais que considerem equivocadas.

Eis a diferença principal entre os modelos forte e fraco de revisão judicial, nos termos identificados pelo próprio Mark Tushnet:

No sistema *strong-form* como aquele adotado pelos Estados Unidos, a distinção entre a execução judicial das limitações constitucionais e o autogoverno democrático é óbvia. O povo tem poucos recursos quando as cortes interpretam a Constituição de forma razoável, mas que, na visão alternativa também razoável da maioria, é equivocada. Nós podemos emendar a Constituição ou esperar que juízes se aposentem ou que venham a falecer e substituí-los por juízes que tenham uma visão melhor daquilo que a Constituição significa. Sistemas *weak-form* prometem reduzir a tensão entre o controle de constitucionalidade e o autogoverno democrático. A ideia básica é simples: providenciar mecanismos para que o povo possa responder a decisões que ele razoavelmente considera equivocadas de forma mais ágil do que o processo de emenda ou de substituição de magistrados. [...] Nos sistemas *weak-form*, a interpretação judicial das previsões constitucionais pode ser revisada em relativo curto prazo pela legislatura por meio de processo decisório que não se diferencia muito daquele utilizado no processo legislativo rotineiro¹⁰.

Larry D. Kramer é outro autor que se junta a Tushnet em defesa de um constitucionalismo popular, reservando papel central

10 Tradução livre da autora. No original: "Under a strong-form system like that emerging from the U. S. Supreme Court's decisions, the tension between judicial enforcement of constitutional limitations and democratic self-government is obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in the reasonable alternative view of a majority, mistakenly. We can amend the Constitution, or wait for judges to retire or die and replace them with judges who hold the better view of what the Constitution mean. Weak-systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than constitutional amendment or judicial appointment processes.

[...] in weak-forms systems, judicial interpretations of constitutional provisions can be revised in the relatively short-term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process". (TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University, 2008. p. 22-24).

à interpretação extrajudicial da Constituição, protagonizada, em especial, pela cidadania. O autor opõe-se à supremacia judicial por meio da construção de uma teoria que pretende que o *the people themselves* seja o árbitro final dos conflitos constitucionais. Nessa linha de pensamento:

A suposição de que a autoridade final interpretativa deve ser exercida por alguma esfera de poder governamental pertence à cultura da legislação ordinária, não à cultura do constitucionalismo popular. No mundo do constitucionalismo popular, oficiais do governo são regulados, e não os reguladores, e a autoridade final interpretativa repousa no *the people themselves*. Logo, Madison, Jefferson e seus seguidores não tinham qualquer dificuldade em explicar como os conflitos constitucionais seriam finalmente resolvidos: eles seriam decididos pelo povo¹¹.

A rica e profunda recuperação histórica empreendida por Kramer em sua obra busca demonstrar, inclusive, que a formação constitucional norte-americana, em sua construção teórica inicial, não fornece suporte para uma trajetória de adesão à supremacia judicial. Assim, após articular as visões de James Madison e Thomas Jefferson, conclui Kramer que “esse modo de pensar sobre o papel dos tribunais admite um sistema de *judicial review*, mas um sistema sem qualquer noção ou ideia de supremacia judicial”¹².

É importante registrar, porém, que, à semelhança dos escritos mais recentes de Tushnet, Kramer não advoga a necessidade de eliminação dos mecanismos de controle de constitucio-

11 Tradução livre da autora. No original: “*The assumption that final interpretative authority must rest with some branch of the government belongs to the culture of ordinary law, not to the culture of popular constitutionalism. In a world of popular constitutionalism, government officials are the regulated, not the regulators, and final interpretive authority rests with the people themselves. Hence, Madison, Jefferson, and their supporters had no difficulty whatsoever explaining how constitutional conflicts would finally be resolved: they would be decided by the people*”. (KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004. p. 107).

12 KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o ‘Interesse do Homem’. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Nesse mesmo texto, afirma o autor: “Por isso, quando Madison, Jefferson e aqueles que os apoiavam declararam o que os estudiosos chamariam depois de revisão ‘departamental’, ‘concorrente’ ou ‘coordenada’, eles não estavam advogando um processo no qual ninguém teria a palavra final. Eles estavam defendendo um sistema no qual os diferentes agentes do povo, incluindo juízes, pudessem articular seus diversos entendimentos da Constituição no curso ordinário de negócios e, efetivamente, apresentá-los a um superior comum para julgamento. Caso surgissem conflitos constitucionais, ao final eles seriam resolvidos da única maneira que poderiam ser resolvidos em um governo republicano: seriam decididos pelo povo.”

nalidade. O autor não rejeita a revisão judicial em si, mas sim a exclusividade e a definitividade da interpretação judicial. Tanto assim que a sua principal obra, no epílogo, anuncia o que pode ser compreendido como a conclusão do seu projeto: *judicial review* sem supremacia judicial. E, mais do que isso: o autor chega a identificar a fórmula europeia de estabelecimento de Tribunais Constitucionais politicamente responsivos como um mecanismo “sensato” para o manejo dos problemas decorrentes do controle de constitucionalidade¹³.

Como se pode imaginar, o constitucionalismo popular gera grandes perplexidades e suscita reações das mais variadas intensidades. Uma crítica fortemente dirigida à linha teórica, por exemplo, salienta a ausência de clareza em relação às propostas efetivamente endossadas pelo movimento. Demais disso, adversários do constitucionalismo popular identificam um certo romantismo que, em sua concepção, estaria a permear a doutrina popular e que partiria da premissa de que se deve confiar no povo – por meio de suas instâncias representativas – para se avançar em matéria de valores constitucionais. Essa concepção, porém, desconsidera que a proteção das minorias e de seus direitos não pode ficar na dependência das maiorias. Por fim, estima-se que os constitucionalistas populares supervalorizam as potencialidades de adesão voluntária à interpretação popular por parte das demais instâncias de poder e, ao mesmo tempo, negligenciam os benefícios e os progressos decorrentes da revisão judicial¹⁴.

13 Segundo o autor: “*The nations of modern Europe have found more sensible ways to handle this problem of control. Recognizing that constitutional enforcement is not and never could be like ordinary legal interpretation, the post-World War II constitutions of Europe established special courts, not part of the ordinary legal system, whose sole function is to review constitutional questions. Given the high political station these courts occupy, additional safeguards were added to ensure appropriate level of political accountability without needlessly compromising judicial independence. Appointment to the bench thus typically requires a supermajority in one or both houses of the legislature, guaranteeing that constitutional courts have a mainstream ideology, while judges serve terms that are limited and staggered to ensure a regular turnover. In addition, the constitutions themselves are more easily amendable than ours. The combined effect of these innovations is to relieve the pressure a doctrine of supremacy creates by reducing the likelihood of serious breaches between the constitutional court and the other branches of government, and by making political correctives easier to implement when breaches occur. Partly as a result, constitutional courts in Europe have managed successfully to mimic American activism without the same controversy, though recent developments suggest that European judges, too, may be approaching the limits of their authority*”. (KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004.p. 249).

14 Para uma visão bastante crítica do constitucionalismo popular, confira-se: CHERMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: a reply to professor Kramer. *California Law Review*, v. 92, p.1013, 2004. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/2/>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

A despeito da precisão das críticas e dos questionamentos levantados contra o constitucionalismo popular, não há dúvida de que esse movimento perfilha determinadas teses atrativas, especialmente do ponto de vista da confiança que se espera seja depositada nos destinatários da Constituição. Como se expôs até aqui, segundo o constitucionalismo popular, a autoridade interpretativa do significado constitucional é o *the people themselves* e, como resultado, a interpretação realizada por instâncias judiciais encontra-se sujeita à revisão por seus autênticos e verdadeiros intérpretes, compreendidos pela cidadania.

Esse é o ponto central que o presente ensaio busca desenvolver e que é alvo de constante preocupação por parte dos constitucionalistas populares: a reatividade contra determinado significado constitucional fixado pelas Cortes de Justiça. Em outras palavras, trata-se do sugestivo questionamento formulado por Tushnet bem no início de seu *Taking the Constitution away from the courts*: o que pode ser feito quando a Suprema Corte decide um caso constitucional em sentido que a ampla maioria considera profundamente equivocada¹⁵?

O constitucionalismo popular, inegavelmente, dispensa enorme atenção às possibilidades de interação entre a opinião pública e o Judiciário no processo dialógico de definição do significado constitucional. Isso significa reconhecer que as posições assumidas pela sociedade civil ou pela cidadania – diretamente ou por meio de instâncias de representação – em relação a determinado tema constitucional podem e devem desempenhar papel central na interpretação constitucional. E isso tanto pode ocorrer de forma direta – quando a Corte Constitucional, por exemplo, leva em consideração as críticas populares direcionadas às suas decisões –, como pode realizar-se de forma mediata e mais sutil – por meio do próprio processo de escolha dos ministros, em que as indicações realizadas pelo executivo e referendadas pelo legislativo podem sofrer influência de divergências manifestadas pela opinião pública.

15 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

Assim, nada obstante o reconhecimento de que existem falhas e algum grau de utopia no constitucionalismo popular e, principalmente, sem aderir integralmente ao movimento, o fato é que a teoria põe em evidência uma questão fundamental para a jurisdição constitucional e que não tem sido devidamente problematizada: as Cortes Constitucionais não são oráculos; as suas decisões, embora dotadas de autoridade vinculante em sentido legal, não são infalíveis e, portanto, necessitam sujeitar-se a críticas e revisões, seja por atuação da própria Corte – revelando postura de humildade judicial –, seja por meio do processo formal de emenda constitucional¹⁶.

Com efeito, à luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, fortemente baseado na supremacia judicial da interpretação constitucional, a resposta do Legislativo a uma decisão do STF em matéria constitucional demanda, via de regra, a atuação do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de emenda à Constituição. Assim, o Congresso Nacional manifesta sua divergência para com a interpretação conferida pelo STF a uma norma mediante a reforma do próprio parâmetro de controle, com a ressalva de que tal expediente apenas se revela possível nos casos em que não haja qualquer cláusula pétreia envolvida¹⁷.

Nessa linha de raciocínio, algumas emendas à CRFB foram aprovadas precisamente com o objetivo de contornar a posição firmada pelo STF em determinada matéria constitucional. A título exemplificativo, podem ser lembradas as Emendas nº 19/98¹⁸,

16 ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence. Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, v. 118, p. 1594-1640, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692224>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

17 Nesse sentido, leciona Luis Roberto Barroso: “Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício do seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos)”. (BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96).

18 Por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, conhecida como “reforma administrativa”, o legislador constituinte derivado claramente pretendeu revisar a interpretação conferida pelo STF à abrangência do denominado teto remuneratório do funcionalismo público. Isso porque, de acordo com a jurisprudência firmada pelo STF no julgamento da ADI n. 14, não deveriam ser computadas, para fim de aferição do teto previsto no artigo 37, inciso XI, da CRFB, as vantagens de caráter pessoal. Em resposta, a Emenda Constitucional n. 19/98, dentre outras providências, alterou a norma para deixar expresso que as referidas vantagens de índole pessoal incluem-se no limite máximo remuneratório.

29/2000¹⁹ e 39/2002²⁰, todas elas provocando alteração do texto constitucional em resposta a posicionamentos firmados pelo Poder Judiciário.

Como se percebe, aceita-se atualmente, sem grandes resistências, a possibilidade de “superação” da jurisprudência constitucional por meio de emenda. Mas será esse o único caminho possível para se veicular uma insatisfação com os resultados produzidos pelo *judicial review*? É à análise dessa temática que o presente ensaio passa a se dedicar.

3 Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade: a fórmula da Carta de 1937

O constitucionalismo brasileiro já experimentou, no período da Carta de 1937, outra fórmula de resposta aos resultados tidos por indesejados do *judicial review* e, conforme pesquisa realizada sobre seus antecedentes, sua idealização derivou da mesma preocupação que o constitucionalismo popular lança sobre situações em que maiorias divergem do sentido atribuído judicialmente à Constituição. Tratava-se do expediente identificado por Pontes de Miranda como uma “inovação corretiva”, a ser veiculada por meio de “recurso ao legislativo”²¹, nos termos previstos

19 A Emenda n. 29/2000 traduziu inequívoca reação legislativa à jurisprudência firme do STF no sentido da inconstitucionalidade de alíquotas progressivas de IPTU que levassem em consideração a capacidade econômica do contribuinte. De acordo com o pacífico entendimento da Corte, sendo o IPTU um imposto de natureza real, a progressividade de suas alíquotas não poderia decorrer de critérios atinentes à capacidade econômica do contribuinte, admitindo-se a progressividade apenas para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade (à luz do artigo 182, §4º, inciso II, da CRFB). Em resposta a essa jurisprudência constitucional, o Congresso Nacional aprovou a Emenda n. 29/2000, que expressamente passou a admitir a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel, bem como o estabelecimento de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel. Aqui, mais uma vez, o legislador fez prevalecer sua interpretação promovendo a alteração da Constituição.

20 A Emenda Constitucional n.º 39/2002 pretendeu reverter um posicionamento do STF, novamente em matéria tributária. Tratava-se, dessa vez, de descontentamento com os precedentes – sumulados no Enunciado n. 670 – do Tribunal que rejeitavam a possibilidade de o serviço de iluminação pública ser custeado por meio de taxa. Como forma de contornar o entendimento consolidado, aprovou-se a referida emenda que expressamente passou a contemplar a possibilidade de instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública – em franca reação à jurisprudência constitucional que considerava que o serviço deveria ser suportado por meio da receita de impostos.

21 Segundo Pontes de Miranda, o parágrafo único do artigo 96 da Constituição de 1937 operava a devolução dos poderes de guarda da Constituição a dois Poderes, um após o outro, remediando “as tendências reacionárias da Justiça, que so ia cortar, como inconstitucionais, medidas salutareas ou preceitos fiscais que de modo nenhum o eram”. Além disso, o grande comentarista da Carta de 1937 atribuía natureza recursal ao instituto: “A provocação do Presidente da República estabelece instância política, em figura que satisfaz todas as condições para o conceito de recurso”. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1937*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938. v. 3. p. 45-59).

no parágrafo único do artigo 96, o qual, logo após estabelecer a cláusula de reserva de plenário, admitia que, por provocação do Presidente, o Parlamento suspendesse decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei. Confira-se:

Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Como de conhecimento convencional, a Carta de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas a partir de projeto elaborado por Francisco Campos, que, em seus escritos sobre Direito Constitucional, deixa fora de dúvida que a gênese da revisão parlamentar prevista no parágrafo único do artigo 96 deita raízes nas desconfianças dirigidas ao caráter contramajoritário da jurisdição constitucional. Demais disso, o autor descortina a ilusão do projeto federalista, que reputa de índole elitista e conservadora, concebendo o Poder Judiciário como “instrumento destinado a moderar ou inibir os ímpetos democráticos da Nação”²². E, por fim, associa o expediente de revisão parlamentar aos processos de emenda, afirmando que “o que a Constituição confere ao Parlamento é a faculdade de remover a inconstitucionalidade, mediante nova votação da lei, o que equivale, praticamente,

22 CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional e outros ensaios*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983. p. 172-177. Esse notável ensaio de Francisco Campos, que tem por objeto de análise a revisão parlamentar no controle de constitucionalidade estabelecida na Carta de 1937, desconstrói o *judicial review* “inventado” pelos americanos. Segundo o autor: “O controle judicial de constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do Governo, controle tanto mais obscuro quanto insuscetível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum. A supremacia do Judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundava de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas. O controle judicial de constitucionalidade das leis, ao invés de constituir uma proteção ao povo, era um expediente sabiamente engendrado para o fim de impedir ou moderar as reivindicações populares, ou colocar sob o controle dos interesses criados ou da filosofia conservadora dos beneficiários da ordem estabelecida a evolução das instituições democráticas, privando-as das virtualidades dinâmicas que lhes são inerentes”.

a emendar a Constituição, tornando compatível com esta a lei impugnada”²³.

A essência do “recurso ao legislativo” engendrado por Francisco Campos retrata, efetivamente, a preocupação contemporânea dos partidários do constitucionalismo popular, sendo expressivos desse sentimento os trechos a seguir transcritos:

A modificação introduzida pela Constituição de 10 de novembro teve por fim repor na Nação o controle do Governo, submetendo-o ao juízo do povo, ao qual deve ficar livre a opção, quando se tratar de pôr em movimento o mecanismo constitucional no sentido de serem realizados os grandes fins de governo, fins de ordem pública e geral, em relação aos quais o pronunciamento definitivo não pode deixar de caber ao povo. É a passagem do Governo dos cenáculos para o Governo do povo²⁴.

Em matéria essencialmente política, não apenas por ser política, mas por nela envolver-se grave interesse nacional, a Constituição de 37 dá a última palavra aos órgãos representativos da Nação²⁵.

Embora esse “recurso ao legislativo” revele, em sua origem, preocupação democrática, o fato é que, com a dissolução do Parlamento e a ditadura instaurada por Vargas, o expediente foi utilizado de maneira extremamente autoritária e, portanto, não pode servir como referência prática de constitucionalismo popular. Em verdade, diante da ausência de convocação do Parlamento, a prerrogativa prevista no artigo 96 foi exercida pelo próprio Presidente da República, mediante a expedição de

23 Na seguinte passagem, Francisco Campos desenvolve a associação entre a revisão parlamentar e a reforma constitucional por meio de emendas: “Ora, no Poder legislativo existe sempre o poder constituinte em estado potencial. Apenas o seu exercício é condicionado a exigências constitucionais. Satisfeitas estas exigências, o Poder Legislativo exerce o poder constituinte em toda a sua plenitude. Pois bem, a faculdade de que se trata, o Poder Legislativo já a tem implícita no poder constituinte. O malsinado artigo da Constituição apenas tornou expresso o que é implícito no poder constituinte do Parlamento. Se é certo que as exigências para o exercício da faculdade de derogar julgados não são as mesmas prescritas para a reforma constitucional, não é menos certo que se equivalem no rigor”. (CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 3, p. 404).

24 CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional e outros ensaios*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983. p. 176.

25 Id. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 3, p. 404.

decreto-lei, com fundamento no artigo 180 da Carta de 1937, denotando-lhe irrefutável caráter antidemocrático.

Nesse contexto, a edição, por Getúlio Vargas, do Decreto-lei nº 1.564, de 05 de setembro de 1939, é a evidência mais cristalina da subversão que se operou em relação ao mecanismo de revisão parlamentar. Por seu intermédio, o Presidente da República simplesmente “validou” textos de lei declarados inconstitucionais pelo STF, os quais tributavam a renda proveniente dos vencimentos pagos aos servidores estaduais e municipais. E, com isso, superou, monocraticamente, a jurisprudência então pacífica daquele Tribunal no sentido da inconstitucionalidade da cobrança do imposto de renda incidente sobre a remuneração do funcionalismo público estadual e municipal.

Como se percebe, não se pode invocar em favor do “recurso ao legislativo” aqui examinado o teste da experiência, pois, na prática, a Carta de 1937 permaneceu em suspenso desde o dia de sua outorga²⁶ e, como já se viu, o expediente foi utilizado de maneira completamente dissociada dos motivos que justificaram sua previsão. Em verdade, o exame dos desdobramentos de qualquer experiência constitucional vislumbrada pela Carta de 10 de novembro de 1937 acaba encontrando obstáculos de difícil enfrentamento por conta do estado de exceção que lhe seguiu. Isso, porém, não justifica que se “demonize” a fórmula de *weak judicial review* imaginada naquele momento histórico, até mesmo porque ela não difere substancialmente do expediente das “emendas constitucionais corretivas” de que se utiliza o constitucionalismo contemporâneo em situações de conflito entre os poderes sobre o significado constitucional.

26 Em entrevista ao Correio da Manhã do Rio de Janeiro, em 03 de março de 1945, afirmou Francisco Campos: “Os males que, porventura, tenham resultado para o país do regime instaurado pelo golpe de Estado de 1937 não podem ser atribuídos à Constituição. Essa não chegou sequer a vigorar. E, se tivesse vigorado, teria, certamente, constituído importante limitação ao exercício do poder. [...] O nosso regime, de 1937 até hoje, tem sido uma ditadura puramente pessoal, sem o dinamismo característico das ditaduras fascistas, ou uma ditadura nos moldes clássicos das ditaduras sul-americanas.” Extraído de PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia - Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 41.

4 Caminhos possíveis: desde uma reestruturação da separação de poderes ao constitucionalismo popular exercido no próprio *judicial review*

O compartilhamento da autoridade interpretativa no controle de constitucionalidade tem sido preocupação recorrente em inúmeros países. Mecanismos de interação entre Judiciário e Parlamento ganharam assento, por exemplo, na Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (1982)²⁷, em fórmula que tem sido identificada como dialógica e ilustrativa de um *weak judicial review*, nos termos da classificação proposta por Mark Tushnet.

No Brasil, há relevante produção acadêmica – pretérita e contemporânea – que acompanha as preocupações dirigidas à supremacia judicial pelo constitucionalismo popular norte-americano e que, portanto, dedica-se ao estudo de fórmulas alternativas que viabilizem a descentralização da guarda da Constituição entre os poderes estatais e a cidadania, recusando o monopólio judiciário.

Nessa linha, alternativa bastante criativa foi pensada por João Mangabeira em suas intervenções durante os trabalhos da Comissão do Itamaraty, criada pelo Governo Provisório de 1932 para elaborar o projeto da futura Constituição. Embora defendesse com bastante convicção a conveniência de se deixar expresso no Texto Constitucional que ao STF competiria “interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro” – o que, ao final, não prevaleceu –, João Mangabeira preocupava-se fortemente com a necessidade de serem pensadas “válvulas de segurança contra a ditadura dos juízes”²⁸. Tal

27 O modelo adotado em 1982 pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá é usualmente apontado como construção que vislumbra a possibilidade de o parlamento impor-se perante o judiciário em matéria de interpretação de direitos fundamentais com *status* de lei suprema. Trata-se da disposição contida na Seção 33 da Carta Canadense – conhecida como *notwithstanding clause* ou “cláusula não obstante” – que expressamente rejeita a característica peculiar dos modelos inspirados no constitucionalismo norte-americano de que a decisão do poder judiciário é final e não tem como ser revertida ordinariamente pelo legislativo. De acordo com a mencionada cláusula “não obstante”, o parlamento ou o legislativo de uma província pode simplesmente recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial, imunizando-a pelo prazo inicial de cinco anos, passível de renovação pelas legislaturas subsequentes. Além disso, em conjugação com a Seção 1 da Carta, cria-se uma espécie de “válvula de escape constitucional” considerada importante para se superar o déficit democrático da revisão judicial, permitindo que o poder legislativo corrija decisões emanadas das cortes judiciais com as quais não esteja de acordo. Para uma visão mais detalhada do tema, veja-se: GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.159-221.

28 MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934. p. 113. Segundo João Mangabeira: “[...] nenhuma ditadura seria mais abominável, que a desses juizes vitalícios e responsáveis deante da Nação, que não encontraria, em ditos casos, contra os desmandos de taes Ministros, outro curso que a revolução, tão moroso e complicado, num dia de crise ou de perigo, o da reforma constitucional, ante o povo exaltado pelos crimes da oligarchia judiciaria”.

preocupação, que permeou os debates durante a elaboração do anteprojeto de Constituição, justificou, por exemplo, a incorporação, à Constituição de 1934, da exigência de reserva de plenário (artigo 179) e da competência do Senado Federal para sustação de leis declaradas inconstitucionais.

Mas o mecanismo defendido por João Mangabeira que, a meu ver, aproxima-se bastante das reflexões próprias do constitucionalismo popular estabelecia que, uma vez instaurado um conflito entre a decisão do STF sobre questão constitucional e os demais poderes do Estado, a matéria seria resolvida por plebiscito. Ou seja, a tarefa interpretativa da constituição seria primariamente realizada pelas instâncias judiciais, mas concebia-se mecanismo através do qual seu significado poderia ser devolvido à definição popular.

Nesse contexto, a proposta apresentada por João Mangabeira estatua que, caso uma lei fosse declarada inconstitucional pelo STF, caberia ao Presidente do Tribunal remeter, dentro de quarenta e oito horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordasse com a decisão, caber-lhe-ia expedir decreto revogando a lei. Se não aquiescesse, comunicaria sua decisão ao Poder Legislativo, que poderia divergir, por maioria qualificada de dois terços, do julgamento do STF. Em tal caso, o dissídio entre os poderes do Estado quanto ao sentido constitucional seria objeto de consulta popular, por meio de plebiscito²⁹. Ou seja, na linha do que preconizam os constitucionalistas populares, a decisão final caberia ao *the people themselves*³⁰.

Vê-se, portanto, que a decisão do STF declaratória da inconstitucionalidade de ato do poder público somente poderia ser recusada a partir de critérios bastante rígidos, o que já denota a hipótese de excepcional gravidade para a qual a fórmula foi

29 AZEVEDO, Jose Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Brasília: Senado Federal, 1993. p. 402.

30 Eis trecho relevante da defesa de João Mangabeira dos termos de sua proposta, enfatizando a necessidade de serem pensados mecanismos de revisão do controle de constitucionalidade para casos extremos: "Por ahi se vê que a hypothese só ocorreria em casos de excepcional gravidade, capazes de determinar uma guerra interna ou externa. [...] São casos que ocorrem na vida política de todos os povos. Imagine-se que a Corte de Leipzig não houvesse aceito a emenda à Constituição Allemã sobre o Tratado de Versailles, e o annullasse sob o pretexto de que desmembrava o território allemão, submettendo populações allemães a outra soberania! Que um juiz, por exemplo, decidindo de acordo com a prova dos autos, às quaes se tem de limitar e restringir, cumprindo o seu dever, profira uma sentença, impecável do ponto de vista jurídico, mas que leve o paiz à guerra civil! Foi o caso da decisão de Scott, impecável dentro do raciocínio jurídico, mas que levou o seu paiz à guerra civil. Portanto, nem tudo na vida de uma nação pode ser colocado exclusivamente no terreno jurídico. Há o terreno político, o económico, o social, outras questões de muito mais alto interesse, que só mesmo a própria nação pode resolver." (Ibid., p. 543).

concebida: contra a decisão teriam que se manifestar a Chefia do Poder Executivo e o Poder Legislativo, por maioria de dois terços. E, ainda assim, a interpretação judicial poderia vir a ser prestigiada pelo povo que, em plebiscito, colocaria fim ao dissídio constitucional.

É claro que propostas no sentido da consulta popular como alternativa para solucionar conflitos instaurados entre os poderes orgânicos do Estado em matéria de interpretação constitucional são as mais atrativas na perspectiva democrática. Contudo, elas se deparam com dificuldades práticas inerentes ao processo interpretativo, que apenas raramente comporta critério de solução baseado em uma resposta clara ao estilo “sim ou não”. Assim, para aqueles casos em que a interpretação demanda uma construção afirmativa da Constituição, essa opção típica do constitucionalismo popular parece não apresentar grandes chances de êxito³¹.

No pensamento contemporâneo, Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira alinham-se na defesa do estabelecimento, no Brasil, de uma separação de poderes que contemple mecanismo de revisão parlamentar no controle de constitucionalidade. A ideia por eles preconizada atribui ao Senado Federal papel de relevo na matéria, cabendo-lhe o controle sobre os atos do legislador positivo (Câmara dos Deputados) e do legislador negativo (Supremo Tribunal Federal). Dessa forma, o Poder Legislativo Federal, em sua estrutura bicameral, teria uma Casa Propositora (Câmara dos Deputados) e uma Casa Revisora (Senado Federal). Segundo os autores:

Transformado o Senado Federal em Câmara Revisora, a ele caberia estabelecer o controle sobre a Jurisdição Constitucional, pois do mesmo modo que o Parlamento tem a prer-

31 Nesse sentido, é pertinente a advertência feita por Larry Alexander e Lawrence Solum quanto às fragilidades do constitucionalismo popular para a solução de divergências constitucionais de maior complexidade: “*There is only one kind of constitutional question that would meet these criteria for the success of modest popular constitutionalism and that is the question that calls for a clear yes-or-no answer. When constitutional interpretation requires an affirmative construction of the Constitution, popular constitutionalism cannot do the job. Under rare but possible circumstances, the people can say “Yea” or “Nay”, but the people themselves cannot enunciate even a simple constitutional rule, much less a complex construction of the Eleventh Amendment or a multifactor balancing test.*” (ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence. Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, v. 118, p. 1594-1640, 2005. p. 1623. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692224>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

rogativa de derrubar o veto do Presidente da República, o senado realizaria a revisão parlamentar sobre o controle de constitucionalidade. Essa revisão [...] devolveria ao ordenamento jurídico legitimidade, tornando possível a relação entre Direito e Política³².

Também Dimitri Dimoulis rejeita fortemente o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário no Brasil nas últimas décadas e reconhecidamente sustenta teses no sentido (i) da pluralidade de fiscais da Constituição; (ii) da legitimidade dos fiscais da Constituição, uma vez que as decisões de todos os fiscais da Constituição possuem, a princípio, o mesmo potencial de aceitação popular e as mesmas chances de serem corretas; e (iii) do controle de constitucionalidade sem palavra final e sem metarregra vinculante. Porém, o que mais chama atenção nas formulações teóricas do autor sobre a temática aqui pesquisada concerne ao que denomina de “posição incerta do poder constituinte reformador”³³.

Isso porque, como já se viu, o mecanismo mais direto e eficiente por meio do qual o Congresso Nacional pode divergir de uma decisão adotada pelo STF em sede de controle de constitucionalidade opera-se por meio do exercício do poder constituinte reformador, mediante a aprovação de emenda constitucional de natureza “corretiva”. E o que gera perplexidade ao autor é o fato de a tradição constitucional brasileira aceitar, sem qualquer reserva ou resistência, que tais reformas também sejam, elas próprias, submetidas a controle de constitucionalidade pelo judiciário, o que simplesmente reforça a juscentralidade da interpretação constitucional. Veja-se:

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal realiza de maneira rotineira esse tipo de controle, apesar da incerteza sobre sua base normativa e da ausência de fundamentação satisfatória dessa competência. Isso torna o caso brasileiro absoluta-

32 BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. O valor da Constituição. In: _____. (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

33 As teses aqui sintetizadas encontram-se desenvolvidas no seguinte artigo doutrinário: DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 02, p. 155-166, abr./jun. 2007.

mente excepcional. Mesmo em países cuja jurisdição constitucional afirma teoricamente a possibilidade de controle de constitucionalidade da reforma constitucional, não ocorrem na prática declarações de inconstitucionalidade³⁴.

Com efeito, as emendas à Constituição no Brasil submetem-se a controle de constitucionalidade sem que haja qualquer diferencial que leve em conta tratar-se de escrutínio realizado sobre emanção do poder constituinte reformador. Em outras palavras, não há maior rigidez dos critérios de declaração de inconstitucionalidade por se tratar de atuação estatal qualificada³⁵.

Pois bem. Até o presente momento, foram apresentados alguns possíveis caminhos tendentes a “suavizar” a proeminência do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade no Brasil. Todas elas, porém, dependem de uma reestruturação profunda dos contornos da separação de poderes no país e, especialmente, de uma nova articulação com as formas de manifestação da soberania popular. Diante dessa dificuldade estrutural, coloca-se a questão: é possível pautar a interpretação constitucional pelas premissas do constitucionalismo popular sem que se revele necessário recorrer a expedientes tão extremos como os anteriormente citados? Parece que sim, desde que os fundamentos teóricos do constitucionalismo popular sejam apropriados pela tarefa interpretativa realizada nas próprias instâncias judiciais.

Quando se cogita da possibilidade de uma versão moderada do constitucionalismo popular ser realizado no próprio Judiciário, tem-se em mente a postura de mútuo respeito e consideração que deve necessariamente permear a relação entre os poderes constituídos. E isso significa exortar as Cortes de Justiça a que, no exercício do *judicial review*, tenham *humildade institucional* suficiente para valorizar o processo político democrático e prestar a necessária deferência às esferas de deliberação política.

A esse respeito, Pamela Karlan, estudiosa da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, ao prefaciá-la a *Harvard Law Review* dedicada ao *term* de 2011, recorre ao sugestivo título *De-*

34 DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 02, p. 164, abr./jun. 2007.

35 Preocupação com essa temática está presente na já mencionada PEC 33/2011.

mocracy and Disdain para salientar criticamente que, não raro, os *Justices* mal conseguem disfarçar seu descaso para com as demais esferas de poder governamental. A autora relata situações inusitadas em que, por exemplo, *Justice* Scalia afirmou que as deliberações congressionais adotadas por ampla maioria de votos não devem ser alvo de deferência pelo Judiciário, mas sim de suspeita; ou então em que *Justice* Kennedy inverteu a presunção de constitucionalidade nos casos em que os poderes eleitos avançaram em matérias já apreciadas pelos precedentes da Corte³⁶.

Posturas como as retratadas por Karlan correspondem exatamente ao reverso do que se pode imaginar como constitucionalismo popular no âmbito do *judicial review*. E o que impressiona e preocupa é que essa narrativa não está nada distante da postura por vezes desatenta do STF para com os poderes eleitos.

Nesse contexto, é importante realizar um exame crítico de decisões do STF em que nitidamente a Corte se autocoloca como a intérprete final da Constituição, recusando qualquer tarefa interpretativa aos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo valer um impulso juriscêntrico. Diante do limitado escopo deste trabalho, tal exame crítico recairá apenas sobre dois julgados, selecionados por refletirem essa tendência centralizadora exatamente em hipótese de discordância legislativa.

O julgamento da *ADI nº 2.797/DF*, ocorrido em setembro de 2005, é emblemático nesse sentido. Por meio de tal ação direta, impugnou-se a atuação do legislador ordinário (Lei Federal nº 10.628/2002) em face do cancelamento do Enunciado nº 394 da Súmula do STF. A Corte, em decisão adotada por maioria de votos³⁷, considerou a lei *formalmente inconstitucional*, destacando que veiculava “pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição”. E mais: registrou-se expressamente que “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura feita pelo Supremo Tribunal da Constituição

36 KARLAN, Pamela. Foreword: democracy and disdain. *Harvard Law Review*, v.126, n. 1, nov. 2012. Kindle edition, position 306.

37 STF, *ADI 2.797/DF*, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15.09.2005. Ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador”.

Não se tem a pretensão, nesta oportunidade, de perquirir se a decisão final do STF revelou-se, no caso, a mais acertada ou não. Esse não é, absolutamente, o escopo deste trabalho e é importante sublinhar que a referência feita ao julgado acima tem como preocupação, apenas e tão somente, a discussão suscitada em torno do reconhecimento da *inconstitucionalidade formal* da lei.

Feita a ressalva, percebe-se claramente que a posição adotada pelo STF em tal julgado nega ao Legislativo e ao Executivo a possibilidade de oferecerem qualquer interpretação da Constituição que difira do entendimento fixado judicialmente. Ou seja, essa linha de raciocínio considera que a interpretação do STF equivale literalmente ao que a Constituição afirma; e, assim, qualquer outro entendimento busca, em verdade, alterar a própria Constituição – e não o que o STF disse que a Constituição afirma³⁸.

Recentemente, ao apreciar o *Mandado de Segurança nº 32.033/DF*, o Ministro Gilmar Mendes adotou conduta que também vai na contramão do que se defende em termos de humildade institucional. Na hipótese, tratava-se de mandado de segurança impetrado por parlamentar, visando a obstar a tramitação do PL nº 4.470/2012, segundo o qual “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”.

Em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes deferiu medida liminar para sustar a tramitação do projeto de lei deduzindo dois fundamentos que deixam transparecer claramente sua *indiferença para com a agenda legislativa*: (i) a velocidade da tramitação do projeto e (ii) a contradição entre seu teor e a decisão proferida pelo STF na ADI nº 4.430/DF³⁹. Como se vê, o

38 TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 240.

39 STF, ADI nº 4.430/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, acórdão ainda pendente de publicação. Nesse julgamento, concluído em 29 de junho de 2012, o Plenário do STF empregou a técnica da interpretação conforme para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação.

primeiro argumento põe sob suspeita a celeridade da tramitação legislativa, cujo *timing*, com a devida vênia, segue lógica bem diversa da pauta judicial. De outro lado, o segundo argumento reputa inadmissível que o legislador ordinário tenha uma concepção sobre a Constituição diversa daquela perfilhada pelo STF e acaba por induzir, ainda que por via oblíqua, ao reconhecimento de efeito vinculante em relação ao próprio Poder Legislativo.

Essa posição monocrática foi superada no julgamento plenário, que acabou por revogar a medida liminar e denegar a segurança, ficando vencidos o Ministro Gilmar Mendes e, parcialmente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Ainda assim, ela tem um significado que não pode ser minimizado, pois simboliza de maneira muito nítida essa tendência de reafirmação da centralidade do STF na interpretação constitucional que, embora não tenha encontrado eco nesse caso especificamente, é constantemente revisitada pela própria Corte⁴⁰.

Diante do cenário representado por essas duas decisões de maneira exemplificativa, penso que um projeto bem menos ambicioso de constitucionalismo popular pode ser articulado com o *minimalismo decisório* e com a *humildade institucional* no exercício do *judicial review*, reforçando a lógica segundo a qual juízes também podem ser constitucionalistas populares⁴¹. Compreende-se por humildade institucional a atitude de juízes e tribunais conscientes de que a jurisdição constitucional demanda uma prática permanentemente dialética, em que se dirige especial respeito e consideração às deliberações majoritárias dos poderes eleitos. Trata-se também da noção bem capturada pelo *Justice Learned Hand*, citado por Cass Sunstein, ao comentar que o espírito de liberdade é aquele que não tem muita certeza de que está certo

40 Dentre os mecanismos centralizadores, podem ser lembradas, a título meramente exemplificativo: (i) a tentativa de reconhecimento de uma mutação constitucional que tornaria praticamente insignificante a intervenção do Senado Federal no processo de controle difuso de constitucionalidade (artigo 52, inciso X, da CRFB), tema que se encontra em debate no STF nos autos da Reclamação n. 4.335/AC e que, se vier a prosperar, acabará por reconhecer efeito vinculante às decisões definitivas adotadas pelo STF em controle difuso, independente da intervenção do Senado Federal; e (ii) a teoria da “transcendência dos fundamentos determinantes”, segundo a qual não apenas a parte dispositiva das decisões do STF em controle concentrado ostentariam efeito vinculante, mas também a sua *ratio decidendi*, ensejando o cabimento de reclamação para fins de garantia da autoridade da decisão da Corte.

41 Essa concepção encontra-se desenvolvida por Brad Snyder em *Frankfurter and popular constitutionalism*. A hipótese construída pelo autor busca demonstrar que o *Justice Frankfurter* não foi, como convencionalmente aceito, o anti-herói da Corte Warren. (SNYDER, Brad. *Frankfurter and popular constitutionalism*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2233872>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

e que, portanto, questiona-se constantemente. É esse o espírito que deve conduzir os juízes em caso de desacordos sobre questões fundamentais, levando-os a admitir a existência, em suas mentes, de uma voz que adverte “posso estar equivocado”⁴².

O minimalismo decisório, de outro lado, pauta-se pela adoção de pronunciamentos judiciais restritos às questões consideradas indispensáveis para a resolução do caso em exame, rejeitando-se pretensões doutrinárias ou compromissórias nos votos dos julgadores. Dois são os atributos identificados por Cass Sunstein para caracterizar o minimalismo judicial: as decisões devem ser estreitas (*narrowness*: um caso de cada vez) e superficiais (*shallowness*)⁴³. Essa superficialidade indica que os magistrados devem se manifestar apenas sobre os pontos que sejam fundamentais para a resolução do conflito em questão, sem adentrar em debates sobre temas em relação aos quais a convergência é impossível. Ou seja, para o minimalismo decisório, “é possível se formar consenso quando o acordo é necessário, e é desnecessário concordar quando o acordo é impossível”⁴⁴.

As premissas do constitucionalismo popular, assim, não precisam ficar contidas em investigações restritas a movimentos políticos e sociais, nem tampouco podem se intimidar diante dos desafios que, por razões pragmáticas, surgem a partir de ideias como interpretação constitucional com interação popular. Como se viu, a adoção de padrões decisórios minimalistas e o comportamento judicial pautado por humildade institucional podem ser bons aliados para “suavizar” essa predominância da jurisdição na interpretação e aplicação da Constituição.

5 Conclusão

A interpretação constitucional no Brasil é fortemente baseada na supremacia judicial, reconhecendo-se ao STF a tarefa

42 SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

43 Sobre o tema, veja-se, por todos: Id. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999.

44 SUNSTEIN, op. cit., p. 28.

de definir, conclusivamente, o sentido e o alcance das normas constitucionais.

O presente artigo buscou revisitar esse tema a partir da construção teórica formulada pelo constitucionalismo popular norte-americano, que se apresenta, contemporaneamente, como o grande oponente da doutrina da supremacia judicial, desafiando a concepção de que os juízes são os intérpretes últimos e definitivos da Constituição. Incorporando suas premissas ao debate nacional, o artigo buscou identificar os pontos de aproximação entre esse movimento doutrinário e os modelos de revisão parlamentar do controle de constitucionalidade já experimentados ou defendidos no Brasil.

Diante dos inquestionáveis desafios levantados pelas teorias que buscam o compartilhamento da tarefa interpretativa em matéria constitucional – desafios que incluem a necessidade de se repensar uma tradição constitucional secular, bem como os arranjos institucionais de separação de poderes –, o ensaio finaliza propondo uma perspectiva menos ousada de constitucionalismo popular, vislumbrando a possibilidade de seu exercício no âmbito da interpretação levada a efeito pelas próprias instâncias judiciais, que devem pautar-se por padrões decisórios minimalistas e de humildade institucional no exercício do controle de constitucionalidade.

6 Referências

ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence. Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, v. 118, 2005, pp. 1594-1640. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692224>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

AZEVEDO, Jose Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Brasília: Senado Federal, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Binghampton: Vail-Ballou, 1986.

BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. O valor da Constituição. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 3.

_____. *O Estado Nacional e outros ensaios*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: a reply to Professor Kramer. 92 *Cal. L. Rev.*, 1013 (2004). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/2>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Onze teses sobre o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 02, p. 155-166, abr./jun. 2007.

FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. *Yale Law Journal*, New Heaven v. 112, n. 2, p. 153-259, 2002.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KARLAN, Pamela. Foreword: democracy and disdain. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 1, nov. 2012.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004.

_____. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o 'Interesse do Homem'. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934.

MENDES, Gilmar ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 134, abr./jun.1997.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1937*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938. v. 3.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia/ Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

SNYDER, Brad. *Frankfurter and popular constitutionalism*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2233872>>. Acesso em: 09 abr. 2013.

SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 47, p. 382. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2132397>>. Acesso em: 04 set. 2012.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before?* Princeton: Princeton University, 2009.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999.

_____. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o *judicial review*: uma perspectiva dos Estados Unidos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

_____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University, 2008.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

1.15

QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

PERICLES FERREIRA DE ALMEIDA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Premissas básicas. 3 Balanço patrimonial. 3.1 Considerações iniciais. 3.2 Balanço patrimonial e demonstrações contábeis. 3.3 Último exercício social. 3.4 Exigíveis e apresentados na forma da lei. 3.4.1 Sistema Público de Escrituração Digital – SPED. 3.5 Balancetes e balanços provisórios. 3.6 Atualização por índices oficiais. 3.7 Boa situação financeira e índices contábeis. 3.8. Sociedade recém-constituída. 4 Certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial e de execução patrimonial. 5 Garantia de proposta. 6 Capital social mínimo. 7 Patrimônio líquido mínimo. 7.1 Relação de compromissos assumidos. 8 Cumulação dos requisitos. 9 Conclusão. 10 Referências.

1 Introdução

É objeto deste estudo a habilitação ou qualificação econômico-financeira, cuja proeminente fonte normativa encontra-se nos arts. 37, XXI, da Constituição Federal e 31 da Lei 8.666/1993.

O tema é complexo, notadamente pelo imprescindível diálogo com o Direito de Empresa e Falimentar, por vezes negligenciado. Ao lado disso, infelizmente, a doutrina não tem dado ao objeto de nosso estudo a mesma atenção que dá a sua coirmã qualificação técnica.

Se esses fatos não justificassem o nosso empreendimento, ainda poder-se-ia asseverar que há atual e inequívoca tendência em se focar a modulação da habilitação privilegiando a qualificação econômico-financeira, pelo menos em certames de grande porte para setores tecnicamente maduros, nos quais se mostra pouco recomendável e mesmo desnecessária a imposição de pesados requisitos de qualificação técnica: solução que maximiza a competição, sem prejuízo para a boa execução do objeto, cuja técnica de execução é facilmente obtida no mercado.

* Procurador do Estado do Espírito Santo.

No desenvolvimento do trabalho seguir-se-á, em linhas gerais e tanto quanto possível, o texto legal.

2 Premissas básicas

Habilitação ou qualificação econômico-financeira, na clássica lição de Hely Lopes Meirelles, “é a capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato, aferida, em princípio, pela boa situação financeira da empresa e pela inexistência de ações que possam afetar seu patrimônio”¹. Como acrescenta Marçal Justen Filho, “aquele que não dispuser de recursos para tanto não será titular do direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir inviabilidade da execução satisfatória do contrato e impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento”².

Em processo de licitação pública somente se permitirá as exigências de qualificação econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, sendo claro a propósito o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. É certo, ademais, que a documentação a tal título exigível limita-se à indicada no art. 31 da Lei 8.666/1993. Mais não se poderá demandar dos licitantes. Essa a inteligência que se extrai desse preceito legal, mormente se integrado ao art. 27 da mesma Lei.

O rol de exigências concernentes à demonstração de qualificação econômico-financeira – admitidas pelo mencionado art. 31, que constitui o objeto de nosso estudo – é composto por: (a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis, dos quais se extrairá a comprovação de índices contábeis satisfatórios, conforme previsto no edital, além de informações sobre algumas das outras exigências; (b) certidão negativa de falência, recuperação judicial, extrajudicial e de execução patrimonial; e (c.1) demonstração de recolhimento de garantia, limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação; ou (c.2) capital social

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139-140.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 341

mínimo, limitado a 10% do valor estimado da contratação; ou (c.3) patrimônio líquido mínimo, limitado aos mesmos 10% e, nesse caso, se se entender conveniente, relação de compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição de sua capacidade operativa.

Há controvérsia sobre se poderá a Administração dispensar alguns dos requisitos de qualificação econômico-financeira mencionados no art. 31, não os fazendo constar do ato convocatório, de acordo com o porte da licitação. Entendendo que a dispensa não é possível, Lucas Rocha Furtado defende que na falta de permissão legal expressa nesse sentido e, ainda, considerando que o § 1º do art. 32 da Lei de Licitações apenas viabiliza a dispensa, no todo ou em parte, dos documentos de habilitação nos casos de convite, concurso, leilão e fornecimento de bens para pronta entrega, tem-se que em concorrências e tomadas de preço é incabível o edital dispensar parte ou toda a documentação prevista no art. 31³.

Contudo, mais consistente é a tese oposta, que inclusive conta com maior número de adeptos; pode-se destacar, nessa linha, a lição de Hely Lopes Meirelles no sentido de que “diante de cada licitação a Administração graduará a exigência para essa demonstração de idoneidade financeira dos licitantes”, acrescentando que “o maior ou menor valor da licitação é que indicará as cautelas a serem tomadas pela Administração na apuração da capacidade financeira dos concorrentes”⁴. Trilhando o mesmo caminho, Carlos Ari Sunfeld observa:

O art. 32-§ 1º induz a pensar que, ressaltados os certames mencionados, nos demais o edital esteja constringido a solicitar a apresentação de todos os documentos indicados nos arts. 28 a 31, não podendo dispensá-los. Isso em princípio será verdade, pois o prévio exame desses documentos destina-se a prevenir riscos para o interesse público, descabendo

3 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 215-216.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 140. No mesmo sentido, entre outros, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 341, MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 315.

à Administração renunciar à garantia daí decorrente. Mas a afirmação há de ser tomada em termos, não se descartando a ocorrência de situações especiais, em que a documentação completa se apresente como excessiva ou inútil e, portanto, divorciada da finalidade que a legitima⁵.

Na perspectiva proposta pelo autor, pode-se asseverar que se os investimentos para a execução do contrato não obrigam maiores exigências de qualificação econômico-financeira e o contrário constar do edital, ter-se-á estipulação inconstitucional, por superar o ato convocatório o indispensável ao cumprimento das obrigações, com ofensa, vale dizer, ao art. 37, XXI, da CF. Relevante registrar, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça conta com precedente albergando essa linha de pensamento, isto é, asseverando que não está a Administração compelida a demandar todos os documentos mencionados no art. 31⁶.

3 Balanço patrimonial

3.1 Considerações iniciais

O inciso I do art. 31 da Lei 8.666/93 faculta a exigência, a título de habilitação econômico-financeira, de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta.

A comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis usualmente adotados, previstos no edital e justificados no pro-

5 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 115.

6 STJ, REsp 402.711/SP, Rel. Min. José Delgado. O Tribunal de Contas de União, em julgado no qual criticou a omissão em prever requisitos de qualificação econômica, em especial, a falta de exigência de patrimônio líquido ou capital social mínimo, delineou o entendimento de que essas exigências são obrigatórias quando se revelarem indispensáveis à garantia do adimplemento do futuro contrato; daí que, a contrário senso, elas podem ser descartadas se o porte do contrato não as recomendar (Acórdão 1.268/2003 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar).

cesso administrativo, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento, rentabilidade ou lucratividade, como preceituam os §§ 1º e 5º do art. 31.

3.2 Balanço patrimonial e demonstrações contábeis

Primeira observação é que *demonstrações contábeis* – ou, como diz o art. 176 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas⁷), *demonstrações financeiras* – são um conjunto de contas que compreende (a) balanço patrimonial, (b) demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados, (c) demonstração do resultado do exercício, (d) demonstração dos fluxos de caixa e, se companhia aberta, (e) demonstração do valor adicionado.

Em razão da vedação à exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade (art. 31, § 1º), conclui-se que o que se pode exigir do licitante é a apresentação de balanço patrimonial, sendo praticamente irrelevante a análise das outras demonstrações. Essa, assim, a orientação que deve prevalecer, muito embora frequentemente seja apenas repetido o texto legal nos editais de licitação.

Balanço patrimonial é, na difundida noção de Cesare Vivante, citada por Nelson Abrão, “um quadro contábil que, resumindo os saldos das diferentes contas do estabelecimento, deve representar a situação financeira da sociedade”⁸. Acrescenta Nilton Latorraca, na parte que lhe coube elaborar da clássica obra de Modesto Carvalhosa, que “o balanço será uma síntese das contas mantidas na escrituração dos registros permanentes; não será pois uma simples transcrição das contas, mas o agrupamento dos saldos segundo a natureza dos elementos do patrimônio que as contas registram”⁹. É o que diz, em linhas gerais, o art. 178 da Lei 6.404/1976: “No balanço, as contas serão clas-

7 Registre-se, desde já, que a Lei 6.404/1976 sofreu importantes alterações, notadamente na parte objeto do estudo que aqui se empreende, pelas Leis 11.638/2007 e 11.941/2009. Cabe sublinhar, ainda, que as Normas Brasileiras de Contabilidade, decorrentes mormente da atuação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis do Conselho Federal de Contabilidade, acolhem os princípios da Lei das Sociedades Anônimas também no que se refere à elaboração de demonstrações contábeis de entidades diversas dessa espécie societária, o que justifica o prestígio, no texto, da legislação das sociedades por ações.

8 ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 165.

9 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 683.

sificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia”.

O balanço informa sobre o ativo, o passivo e o patrimônio líquido da empresa. As contas são agrupadas, segundo prescreve o art. 178, §§ 1º e 2º, da Lei 6.404/1976, da seguinte forma: (1) no ativo, em ordem decrescente de grau de liquidez, em (a) ativo circulante e (b) ativo não circulante, composto por ativo realizável a longo prazo, investimentos, imobilizado e intangível; (2) no passivo, em (c) passivo circulante, (d) passivo não circulante (equivalente ao antes denominado exigível a longo prazo) e (e) patrimônio líquido. Note-se, a propósito, que a rubrica patrimônio líquido compõe o elemento passivo do balanço tão somente como artifício de contabilidade para que ativo e passivo apresentem igual valor.

3.3 Último exercício social

A Lei faculta a exigência do balanço patrimonial do *último* exercício social, de sorte que não se admite seja pleiteada a apresentação de balanços de exercícios anteriores ao último¹⁰. O balanço é levantado anualmente, como sugerem os arts. 1.020 e 1.179 do Código Civil e o art. 175 da Lei 6.404/1976; é dizer, o exercício social, considerado no balanço, é lapso de um ano. Exceção a essa regra, no entanto, são os casos de constituição de companhia e de alteração estatutária, nos quais o exercício social poderá ter duração diversa, como faculta o parágrafo único do citado art. 175. Exceções, ainda, são fixadas em leis especiais, como é o caso, por exemplo, das instituições financeiras, que contam com dois exercícios, com fim em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano, por força do que dispõe o art. 31 da Lei 4.595/1964.

10 Nesse sentido, TCU, Acórdão 354/2008 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes. A mesma posição é defendida por Diogenes Gasparini, para quem “o edital somente pode exigir o balanço e as demonstrações contábeis que contenham dados do último exercício social. Será ilegal, portanto, se a exigência abranger, por exemplo, os três últimos exercícios sociais” (GASPARINI, Diogenes. Qualificação econômico-financeira: balanço patrimonial e demonstrações contábeis. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, n. 5, p. 209-219, maio 1995. p. 213).

Prevalece a liberdade da empresa na fixação das datas de início e fim do exercício social, ou seja, não há período legalmente pré-determinado para o exercício social. Ressalve-se, novamente, o caso das instituições financeiras, a teor do art. 31, mencionado linhas acima. Mas o fato é que praticamente todas as empresas têm seu exercício social coincidindo com o ano civil. A explicação para tanto está em que para as obrigações tributárias o período de apuração é o ano civil, de arte que se a empresa adotar exercício social diferente deste, tal fato importará em incremento de custos administrativos e eventuais dificuldades burocráticas¹¹.

3.4 Exigíveis e apresentados na forma da lei

Poder-se-á impor a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, mas apenas dos *já exigíveis e apresentados na forma da lei*. Ensina Diogenes Gasparini que no texto legal “exigíveis significa, unicamente, obrigatórios por força de lei”, de modo que “enquanto não forem obrigatórias em face do não encerramento do exercício social, as indigitadas peças contábeis são inexigíveis para fins de licitação”, sendo que “apresentados na forma da lei significa, tão só, elaborados consoante determinado em lei”¹². O que se pretende deixar claro é que a Lei de Licitações não faculta a exigência de peças contábeis atípicas ou que sejam confeccionadas única e exclusivamente para a participação em licitação; muito ao contrário, o que é viável ao ato convocatório do certame é demandar a exibição de documentos de elaboração obrigatória ao licitante e, ainda assim, apenas desde o momento em que já nascido o dever de sua confecção.

A princípio, todos os empresários e sociedades empresárias são obrigados a levantar anualmente o balanço patrimonial, como determina o art. 1.179 do CC. Exceção se vê no § 2º do mencionado dispositivo legal, que libera desse dever o pequeno

11 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 335-336.

12 GASPARI, Diogenes. Qualificação econômico-financeira: balanço patrimonial e demonstrações contábeis. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, n. 5, p. 209-219, maio 1995. p. 214.

empresário, definido pelo art. 68 combinado com o § 1º do art. 18-A, ambos da Lei Complementar 123/2006, como o empresário individual que aufera receita bruta anual de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Vale anotar, as microempresas e empresas de pequeno porte não estão dispensadas de apresentar balanço patrimonial, muito embora o art. 27 da LC 123/2006 autorize seja adotada contabilidade simplificada, conforme regulamentação do Comitê Gestor¹³. No que se refere às sociedades simples, assim como às associações e fundações,¹⁴ tem-se que são obrigadas à produção do balanço patrimonial, em que pese a omissão da legislação.

Mas da obrigação de levantar balanço patrimonial, a todas essas pessoas jurídicas imposta, não se pode extrair identidade de regime jurídico de contabilização. E é essa diversidade relevante para o tema de nosso estudo, pois as noções de *exigível* (aspecto temporal) e de *na forma da lei* (aspecto formal) podem oscilar consoante o regramento próprio de contabilidade de cada espécie societária. Não se deve perder de vista, no entanto, que os princípios gerais de contabilidade aí aplicáveis estão em grande medida consignados nos preceitos da Lei das Sociedades Anônimas que cuidam da elaboração das demonstrações financeiras, servindo tal diploma normativo de norte aos trabalhos contábeis das outras pessoas jurídicas, mesmo as não mercantis, incidindo, de resto, as normas elaboradas pelo

13 Não estão dispensadas do balanço patrimonial, consoante se infere da Resolução 10/2007 do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN, com alterações posteriores, especialmente da Res. CGSN 28/2008. E mais, é o que já constava expressamente do item 7 da NBC T 19.13, que dispõe sobre “escrituração contábil simplificada para microempresa e empresa de pequeno porte”, aprovada pela Resolução 1.115/2007, do Conselho Federal de Contabilidade (revogada pelo ITG 2000, do CFC).

14 Cabe perfunctória e brevíssima digressão a propósito das pessoas jurídicas de direito privado. Como consta do art. 44 do CC, são elas as associações, as sociedades e as fundações, além das organizações religiosas, dos partidos políticos e das empresas individuais de responsabilidade limitada (estas três últimas já não interessam de perto ao nosso estudo). As fundações são caracterizadas pela afetação de um patrimônio a finalidades não econômicas, vale dizer, fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (art. 62 do CC). As associações e sociedades são marcadas pela união de pessoas, as primeiras não têm objetivos econômicos, enquanto as outras os têm (art. 53 e 981 do CC). O grupo de sociedades pode, para nosso estudo, ser subdividido em sociedades simples e sociedades empresárias (as quais hoje substituem as antigas sociedades civis e comerciais, respectivamente). Na oportunidade, cabe advertir que o presente texto abandona os tipos sociedades em nome coletivo, em comandita simples e em comandita por ações, que praticamente não são utilizados na prática, podendo-se dizer tenham sido mantidos no direito positivo como mero objeto de recordação histórica. Não se tratará, ainda, das sociedades não personificadas, em comum e em conta de participação, pois estas não interessam ao nosso estudo por não possuírem personalidade jurídica nem dependerem de formalidade para sua constituição. Não se cuidará, por fim, das cooperativas, dados os limites deste trabalho. As ideias gerais aqui defendidas, contudo, são aplicáveis a outros tipos, sem dúvida.

Comitê de Pronunciamentos Contábeis do Conselho Federal de Contabilidade.

No que concerne ao aspecto temporal, isto é, o prazo para elaboração e aprovação do balanço patrimonial e, daí, o momento a partir do qual a peça se torna exigível para todos os fins, inclusive o de habilitação em licitação, as sociedades anônimas devem contar com assembleia geral anual, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, para tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras (art. 132 da Lei 6.404/1976). O mesmo caminho deve ser trilhado pelas sociedades limitadas, porquanto obrigadas a levantar anualmente o balanço patrimonial (art. 1.065 do CC), o qual deverá ser objeto de deliberação dos sócios em reunião ou assembleia, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social (art. 1.071, I c/c art. 1.078, I, do CC). Sobre as sociedades simples, associações e fundações, é comumente adotado em seus atos constitutivos e estatutos o mesmo ou inferior lapso temporal para aprovação do balanço.

Uma vez transcorrido o prazo para aprovação da peça, esta se torna exigível, sendo certo, como ensina Fábio Konder Comparato, que “de balanço, a rigor, só se pode falar depois que o titular do patrimônio balanceado – pessoa física ou jurídica – o aprova, obedecidas as formalidades legais. Antes disso, o que há é um projeto ou uma minuta de balanço, sem valor contábil ou existência jurídica”¹⁵. Nessa ordem de raciocínio, e a princípio, o termo final para levantamento e aprovação do balanço será 30 de abril e, logo, o termo inicial de sua exigibilidade será 1º de maio, o que conduz à conclusão de que antes do precitado termo “somente seriam exigíveis os balanços do exercício anterior ao encerrado. Assim, por exemplo, de janeiro a abril de 2004, se se quiser o balanço como prova de qualificação econômico-financeira, somente será exigível o referente a 2002”, como observa Carlos Pinto Coelho Motta, com as palavras e a eloquência de Jessé Torres Pereira Júnior¹⁶.

15 COMPARATO, Fábio Konder. Parecer. *Revista dos Tribunais*, n. 489, p. 42, jul.1976.

16 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão - parcerias público-privadas*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 303.

No que atina ao aspecto formal, o balanço patrimonial será lançado no livro Diário, onde, aliás, serão lançadas todas as operações relativas ao exercício da empresa (art. 1.184, *caput*, e § 2º do CC); as formalidades internas das referidas peças constam do Código Civil (especialmente arts. 1.180 a 1.184) e da Instrução Normativa 107/2008 do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC. Destaca-se, por mais relevantes e por frequentarem usualmente editais de licitação, a obrigação de demonstrar a confecção dos termos de abertura e encerramento do livro Diário (arts. 9º e 10 da IN DNRC 107/2008), a assinatura do balanço e dos termos por técnico em ciências contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou sociedade empresária (art. 1.182 e 1.184, § 2º, do CC) e, por fim, a autenticação, após exame das formalidades legais, pelo Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, no caso de sociedade empresária, ou pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas, em caso de sociedade simples, associação, fundação e outras (art. 1.181 do CC e art. 12 da IN DNRC 107/2008).

Sobre esse último ponto, isto é, a autenticação pela Junta Comercial (ou ato congênere de outro órgão), impõe-se algumas digressões. Pedem os atos convocatórios, não raramente, a comprovação do registro na Junta do balanço e da ata de sua aprovação. Isso, malgrado em certa oportunidade já considerado despidendo,¹⁷ afigura-se lícito e oportuno, pois que se cuida de formalidade essencial do ato, sendo indubitável que sua ausência não permite seja considerada como elaborada a peça na forma da lei, pairando, mesmo, dúvidas sobre o cumprimento das demais formalidades, que não foram verificadas pelo ente com atribuições para tanto. Mas em exigindo o edital a autenticação pela Junta, ter-se-á de convir que não poderá o licitante ser inabilitado pelo tempo normal de tramitação ou mesmo pelo atraso do órgão público no cumprimento de seu mister; esclarecendo, já em 1º de maio se torna exigível o balanço do exercício anterior, devidamente aprovado, mas não a certidão ou termo de autenticação da Junta, devendo a Administração se contentar

17 TCU, Acórdão 342/2010 – Plenário, Rel. Min. José Jorge.

nessa data com a comprovação do protocolo dos documentos naquele órgão, até que ele conclua a sua apreciação.

Cabe, por derradeiro, considerar a quase rotineira exigência de apresentação de cópias das publicações do balanço e demonstrações contábeis em jornal e na imprensa oficial, no caso de licitante sociedade anônima, observadas as exceções legais (ou seja, os casos de dispensa dessas publicações pela própria Lei das Sociedades Anônimas)¹⁸. Sabe-se que um dos princípios nucleares das sociedades anônimas é o da publicidade oficial, que se busca alcançar não só pelo depósito das demonstrações financeiras no Registro do Comércio, mas também com a publicação das citadas peças em jornal e no Diário Oficial, para ciência dos interessados, antes de sua apreciação em assembleia ou, com as modificações desta, a republicação em momento posterior (cf., v.g., arts. 133, 134, § 4º e 289 da Lei 6.404/1976).

Sem embargo, em licitação, exigir a apresentação das publicações é medida que não se apresenta útil para a apuração da idoneidade econômica: constitui, em verdade, imposição meramente burocrática, que em nada auxilia na verificação da habilitação econômico-financeira¹⁹. Isso porquanto a “prova da publicidade de atos societários, quando exigida em lei, será feita mediante anotação nos registros da Junta Comercial à vista da apresentação da folha do Diário Oficial, ou do jornal onde feita a publicação”, como preceitua o art. 54 da Lei 8.934/1994. Em outras palavras, e em síntese, a verificação do cumprimento da formalidade cabe ao órgão de registro. E tanto assim é que não se cogita exigir das sociedades de grande porte a comprovação das publicações de suas demonstrações contábeis, muito embora também elas, independentemente do tipo societário, estão obrigadas às publicações, por inteligência do art. 3º da Lei 11.638/2007, como ensina Nilton Latorraca²⁰.

18 A companhia fechada que tiver menos de vinte acionistas, com patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), poderá deixar de publicar, entre outras peças, as demonstrações financeiras (art. 294 da Lei 6.404/1976).

19 No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 342.

20 LATORRACA, Nilton. *Artigos 175 a 200*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 643-649.

3.4.1 Sistema Público de Escrituração Digital – SPED

O Sistema Público de Escrituração Digital – SPED foi instituído pelo Decreto 6.022/2007²¹ – que regulamentou, em especial, o art. 1.180 do CC, o qual admite o livro Diário na forma eletrônica –, com o escopo de unificar as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração comercial e fiscal dos empresários e das sociedades empresárias, mediante fluxo único, computado-rizado, de informações, cabendo sua administração à Secretaria da Receita Federal – SRF, com participação de representantes de outros órgãos e entes. Note-se que, apesar da atribuição da gestão do sistema a órgão fiscal, o Decreto não se limita a tal órbita; ao contrário, foi expresso no sentido de que o objeto da inovação é também a escrituração comercial, em que pese caber à SRF a gestão do SPED.

Nasceu dele a Instrução Normativa 787/2007 da Receita Federal do Brasil – RFB, introduzindo a Escrituração Contábil Digital – ECD, declarada e pretensamente, apenas para fins fiscais e previdenciários (art. 1º), a qual é transmitida ao SPED pelas pessoas jurídicas a ela (ECD) obrigadas, compreendendo a versão digital, entre outros, do livro Diário e seus auxiliares, assinado e transmitido digitalmente, utilizando-se certificado de segurança, na forma como esmiuçado no citado ato normativo (art. 2º). A IN RFB 787/2007 foi recentemente revogada pela IN RFB 1.420, de 20/12/2013, que atualmente cuida da matéria, destacando-se como principal inovação o aumento do rol de entidades obrigadas a ECD via SPED²². É relevante desde já registrar, a ECD será transmitida anualmente ao SPED até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração, salvo os casos de extinção, cisão

21 Alterado recentemente pelo Decreto 7.979/2013.

22 Segundo os termos da revogada IN RFB 787/2007, eram obrigadas a ECD via SPED as sociedades empresárias submetidas à tributação de imposto de renda com base no lucro real e as sujeitas a acompanhamento tributário diferenciado, admitindo-se sua adoção, facultativamente, pelas demais sociedades empresárias (art. 3º). Agora, com a IN RFB 1.420/2013, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014, ficam obrigadas: as pessoas jurídicas sujeitas à tributação do Imposto sobre a Renda com base no lucro real; as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido, que distribuírem, a título de lucros, sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), parcela dos lucros ou dividendos superior ao valor da base de cálculo do Imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita; as pessoas jurídicas imunes e isentas.

etc. (art. 5º da IN RFB 1.420/2013, que equivale ao art. 5º da IN RFB 787/2007). Não se tem notícia de outro ato normativo da RFB disciplinando a gestão do SPED (exclusivamente) para fins contábeis comerciais, o que soa até lógico dado que é objetivo do sistema a unificação das atividades de escrituração comercial e fiscal.

Em sequência, a Instrução Normativa DNRC 107/2008, também tendo como um de seus pilares o Decreto 6.022/2007, isto é, o SPED, tratou de uniformizar e atualizar os procedimentos relativos à autenticação dos instrumentos de escrituração dos empresários e sociedades empresárias, explicitando que a escrituração tem como instrumentos, entre outros, os livros em papel e os digitais (art. 2º). Inclui-se aí, é claro, o livro Diário – no qual, como já esclarecido e convém repetir, é lançado o balanço patrimonial –, impondo-se que seja assinado por contabilista e pelo empresário ou sociedade empresária, seja da forma tradicional, seja digitalmente, utilizando-se certificado digital (art. 4º). Aliás, o livro digital observará, além das normas relativas aos livros em papel (no que couber), a escrituração dos termos de abertura e de encerramento consoante o Manual de Orientação aprovado pela IN RFB 787/2007 (art. 16), depois substituída pela IN RFB 1.420/2013. Saliente-se, nessa linha, que os mesmos requisitos do balanço na forma física são presentes na forma digital.

O procedimento de autenticação do livro digital é traçado nos arts. 18 a 21 da IN DNRC 107/2008; é o que se descreve a seguir, em resumo. O arquivo contendo o livro digital é encaminhado pela empresa ao SPED, com requerimento de autenticação (por óbvio, registrado no sistema), ficando então disponível para visualização pela Junta Comercial por tempo suficiente para análise. O SPED, além de disponibilizar a visualização do livro digital à Junta Comercial, remeter-lhe-á arquivo contendo os termos de abertura e de encerramento, assim como outros dados necessários. Uma vez autenticado o livro, a Junta Comercial enviará o termo de autenticação para o SPED, que possibilitará o *download* à empresa. Não sendo possível a autenticação do livro digital, a Junta Comercial enviará ao SPED a devida notificação, para ciência da empresa.

É irrefutável o intercâmbio normativo entre a IN DNRC 107/2008 e a IN RFB 1.420/2013, conquanto a segunda se apresente como norma de fins fiscais e previdenciários. Isso, pelo menos, pelas seguintes razões. A administração do SPED cabe à SRF, não sendo permitido olvidar que o relacionamento do gestor do sistema com as Juntas Comerciais é disciplinado pelo ato normativo dele, é dizer, a IN RFB 1.420/2013. Depois, o livro Diário e seus auxiliares e, logo, os documentos que integram tal livro, como o balanço patrimonial, são as peças que a IN RFB 1.420/2013 diz que serão transmitidas em versão digital, obrigatoriamente para algumas empresas e instituições e facultativamente por todas as outras; não se trata, então, de obrigação tributária assessória que impõe a elaboração de livros auxiliares ou de lançamentos de ajuste nos livros próprios, mantendo-se as demonstrações financeiras na forma tradicional (em papel) em paralelo²³.

Dessa relação de complementaridade normativa surgem questões práticas que interessam ao nosso estudo, merecendo resposta expressa.

Primeira, e mais singela, é se as demonstrações contábeis digitais, notadamente o balanço patrimonial, todas as quais se convencionou chamar de SPED, substituem a apresentação de cópia do balanço patrimonial extraído do livro em papel, para a habilitação em licitação.

A resposta é afirmativa. Em verdade, a versão digital é a única que pode ser aceita para algumas empresas, por imposição da IN RFB 1.420/2013 (tendo lugar, facultativamente, para todas), de sorte que o que não se poderia cogitar, nesse caso, é a apresentação do documento físico. Tanto mais que não podem coexistir validamente duas escriturações referentes ao mesmo período, eis que isso contrariaria a lógica da contabilidade e, como se sabe, as formas digital e em papel (e as outras admitidas pela legislação) são alternativas para execução do mesmo objeto.

23 O fato é relevante, pois afasta a ideia de que se cuidaria (o SPED) de disposição de lei tributária que obriga a aplicação de métodos ou critérios contábeis diferentes ou à elaboração de outras demonstrações, mantendo-se em paralelo a contabilidade na forma da Lei das Sociedades Anônimas, nos termos de seu art. 177, § 2º.

Por outro ângulo, o licitante não é obrigado a confeccionar documento contábil exclusivamente para participar de licitação, mas sim a exibir os que já está obrigado a elaborar, segundo a legislação. E mais, as Juntas Comerciais não podem receber em protocolo o livro Diário digital diretamente da empresa, e nem mesmo poderiam receber o livro Diário em papel, se a empresa está obrigada a adotar o digital, eis que num ou noutro caso seriam violados diversos dispositivos da IN DNRC 107/2008, o que é fácil de perceber, mesmo com a superficial análise procedida linhas acima.

Não se deve perder de perspectiva que é viabilizado à empresa a impressão do livro digital e de seu termo de autenticação pela Junta Comercial para efeito de prova (art. 23 da IN DNRC 107/2008), medida que se impõe seja adotada para instruir o envelope de habilitação.

Segunda questão concerne ao termo após o qual se torna exigível o balanço patrimonial digital (e as demonstrações contábeis da mesma natureza), tendo em vista que (a) a IN RFB 1.420/2013 faculta a transmissão da ECD ao SPED até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração (art. 5º), bem assim que (b) regra geral, o lapso para elaboração e aprovação do balanço patrimonial tem fim com os quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social objeto da peça, normalmente no último dia do mês de abril, como demonstrado em tópico anterior.

Poder-se-ia supor que a obrigação legal não é alterada pelas normas regulamentares ou mesmo cogitar-se a ilegalidade do ato administrativo que posterga o termo inicial da exigência do balanço, impondo-se, destarte, que a transmissão do livro digital ao SPED seja feita nos quatro primeiros meses do ano, pelo menos para os interessados em participar de licitações. Isso, claro, presumindo-se nesse interregno a disponibilidade do sistema para receber os arquivos digitais, o que parece ser o caso, dadas as estatísticas oficiais²⁴. Mas o fato é que enquanto não modificada a

24 Apenas a título exemplificativo, anota-se que no Estado do Espírito Santo foram recebidos 262 livros digitais de janeiro a maio de 2012 e 1.940 em junho de 2012. As estatísticas do SPED Contábil estão disponíveis em <https://www.sped.fazenda.gov.br/estatisticascontabil/>.

regra do art. 5º, notadamente quando se exige a autenticação das peças contábeis pela Junta Comercial, não se apresenta viável que seja subtraído do licitante parte de seu prazo para cumprimento da obrigação de produção e encaminhamento do livro digital, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima. Não se deve perder de perspectiva, de resto, que o balanço patrimonial exigido é o apresentado na forma da lei, expressão que deve ser entendida em sentido largo, albergando toda a legislação (é dizer, inclusive os atos administrativos normativos), de sorte que a apresentação além de dar-se na forma digital deve observar o prazo para esse tipo fixado.

3.5 Balancetes e balanços provisórios

Nada obsta seja levantado balanço em qualquer momento e sobre qualquer interregno. Mas apenas ao balanço levantado no final do exercício social, que deste (do exercício) cuida integralmente, são atribuídos os diversos efeitos legais; aliás, regra geral, a legislação considera obrigatório apenas esse único balanço anual.

Nesse contexto é que se apresenta vedada a substituição do balanço patrimonial por balancetes ou balanços provisórios, como consta do art. 31, I. Balancete é levantado para tratar de período destacado do exercício e objetivando fim especial, enquanto balanço provisório seria a peça antes de sua aprovação pelo órgão competente ou do cumprimento de outra formalidade essencial²⁵. Essas peças, repise-se, não substituem o balanço patrimonial.

25 Diogenes Gasparini apresenta definição de balancetes e balanços provisórios algo diversa, ao explicitar que é vedada a substituição "por balancetes (levantamento mensal da situação econômico-financeira de certa empresa) ou balanços provisórios (levantamento em época especial da situação econômico-financeira de uma empresa) já que não reflete, nesse particular, o resultado final do exercício social, mas tão-só o do momento do levantamento" (GASPARINI, Diogenes. *Qualificação econômico-financeira: balanço patrimonial e demonstrações contábeis. Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, n. 5, p. 209-219, maio 1995. p. 215). Não se pode deixar de registrar a impropriedade das definições do autor, pelo menos do ponto de vista da estipulação legal, *ad instar* dos arts. 163, VI e § 1º e 248, I, da Lei 6.404/1976, que consideram balancete, respectivamente, peça ao menos trimestral para avaliação do conselho fiscal e peça para verificação do patrimônio líquido de coligada ou controlada para confecção do balanço patrimonial da companhia investidora. Marçal Justen Filho, simples e diretamente, considerava balancetes ou balanços provisórios "aqueles levantados extraoficialmente ou para fins especiais" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 344).

3.6 Atualização por índices oficiais

O inciso I do art. 31 admite a atualização por índices oficiais quando encerrado o balanço patrimonial há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta. De igual modo, o § 3º do mesmo artigo faculta a atualização para a data de apresentação da proposta, por índices oficiais, do valor do capital social ou do patrimônio líquido.

Parece que a previsão de atualização monetária do inciso I nada acrescenta na apuração da habilitação econômica da empresa, dado que essa medida (atualização) não é apta a alterar o resultado dos índices. Assim, o comando do inciso I confundir-se-ia com o do § 3º – este último sim de indiscutível utilidade –, desafiando a ideia de que não há palavras inúteis na lei²⁶. Quanto à previsão de atualização que consta do § 3º, retomaremos o ponto no item próprio.

De toda sorte, cumpre dizer que o termo inicial para a atualização é o dia seguinte ao final do exercício social objeto do balanço – e não, vale frisar, a data de aprovação do balanço ou de sua autenticação pelo órgão de registro –, sendo o termo final a data de apresentação dos envelopes ou, melhor dizendo, a data limite para tal ato. E mais, não será possível a atualização se não completados 3 (três) meses entre o final do exercício social e a data de apresentação das propostas, pois, pelo visto, o legislador considerou irrelevante o desgaste da moeda nesse curto interregno temporal.

3.7 Boa situação financeira e índices contábeis

Admite-se a investigação da boa situação financeira da empresa pelo cálculo de índices contábeis. O tema é tratado nos §§ 1º e 5º do art. 31, desdobrando-se nos seguintes aspectos: (a) os índices contábeis e seus valores devem ser usuais no

26 Em sentido oposto, Diogenes Gasparini entende que a atualização do balanço e das demonstrações contábeis é diversa da atualização do capital e do patrimônio líquido, não podendo uma hipótese ser confundida com a outra (GASPARINI, Diogenes. Qualificação econômico-financeira: balanço patrimonial e demonstrações contábeis. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, n. 5, p. 209-219, maio 1995. p. 212-213).

mercado; (b) estar previstos no edital e devidamente justificados no processo; (c) sendo, porém, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

Fica afastada a exigência de índices e valores não usualmente adotados, isto é, não se deve prever no edital nem fórmula de cálculo nem resultado que se pode dizer incomum para as empresas do ramo do objeto da licitação.

Na classificação de Nilton Cordoni Júnior, os índices podem ser divididos nos grupos *lucratividade* (também chamado *rentabilidade*), *giro dos ativos*, *alavancagem financeira* (igualmente denominado *endividamento*), *liquidez* e *valor de mercado*²⁷. Descartado o primeiro, tem-se que os integrantes dos demais grupos podem ser eleitos pelo edital, uma vez motivada a escolha no processo, tendo-se sempre em mente o porte da licitação e o princípio da proporcionalidade. Na prática administrativa da órbita federal, por força da Instrução Normativa MARE 05/1995 (item 7.1, V) – e nas outras, possivelmente por influência de tal diploma normativo –, os editais rotineiramente preveem os índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), em valor superior a 1,00 (um), que são os calculados automaticamente pelo sistema do registro cadastral federal (SICAF) e que devem constar dos editais, para uniformidade dos procedimentos de avaliação.

Da mesma forma, os valores dos índices não podem fugir do que é usual no mercado, pois “a depender de sua valorização, os índices podem configurar cláusula restritiva da competição, invalidando a licitação”, como ensinam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães²⁸. Julgado emblemático do TCU permite bem compreender essa asserção: determinou a Corte de Contas a anulação de licitação de

27 CORDONI JÚNIOR, Nilton. Análise das demonstrações contábeis em processos de licitação e contratos. *ILC - Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 10, n. 107, p. 31-44, jan. 2003. p. 36, 40-41.

28 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 316.

obra, na qual os índices de LG e LC tiveram seu valor mínimo fixado em 3,00 e de Endividamento Geral (EG) no mínimo de 0,20, porquanto, segundo dados da revista *Conjuntura Econômica* (lista de 2004), das 15 maiores empresas do ramo da construção, que aparecem na listagem das 500 (quinhentas) maiores sociedades anônimas do Brasil, apenas 5 atenderiam a tais valores²⁹.

O já mencionado § 1º proibiu a exigência de valor mínimo de faturamento, assim como a utilização de índices de rentabilidade ou lucratividade. Faturamento tange ao total de receitas da empresa, decorrente de vendas ou de serviços (daí as faturas, que originam o termo). Já esses índices, lembra Nilton Cordoni Júnior, relacionam a rentabilidade a uma variável, como vendas, ativos e patrimônio líquido³⁰. O TCU tem prestigiado a regra, defendendo que o suporte legal proscreve também a utilização de índices cuja fórmula de cálculo inclua índices de rentabilidade ou lucratividade³¹.

Não basta a previsão no edital, os índices devem estar justificados no processo administrativo que tenha dado suporte ao certame, funcionando iterativamente o TCU como guardião desse dever de motivação³². Quer-nos parecer que a justificativa tangencia tanto para a comprovação de que o índice e o valor escolhido são usuais no mercado, quanto para a utilidade desses na averiguação da qualificação econômica para executar o específico objeto da licitação, de acordo com os investimentos

29 TCU, Acórdão 1.899/2006 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo. No mesmo sentido, cf. TCU, Acórdão 779/2005 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Acórdão 2.150/2008 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Acórdão 2.397/2009 – Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Vinícios Vileça, Acórdão 6.613/2009 – Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Acórdão 326/2010 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 1.265/2010 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, Acórdão 4.606/2010 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

30 CORDONI JÚNIOR, Nilton. *Análise das demonstrações contábeis em processos de licitação e contratos. ILC - Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 10, n. 107, p. 31-44, jan. 2003. p. 42.

31 TCU, Acórdão 1.351/2003 – Primeira Câmara, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, no qual se recomendou que a Administração se abstenha de exigir Fator de Insolvência que, entre outros, tem em sua fórmula de cálculo a Rentabilidade do Patrimônio Líquido.

32 TCU, Acórdão 1.429/2007 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 597/2008 – Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira (este citando muitos outros precedentes), Acórdão 2.882/2008 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Acórdão 4.606/2010 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 5.026/2012 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

que serão necessários³³. Esse dever é atenuado, porém, pois desnecessário maior digressão se os índices adotados são os impostos pela Instrução Normativa MARE 05/1995 (item 7.1, V) ou, por idêntica razão, os que já constam de minuta de edital de licitação padronizada pela assessoria jurídica do órgão.

Por derradeiro, cabe dizer que, seguindo os termos da Instrução Normativa MARE 05/1995 (item 7.2), a jurisprudência do TCU³⁴ admite à Administração exigir como alternativa para a insuficiência dos índices contábeis – é dizer, resultado do LG, SG ou LC igual ou menor do que 1,00 – a previsão de capital social ou patrimônio líquido ou, ainda, garantia de proposta, de forma subsidiária. Desenvolvendo o ponto: poder-se-á cumular a exigência de índices (em resultado mínimo, sob pena de inabilitação) com a comprovação de patrimônio líquido (ou capital ou garantia); de outro lado, poder-se-á também estipular seja o rigor dos índices atenuado pela demonstração subsidiária de patrimônio líquido ou de uma das outras duas alternativas congêneres.

3.8 Sociedade recém-constituída

Ainda no que tange à obrigação de apresentar balanço patrimonial, impõe-se considerar a hipótese de sociedade recém-constituída, que por essa razão ainda não conta com as demonstrações de seu último exercício social. Duas orientações, diametralmente opostas, podem ser em tese cogitadas: A primeira, dispensar-se a empresa nova da exibição de balanço pa-

33 Jessé Torres Pereira Júnior observa: “As razões de escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão-somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avançar” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 432). O TCU, Acórdão 1.519/2006 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer (citado pelo autor, op. cit., p. 432-433), determinou a exclusão de índice não usualmente adotado pela Ciência da Contabilidade, por faltar justificativa sobre em que medida uma empresa que não atingisse a média proposta não estaria apta a executar o contrato. O Tribunal, já no Acórdão 2.397/2009 – Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, sugere a consulta a periódico especializado para a escolha e justificativa de índices. Ainda no Acórdão 1.899/2006 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, constou que “os índices e seus valores devem ser fixados de modo a demonstrar a capacidade financeira da licitante em suportar os compromissos advindos da execução do contrato. Devem ser fixados e demonstrados tendo em conta as características do contrato, como valor total, cronograma físico-financeiro da obra, mobilização de equipamentos e pessoal, critérios de medição, período de medição, prazo de pagamento das faturas, diferimentos de despesas etc. Estas características vão determinar, por exemplo, o capital de giro necessário para a assunção dos encargos, a disponibilidade de recursos para o custeio das despesas inerentes à execução da obra”.

34 TCU, Acórdão 247/2003 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vilaça.

trimonial; a outra, exigir-se *balanço de abertura* ou peça congênere³⁵.

A primeira tese conta com o argumento de que o art. 31, I, só admite a requisição das peças já exigíveis e apresentadas na forma da lei, isto é, não pode ser demandada a apresentação de peça ainda não obrigatória por não ter se encerrado o exercício social, muito menos peça que se pretenda seja confeccionada apenas para participação na licitação, sem outra utilidade. Mas a segunda orientação apresenta-se mais consistente. O princípio da igualdade entre os licitantes obriga a apresentação do balanço também pela empresa recém inaugurada, seja para verificação de resultado favorável em índices contábeis seja para comprovação de patrimônio líquido, obrigações que, se impostas a todos os licitantes, não podem ser dispensadas unicamente para as novas empresas.

4 Certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial e de execução patrimonial³⁶

Do art. 31, II, da Lei 8.666/93 extrai-se que se poderá exigir a título de qualificação econômico-financeira a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata (leia-se: recuperação judicial ou extrajudicial) expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.

Tem-se entendido que na falta de vara especializada em falências a apresentação de certidão negativa do cartório distribuidor das varas cíveis supre a exigência,³⁷ bem assim que é in-

35 Ignora-se, por absurda, a ideia de inviabilidade de comparecimento de empresa constituída no próprio exercício social da licitação. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 343.

36 Adverte-se que o tema tratado neste tópico é abundante, sendo que os limites deste trabalho inviabilizam uma análise pormenorizada de todas as dificuldades que o orbitam. Deixa-se de lado, e vale dizê-lo expressamente (dada a relevância e complexidade do assunto), questões sobre a possibilidade de se demandar: (a) certidão negativa de falência do empresário pessoa física; (b) certidão negativa de execuções, com o escopo de se comprovar a inexistência de processo de insolvência civil (art. 748 do CPC) em desfavor de pessoas jurídicas não submetidas ao Direito Falimentar; e (c) certidão negativa de execuções (todas elas) das pessoas jurídicas, notadamente porque a execução patrimonial contra essas pessoas pode provocar dano elevado em sua idoneidade econômica, redundando, em termos práticos e na acepção vulgar do termo, em falência, isso em que pese a omissão legal e sem perder de vista que ações judiciais representam obrigações que devem ser consideradas no passivo, no balanço patrimonial.

37 STJ, MS 5.602/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel.

devida a solicitação de certidão da Corregedoria do Tribunal de Justiça (ou documento equivalente) na qual conste o número de distribuidores da sede da pessoa jurídica, por absoluta falta de previsão legal³⁸. Noutra giro, em que pese a letra da Lei, merece crédito a tese de que eventual processo localizado em comarca diversa da sede da pessoa jurídica ou do domicílio da pessoa física possui o mesmo efeito de obstar a habilitação, pois regras especiais de competência podem determinar o ajuizamento da ação em local distinto e, de resto, é indiferente à Administração a observância (ou não) das regras de competência do processo civil³⁹.

Impõe-se breve digressão sobre o regime dos processos de falências. Estes podem ser inaugurados, grosso modo, por iniciativa ou de credor ou do próprio empresário devedor (art. 97 da Lei 11.101/2005). Se o empresário confessadamente não pode cumprir com suas obrigações, e por isso requer a autofalência, traduz-se indubitável que não poderá ser habilitado em licitação, por não dispor de boa saúde financeira⁴⁰. De outro lado, no pedido de falência ajuizado por credores, tem-se que é relevante considerar tanto a causa de pedir da ação quanto a posição assumida pelo devedor no processo judicial, não constituindo a simples existência de processo fato suficiente para em todos os casos e sem maior reflexão ser inabilitado o licitante.

Usualmente, a ação de falência tem fulcro em (a) título ou títulos executivos protestados para fim falimentar cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, ou, então, em (b) certidão de execução frustrada, é dizer, sem pagamento, depósito ou penhora de bens suficientes, de qualquer

38 TCU, Acórdão 768/2007 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.

39 Nesse sentido, enfrentando o tema com maior profundidade, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.p. 348. Note-se que a Lei de Licitações só permite a exigência, por exemplo, de certidão do distribuidor da sede da pessoa jurídica, de sorte que o conhecimento de ação de falência nascerá de diligência da Comissão de Licitações ou de representação de outro licitante ou de qualquer interessado.

40 Fábio Ulhoa Coelho lembra que “apresentada a petição inicial de autofalência, e estando ela convenientemente instruída, o juiz sentenciar a quebra do requerente. Se não estiver, o juiz deve determinar sua emenda. Vencido o prazo para a emenda sem adequada manifestação do requerente, o juiz deve sentenciar a quebra, mesmo que não instruída corretamente a petição inicial. Quando o próprio devedor requer a falência, o juiz apenas não deve decretá-la em caso de desistência tempestiva. Trata a hipótese de verdadeira retratação, se apresentada pelo devedor antes da sentença” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 295).

quantia e independentemente de protesto (art. 94, I e II, da Lei 11.101/2005). Em sendo uma dessas a causa de pedir, a certidão positiva parece ser suficiente para a inabilitação, ressalvada a possibilidade de o licitante comprovar o depósito elisivo ou outra situação excludente da presunção de inidoneidade econômica gerada pelo pedido de falência, como será mais bem esclarecido adiante.

Mais raro, mas igualmente possível, é o pedido com base nos denominados atos de falência, descritos nas alíneas do inciso III do art. 94 da Lei 11.101/2005, *v.g.*, o devedor que procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos. A diferença desse fundamento em relação aos anteriores é atinente ao grau de dilação probatória que o processo admite, sendo que apenas no pedido sustentado em atos de falência permite-se ampla cognição; nos outros, por terem base em títulos executivos, a prova dos fatos constitutivos do direito é produzida em conjunto com o ajuizamento da ação e a defesa fica limitada às matérias mencionadas no art. 96 da Lei 11.101/2005. Destarte, a certidão que dá conta de processo de falência com base em alegados atos de falência – nunca plenamente demonstrados por prova pré-constituída, ainda que instruída a inicial com boa prova escrita – não pode servir de óbice à habilitação em licitação, da mesma forma que a existência de processo de conhecimento a isso não se presta.

No que se refere ao comportamento do devedor, uma vez citado, poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias, podendo também, no mesmo prazo, em se tratando de pedido que tem por base a insolvência jurídica (é dizer, os já citados incisos I e II do art. 94),⁴¹ depositar o valor total do crédito ou simplesmente efetuar o pagamento (art. 98 da Lei 11.101/2005).

A simples contestação à ação de falência não se apresenta como suficiente para afastar a inabilitação, ao contrário do que

41 Fábio Ulhoa Coelho vai mais longe, observando que “embora a lei não o preveja expressamente, deve ser admitido o depósito elisivo também nos pedidos de credor fundados em ato de falência, já que ele afasta a legitimidade do requerente. Assegurado, pelo depósito o pagamento do crédito por ele titularizado, não tem interesse legítimo na instauração do concurso falimentar” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 270).

defende Marçal Justen Filho⁴². A ação de falência – salvo a que tem por *causa petendi* atos de falência – fundamenta-se em título executivo, tal como as execuções em geral. E o título executivo, na impossibilidade de configurar-se a inalcançável certeza absoluta, representa relativa certeza do crédito, por força de presunção legal; como ensina Araken de Assis, “o título executivo constitui a prova pré-constituída da causa de pedir da ação executória”, daí que “a simples posse do documento, todavia, situa o credor nesta posição de nítida vantagem” e, pelo prisma do devedor, “os incômodos aumentam de grau, superando os ônus comuns e inerentes à própria defesa”⁴³. Nesse contexto, a simples existência de processo de execução, inclusive o de falência, dá vida a fundada dúvida sobre a idoneidade econômica, que só pode ser afastada por ato concreto que faça ver a robustez financeira do devedor (*v.g.*, o depósito), não servindo a simples contestação para neutralizar os efeitos do título executivo.

Por outro ângulo, a prova do depósito ou do pagamento conduz a que seja desconsiderado o processo de falência como impedimento à habilitação; de igual modo, pode-se cogitar o deferimento de tutela de urgência suspendendo a exigibilidade do crédito discutido na ação de falência, o que significa o acolhimento em cognição sumária de uma das razões de defesa enumeradas no art. 96 da Lei 11.101/2005.

Tecidas essas considerações, resta claro que não é necessário tenha sido proferida sentença decretando a falência para que seja inabilitada a empresa; contenta-se a Lei de Licitações com a simples inauguração da fase pré-falimentar com a distribuição da petição inicial.

Prosseguindo o estudo, como defende, com razão, Carlos Ari Sunfeld, o ato convocatório pode admitir a participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, “se esse es-

42 Escreve o autor: “Quando, porém, o pedido de falência tiver sido formulado por terceiro, a situação muda de figura. Enquanto o Poder Judiciário não decidir a questão, não se pode presumir inidoneidade ou insolvência. A garantia ao direito de ação abrange o direito de ampla defesa (inclusive para presumir-se, enquanto não proferida sentença, que as partes encontram-se em situação de igualdade) [...] Assim sendo, a contestação ao pedido de falência (ainda que não acompanhada de depósito elisivo) e a efetivação de penhora na execução bastam para afastar qualquer presunção de inidoneidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 347).

43 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 138.

tado não comprometer a execução do contrato”, o que ocorre, como no exemplo do autor, em contratos de compra de pronta execução. A explicação para tanto, ainda segundo o autor, “é o que se extrai analogicamente do art. 80-§2º, autorizando a Administração a manter o contrato no caso de concordata do contratado”⁴⁴. No silêncio do edital, impõe-se entender que a solicitação de certidão negativa obsta que se aceite a positiva da qual conste processo de recuperação.

Já no que concerne à certidão negativa de execução patrimonial, a cláusula legal “expedida no domicílio da pessoa física” parece sugerir apenas possa ser tal comprovação requerida das pessoas físicas, e nunca das pessoas jurídicas, mas é bom deixar consignado: a questão é complexa e polêmica, transbordando o espaço deste trabalho.

De toda sorte, esse requisito de habilitação deve ser aplicado com parcimônia, apenas em licitações com objetos nos quais seja premente o investimento de recursos (razoavelmente elevados) por pessoas físicas. Não cabe, portanto, quando o escopo do certame é primordialmente a obtenção de esforço intelectual ou físico, ainda que secundariamente se possa cogitar nessas atividades do emprego de bens materiais de algum valor (que, diga-se de passagem, por serem instrumentos úteis ao exercício de profissão, são impenhoráveis).

Deve-se entender que, a exemplo do que ocorre com a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, também aqui, a execução judicial que conta com débito integralmente garantido por penhora ou com a exigibilidade suspensa por qualquer outro motivo oferece verdadeira certidão positiva com efeitos de negativa, não servindo de óbice à habilitação⁴⁵.

44 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 129. Lembre-se, a propósito, que o art. 78, IX, da Lei 8.666/1993 apenas fixa como motivo para rescisão do contrato a decretação de falência (ou a instauração de insolvência civil). O tema, porém, é controvertido. No mesmo sentido, MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão - parcerias público-privadas*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 306-308. Em posição oposta, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 347-348 e PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 421.

45 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 129 e JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 347.

5 Garantia de proposta

Possibilita o art. 31, III, da Lei 8.666/1993 a exigência, a título de qualificação econômico-financeira, de *garantia de proposta*, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação, a qual deverá ser prestada, à escolha do particular, por uma das modalidades do art. 56 do mesmo diploma normativo, isto é, por caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

O escopo direto dessa garantia é promover a solidez das propostas, determinando a indenização que será devida pela apresentação de lance vazio, que não seja oportunamente sustentado pelo licitante⁴⁶. Por certo ângulo, a estipulação de garantia protege os princípios da eficiência e da moralidade: o primeiro, pela economia de recursos humanos, materiais e pela redução dos riscos de frustração de justas expectativas populares (e o desgaste político daí decorrente) que se obtém não se considerando proposta pouco séria; o outro, pela diminuição do risco de que participantes inescrupulosos simplesmente abandonem o certame cedendo espaço para propostas menos vantajosas, em troca de favores das mais diversas espécies. Em suma, as garantias de proposta “pretendem inibir a participação de aventureiros na licitação”⁴⁷.

Como escopo indireto – esse sim verdadeiramente relacionado com a qualificação econômico-financeira do licitante –, destaca-se a averiguação da saúde financeira da empresa pela constrição de parcela de seu patrimônio ou pela avaliação de terceiros especializados no mercado. Se o licitante não pode prestar a garantia com comprometimento de recursos próprios ou com a avaliação positiva de sua reputação por instituição financeira, conclui-se que a impossibilidade de

46 Não há espaço em nosso direito para divagação sobre as possibilidades de decretação da perda parcial da garantia de proposta, com devolução do excedente aos prejuízos da Administração, ou, mesmo, deferimento de pleito de perdas e danos em favor da Fazenda Pública, como complemento da garantia que se mostrar insuficiente. Isso, ao contrário, por exemplo, do direito argentino, como ensina DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2010. p. 342-343.

47 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 317.

oferecê-la significa (irrefutavelmente) falta de idoneidade econômica⁴⁸.

Não se deve confundir a *garantia de proposta* com a *garantia do contrato*. A distinção é sentida em pelo menos cinco aspectos: (a) o termo inicial da prestação, consubstanciado na fase de habilitação para a primeira e na de subscrição do contrato para a segunda; (b) a limitação temporal, sendo que a garantia de proposta se encerra com a conclusão do certame, enquanto a do contrato só será liberada ou restituída após a execução do negócio (art. 56, § 4º, da Lei 8.666/1993); (c) o teto da garantia de proposta é de 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação, enquanto o da garantia do contrato é de 5% (cinco por cento) do valor deste, podendo ser elevada para até 10% (dez) por cento, em casos especiais (art. 56, §§ 2º, 3º e 5º, da Lei 8.666/1993); (d) o risco que se pretende remediar, sendo que no primeiro caso é o da participação de irresponsáveis na licitação e no segundo é o de não cumprimento satisfatório do contrato pelo licitante vencedor; e (e) a garantia de proposta é perdida integralmente, enquanto a Lei apenas autoriza seja descontada da garantia do contrato o valor de eventuais indenizações ou multas devidas à Administração (arts. 80, III, e 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.666/1993)⁴⁹.

48 Essa observação é endossada por Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 348-349), muito embora o autor repute inconstitucional o disposto no art. 31, III, da Lei 8.666/1993, em razão de sua suposta incompatibilidade com o art. 37, XXI, da CF, que estabelece que só são admissíveis as exigências de qualificação econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Essa posição (pela inconstitucionalidade), ao lado de ser praticamente isolada e refutada pela unanimidade dos órgãos de controle, contraria a própria ideia de verificação da aptidão econômico-financeira do licitante pela sua disponibilidade em prestar a garantia, não merecendo, portanto, acolhida.

49 Essa indispensável distinção é salientada pela doutrina estrangeira. Roberto Dromi esclarece: "La garantía precontractual o caución provisional, también llamada garantía de oferta, garantía de mantenimiento de propuesta o garantía de participación, es diversa de la caución definitiva o garantía contractual o de adjudicación que debe constituir el contratista. La primera deben integrarla todos los oferentes o proponentes; la segunda, en cambio, sólo el adjudicatario elegido" (DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2010. p. 333). Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández complementam: "Es característica tradicional de la contratación administrativa la exigencia al contratista de la prestación de garantías, que tratan de asegurar la perfección del contrato y su correcta ejecución posterior. Tales garantías, fianzas en la terminología legal tradicional, son de dos clases: provisional y definitiva. La fianza provisional pretende garantizar la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de la obligación del adjudicatario de formalizar el contrato [...] La fianza definitiva y la complementaria [...] admite las mismas modalidades que la provisional, pero su función es, naturalmente, muy diferente. La fianza definitiva responde de las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato" (ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. v.1. p. 752). Ainda no mesmo sentido, cf. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1. p. 599 e 604. Entre nós, defendendo a mesma concepção, Carlos Ari Sunfeld ensina que "a garantia, prevista no art. 31-III, será exigida na habilitação para assegurar o cumprimento da proposta, permitindo o recebimento da multa pela Administração na hipótese de o licitante não honrá-la, embora vencedor do certame. Essa garantia não se confunde com a do contrato, a ser oferecida quando da celebração da avença (art. 56)" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitación e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 129-130).

Nessa linha de raciocínio, é indiscutivelmente viável que seja exigido do licitante a apresentação de garantia de proposta (ou mesmo capital social ou patrimônio líquido mínimo) na fase de habilitação na licitação e, posteriormente, garantia do contrato, apenas do licitante vencedor e quando da formalização do negócio jurídico administrativo, sempre e por óbvio, desde que previsto no edital ou na minuta de contrato que lhe integra como anexo. O que se quer frisar é que nada obsta a cumulação de uma das vias de comprovação da qualificação econômico-financeira com a previsão de garantia do contrato, até porquanto a finalidade dos institutos é diversa, constatação que não se pode afastar nem mesmo com a consideração de que ambos visam a combater o risco de insucesso na contratação.

Registre-se, a propósito, que nas licitações na modalidade pregão presencial ou eletrônico, malgrado admitir-se conste do edital a necessidade de comprovação de requisitos de qualificação econômico-financeira, é vedada a exigência de garantia de proposta (arts. 4º, XIII, e 5º, I, da Lei 10.520/2002); é dizer, poder-se-á exigir os requisitos do art. 31, I e II, da Lei 8.666/1993, assim como capital social ou patrimônio líquido mínimo, mas não garantia de proposta⁵⁰. Daí não se infere, é claro, não se possa nas licitações na modalidade pregão impor-se a comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo (na fase de habilitação) em conjunto com a prestação de garantia do contrato pelo licitante vencedor (no momento adequado)⁵¹.

Outra ponderação é atinente ao momento da exigência da garantia de proposta. O art. 31 não é expresso a respeito, sem embargo, o Tribunal de Contas da União tem julgado no sentido de que se aplica à hipótese o disposto no art. 43, I, da Lei 8.666/1993 sobre a apreciação da documentação de habilitação

50 Elogiando essa regra legal, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2009. p. 222. Ainda a propósito, cf., TCU, Acórdão 2.349/2010 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz e Acórdão 2.810/2012 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

51 Em sentido contrário, contudo, há precedente isolado e tomado em reexame de decisão sobre tutela de urgência: STJ, REsp 822.337/MS, Rel. Min. Francisco Falcão. Nessa ocasião, o Tribunal entendeu que a vedação do art. 5º, I, da Lei 10.520/2002 inviabiliza também a estipulação de garantia contratual, se exigida na fase de habilitação a comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo. A tese desenvolvida no julgado, com o devido respeito, é equivocada, por confundir os requisitos de habilitação (entre eles, a garantia) com a garantia que é cláusula do contrato.

dos licitantes em um único momento, de sorte que não poderia a comprovação da prestação de garantia ser demandada (dias) antes da habilitação, logo, apenas no envelope de habilitação (e nunca anteriormente a este) é que deve constar a documentação concernente à garantia⁵².

Essa orientação deve ser entendida em termos, não se aplicando em licitações nas quais se trabalhe com inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Não se trata, aqui, é evidente, do pregão presencial ou eletrônico, eis que neles é proibida a exigência de garantia de proposta (como já se demonstrou). Mas há licitações na modalidade concorrência, que, com base em autorização de leis estaduais, têm sido processadas com inversão da ordem tradicional. De igual modo, a Lei de Concessões (art. 18-A) e a Lei de Parcerias Público-privadas (art. 13) admitem a inversão de fases, a critério da Administração Pública.

Nesses casos de inversão da ordem tradicional, sob pena de absoluta imprestabilidade da garantia para atingir os seus propósitos diretos e indiretos e, em verdade, de ofensa à lógica da inversão de fases, baseada na maximização da eficiência do processo, impõe-se entender que a comprovação da prestação de garantia deve ser exigida não só antes da habilitação (que só ao final do certame ocorrerá), como também anteriormente à disputa de preços.

Com efeito, a participação de aventureiros no certame não seria coibida caso se verificasse a inidoneidade da garantia apenas na fase final de habilitação – presumindo-se que seria constatado que a garantia não foi devidamente prestada –, ocasião em que diversos atos do processo já teriam sido praticados pelo licitante, até mesmo com influência no preço final em prejuízo dos outros participantes.

Solução, então, é que nesses casos de inversão de fases admita-se a entrega da garantia em envelope separado da ha-

52 Entre outros, TCU, Acórdão 2.095/2005 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Acórdão 1.265/2009 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 6.402/2009 – Segunda Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 557/2010 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro e Acórdão 2.074/2012 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

bilitação, o qual será aberto antes das propostas de preço (e eventuais propostas técnicas)⁵³.

6 Capital social mínimo

Os §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666/1993 regulam a exigência de capital social mínimo – ao lado do patrimônio líquido mínimo e da garantia de proposta – como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado, limitada a exigência a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. Por expressa previsão legal, a exigência de capital social – assim como a de patrimônio líquido e garantia de proposta – é restrita às licitações cujo objeto seja compra para entrega futura, obra e serviço, restando excluída, então, dos certames de compra para entrega imediata, alienação e locação⁵⁴.

O capital social corresponde ao patrimônio, seja dinheiro em espécie ou quaisquer bens ou créditos, com o qual os sócios se comprometem a constituir a sociedade. Classifica-se, como ensina Fábio Ulhoa Coelho, em *capital subscrito*, o que consta do ato constitutivo como sendo obrigação dos sócios aportar à sociedade, e *capital integralizado*, qual seja o já efetivamente dado pelos sócios em cumprimento da obrigação assumida de transferir parcela de seu patrimônio para a sociedade⁵⁵. Logo, capital

53 No mesmo sentido, sobre as concessões e PPPs, Maurício Portugal Ribeiro testemunha que “apesar de não haver nenhuma autorização legal explícita para que, no caso de inversão de fases da licitação, a garantia de proposta seja aberta antes da proposta, a necessidade de trazer nesses casos a abertura da garantia de proposta para antes da abertura de proposta é tão evidente que, em absolutamente todos os casos que tivemos conhecimento de haver inversão de fases, os respectivos editais previram a abertura da garantia de proposta antes da abertura da proposta, e não nos consta tenha havido qualquer questionamento disso” (RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27-28). No mesmo sentido RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 281.

54 Para o fim de verificar a pertinência ou não da imposição dos requisitos de qualificação econômico-financeira – capital social, patrimônio líquido e garantia de proposta –, o TCU discutiu sobre a natureza jurídica de contratos de arrendamento de unidades flutuantes de perfuração semi-submersíveis celebrados pela Petrobras, decidindo, por maioria de votos, que não são contratos de locação, prevalecendo a obrigação de o ato convocatório estipular algum desses requisitos de qualificação econômica, notadamente em razão do porte das licitações examinadas naquela ocasião (Acórdão 1.268/2003 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar).

55 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 165. Do mesmo autor, COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2.

social coincide (em tese) com o patrimônio inicial da sociedade, representando tanto o que já se encontra disponível quanto os seus créditos em relação aos sócios.

Mas essa correspondência entre o patrimônio da sociedade e seu capital social, além de imperfeita, tende a desaparecer com a inauguração das atividades empresariais. É dizer, o início dos trabalhos e, daí, a assunção de direitos e obrigações conduz à que se afaste o capital social, registrado nos atos constitutivos, do patrimônio real da empresa, que passa a ser aferível, entre outros caminhos, notadamente pelos levantamentos contábeis, mas não mais por simples perquirição do capital social⁵⁶.

De outro lado, vícios na integralização do capital não são hipótese pouco frequente, conquanto não se possa presumir a prática de ilicitude na maior parte dos casos. Com efeito, é viável cogitar a previsão nos atos constitutivos de aporte de recursos que não venha a se realizar na prática, é dizer, transação que não se consumou de fato malgrado constar no papel; igualmente, não é de difícil ocorrência a avaliação com sobrepreço de bens destinados à constituição da sociedade, em que pese as normas de salvaguarda de sua correta estimação⁵⁷⁻⁵⁸.

Nesse diapasão, perde significado (e utilidade prática) a orientação tradicional no sentido de que o valor do capital social determina o crédito de que poderá desfrutar a sociedade, é dizer, torna-se relativa a ideia de que o capital social dá segurança aos credores. Pelas mesmas razões, não se presta o capital social

56 A conclusão do texto não fica prejudicada pela existência, em nosso sistema jurídico, de normas de proteção da integridade do capital social, que, regra geral, deve ser igual ou inferior ao valor do patrimônio líquido da empresa (v.g. art. 1.059 do CC e art. 17, § 3º, da Lei 6.404/1976). É que essas normas não inviabilizam o funcionamento da empresa com patrimônio real inferior ao registrado como seu capital social, mas apenas colhem a distribuição de lucros ou retiradas (em geral) que proporcionem a redução do patrimônio líquido a montante inferior ao do capital social. Ainda assim, e em verdade, não se assegura que sejam respeitadas tais determinações legais.

57 Mônica Gusmão dá seu testemunho de que "não há mecanismo seguro e efetivo do controle da realidade do capital social e essa omissão legislativa, além da insegurança jurídica, é convite à fraude e ao abuso na formação da sociedade, pois os sócios podem declarar capital social inexistente, irreal ou ilusório, esvaziando ou reduzindo a garantia dos credores" (GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 326). Ainda sobre a inviabilidade dos órgãos de registro verificarem a natureza e a efetivação do aporte de capital, cf. ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 78.

58 Exemplos de regras de proteção da avaliação são, entre outros, o art. 1.055, § 1º, do CC e arts. 8º, 122, VI, da Lei 6.404/1976.

a (com firmeza) demonstrar o porte econômico, a boa saúde financeira ou mesmo a disponibilidade de recursos da empresa⁵⁹.

Nessa ordem de raciocínio, melhor é que os atos convocatórios simplesmente olvidem a estipulação de capital social mínimo, apurando a qualificação econômico-financeira dos licitantes pelos outros meios legais.

De todo modo, questão que neste ponto se apresenta é atinente a se o requisito de capital social mínimo de 10% do valor estimado da contratação refere-se (a) apenas ao capital integralizado ou, de outro lado, (b) indiferentemente a todo o capital subscrito.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União inclina-se pela tese de que a legislação não prevê o requisito de mínimo de capital social *integralizado*, mas apenas de capital social, ou seja, a exigência de que 10% do valor estimado da contratação se apresente como de capital social *integralizado* extrapolaria o previsto na Lei de Licitações. Dizendo-o novamente, o texto legal possibilitaria a imposição de comprovação de capital social *subscrito* no limite de 10% do valor estimado da contratação, não admitindo seja demandado apenas capital integralizado para compor esses mencionados 10%⁶⁰.

Argumento por vezes levantado em favor dessa posição, além da simples interpretação literal do § 2º do art. 31, é o de que pretendendo a Administração verificar o capital próprio da empresa, livre das contas a receber (entre elas, o capital ainda não integralizado), poderá exigir comprovação de patrimônio líquido mínimo.

Tese contrária tem fulcro em que o nosso ordenamento jurídico admite a integralização do capital em parcelas e, em regra, sem limite mínimo de valores de aportes iniciais ou de prazo máximo para cumprimento da obrigação, de arte que a verificação

59 Nesse sentido, bem esclarece Marçal Justen Filho “que o valor do capital social, por mais elevado que o seja, é insuficiente para revelar a situação econômica de uma sociedade. O capital social pode ser elevadíssimo e a sociedade encontrar-se insolvente. Basta que a atividade empresarial tenha sido infrutífera e as perdas tenham superado as receitas. Por isso, o valor do capital social não fornece qualquer dado seguro acerca da situação econômica da sociedade. Não é índice objetivo de qualificação econômico-financeira” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 349).

60 Entre muitos outros, TCU, Acórdão 1.871/2005 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Acórdão 170/2007 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Acórdão 2.882/2008 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Acórdão 5.375/2009 – Primeira Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman, Acórdão 6.613/2009 – Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Acórdão 1.533/2011 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, Acórdão 5.372/2012 – Segunda Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

da capacidade econômico-financeira do licitante só pode dar-se por investigação de seu capital integralizado, servindo o capital subscrito como mera expectativa de crescimento patrimonial da sociedade, que pode até nunca se realizar⁶¹.

Parece-nos correta a segunda solução.

De nada adiantaria à Administração contentar-se tão somente com o capital subscrito, tornando indubitavelmente inútil a estipulação de uma exigência dessa ordem. O fim desejado pela norma – comprovação da idoneidade econômica do particular – somente será (se é que o será...) atingido se considerado apenas o capital já integralizado⁶². Em suma, interpretação teleológica dos §§ 2º e 3º do art. 31 conduz à conclusão de que a Lei de Licitações fala, em verdade, em capital mínimo já integralizado pelos sócios.

Um argumento prático fortalece essa conclusão. Sem muitas dificuldades burocráticas qualquer empresa pode aumentar seu capital social subscrito, até mesmo com o único propósito de participar de uma licitação em particular. Se não se exigir a integralização desse capital, o cumprimento do requisito capital social mínimo converter-se-á em simples entrave burocrático, sem utilidade para a apuração da capacidade de executar o futuro contrato.

Prosseguindo o estudo: como determina o art. 31, § 3º, a exigência de capital social mínimo (e também de patrimônio líquido mínimo) não poderá exceder a 10% do valor estimado da contratação.

O limite de 10% é o teto, nada impedindo seja fixado no ato convocatório percentual menor, opção discricionária da Administração Pública, que deve ser orientada pelas circunstâncias do caso concreto, mormente a necessidade de investimentos financeiros pelo particular para a execução do futuro contrato.

61 Nesse sentido, há decisão do TCU, Acórdão 2.255/2008 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz. Igualmente, o STJ conta com dois julgados – MS 12.592/DF, Rel. Min. Eliana Calmon e MS 18.615/DF, Rel. Min. Humberto Martins – que, aparentemente, defendem que a parte integralizada do capital social deve ser superior ao exigido no edital. Contudo, e infelizmente, o inteiro teor dos acórdãos deixa dúvida sobre se os casos realmente cuidavam de exigência de capital social ou de patrimônio líquido mínimo.

62 Não se perde de perspectiva as dúvidas, arroladas acima, sobre a utilidade da exigência de capital social como via para comprovação da qualificação econômico-financeira, mas o fato é que a análise da questão impõe que não se considere integralmente inócua a hipótese.

De fato, quanto mais recursos o cumprimento do contrato demandar, maior deverá ser a preocupação da Administração com capacidade do licitante de disponibilizar os necessários valores.

A base de cálculo do limite legal é o valor estimado da contratação, e não o valor do futuro contrato. Este é fruto da competição na licitação, que se espera tenha sido real e efetiva, de tal arte que se tenha obtido preço razoavelmente inferior ao estimado. Aquele nasce da elaboração de orçamento na fase interna da licitação, com base em tabelas referenciais ou em pesquisa de mercado, servindo para, por exemplo, orientar na apuração da exequibilidade das propostas e na fixação do preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. Por conseguinte, não é lícito considerar o preço ofertado pelo licitante para fins de cálculo dos 10%, muito embora o TCU já tenha admitido tal prática como mera impropriedade de natureza formal, deixando de anular a licitação⁶³.

Ainda no que toca ao valor estimado da contratação, deve-se registrar a correta orientação no sentido de que devem ser contabilizados todos os pagamentos que serão efetuados na vigência do contrato; é dizer, o valor estimado da contratação equivale ao total apurado na fase interna como razoável para a execução de todo o objeto do contrato⁶⁴. Não serão consideradas, no entanto, as possíveis mas incertas prorrogações contratuais, que podem (ou não) ocorrer em sucessivos períodos nos contratos de serviços contínuos⁶⁵.

Ainda nos termos do § 3º do art. 31, deve a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, admitida a atualização para essa data através de índices oficiais. O texto legal elimina dúvidas sobre o momento de preenchimento da exigência, descartando a hipótese de se considerar a data

63 Acórdão 69/2012 – Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho.

64 Nesse sentido, TCU, Acórdão 1.105/2007 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz. Em sentido oposto, TCU, Acórdão 1.335/2010 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro. É necessário observar, o tema é controvertido, merecendo registro orientação no sentido de que o valor estimado da contratação, em concessões, deve ser interpretado como o valor de desembolsos ou investimentos que serão feitos pelo particular. Sustentando tal tese, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 227-228.

65 TCU, Decisão 503/2000 – Plenário, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi e STJ, REsp 474.781/DF, Rel. Min. Franciulli Netto. Nesse último, o Tribunal reputou ilegal a fixação do prazo inicial de contrato de prestação de serviços (limpeza e conservação) em sessenta meses e, por isso, ilícita a exigência de comprovação de capital social de 10% do valor integral do contrato, ou seja, considerado todo esse período.

de instauração do certame pela publicação de seus avisos ou a data da sessão de exame dos envelopes de preço e de habilitação. Assim, a empresa não necessitará cumprir o requisito na data de divulgação do edital, mas sim na data de entrega dos envelopes.

No que tange à atualização, tem-se que o ato convocatório poderá prever o índice a ser utilizado por todos os licitantes – medida recomendada, em atenção ao princípio da igualdade –, mas não se vê como possa o edital proibir a atualização ou mesmo como a sua omissão poderia inviabilizar que o licitante, por sua conta, promovesse a atualização por índice oficial de sua livre escolha. Note-se, de resto, que no texto legal “esta data” refere-se à data limite para apresentação da proposta, isto é, a atualização tem por termo final a data para apresentação do envelope com os documentos de habilitação.

7 Patrimônio líquido mínimo

Aglutinado ao capital social, vive nos §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666/1993 a comprovação da qualificação econômico-financeira pela alternativa do patrimônio líquido mínimo, submetido, em linhas gerais, à mesma sorte de disciplina e restrições do instituto já estudado no tópico anterior, notadamente o limite de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação e a incidência exclusiva em compras para entrega futura e na execução de obras e serviços.

O patrimônio líquido é a diferença entre o ativo e o passivo exigível. Como bem observou Nilton Latorraca, na parte que lhe coube elaborar da clássica obra de Modesto Carvalhosa, “a diferença entre o ativo e o passivo exigível corresponde ao patrimônio líquido, onde se registram os recursos com que os sócios contribuíram para a formação do capital social, assim como os resultados gerados pela aplicação desse capital nas atividades que constituem o objeto social”⁶⁶.

66 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 691-692.

Note-se que, no texto, a referência a passivo *exigível* (frise-se: exigível) tem sua importância: passivo exigível se subdivide em passivo circulante e não circulante (ou, como antes chamado, exigível a longo prazo), em consonância com o art. 180 da Lei 6.404/1976; não engloba, então, o patrimônio líquido, mencionado no inciso III do § 2º do art. 178 da citada Lei 6.404/1976 como conta que deve ser classificada no passivo. Em verdade, a rubrica patrimônio líquido compõe o elemento passivo do balanço patrimonial tão somente como artifício de contabilidade para que ativo e passivo apresentem igual valor.

Ainda no ponto, o inciso III do § 2º do art. 178 ordena que o patrimônio líquido seja dividido em capital social, reservas de capital, ajustes de avaliação patrimonial, reservas de lucros, ações em tesouraria e prejuízos acumulados. Isso, entretanto, afasta-se do exame de habilitação, pois o simples resultado da rubrica patrimônio líquido no balanço mostra-se suficiente para verificação da compatibilidade deste com o previsto no edital.

O balanço patrimonial é o meio de prova do patrimônio líquido. Nas palavras de Nilton Latorraca: “O balanço demonstra o patrimônio da empresa em uma determinada data. O balanço é, pois, a representação da posição estática do patrimônio”⁶⁷.

Já se disse, mas convém repisar, a exigência de patrimônio líquido mínimo só se aplica em licitações que objetivem compras para entrega futura, execução de obras ou serviços, pois apenas nesses casos poder-se-á vislumbrar a necessidade de que o contratado disponibilize recursos para cumprir com o empenhado. Nessa linha, e como com razão defende Marçal Justen Filho, “se a execução do contrato não exigir grande inversão de recursos, a cláusula de patrimônio líquido mínimo será desnecessária”⁶⁸. O que se quer sublinhar é que se a prestação do particular não demandar sério investimento de dinheiro, por

67 LATORRACA, Nilton. *Artigos 175 a 200*. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 692. Continua o autor: “As contas de ativo demonstram, portanto, como e onde estão aplicados os recursos próprios ou de terceiros. A origem dos recursos de terceiros é demonstrada no passivo exigível (são os saldos dos empréstimos pendentes de pagamento e de outras obrigações). A origem dos recursos próprios, pelas contas do patrimônio líquido, a saber: – capital, representando os recursos conferidos à empresa pelos seus sócios ou acionistas; – lucros e reservas, representando os recursos oriundos do resultado das operações sociais” (Ibid., p. 692).

68 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 349.

já se encontrar concebida no momento da contratação ou pela sua própria natureza, não será lícita a estipulação de comprovação de patrimônio líquido.

A ora estudada via de demonstração da qualificação econômico-financeira tem merecido aplausos dos especialistas e o acolhimento em grande número de editais, diferentemente do capital social mínimo.

7.1 Relação de compromissos assumidos

Colhe-se do § 4º do art. 31 da Lei 8.666/1993 que “poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação”⁶⁹.

Só se pede a relação dos compromissos assumidos se se requer a demonstração de patrimônio líquido mínimo, sendo certo que a relação deverá abranger apenas eventos posteriores ao exercício retratado pelo último balanço patrimonial – os anteriores, por óbvio, foram considerados na elaboração do balanço. É que, como é intuitivo, a empresa pode ter se obrigado, posteriormente ao último exercício social, por tarefas que promoveram redução de sua capacidade econômica. Mas, como lembra Marçal Justen Filho, “a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos” e, se assim é, ao licitante deve ser assegurado “demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do patrimônio líquido, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital”⁷⁰.

Da relação devem constar informações sobre os negócios pactuados pelo participante da licitação, tais como quem lhe contratou, o objeto, a data de início e prazo de conclusão da atividade e, em especial, o valor total e pendente de execução.

69 Cf. TCU, Acórdão 1471/2011 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, determinando que se promova a exigência de apresentação, pelas licitantes, da relação de compromissos assumidos que afetem a sua capacidade operativa ou financeira.

70 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 351.

O valor global dos compromissos assumidos será subtraído do patrimônio líquido (devidamente atualizado), antes de seu co-tejo com o limite mínimo (de patrimônio) exigido no edital. Esse parece ser o significado da fórmula verbal “calculada esta em função do patrimônio líquido”⁷¹. Depois disso, dever-se-á facultar a comprovação de aumento do patrimônio líquido por evento posterior ao último exercício objeto de balanço e, aí sim, se não atingir o licitante o valor mínimo de patrimônio estipulado, será inabilitado.

Registre-se, por derradeiro, que como bem observou Jessé Torres Pereira Júnior é “curiosa (quase inoperante) a unilateralidade da citada relação. A empresa nela incluirá ou dela excluirá o compromisso que lhe convier, sem que à Administração a lei haja destinado instrumental eficaz para a correspondente verificação”⁷².

8 Cumulação dos requisitos

Dispõe o § 2º do art. 31 da Lei 8.666/1993 que nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá a Administração estabelecer a exigência de capital mínimo *ou* de patrimônio líquido mínimo, *ou ainda* garantia (limitada a 1% e nas modalidades previstas na Lei), como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. Como se depreende da letra do preceito legal, as exigências, se impostas, devem sê-lo separadamente, ou seja, não se admite seja demandado do licitante a satisfação concomitante dos requisitos. O conectivo *ou* (e *ou ainda*) é conjunção alternativa, logo, estabelece uma situação de revezamento, na qual as exigências não podem ocorrer ao mesmo tempo.

71 No entanto, cf. TCU, Acórdão 2.247/2011 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, considerando válida a exigência de relação de compromissos estabelecida com base na estipulação de que em licitações para serviços contínuos o valor total dos compromissos assumidos deve ser inferior a 1/12 (um doze avos) do patrimônio líquido do licitante.

72 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 431.

Essa inteligência da questão prevalece no Tribunal de Contas da União, cuja jurisprudência pacífica permitiu que fosse o entendimento resumido na Súmula 275, abaixo transcrita:

Súmula 275. Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços⁷³.

Marçal Justen Filho sustenta posição semelhante, acrescentando que é direito do particular, que deve ser reconhecido no ato convocatório do certame, escolher uma dentre essas três vias de comprovação da qualificação econômico-financeira. Assim, não caberia à Administração discricionariamente eleger a que entendesse mais apta a tutelar o interesse público, vez que seria do licitante a opção entre a comprovação de capital social ou de patrimônio líquido mínimo ou, então, a prestação de garantia. A tese do autor tem fulcro na ideia de que o mais satisfatório para o interesse público é sempre a garantia, de sorte que a primeira e a segunda alternativas sempre admitiriam substituição pela terceira⁷⁴.

Com o máximo respeito, não parece que possa ser acatada tal linha de raciocínio. O caso é de escolha discricionária da Administração – posição, aliás, que desfruta de maior número de adeptos –, balizada pelas peculiaridades da contratação que necessita o Poder Público obter. A ideia nuclear da tese (ora refuta-

73 No mesmo sentido, TCU, Acórdão 2.338/2006 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Acórdão 2.553/2007 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 2.640/2007 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 2.712/2008 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 668/2009 – Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Acórdão 2.815/2009 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Acórdão 3.043/2009 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 383/2010 – Segunda Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz, Acórdão 5.376/2010 – Primeira Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 748/2011 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Acórdão 2.026/2011 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 2.272/2011 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 3.797/2012 – Segunda Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer.

74 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 350. Como deixou registrado, “o mais satisfatório é o seguro-garantia, inclusive porque a evolução dos fatos pode conduzir à redução do patrimônio líquido do sujeito, sem que tal sequer chegue ao conhecimento da Administração. Já o seguro-garantia ou outra das alternativas previstas no art. 56, § 1º, envolve uma situação de segurança muito mais efetiva (Ibid., p. 350)”. Note-se, entretanto, que o argumento levantado pelo jurista não justifica que seja atribuído ao particular a escolha entre a comprovação de capital social ou de patrimônio líquido mínimo, mas apenas uma certa precedência da garantia sobre as outras alternativas, de sorte que, salvo engano, o raciocínio desenvolvido pelo autor não sustenta que seja dada ao particular a escolha entre a comprovação de capital social ou de patrimônio líquido.

da) resta comprometida na medida em que se tem em conta que a garantia de proposta (diversamente da garantia do contrato) conserva sua eficácia apenas até o fim da licitação, de arte tal que a comprovação de, *v.g.*, patrimônio líquido mínimo na habilitação – fato que tende a perdurar depois do certame – pode em casos concretos significar melhor método de averiguação das condições econômicas demandadas para execução do contrato do que a simples garantia de proposta, que tem fim, repise-se, com o encerramento da licitação. Ainda que esse argumento não se confirme em todos os casos práticos, o fato é que não se pode, em tese, concluir o contrário. Não é lícito, destarte, sustentar a precedência absoluta da garantia sobre as outras formas de comprovação de idoneidade econômica.

Questão relevante tange à possibilidade de previsão no ato convocatório da exigência de comprovação, em conjunto com a garantia de proposta, porém de forma suplementar, de capital social ou patrimônio líquido mínimo, apenas no caso de o licitante não apresentar índices satisfatórios, segundo o exigido no edital.

Sobre a viabilidade, reconhecida pelo TCU, de a Administração exigir como alternativa para a insuficiência dos índices contábeis a previsão de capital social ou patrimônio líquido – e, pela mesma ordem de razões, de garantia de proposta –, já se discutiu e dúvidas não persistem⁷⁵.

Agora, questiona-se se mesmo quando imposta a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo de forma subsidiária, é dizer, como alternativa à apresentação de índices contábeis dentro da margem exigida no edital, poderá ser requerido cumulativamente a prestação de garantia de proposta.

O TCU entendeu que mesmo nessa hipótese a acumulação é inviável⁷⁶. Afigura-se-nos correta tal posição, porque se a Administração pode se contentar com índices inferiores aos que fez constar em seu edital, certamente não poderá utilizar esse artifício – inclusão de resultado do índice mais elevado do que o considerado estritamente necessário para a execução do

75 O tema é desenvolvido no item 3.7 deste trabalho.

76 TCU, Acórdão 3.280/2011 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

contrato, ainda que equivalente ao usual no mercado – para viabilizar a acumulação de capital social ou patrimônio líquido, ou deste(s) com a garantia de proposta.

9 Conclusão

Não cabe arrolar de modo resumido todas as teses defendidas ao longo do trabalho, o que indubitavelmente tornaria esse fechamento de insuportável leitura; tanto mais que não era nosso propósito defender uma única ou principal ideia ao longo do texto, mas cuidar de todos os abundantes tópicos que orbitam a qualificação econômico-financeira.

Cumpre dizer, somente, que parecem ter sido atingidos os nossos objetivos nucleares, quais sejam os de fomentar futuras discussões e contribuir para a solução de muitas das dificuldades práticas vivenciadas no cotidiano da Administração.

10 Referências

ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 17. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários*. 2. ed., rev. ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

_____. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. Natureza jurídica do balanço de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*, n. 489, p.41-45, jul.1976.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. *Interpretações e orientações técnicas contábeis 2009*. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, 2010.

CORDONI JÚNIOR, Nilton. Análise das demonstrações contábeis em processos de licitação e contratos. *ILC - Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 10, n. 107, p. 31-44, jan. 2003.

DROMI, Roberto. *Licitación pública*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madri: Civitas, 2011. v.1.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Qualificação econômico-financeira: balanço patrimonial e demonstrações contábeis. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: NDJ, n. 5, p. 209-219, maio 1995.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia das melhores práticas de governança para Fundações e Institutos Empresariais*. São Paulo: IBGC, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LATORRACA, Nilton. Artigos 175 a 200. In: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 643-649.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão - parcerias público-privadas*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

1.16

DIREITO: NOÇÃO, CONCEITUAÇÃO E FINALIDADE SOCIAL

REIS FRIEDE*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Noção do Direito. 2.1 Origem das sociedades e dos agrupamentos sociais. 2.2 Origem das sociedades e dos vínculos sociais. 2.3 Sociedade, Nação e Estado. 2.4 Conceito de Estado. 3 Ordenamento social. 3.1 Instituições. 3.1.1 Família. 3.1.2 Propriedade. 3.1.3 Estado. 4 Ordenamento social e ordenamento jurídico. 5 Conceito de Direito. 6 Finalidade social do Direito. 7 Referências.

1 Introdução

Estudar e analisar a noção, a conceituação e a própria finalidade social do *Direito* é, antes de tudo, entender e compreender o *gênero humano* em suas inerentes características relacionais intrínsecas e sociopolíticas.

Nesse aspecto analítico, resta absolutamente fundamental a percepção de que o homem, – inserido em uma realidade notadamente *dicotômica*, em que o *raciocínio binário* destaca-se como uma efetiva imposição lógica –, também constitui-se em um fenômeno dotado de nítida *bipolaridade*: o *ser existencial* caracterizado pela sua *autonomia*, seu *individualismo* (personalismo e singularidade), seu *egocentrismo* (subjetivismo) e pela sua *independência* e o *ser coexistencial* caracterizado pela sua *derivação*, seu *universalismo* (generalismo e pluralidade), seu *altruísmo* (objetivismo) e pela sua *dependência*.

O *ser existencial* faz parte do chamado *mundo natural*, composto pelos reinos animal, vegetal, mineral e protozoário, e imposto pela *realidade originária* (estática) da *natureza humana individual*, na qual o homem constitui-se em apenas mais um

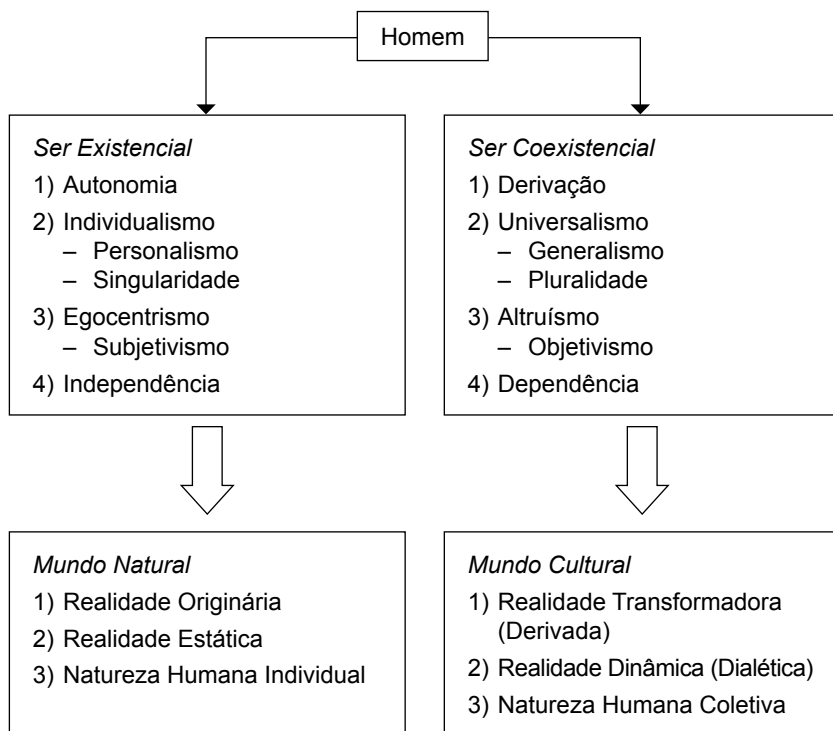
* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Cândido Mendes – FDCM. Desembargador Federal Rio de Janeiro. Ex-membro do Ministério Público. Ex-professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA.

aspecto vivo de uma *realidade universal*, sem qualquer caracterização distintiva.

O *ser coexistencial*, por sua vez, insere-se no denominado *mundo cultural*, composto pela inteligência criativa do gênero humano e imposto pela *realidade transformadora* (derivada), dinâmica e dialética, da *natureza humana coletiva*, na qual o homem constitui-se em sinérgico elemento de alteração, mudança e desenvolvimento de suas próprias condições de vida.

Da imperiosa necessidade de compatibilização de ambas realidades – que, em essência, também ostentam nítido aspecto de antinomia, na medida em que simultaneamente se apresentam como realidades opostas e complementares –, surgiu a base norteadora do que convencionamos chamar de *regramento*, objetivando, em última análise, limitar o *aspecto existencial* do homem, permitindo a sua convivência grupal e o seu pleno desenvolvimento social.

Diagrama 1: *Aspecto Bipolar da Realidade Humana*



2 Noção de Direito

Da própria constatação fática de que ao homem, como ente individual, seria impossível o objetivo de *transformar a natureza* – como uma genuína e insuperável necessidade empírica de todo o gênero humano –, admite-se conclusivamente que o *mundo cultural* – no qual se insere o *ser coexistencial* em virtual oposição ao *ser individual* inerente ao *mundo natural* –, é, independente de outras considerações, também uma *imposição circunstancial da realidade humana associativa* (gregária), forjando a concepção última da inafastável necessidade de um *regramento disciplinador* que, dentre outras finalidades, viabilize a coexistência humana em sociedade, disciplinando as atividades de *cooperação* (na qual há *convergência de interesses*) e de *concorrência* (em que há *paralelismo de interesses*)¹.

2.1 Origem das sociedades e dos agrupamentos sociais

Muito embora não possamos deixar de reconhecer a existência de algumas controvérsias a respeito do tema, é fato que modernamente a doutrina mais festejada tem defendido a tese segundo a qual o homem possui, independentemente de outros fatores, uma necessidade instintiva e insuperável de *associação*, o que, em última análise, forjou os primeiros *agrupamentos sociais* e, posteriormente, as *sociedades primitivas*.

A primeira causa de agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum (CÍCERO, 2003, p.14).

1 Dentro dessa linha de raciocínio, podemos afirmar que o *Direito* surge com o primeiro encontro entre dois homens, na qualidade de seres individuais, onde a autonomia, o individualismo, o egoísmo, a independência e a ferocidade necessitavam de algum *limite* para propiciar uma convivência harmoniosa e plenamente efetiva. Não obstante este *Direito* recém-nascido ser bem distinto da noção que conhecemos hoje, inegavelmente tal *regramento disciplinador de condutas humanas* já pode ser considerado conceitualmente como *Direito*.

Em essência, Aristóteles, com sua célebre afirmação “o homem é naturalmente um animal político²”, foi o primeiro estudioso a defender a ideia do *impulso associativo natural*, seguido, em *Roma* (séc. I a. C.), por Cícero e, na idade medieval, por São Tomás de Aquino. Modernamente, como bem lembra Dalmo de Abreu Dallari,

são muitos os autores que se filiam a essa mesma corrente de opinião, estando entre eles o notável italiano RANELLETTI, que enfoca diretamente o problema, com argumentos, preciosos e colhidos na observação da realidade. Diz ele que, onde quer que se observe o homem, seja qual for a época, mesmo nas mais remotas a que se possa volver, o homem sempre é encontrado em estado de convivência e combinação com os outros, por mais rude e selvagem que possa ser na sua origem. O homem singular, completamente isolado e vivendo só, próximo aos seus semelhantes mas sem nenhuma relação com eles, não se encontra na realidade da vida³.

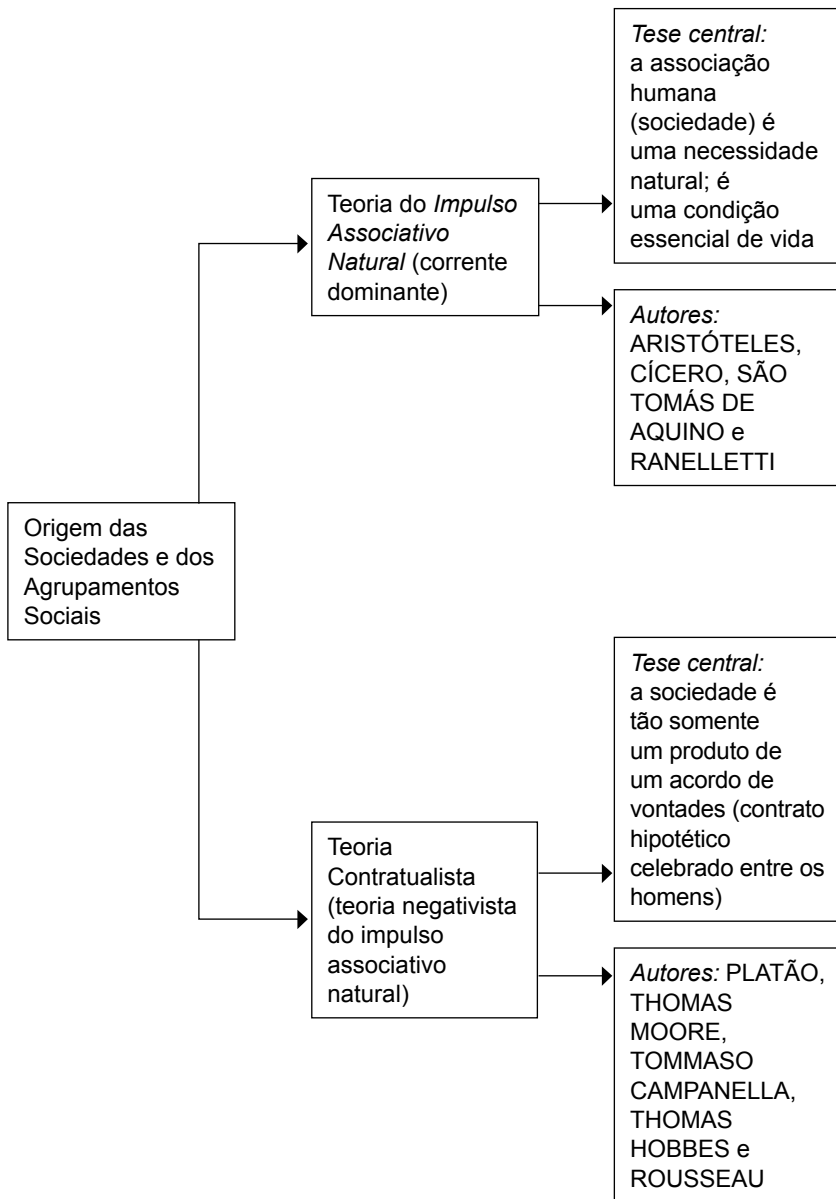
Para Ranelletti,

o homem é induzido fundamentalmente por uma *necessidade natural*, porque o associar-se com os outros seres humanos é para ele *condição essencial de vida*. Só em tais uniões e com o concurso dos outros é que o homem pode conseguir todos os meios necessários para satisfazer as suas necessidades e, portanto, conservar e melhorar a si mesmo, conseguindo atingir os fins de sua existência. Em suma, só na convivência e com a cooperação dos semelhantes o homem pode beneficiar-se das energias dos conhecimentos, da produção e da experiência dos outros, acumulados através de gerações, obtendo assim os meios necessários para que possa atingir os fins de sua existência. desenvolvendo todo o seu potencial de aperfeiçoamento. no campo intelectual, moral ou técnico (RANELLETTI, 1948).

2 ARISTÓTELES. *A política*. Brasília: UnB, 1997. p. 317. v. 1.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 18.ed. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 8-9.

Diagrama 2: *Origem das Sociedades e dos Agrupamentos Sociais*



2.2 *Origem das sociedades e dos vínculos sociais*

É natural que o homem, desejoso de viver em comunidade, procure estabelecer *associações* (agrupamentos sociais no sentido amplo) a partir de algum tipo de *identidade* para com os seus semelhantes. Essa *identidade natural* que o compele a aproximar-se de outros é estabelecida inicialmente através da observação quanto à presença de *vínculos comuns*, tais como a *identidade racial* (vínculo mais imediato, em face de sua própria evidência, posto que independe de uma mínima convivência) e, de uma forma mais complexa (e posterior, dada a necessidade de estabelecimento de uma mínima convivência), as *identidades linguísticas, religiosas* (ou de *crença* no sentido amplo, o que inclui eventualmente o próprio ateísmo) etc.

Sendo, pois, inerente ao gênero humano a aproximação inicial com aquele que julga mais próximo (ou seja, com aquele dotado de um ou mais *vínculos* em comum), o *agrupamento social* que passa a ser estabelecido acaba por conceber a própria noção de *vinculação social* (ou de *vínculos sociais*), dando origem, em última análise, ao vínculo maior da identidade nacional ou da nacionalidade (*gérmen* que origina a *Nação* em seu conceito primitivo) e, posteriormente, até mesmo o conceito mais complexo de cidadania.

2.3 *Sociedade, Nação e Estado*

Se considerarmos a expressão *agrupamento humano* como a forma mais primitiva de *associação humana* e, no extremo oposto, o *Estado* como sua derivação mais complexa, podemos entender o *fenômeno humano associativo*, à luz das teorias política e jurídica, como um conjunto básico (e inicial) de *vinculações naturais*, que se transmudam em *vinculações sociais*, originando, num primeiro momento, as sociedades (desde as mais primitivas até as mais complexas), passando pelas Nações, e, a partir do estabelecimento de um *território fixo* adicionado ao *pacto* (com a substituição, a partir desse momento, da prevalência da *teoria do impulso associativo natural* pela prevalência da *teoria contratualista*) pelo rompimento da prevalência do individual em nome do coletivo, concebendo-se um poder abstrato supremo

e impiedoso denominado *soberania*, chegando finalmente aos *Estados*, como modalidades últimas de agregação humana⁴.

2.4 Conceito de Estado

A par dessa concepção evolutiva, podemos conceituar *Estado*, em termos objetivos, dentro de uma visão contemporânea, portanto, como toda associação ou grupo de pessoas fixado sobre determinado território, dotado de poder soberano. É, pois, o Estado, em síntese, um *agrupamento humano* em território definido, politicamente organizado, que, em geral, guarda a ideia de Nação. Daí exatamente a construção do conceito sintético de Nação política e juridicamente organizada para definir conclusivamente o termo Estado. Dissemos que o Estado “em geral, guarda a ideia de Nação”, porque nem sempre, todavia, esses dois vocábulos conjugam-se para explicar determinados grupos sociais, embora, frequentemente, o Estado encerre o sentido de Nação.

Nação é uma *comunidade de base cultural*. Pertencem à mesma Nação todos quantos nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, atualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos. Embora a Nação tenda a ser um Estado, não há necessariamente coincidência entre Nação e Estado: há Nações que ainda não são Estados (pela sua pequenez, por exemplo) ou que estão repartidas por vários Estados, e Estados que não correspondem a Nações, como geralmente acontece nos países novos onde ocorrem todos

4 Deve ser registrado, com o intuito de evitar possíveis confusões, que a *teoria do pacto contratualista* desenvolvida, sobretudo, por ROUSSEAU, somente pode e deve ser considerada (mesmo que parcialmente) no instante da formação do agrupamento humano mais complexo denominado *Estado*, pois somente nesse momento é que, inicialmente, por decisão de cada membro da sociedade nacional, ou seja, da Nação (posteriormente, vale assinalar que o pacto é uma efetiva imposição), se estabelece – de comum acordo – um poder abstrato e supremo (denominado *soberania*) que passa a comandar, de forma coletiva, os membros da comunidade, obrigando-os a sujeitarem-se ao *regramento comum* (e fundamental) estabelecido (denominado *Constituição*), independentemente de suas vontades individuais, caracterizando a noção básica da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, em nome do *bem comum*. Nesse momento, continua a predominar – sob a ótica originária – a *teoria do impulso associativo natural* a que nos referimos inicialmente (em contraposição à teoria contratualista), posto que o desejo associativo (independentemente de seu grau) é inerente ao ser humano; porém, na transformação da Nação em Estado, há de estabelecer necessariamente (pelo menos no que tange ao momento inicial) o pacto social de concessão ou autorização que permitirá, em última análise, a construção de um poder coletivo (e abstrato) prevalente sobre a vontade individual originária e inerente ao ser humano.

os dias emigrantes provenientes dos mais diversos cantos do globo, cada qual com o seu *facies* próprio. *É que, em muitos casos, em vez de ser a Nação que dá origem ao Estado é o Estado que, depois de fundado, vai, pelo convívio dos indivíduos e pela unidade de governo, criando a comunidade nacional: é o que passa, por exemplo, nos Estados Unidos da América.* (CAETANO, 1972, p. 123).

Nação deriva do verbo latino *nascere*, referindo-se, portanto, ao conjunto de pessoas de mesma origem racial. É unidade étnica, herança histórica e destino comuns de um mesmo grupo social, muito embora, contemporaneamente, como já afirmamos, seu sentido específico seja mais elástico para abranger qualquer vínculo (ou vários deles) em comum. tais como: raça, religião, credo, língua etc⁵.

Temos, então, que uma *Nação pode existir como comunidade histórica e cultural, independentemente de autonomia política ou soberania estatal* (MONGONE).

O homem não é escravo nem de sua raça, nem de sua língua, nem de sua religião, nem do curso dos rios, nem da direção das cadeias de montanhas. Uma agregação de homens, sã de espírito e cálida de coração, cria uma consciência moral que se chama *Nação* (RENAN, 1997, p.154).

O conceito de *Estado* evoluiu com o tempo: surgiu do termo *polis*, na Grécia, *civitas* em Roma e *estado* durante a Idade Média, tendo sido MAQUIAVEL, no entanto, o introdutor do termo Estado na literatura científica.

A palavra *Estado*, derivada do latim *status*, surgiu na Renascença com o significado em que hoje a utilizamos, assim isolada e no sentido de nomear, sob feição gramatical, alguma coisa em sua substância. [...]

Deve-se a NICOLAU MAQUIAVEL (1469-1527) a inclusão desse termo na literatura política, por meio, em pleno século

5 É conveniente lembrar que a Nação pode ser constituída de vários Estados (ex.: a grande Nação muçulmana). Por outro lado, a Nação pode estar também contida em apenas um Estado (ex.: a Nação basca na Espanha). De qualquer forma, a Nação é, de modo geral, *gérmen* que dá origem ao Estado, como foi o caso da Itália antes da unificação.

XVI, de seu tão celebrizado *Il Principe*, escrito em 1513, publicado após sua morte apenas em 1531, e em cujo início se lê, como primeira frase, o seguinte: 'Todos os Estados, todos os domínios tiveram e têm poder sobre os homens, são Estados e são ou repúblicas ou principados' (*O Principe*, p. 7). É que antes da consagração obrada pelo discutido florentino, não possuía o vocábulo Estado a penetração que alcançou a partir da época renascentista, em virtude mesmo da aceitação, até aí, de outros nomes pelos quais fora designada a instituição política em epígrafe.

Os helênicos chamaram o Estado de *polis*, que quer dizer cidade de onde provém o termo política, a arte ou ciência de governar a cidade. [...] Entre os romanos o Estado é a *civitas*, isto é, a comunidade dos habitantes ou a *res publica*, isto é, a coisa comum a todos. Com o crescimento de Roma e sua conseqüente expansão ao mundo então conhecido, modifica-se o conceito de Estado que se amplia para o de *imperium*, convertendo-se a *res populi* em *res imperantis* [...]

O período medieval dispõe de diversas expressões para designar as unidades políticas. Ao lado de *imperium*, aparece o termo *regnum*, delas procedendo *império* e *reino*. Ademais, volta-se a falar em *cidade* e agora em *terra* para designar respectivamente *idades livres* e *domínios territoriais*. Pelo medievo e pela era moderna, encontra-se o emprego da palavra Estado para designar as classes do reino. São os três estados: 1) *clero*, 2) *nobreza* e 3) *povo*, os quais na França se chamavam '*Estados Gerais*', na Inglaterra '*Parlamento*', na Alemanha '*Dieta*' e na Espanha e Portugal '*Corte do Reino*'.

Foi quando a palavra *estados*, no sentido hodierno, começou a ter curso na Itália, onde, ante o caráter especial dos Estados existentes, *império* ou *regno* era demais a *città* ou *terra* era muito pouco, usando-se, pois, aquele termo que se unia ao nome de uma cidade, por exemplo, *Stato de Firenze*. É provável que, ainda aí, esse vocábulo correspondesse ao antigo significado de status, isto é, situação, ordem, condição, havendo algum informe, no entanto, de que no século XIV já se encontra na Inglaterra a palavra *status* como equivalente de Estado.

O certo, porém, é que, do século XVI em diante, o termo italiano *stato* se incorpora à linguagem corrente, adquire fo-

ros de universalidade e se generaliza, para designar a todo Estado, na tradução correspondente de qualquer língua (MENEZES, 1995, p. 41-43).

Por outro prisma, a acepção do termo *Estado* pode ser demasiado ampla, se levarmos em consideração as correntes formadas em vários campos do conhecimento que o estudam⁶:

- a) *Sociológica*: Estado é um fenômeno social em que existe uma integração de forças/estratos sociais.
- b) *Filosófica*: Estado é um fenômeno cultural/político.
- c) *Jurídica*: Estado é uma entidade geradora de direito positivo.
- d) *Política*: Estado é considerado uma Nação politicamente organizada; sendo organização sua palavra-chave, pressupondo, para tal, governantes e governados.

De um modo geral, entretanto, o *Estado* comumente é definido conceitualmente como a organização político-administrativo-jurídica do grupo social que ocupa um *território fixo*, possui um *povo* e está submetido a uma *soberania*.

O *território* abrange, de forma simplória, algumas partes componentes, tais como: o solo, o subsolo, o espaço aéreo, o mar territorial, a plataforma submarina, navios e aeronaves de guerra (em qualquer lugar do planeta, incluindo o território es-

6 PAULO BONAVIDES, a propósito do tema, destaca a necessidade de um ponto de apoio no *elemento histórico* para a concretização efetiva de uma *Teoria do Estado*, não obstante o reconhecimento de seus princípios abstratos, mesclando, destarte, sua posição interpretativa com instrumentos teóricos da filosofia política "para bem compreender e avaliar os fenômenos do poder e organização do Estado" (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980).

Continua o festejado autor que "os gregos são os mais significativos antepassados de nossa formação. Se os romanos nos ensinaram a aplicar a lei, os gregos nos ensinaram a pensar. Um pensamento que, na religião filosófica do direito e do Estado, se volve invariavelmente para os alicerces éticos.

O advento dos Sofistas na Grécia marcou, no quadro daquela época, a emergência de uma crise sem precedente no Mediterrâneo da desintegração e colapso daquilo que outrora foi a hegemonia dos povos gregos" (Ibid.).

Defensor do caráter teleológico do Estado, o professor BONAVIDES argumenta, também, que as doutrinas do pragmatismo jurídico ignoram o problema dos fins do Estado. Também, revela-nos o autor a importância das correntes da teleologia estatal, apoiadas no jusnaturalismo, "para sedimentar a consciência jurídica dos povos civilizados" (Ibid.), precipuamente com relação à ordem política. Essa consciência política, preconizada e elaborada pelos filósofos do direito e que tem como tema fundamental justamente a teleologia estatal, institui o direito social e o direito individual, sob o ponto de vista da teoria do Estado, como o mesmo direito, "tomado apenas para prismas diferentes" (Ibid.).

tatal estrangeiro), navios mercantes e aviões comerciais (no espaço livre, ou seja, nas áreas internacionais não pertencentes a nenhum Estado soberano) e, para alguns autores – apesar da existência de inúmeras controvérsias –, as sedes das representações diplomáticas no exterior (embaixadas).

O *povo*, por sua vez, engloba o somatório de nacionais no solo pátrio e no exterior, não se identificando, pois, com o conceito de população, que inclui os estrangeiros no território estatal.

A *soberania*, por fim, traduz-se no elemento abstrato, de matriz político, que permite, em última análise, a indispensável concreção aos denominados elementos perceptíveis (povo e território), viabilizando o Estado como inexorável realidade efetiva (vinculação político-jurídica)⁷.

3 Ordenamento social

Independentemente da maior ou menor complexidade da *organização humana* (agrupamentos sociais, sociedades, Nação e Estado), a imperiosa necessidade de um *regramento disciplinador*, conforme já consignado, revela-se como elemento fundamental de viabilização última da *convivência* (e, em termos primitivos, da própria coexistência) *humana*.

Se, por um lado, o *gênero humano* necessita, por uma imposição de sua própria natureza, associar-se em diferentes níveis evolutivos de complexidade com outros de sua espécie para, num segundo momento, dominar e desenvolver suas próprias condicionantes de vida (e o seu *habitat*), por outro passou a prescindir de um igualmente crescente mecanismo de *ordena-*

7 Já, no que concerne especificamente à formação efetiva dos Estados, é importante consignar a existência de uma série de teorias explicativas que, de uma determinada maneira, aludem, ainda que por vias transversas, à origem primeira da sociedade e dos agrupamentos sociais.

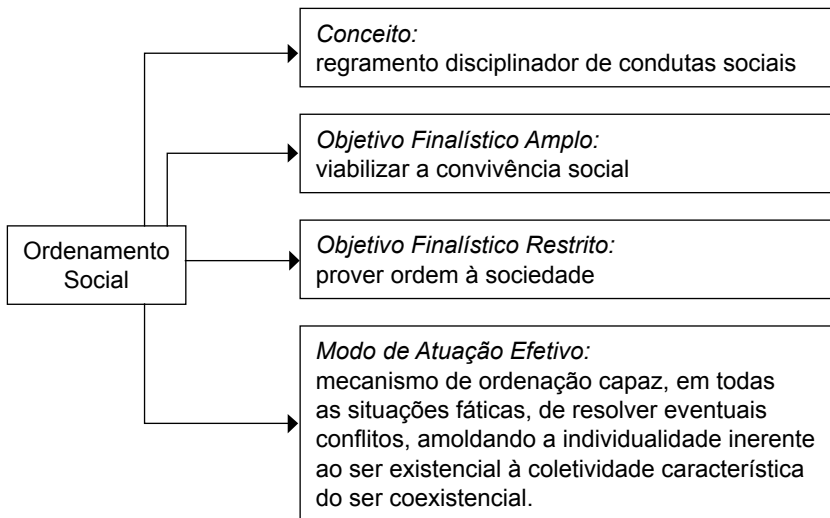
De qualquer forma, vale assinalar que os Estados, de modo geral, possuem, alternativamente, ou uma *formação originária* (partindo de agrupamentos humanos que, desenvolvendo uma concepção própria de coletividade, estabelecem um *território fixo* e uma *vinculação político-jurídica*) ou uma *formação derivada* (partindo de outros Estados preexistentes) por *fracionamento* (natural ou impositivo) ou *união territorial*.

No que concerne exclusivamente à primeira hipótese (formação originária) é que, em última instância, é possível proceder-se a um estudo mais apropriado (e aprofundado) das mencionadas teorias, dividindo-as em dois grupos: as teorias que sustentam a *formação natural* (não contratual) do Estado (em que a naturalidade é a tônica principal, existindo divergências apenas no que alude à origem), tais como as *teorias familiar* (matriarcal e patriarcal), *de força* (conquista), *patrimonial*, e da *potencialidade* (desenvolvimento interno) e as teorias que sustentam a *formação forçada ou artificial* (contratual) do Estado (nas quais a voluntariedade inicial e a compulsoriedade posterior são as tônicas principais, existindo, igualmente, divergências no que se refere à origem), tais como a do *contrato social*, *organicista* e do *equilíbrio social*.

ção, capaz, em todas as situações, de resolver eventuais conflitos, amoldando a *individualidade* inerente ao *ser existencial* à *coletividade* característica do *ser coexistencial*.

Sob esse prisma analítico, surge exatamente a noção de *ordenamento social*, traduzindo, por seu turno, a ideia básica de prover *ordem* à *sociedade*, em todos os seus diferentes e possíveis estágios perceptivos.

Diagrama 3: *Concepção Estrutural do Ordenamento Social*



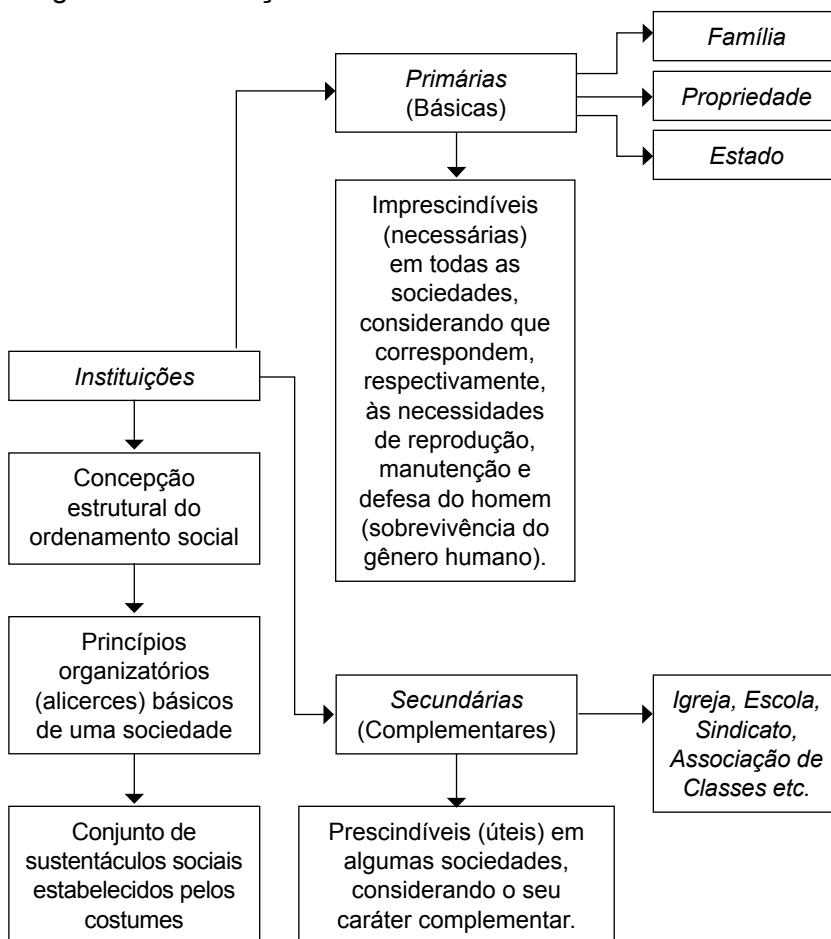
3.1 Instituições

O *ordenamento social*, em sua concepção estrutural, também se encontra inexoravelmente fundado em determinados *alicerces* que são estabelecidos, em sua concepção originária, em circunstâncias peculiares do ser humano (*razão* e *emoção*) que, por sua vez, originam os *costumes*.

São exatamente esses *alicerces* – que, em uma analogia metafórica, funcionam como autênticas *fundações* de onde são construídos os *pilares* e as *colunas*, na qualidade de sustentáculos primordiais da sociedade –, que convencionamos denominar de *instituições*, ou, em outras palavras, *entidades fictícias* em que o homem decidiu acreditar com o intuito de preservação não só individual, mas, sobretudo, grupal.

Nesse sentido, podem e devem ser entendidos como *instituições básicas* aquelas imprescindíveis, de maneira geral, a todas as sociedades, independentemente de suas peculiaridades, e que correspondem às necessidades básicas de *reprodução* (família), *manutenção* (propriedade) e *defesa* (Estado) do gênero humano; e, como *instituições secundárias* (de caráter complementar), a igreja, a escola, o sindicato, o parlamento etc.⁸.

Diagrama 4: *Instituições*



8 É importante observar que apenas os seres vivos dotados do atributo da inteligência, ou seja o *gênero humano*, é capaz de construir e conceber *instituições*, considerando, acima de tudo, que os demais animais integrantes do *mundo natural*, reputados irracionais, não possuem a capacidade de compartilhar *crenças* inerentes ao *mundo cultural*.

3.1.1 Família

A *família* é a instituição básica e pioneira que, durante toda a existência do homem civilizado, foi responsável pelo objetivo fundamental de *reprodução da espécie humana*, não obstante as suas amplas consequências de ordem sentimental, psicológica, moral, ética, educacional, religiosa, econômica, social, além de jurídica.

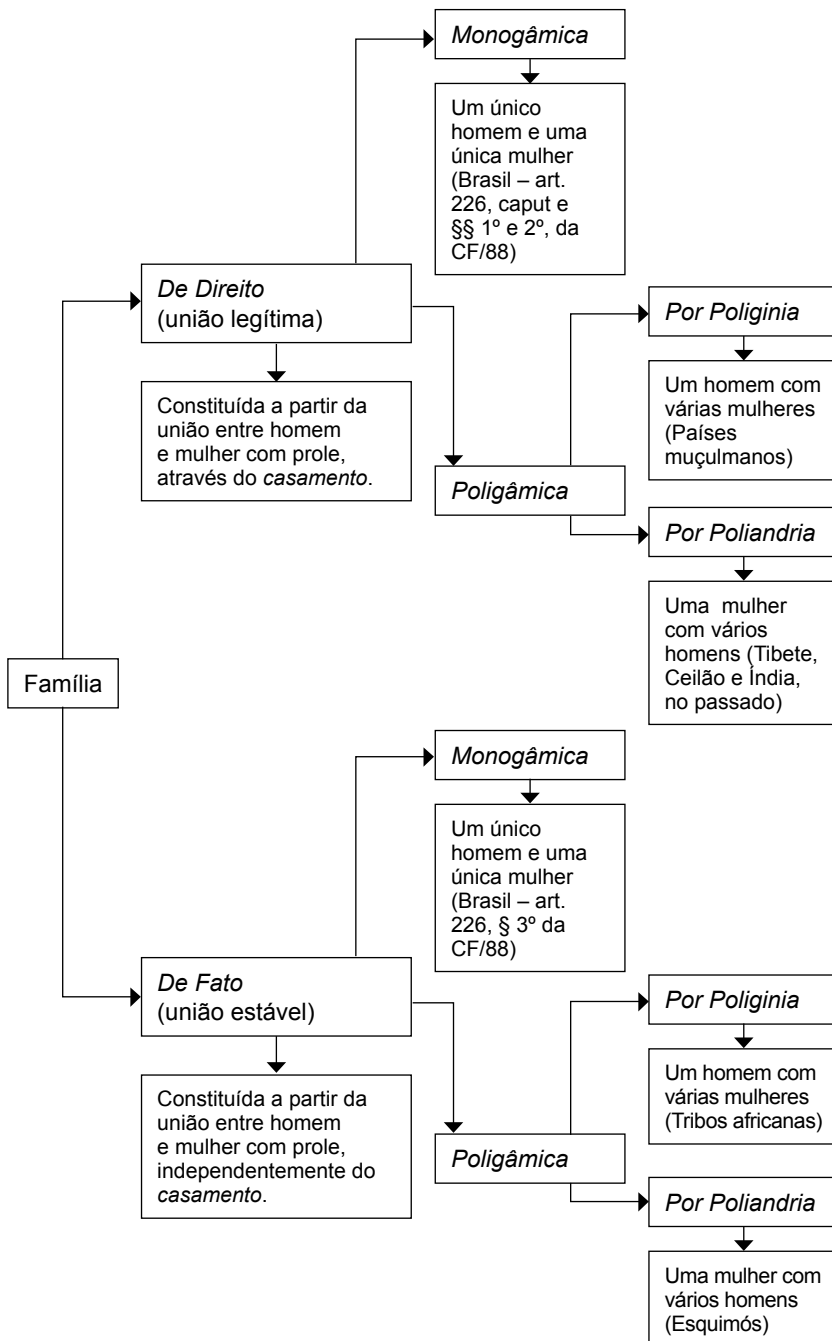
Em princípio, a instituição da *família* estabelece-se pelo *casamento com prole*, caracterizando o conceito de *família legítima*, ainda que a chamada *união estável* (hoje reconhecida pelo nosso Direito) também permita a concepção familiar, quando desta originam-se filhos⁹.

A *família*, como gênero, também comporta duas espécies básicas: a *família monogâmica* (em que a união se dá apenas entre um único homem e uma única mulher, como a expressamente admitida no Brasil – art. 226 da CF/88) e a *família poligâmica* (em que, ao contrário, um único homem pode se unir com várias mulheres (*poliginia*) ou várias mulheres podem se unir com um mesmo homem (*poliandria*)).

Sobre o tema vertente, oportuno ainda esclarecer que alguns autores – em absoluta dissonância com a doutrina mais abalizada sobre a questão – interpretam a *família* não como uma *instituição*, mas sim como um *contrato*, um *acordo*, um *contrato-instituição*, ou mesmo como um *ato-condição*.

9 É importante observar que a simples *união de direito* (casamento) ou *união de fato* (união estável) entre um homem e uma mulher, sem filhos, não origina a *família* (e sim apenas a figura jurídica do *casal*), considerando o objetivo maior de *caráter reprodutivo* que caracteriza a família. Não obstante, resta oportuno esclarecer que o Código Civil de 2002 inovou, neste particular, ao estabelecer – *contra factum* –, o conceito jurídico de família, para os casais sem filhos, permitindo, desta feita, igualmente, a possibilidade da existência jurídica das *famílias homoafetivas*.

Diagrama 5: *Instituição da Família*



3.1.2 *Propriedade*

A propriedade, logo após a *família*, é considerada a segunda mais importante *instituição*.

Assegurada a imperiosa necessidade de *reprodução* – e, portanto, de perpetuação da espécie humana –, resta, em consequência, de modo absolutamente fundamental, garantir a *manutenção* da existência do homem, provendo, em última análise, os meios de desenvolvimento do gênero humano, o que somente pode ser realizado através da produção de bens e riquezas por intermédio da *instituição da propriedade* que, nesse contexto analítico, pode ser *privada* (ou seja, inerente a cada indivíduo, como é o caso dos países capitalistas, como o Brasil) ou *coletiva* [relativa ao Estado, como detentor único dos meios de produção, como são exemplos alguns países (supostamente em vias de extinção) reputados socialistas, como Cuba, Coreia do Norte, China (ainda que com algumas restrições) etc].

3.1.3 *Estado*

Não obstante ser reputado, em uma concepção evolutiva, apenas como a terceira *instituição fundamental* – posto que, de fato, algumas *Nações* mantêm instituições estáveis (*família* e *propriedade*) e projetam um *Direito* (ainda que primitivo) independentemente de sua presença –, o *Estado*, mais do que a *família* e a *propriedade*, representa a *síntese institucional* responsável última (porém não exclusivamente) pela *concretização* do próprio *Direito* que é pelo mesmo *produzido* (função estatal-legislativa procedida por intermédio da *lei* em seu sentido amplo) ou não (Direito costumeiro ou consuetudinário produzido difusamente em sociedade), mas que pelo mesmo é, em qualquer hipótese, *assegurado* e *garantido* (função de projeção efetiva).

De um modo geral, os mais renomados autores conceituam o *Estado* como a organização político-administrativo-jurídica do *grupo social* que possui uma *identidade nacional* (povo), ocupa um *território fixo* e está submetido a uma *soberania*.

Por efeito, além dos pressupostos básicos de caracterização do *Estado* – ou seja, o *elemento humano* (povo) e o *elemen-*

to físico (território) –, que possuem *existência concreta*, há ainda um *elemento abstrato – soberania* –, de *existência ficcional*, que comporta-se como verdadeiro *poder institucionalizador*, traduzindo, em última instância, o poder que tem o Estado de se organizar jurídica e politicamente e de fazer valer, no seu território, a universalidade de suas decisões.

4 Ordenamento social e ordenamento jurídico

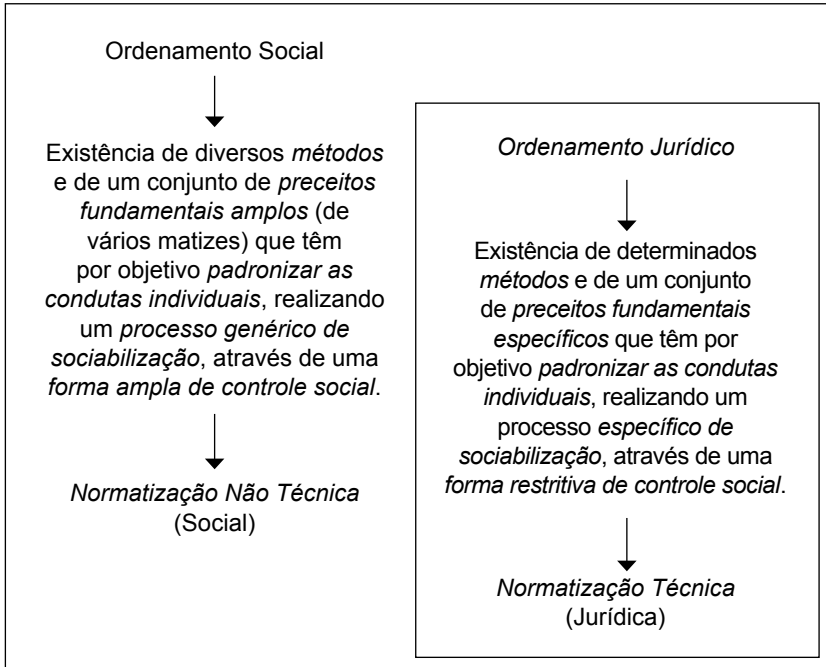
Em sua tradução primária de *regramento comportamental*, o *ordenamento social* também se caracteriza pela efetiva existência de diversos *métodos* e de um conjunto harmônico de *preceitos fundamentais* que tem por escopo de atuação padronizar as condutas individuais, realizando um genuíno processo de socialização, através de uma forma típica de *controle social*, em que a *uniformização de atitudes* de cada *ser individual* é concebida em benefício do *ente coletivo*, gerando uma *conduta comum*, como resultado da própria aplicação do *ordenamento social*.

Todavia, na *praxis* cotidiana, nem sempre o objetivo de estabelecer uma *conduta uniforme*, que permita a plena viabilidade da coexistência (harmônica e pacífica) entre *seres individuais* (diferentes em sua formação matricial originária), é perseguido igualmente por todos os membros de uma coletividade, forjando a concepção conceitual da *insociabilidade* e da *misanthropia* (aversão à sociedade e ao convívio social).

Nesse exato momento, mais do que em qualquer outro, é que o *ordenamento social* se faz necessário, procurando estabelecer, ainda que de forma cogente e imperativa, o equilíbrio e as condições últimas para a sobrevivência da sociedade organizada, através, sobretudo, de uma sinérgica *normatização*.

A imposição de uma *normatização técnica e própria* para atingir especificamente esse desiderato traduz, como resultado, o que convencionamos designar, em seu sentido amplo, por *norma jurídica*, que, por sua vez, em seu conjunto, convencionalmente nominamos de *ordenamento jurídico*.

Destarte, é cediço concluir que, em termos acadêmicos, o *ordenamento jurídico* (em que se insere o conceito básico de *Direito*) nada mais é do que uma espécie do gênero *ordenamento social*.

Diagrama 6: *Ordenamento Social e Ordenamento Jurídico*

5 Conceito de Direito

O vocábulo *Direito*, em sua acepção mais abrangente, pode ser empregado nos mais variados sentidos. Pode expressar o *conjunto de regras jurídicas* (Direito como norma (*norma agendi*), Direito objetivo), assim como igualmente também pode traduzir uma faculdade de exigibilidade de conduta (Direito como faculdade (*facultas agendi*), Direito subjetivo). Também pode referir-se a um conjunto valorativo (valor do justo, da segurança, do bem comum), como ainda a uma *ciência*, ou seja, um setor da conduta humana que investiga e sistematiza os fatos sociais.

Em uma conceituação ampla, o *Direito* também pode ser entendido simplesmente como um *fenômeno social* que permite, através de uma *ordenação disciplinadora de condutas*, as bases da convivência social.

Direito é o conjunto de regras de organização e conduta que, consagradas pelo Estado, se impõem coativamente, visando a disciplina da convivência social (Hermes Lima).

Direito é uma ordem de conduta humana. Uma ordem e um sistema de regras (Hans Kelsen).

Direito é um conjunto de normas gerais e positivas que regulam a vida social (Radbruch).

Nesse sentido particular, resta dizer que, não obstante o *Direito* atingir o seu apogeu através do surgimento do Estado, na qualidade de Nação jurídica e politicamente organizada (ou seja, por intermédio da forma mais avançada de coletividade humana), a existência do *Direito*, como conjunto de normas gerais e positivas, transcende em muito a esse limitado elemento criador e irradiador de disciplinas normativas, para também abranger outros polos transestatais (e, muitas vezes, transnacionais e transociais), reduzidos a agrupamentos humanos básicos e elementares¹⁰.

Portanto, é correto concluir que o *Direito* não se constitui propriamente em um monopólio do *Estado* (embora esse seja o seu mais íntimo desejo), transcendendo, em muito, a esfera estatal (até porque, no espectro evolutivo humano, já era conhecido e praticado durante o surgimento das sociedades primitivas), ainda que reconhecidamente seja, por meio da força cogente e organizada do *Estado* – capaz de supostamente impor uma efetiva supremacia normativa –, que o *Direito* se realiza em sua plenitude, como instrumento de harmonia social, indispensável ao progresso e ao desenvolvimento do homem que se deseja civilizado.

6 Finalidade social do Direito

A par do *conceito de Direito*, em sua inerente abrangência e complexidade, também resta importante esclarecer, em complementação elucidativa, a *finalidade social do Direito*.

10 Nesse particular, vale consignar a efetiva existência do *Direito* não só nos primórdios dos *agrupamentos humanos* que deram origem, na linha evolutiva, às sociedades, às Nações e aos Estados, como ainda aos *agrupamentos humanos paraestatais* e *transestatais*, existentes, respectivamente, em paralelo com o Estado (v.g., ordenamento social imposto pelos traficantes de drogas nas favelas cariocas), ou independentemente do Estado (v.g., ordenamento social existente nas comunidades silvícolas da Amazônia brasileira).

Se o *Direito* é, acima de tudo, *ordenação viabilizadora da convivência humana*, sua finalidade não poderia ser outra, salvo a de permitir a própria existência de uma *sociedade organizada* em qualquer de seus níveis de complexidade: agrupamento social primitivo, sociedade propriamente dita, Nação e Estado.

Não é por outro motivo que, de forma simplificada, a doutrina tem registrado, com notável ênfase, o *Direito* como um conjunto de regras obrigatórias que, limitando a atuação do *ser individual* em favor do *ser coexistencial* – da *pessoa particular* em favor da *coletiva* –, objetivam viabilizar, através de estruturas e valores próprios, a convivência harmônica e produtiva em sociedade.

Também, sob uma ótica mais específica, seria lícito afirmar que o *Direito*, genericamente considerado, alude a algumas *finalidades próprias* (que, em alguma medida, se confundem com seus *valores axiológicos*), tais como: *segurança, justiça e bem comum*, ou mesmo outras que, em certo sentido, já se encontram contidas nas anteriormente mencionadas (ordem, certeza, paz, garantia etc.).

7 Referências

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Lisboa: Coimbra, 1972.

CÍCERO, Marcus Tullius. *Da República*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 18.ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

MENEZES, Anderson de. *Teoria geral do estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONGONE, Gerard J. *Os elementos de direito internacional: a casebook*, Illinois: A. Dorsey Press, 1963.

RANELLETTI, Oreste. *Istituzioni di diritto pubblico, il nuovo diritto pubblico della repubblica italiana: parte generale*. 13. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1948.

RENAN, Ernest. Que é uma nação? Tradução Samuel Titan Junior. *Plural Sociologia USP*, São Paulo, v. 4, p. 154-175, jan./jun. 1997.

1.17

DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS. O ABUSO DE PODER ECONÔMICO DAS EMPRESAS

TATIANA CLÁUDIA SANTOS AQUINO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Licitação: princípios e objetivos. 3 Prática de diferenciação de preços em licitação. Abuso de poder econômico pelos licitantes. 4 Estudo de caso. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

A licitação é o processo por meio do qual o Estado busca o melhor fornecedor de bem ou serviço, garantindo a igualdade de concorrência dos interessados. Além de afiançar que todos os interessados possam concorrer de maneira equânime, a licitação garante também que o Estado adquira o produto ou serviço pelo melhor preço, dentro das condições previstas no edital.

Um ponto crucial que deve ser observado e jamais olvidado pelo gestor público é se o preço do serviço ou produto oferecido pelo licitante está dentro dos parâmetros praticados no mercado. Isso significa dizer que de maneira alguma devem ser aceitas propostas com valores acima dos praticados com particulares.

No entanto, isso não é o que sempre ocorre. Várias empresas oferecem preços completamente diferentes para o Estado quando comparado com os preços oferecidos ao setor privado. Praticam verdadeira diferenciação de preços e justificam essa prática com a escusa de que a contratação com o Estado seria mais dispendiosa.

* Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Procuradora do Estado do Espírito Santo.

É esse tipo de comportamento que mostraremos neste trabalho ser incompatível com os princípios constitucionais da ordem econômica e da Administração Pública.

2 Licitação: princípios e objetivos

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados¹.

O procedimento licitatório visa assegurar que o Estado realize o negócio mais vantajoso e ainda proporcionar aos administrados a igualdade de oportunidade de contratar o objeto licitado, autenticando os princípios da isonomia e impessoalidade.

O administrativista ainda aponta que são atendidas três exigências públicas impostergáveis com a licitação: 1) proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; 2) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos artigos 5º e 37, *caput*); 3) obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos artigos 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira (MELLO, 2005, p. 494).

O artigo 3º do Estatuto das Licitações (Lei nº 8.666/93) dispõe que as licitações serão processadas e julgadas de acordo com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correlatos.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 494.

Vendo pelo prisma dos objetivos da licitação que já citamos, dois princípios revelam-se os pilares da licitação: a economicidade, a qual obriga que o administrador público busque a contratação que seja mais econômica ao erário, e a isonomia, que tem como objetivo proporcionar igual oportunidade a todos os interessados em contratar com o Ente Público.

A economicidade será um princípio muito importante neste trabalho, pois é o alicerce para sustentarmos a impossibilidade de prática de preços abusivos dos licitantes com o Estado, em detrimento dos preços cobrados do setor privado.

3 Prática de diferenciação de preços em licitação. Abuso de poder econômico pelos licitantes

Como visto acima um dos objetivos principais da licitação é garantir a contratação dentro das melhores condições de aquisição de serviço ou produto pela Administração, a fim de assegurar a economicidade e preservação do interesse público.

Assim, uma questão que se mostra essencial no procedimento licitatório é a averiguação por parte do administrador público se os preços apresentados nas propostas estão compatíveis com os preços praticados pelos licitantes com o setor privado.

Por essa razão, a Lei nº 8.666/93 previu, em seu artigo 43, inciso IV, o seguinte:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

O administrador deve, então, ao processar e julgar as propostas, verificar se estão sendo observados os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente.

Parece, em tese, ser fácil fazer essa averiguação e, principalmente, parece lógico que os preços oferecidos nas propostas devam estar sempre compatíveis com o mercado. Mas isso não é o que ocorre na prática muitas vezes.

A compatibilidade dos preços com o mercado deve ser rigorosa, de forma que o mesmo preço que é cobrado do setor privado seja cobrado/ofertado na licitação.

Não basta que os preços estejam dentro de um patamar máximo. Eles devem ser fixados de acordo com os preços que a empresa cobra dos particulares nas mesmas condições de contratação do setor público.

Essa verificação se mostra importante principalmente nos casos em que não existe concorrência, como, por exemplo, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

A Lei nº 8.666/93, quando trata de inexigibilidade de licitação, alerta sobre a prática de superfaturamento de preços, afirmando que responderão solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável².

Há disposição ainda no sentido de exigir a justificativa do preço nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a ver:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, às situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto

2 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...]

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

A justificativa do preço evita a ocorrência de superfaturamento nas aquisições de bens e serviços pelo Ente Público. Superfaturar significa por um preço em valor acima do verdadeiro. Em licitação, os preços não podem ser superiores aos praticados no mercado. Sempre será necessária, portanto, a comparação dos preços ofertados com os de mercado por parte do administrador, sob pena de responder pelo superfaturamento solidariamente com o fornecedor. Quando não houver como comparar, pela característica do produto ou serviço, a compatibilidade de preços pode ser verificada por meio de outros negócios do próprio contratado.

Marçal Justen Filho, quando trata de superfaturamento em casos de inexigibilidade de licitação, defende que não pode haver diferença dos preços praticados pelos licitantes com o Estado e com os particulares:

Nessa acepção é que se deve entender a expressão “superfaturamento”, contida no art. 25, par 2º. O superfaturamento não se caracteriza nem como um preço “falso” nem como um lucro excessivo, mas como uma elevação injustificada do valor para a execução de uma certa prestação. Se o particular pratica certos preços, que lhe asseguram o lucro elevado, não se caracteriza um superfaturamento se propuser preço equivalente para contratar com o Estado. O problema reside, então, na prática abusiva prejudicial ao Estado, consistente na alteração das condições usuais de negócios e a oneração injustificada dos cofres públicos. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 296).

No tocante à justificativa do preço, requisito previsto no artigo 26, inciso III, da Lei nº 8.666/93, algumas considerações

devem ser assinaladas. A regra básica é que devem ser trazidos aos autos documentos que demonstrem que a proposta oferecida à administração é condizente com os preços praticados pelo profissional junto ao mercado. Sobre esse aspecto, assim discorre Marçal Justen Filho³:

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.

O superfaturamento caracteriza ainda crime previsto na Lei nº 8.666/93:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - *elevando arbitrariamente os preços;*

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - *tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:*

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (grifamos)

Além do superfaturamento ser expressamente vedado nas licitações, ele ainda constitui infração à ordem econômica, pois configura a prática de diferenciação de preços. Quando o forne-

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 291.

cedor cobra um preço mais elevado de seu produto ou serviço do Estado em comparação ao preço do mesmo produto ou serviço que cobra do particular está claramente praticando diferenciação de preços entre os consumidores.

A Lei Antitruste (da Lei nº 12.529/2011) dispõe que a utilização de política de vendas diferente para os consumidores em situações iguais é vedada e configura violação à ordem econômica. Veja-se o seguinte dispositivo:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e [...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

X - *discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; [...]*

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que a caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 (já revogada pela Lei nº 12.529/2011, tendo os dispositivos citados exata correspondência com os dispositivos acima transcritos). Ressalta o jurista que “a conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do art. 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20, isto é, resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros”⁴.

Sobre a prática de discriminação de preços, o Guia Prático do Conselho Administrativo de Defesa Econômica expõe que

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 56-57.

ocorre discriminação de preços quando o produtor utiliza o seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-os entre compradores, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar os seus lucros. Ressalta ainda o CADE que há casos nos quais a prática de preços diferentes por razões específicas é uma política comercial legítima em que agentes econômicos desiguais são tratados de maneira desigual (como, por exemplo, a prática de descontos por volume consumido ou para determinado perfil de consumidores, como descontos para entradas de cinema para estudantes e idosos). Mas há situações em que pode ser uma forma de financiar estratégias predatórias por meio de subsídios cruzados, devendo tal prática ser coibida⁵.

Para caracterizar a discriminação de preços, tem que haver as mesmas condições de compra, ou seja, qualidade, quantidade, condições de pagamento, e ainda assim os preços praticados serem diversos. A diferenciação, assim, só é permitida nos casos em que as condições de aquisição dos produtos pelos agentes econômicos são feitas de maneira desigual. Se os consumidores compram nas mesmas condições (ex: mesma quantidade e periodicidade), devem ser praticados os mesmos preços.

Assim, em um procedimento licitatório, o preço a ser oferecido pelo licitante deve ser necessariamente equivalente aos preços que ele pratica em condições similares do mercado privado, sob pena, além de violação aos dispositivos da Lei nº 8.666/93, também de configuração de infração à ordem econômica, na modalidade discriminação de preços.

Sobre a discriminação de preços como infração à ordem econômica, Arnaldo Quirino de Almeida afirma que

no abuso do poder econômico mediante a discriminação de preços de bens ou de prestação de serviços, o núcleo discriminar significa diferenciar, distinguir, discernir, que são praticados com o abuso do poder econômico mediante discriminação de preços de bens ou de prestação de serviços, ou seja, fixando preço para diferentes consumidores de mes-

5 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: CIEE, 2007.

mo produto. Esta conduta é praticada por empresários de um mesmo grupo econômico que ao invés de estabelecerem os preços de acordo com os seus custos e de acordo com a lei da oferta e da procura, fazem de forma artificial, com o objetivo de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente a concorrência (ALMEIDA, 2013).

A discriminação de preços não se baseia apenas no seu valor individualmente considerado, mas sim na comparação de prática do preço do mesmo produto pela empresa no mercado. Ela apenas se justifica no caso de diferentes volumes e periodicidade de compra e de forma de pagamento. Os vetores quantidade e regularidade são os principais responsáveis pela diferenciação de preços lícita no mercado.

A Constituição da República ressalta com nitidez que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, parágrafo 4º, CF/88). A Lei nº 12.529/2011 prevê, em seu artigo 36, as práticas que caracterizam infrações à ordem econômica, dentre elas o aumento arbitrário de lucros⁶.

Os administrativistas pátrios defendem com veemência o combate aos contratos administrativos realizados com grande desvantagem para a Administração, principalmente, em decorrência do superfaturamento de produtos e serviços. Mesmo que haja apenas um licitante, a Administração não deve aceitar qualquer preço ofertado, mas sim o preço justo, praticado no mercado.

Uma das principais máculas do procedimento de aquisição de produtos e serviços pela Administração é a prática do superfaturamento efetuado por várias empresas que se utilizam das transações com o Estado para aumentar arbitrariamente seus lucros. Procedimentos licitatórios e contratos administrativos são

6 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

realizados com grave lesão ao Erário, em manifesta violação às regras de mercado concorrencial justo e equilibrado.

A prática de superfaturamento contra o Poder Público é uma das causas da crise nos cofres públicos vivida pelo Brasil e deve ser veementemente combatida, principalmente pelo Judiciário. Não é incomum vermos denúncias veiculadas na mídia nacional sobre o superfaturamento de serviços e produtos vendidos ao Estado, com acordos inescrupulosos. A sociedade fica escandalizada, exigindo moralidade na Administração Pública.

Qualquer diferenciação de preços em licitação sem justificativa plausível traduz a intenção de aumentar arbitrariamente seus lucros.

A discriminação de preços constitui ainda crime contra a ordem econômica, previsto na Lei nº 8.137/90:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

[...]

III - *discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico*, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

[...]

VII - *eleva sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado*. (grifamos)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Toda essa exposição não traria nenhuma novidade não fosse a ocorrência de certos precedentes que preocupam, no sentido de permitirem abertamente o superfaturamento de produtos e serviços em procedimentos licitatórios.

Algumas empresas defendem a tese de que a licitação, por ser um procedimento demorado e burocrático, por si só já justificaria a prática de preços diferenciados com a Administração Pública.

O mais preocupante é que essa tese já vem encontrando respaldo em alguns Tribunais. É o que mostraremos a seguir.

4 Estudo de caso. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

O precedente judicial que passaremos a analisar trata-se de um acórdão⁷ que deu provimento a agravo de instrumento para

- 7 EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - NOVARTIS BIOCÊNCIA S/A - INDÚSTRIA FARMACÊUTICA - LUCENTIS - AVASTI - MEDICAMENTO - LICITAÇÃO - REGISTRO DE PREÇO - PRINCÍPIO - LIVRE INICIATIVA - VENDA DE MEDICAMENTO PARA O ESTADO COM PREÇO DIFERENTE DA VENDA PARA O PARTICULAR - POSSIBILIDADE - BOA-FÉ - AUTORIZAÇÃO DA ANVISA - PREÇOS MÁXIMOS DO MEDICAMENTO REGULADO PELA CEMED - AGÊNCIA REGULADORA - AUSÊNCIA DE VEROSIMILHANÇA - PODER ECONÔMICO - POLÍTICA DE FIXAÇÃO DE PREÇOS - LEI DA OFERTA E DA PROCURA. Havendo fixação pelos órgãos competentes (in casu ANVISA e CEMED) do preço máximo de comercialização de determinado medicamento, não há vedação que a empresa que o comercialize promova oscilações de seu preço, dentro dos patamares estabelecidos, de acordo com as variantes possíveis: quantidade adquirida, periodicidade da aquisição, forma de pagamento etc, de cliente para cliente. Por certo, elementos como formas de pagamento e formas de contratação, oscilação de preços ao longo de eventual contrato, quantidade de mercadoria comprada, fidelidade do cliente, intervenção do Estado na relação etc, podem influenciar de forma substancial na fixação do preço final do produto ao seu destinatário, e, *in casu* a história não se mostra diferente. Com as devidas vênias a eventuais pensamentos contrários, não se pode afirmar jamais que a relação havida entre uma indústria que contrata com o Estado, por meio de processo de licitação, e da indústria que contrata como particular, ainda que seja o mesmo objeto contratado para com a Administração Pública, seja a mesma, haja vista que TODOS ou pelo menos a MAIORIA dos poucos fatores acima referenciados como motes na política de fixação do preço tendem a sofrer variação. Veja-se que a forma de contratação pelo Estado já demonstra-se grande diferença da que é tida com o particular, na medida que a empresa postulante deve inscrever-se no processo licitatório, submeter-se a concorrência e a infinidade de exigências advindas de lei para que se possa contratar com a Administração, o que, sem dúvida gera custos operacionais distintos. Aliás, deve-se lembrar aqui que a modalidade de contratação realizada com os ora litigantes foi a de "LICITAÇÃO NA MODALIDADE REGISTRO DE PREÇO" na qual o Estado está desobrigado a adquirir qualquer quantidade da mercadoria, havendo somente uma previsão, uma mera expectativa de que o produto seja necessário. De tal forma, não há que se falar, in casu, de qualquer hipótese de abuso de poder econômico ou de eventuais ilegalidades que atentariam os dispositivos da lei antitrustes, na medida em que, ao menos até o que restou noticiado nos autos não há vedação de que outras empresas do mesmo ramo possam ou não entrar no mercado a fim de comercializar o produto objeto do litígio estabelecendo, assim uma concorrência para com a NOVARTIS. Finalmente, é de se verificar que o preço pelo qual o Estado adquire medicamento em questão (R\$ 2.288,95), encontra-se, inclusive abaixo dos patamares fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), considerando que o maior preço que lhe é permitido praticar é o de R\$ 4.134,08 (quatro mil cento e trinta e quatro reais e oito centavos), não havendo que se falar em prática abusiva por parte da agravante na medida em que se o Estado pretende os mesmos descontos dos particulares que adquirem o produto com o desconto maior, que preencha os mesmos requisitos, ao menos no que tange a quantidade e periodicidade da aquisição, já que a forma de pagamento resta engessado pela regra da licitação. Neste norte, não vejo com bons olhos (refiro-me ao *fumus boni juris*) a alegação de que os fundamentos pelos quais o Estado fundamentou seu pleito em primeiro grau, acolhidos pela decisão recorrida, haja vista que o mesmo pretende um tratamento igual entre aqueles que são a olhos nus desiguais, entre aquele que compra muito, paga no ato da compra e com frequência, para com aquele que compra eventualmente, custa a pagar, apesar de pagar, e em pequena quantidade – geralmente quando uma determinação judicial lhe obriga. Ora, se a empresa agravante preencheu os requisitos para a comercialização do medicamento e possui autorização dos órgãos competentes para tanto, inclusive que limitam o estabelecimento de seu preço, não vejo como atribuir a prática das ilegalidades ventiladas pelo Estado a empresa e por esta razão. Assim, partindo deste primeiro ponto, que sem dúvidas influencia na política de fixação do preço, tendo em vista que a empresa agravante há de arcar pelo menos dois riscos, quais sejam: a) o risco de disponibilizar a mercadoria e não vendê-la efetivamente ao Estado, face a referida forma de licitação; b) o risco de disponibilizá-la por um preço no certame e ao longo do prazo de validade do contrato o mesmo ter uma oscilação em seu valor. Havendo fixação dos preços por meio de processo licitatório não há que se falar em alteração dos mesmos em virtude de eventual venda por preço menor a setores particulares, uma vez que tal prática atenta contra o princípio constitucional da livre iniciativa. Não há razoabilidade quando o Estado quer se equiparar ao particular com a única finalidade de conseguir um benefício e faz questão de ser Estado para se diferenciar do particular quando a situação que se apresenta não lhe seja favorável. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24129010567, Relator : RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 30/10/2012, Data da Publicação no Diário: 09/11/2012).

cassar liminar concedida em ação civil pública⁸, a qual determinava que um laboratório vendesse um medicamento para o Estado nas mesmas condições, com os mesmos preços e com a mesma política de descontos que vendia para o setor privado.

Na ocasião, a empresa agravou da medida liminar concedida em seu desfavor, alegando que os preços que praticava nas vendas com o Estado eram diferentes dos que praticava com o setor privado, porque a contratada teve que se submeter a certame licitatório sob sistema de registro de preços, em que apresentou uma proposta para a Administração, a qual tem validade de 1 (um) ano, não havendo uma quantidade estabelecida de medicamentos que seriam adquiridos pelo Estado.

O Estado rebateu os argumentos do agravo, sustentando, principalmente, que a simples necessidade de apresentação de proposta de preço não pode ser considerada como fato gerador de despesas para uma empresa. Não existia oneração a mais da empresa por causa da simples apresentação de proposta em sistema de registro de preços. Ressaltou que o caso sob análise foi mais simples ainda, pois nem concorrência houve, já que a empresa era a única fornecedora do produto.

Alegou também que o intuito da Administração era fazer jus à mesma política de preços e descontos que o laboratório praticava com o setor privado, dentro das mesmas condições de compra; não estava querendo privilégios, mas apenas que a mesma sistemática de descontos fosse aplicada indistintamente quando houvesse os mesmos fatores de aquisição (volume e periodicidade).

Defendeu ainda o Ente Público que, em mercado concorrencial normal e equilibrado, todas as empresas apresentam várias propostas antes de terem seus produtos ou serviços adquiridos, não só pelo Estado, mas também pelos particulares. Todos os consumidores, ao adquirirem um produto ou serviço, sempre

8 Até a finalização deste artigo, em 19.02.2014, a ação civil pública nº 0015579-97.2012.8.08.0024, que tramita na 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Vitória do Estado do Espírito, estava com vistas para o Ministério Público, após o encerramento da instrução processual. Em relação ao agravo de instrumento nº 00394-48.2012.8.08.0024, que tramitava na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o Estado do Espírito Santo interpsôs recurso especial da decisão que deu provimento ao agravo, estando o recurso tombado sob o nº 1398785, concluso ao Ministro Relator Sérgio Kukina, da Primeira Turma.

averiguam pelo menos duas propostas, para depois escolher a mais vantajosa. Assim, a licitação nada mais seria do que um certame em que os interessados apresentam à Administração as suas propostas, para que se possa escolher a mais vantajosa para o interesse público, dando igualdade de condições para todas as empresas. Não seria, portanto, a licitação motivo razoável para a cobrança de preços maiores do Estado.

O acórdão que julgou o agravo de instrumento deu provimento ao recurso, por considerar normal que as empresas cobrem um preço maior do Estado do que dos particulares, mormente porque elas têm que se submeter ao certame licitatório, o que geraria custos adicionais. Nas palavras do julgador: “Com as devidas vênias a eventuais pensamentos contrários, não se pode afirmar jamais que a relação havida entre uma indústria que contrata com o Estado, por meio de processo de licitação, e da indústria que contrata como particular, ainda que seja o mesmo objeto contratado para com a Administração Pública, seja a mesma, haja vista que todos ou pelo menos a maioria dos poucos fatores acima referenciados como motes na política de fixação do preço tendem a sofrer variação. Veja-se que a forma de contratação pelo Estado já demonstra-se grande diferença da que é tida com o particular, na medida que a empresa postulante deve inscrever-se no processo licitatório, submeter-se a concorrência e a infinidade de exigências advindas de lei para que se possa contratar com a Administração, o que, sem dúvida gera custos operacionais distintos”.

Ressaltou o julgador que não existiria prática abusiva por parte da empresa, uma vez que, se o Estado pretendesse as mesmas condições de compra, com os mesmos descontos oferecidos ao setor privado, deveria preencher os mesmos requisitos, ao menos no que tange à quantidade e periodicidade da aquisição. Rematou, afirmando que “havendo fixação dos preços por meio de processo licitatório não há que se falar em alteração dos mesmos em virtude de eventual venda por preço menor a setores particulares, uma vez que tal prática atenta contra o princípio constitucional da livre iniciativa. Não há razoabilidade quando o Estado quer se equiparar ao particular com a única finalidade de conseguir um benefício e faz questão de ser Estado para se di-

ferenciar do particular quando a situação que se apresenta não lhe seja favorável”.

O que o Estado do Espírito Santo estava pleiteando na ação civil pública era que a empresa ré disponibilizasse os mesmos preços que praticava com o setor privado, quando observadas as mesmas condições de aquisição. Se a compra do Estado atingisse a periodicidade e o volume que permitiriam o desconto no setor privado, deveria também ser aplicado o mesmo desconto no setor público. Ou seja, desejava o Ente Público nada mais do que a aplicação dos ditames do Estatuto das Licitações e da Lei Antitruste.

No entanto, o julgado entendeu que a participação em licitação já era uma situação de desigualdade que autorizaria a cobrança diferenciada de preços. Ressalte-se mais uma vez que no caso analisado não houve concorrência, tratando-se de inexigibilidade de licitação, já que a empresa era fornecedora exclusiva do produto licitado.

Como vimos no tópico acima, a Lei nº 8.666/93 prevê que o preço dos produtos ou serviços que serão adquiridos por meio de procedimento licitatório deve ser compatível com os preços praticados no mercado, de modo que a Administração não pague um preço maior do que as empresas cobram dos seus clientes privados em relação aos mesmos produtos. Mostramos ainda que essa regra seria por demais lógica, entretanto, como podemos observar no precedente acima, na prática, não se mostra de tão simples aplicação.

É de bom alvitre fazer um parêntese para definir o que seria preço de mercado. O Tribunal de Contas da União trata o preço de mercado como o corrente na praça pesquisada⁹. Para a justificativa de preços em licitação, adota-se usualmente o preço médio, o qual é elaborado a partir de vários estudos de preços, no mínimo 3 (três) preços pesquisados, realizados no mercado em que está sendo realizada a provável contratação.

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos*. 3. ed. Brasília. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/9%20Estimativa%20de%20valor%20da%20contrata%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

O TCU tem adotado recomendações sempre exigindo que seja feita pesquisa de mercado nas licitações. Como exemplo a recomendação abaixo¹⁰:

Promova, em todos os procedimentos licitatórios, a realização de pesquisa de preços em pelo menos duas empresas pertencentes ao do objeto licitado ou consulta a sistema de registro de preços, visando aferir a compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, nos termos do disposto no inciso V, § 1º, art. 15 e inciso IV, art. 43, da Lei nº 8.666, de 1993 e Decisões nºs 431/1993-TCU Plenário, 288/1996-TCU Plenário e 386/1997-TCU Plenário. Acórdão 828/2004 Segunda Câmara.

A discriminação de preços é vedada no mercado concorrencial particular e também é vedada se praticada em detrimento do setor público. Para haver uma discriminação de preços válida em licitação, ela deve ser justificada com base em critérios objetivos, especialmente no que diz respeito à quantificação dos ganhos de eficiência e redução de custos por parte do fornecedor e de que modo tais ganhos sejam compartilhados pela sociedade. De toda sorte, essa diferenciação de preços permitida deve ser devidamente comprovada e documentada pelo fornecedor.

No caso do precedente judicial analisado, a Administração procurou, dentro dos mesmos parâmetros de quantidade e periodicidade de compra, obter os mesmos descontos que a empresa fornecia aos particulares. Não havia, no caso, diferenças em condições de entrega, descontos/reembolsos, taxas de serviços e congêneres, e condições de crédito incomuns não relacionadas intrinsecamente ao valor do crédito que pudessem interferir no preço.

A tese defendida pela empresa fornecedora – e corroborada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – para justificar a diferenciação de preços foi a circunstância de a empresa precisar participar de um procedimento licitatório para vender seus produtos ou serviços ao Estado, o que, pó si só, geraria

10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos*. 3. ed. Brasília. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/9%20Estimativa%20de%20valor%20da%20contrata%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

custos adicionais. Essa tese vai de completo encontro à legislação e à doutrina pátrias.

Os argumentos da decisão analisada que interessam a este trabalho podem ser resumidos em três: 1) poder econômico – política de fixação de preços – lei da oferta e da procura; 2) livre iniciativa; 3) a intervenção do Estado na relação, com a existência de procedimento licitatório, gerando custos operacionais distintos, o que autorizaria a cobrança de valor mais alto do Estado do que de outros clientes.

Quanto à aplicação do princípio da livre iniciativa suscitado na decisão, é de salutar importância ponderar que existem diversos limites impostos, inclusive constitucionalmente, ao princípio da livre iniciativa. Esse princípio não significa simplesmente que os agentes econômicos podem realizar as atividades comerciais de acordo com sua vontade e convencimento. Significa que todos podem lançar-se no mercado, por sua conta e risco em atividades lícitas, sem que haja intervenção injusta. Mais que isso, é uma proteção ao consumidor, que terá a garantia de que o mercado será livre, sem a formação de monopólios e abuso de preços.

José Afonso da Silva ensina que a livre iniciativa, “num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”. (SILVA, 1998, p. 760)

A livre iniciativa é, portanto, a liberdade da empresa de se lançar no mercado, sendo a livre concorrência a liberdade de competição entre as empresas, o que não existe no caso em comento.

A proibição de diferenciação de preços com a Administração em processo licitatório não tolhe a livre iniciativa dos licitantes, nem a livre concorrência.

Outrossim, jamais pode haver uma interpretação de uma norma constitucional de uma forma isolada, como realizado com o

princípio da livre iniciativa. A norma constitucional insere-se dentro de um contexto sistemático, em que, no caso da livre iniciativa, existe uma razão maior para a sua inserção no texto magno.

A livre iniciativa, dentro do contexto constitucional, acaba servindo para reprimir o abuso de poder econômico e aumento arbitrário dos lucros, com o fito de concretizar os valores da justiça social e dignidade da pessoa humana.

A ordem econômica, que é baseada no princípio da livre iniciativa (artigo 170, CF88), tem o fim maior de reprimir o abuso de poder econômico. Nesse sentido, é o ensinamento de Paula Andréa Forgioni:

O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social' (FORGIONI, 1998, p.170).

Assim, não há como aplicar o princípio da livre iniciativa para justificar a diferenciação de preços, como apregou a decisão analisada.

Além da previsão legal expressa que impede a cobrança de preço em valor maior da Administração do que do particular, a doutrina pátria em sua esmagadora maioria defende que não pode haver cobrança de valor maior do Estado do que do setor privado nas mesmas condições.

O que causa espécie na decisão judicial aqui analisada é justamente o posicionamento completamente contrário à disposição literal da lei e ao entendimento dela: entender que as empresas poderiam sim cobrar valor maior do Estado em licitação, já que a lei da oferta e da procura e o princípio da livre iniciativa permitiriam a diferenciação de preços pelo empresário; e ainda que a submissão a um procedimento licitatório gera custos adicionais que precisam ser repassados no preço.

Não vemos como não discordar de tal posicionamento. Ele ultrapassa as barreiras do lógico e do razoável e vai de encontro aos princípios constitucionais da Administração Pública e da ordem econômica.

A legislação pátria não deixa margem a dúvidas: os preços no certame licitatório precisam estar de acordo com os preços praticados no mercado, sob pena de improbidade do agente público que autorizará a contratação. Além disso, a diferenciação de preços com os consumidores é abuso de poder econômico, configurando ainda crime contra a ordem econômica.

Ademais, não existe razoabilidade no argumento de que a existência do certame licitatório seria uma justificativa aceitável para a elevação dos preços para a Administração.

Ressalte-se que, na situação posta sob julgamento no precedente trazido, tratava-se de inexigibilidade de licitação, ou seja, nem concorrência existiu. Contudo, é exatamente nos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação que ocorrem com mais frequência a incidência de superfaturamento através da diferenciação de preços. É por isso que o legislador previu, no artigo 26, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que deverá sempre ser justificado o preço, para averiguação de sua compatibilidade com o preço praticado no mercado.

José Cretella Júnior ensina que

a fixação de preços e as condições operacionais de venda, ou prestação de serviços devem ser uniformes para todos os fornecedores e adquirentes desses produtos e serviços, constituindo infração da ordem econômica, passível de pena, qualquer fixação diferenciada, discriminadora de preços, ou de condições operacionais de venda (CRETELLA JÚNIOR, 1996, p.76).

Dessa forma, não há justificativa para se pensar que os custos operacionais de uma empresa são maiores para vender para o Estado do que para o particular apenas pelo simples fato de submissão a um certame licitatório. A simples apresentação de proposta de preço é conduta corriqueira no mercado, não tendo o condão de permitir a diferenciação de preços como defendida pelo julgado que estamos analisando.

O posicionamento adotado pelo precedente judicial que ora estudamos colide de forma fulgente contra os princípios da economicidade e da moralidade, aplicados à Administração Pública, e contra os princípios constitucionais da ordem econômica, devendo ser ardentemente combatida pelo Poder Judiciário.

5 Conclusão

O legislador deixou bem claro em vários diplomas legais, como lei de licitações, lei antitruste e lei de improbidade, que não será aceito que a Administração pague preço acima do mercado na aquisição de bens e serviços.

Tal previsão tem perfeita consonância com os princípios constitucionais da moralidade, supremacia do interesse público, e ainda com o princípio da economicidade.

Não é novidade que as empresas tentam burlar essa regra, impondo preços mais elevados ao Estado como forma de aumentar seus lucros.

O administrador deve ficar bastante atento diante das práticas de diferenciação de preços e de superfaturamento. A exigência de certame licitatório para as aquisições do Poder Público não é justificativa plausível para a aceitação da prática de diferenciação de preços. Trata-se de infração à ordem econômica, agravada por ter o Estado como vítima.

O precedente que citamos vai de encontro ao que determina a legislação e é extremamente perigoso, pois pode dar azo à ocorrência de autorização para diferenciação de preços de forma indiscriminada nas contratações públicas.

Por essa razão, entendemos que o posicionamento defendido pela decisão judicial analisada neste trabalho não deve ser seguido, já que vai de encontro às disposições da nossa Constituição Federal, da Lei de Licitações e da Lei Antitruste, não devendo permanecer no nosso sistema jurídico.

6 Referências

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Cartel*: crime contra a ordem econômica. Disponível em: <<http://arnaldoquirino.com/2013/08/19/a-tutela-penal-da-ordem-economica-noco-es-gerais-fundamentos-da-tutela-penal-formacao-de-cartel-crimes-em-especie/>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos*: orientações jurisprudenciais do TCU. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2010.

———. *Licitações e contratos*. 3. ed. Brasília. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/9%20Estimativa%20de%20valor%20da%20contrata%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 01 fev.2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*: comentários à Lei n. 8.884/94. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Guia prático do CADE*: a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: CIEE, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, José Torres. *Comentário à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

1.18

A SEGURANÇA JURÍDICA E OS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS FUNDADOS EM LEIS INCONSTITUCIONAIS

THIAGO ALVES DE FIGUEIREDO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Segurança jurídica. 2.1 A segurança jurídica e o problema proposto. 2.2 Proteção da confiança, boa-fé objetiva e expectativas legítimas. 3 A dogmática do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. 3.1 Nulidade X anulabilidade. 3.2 Os problemas da aplicação pura da teoria da nulidade da norma no controle de constitucionalidade. 4 O art. 54 da Lei nº 9.784/99 como solução ao problema proposto. 4.1 A teoria da nulidade dos atos administrativos no Direito brasileiro. 4.2 O art. 54 da Lei nº 9.784/99 como limite à retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo estudar a relação entre o exercício constitucional do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis e seus efeitos sobre os atos emanados da Administração Pública.

A lei enquanto vigora é substrato para o atuar da Administração, tendo em vista sua vinculação à legalidade estrita, sendo comum a produção de um grande número de atos administrativos, cujo fundamento de validade é extraído de leis que, por sua vez, posteriormente podem vir a ser declaradas inconstitucionais pelo STF.

Nesse passo, a delimitação precisa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis constitui necessidade de primeira grandeza, tendo em vista que é exatamente pelos atos administrativos que a lei abstrata se faz sentir concretamente na vida do cidadão.

* Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

A certeza quanto ao alcance da declaração de inconstitucionalidade das leis sobre os atos da Administração se torna ainda mais premente, levando-se em conta o atual estágio do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que o princípio da segurança jurídica é, indubitavelmente, uma de suas vigas-mestras.

No decorrer do trabalho, se procederá à análise bibliográfica no que diz respeito ao princípio da segurança jurídica e suas constantes releituras à luz da evolução dos paradigmas constitucionais, bem como do sistema de nulidades dos atos administrativos e da doutrina constitucional clássica, no intuito de identificar pontos problemáticos relativamente à retroação ilimitada dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade das leis sobre os atos administrativos.

O presente trabalho, ainda, trará análise jurisprudencial da evolução da aplicação do princípio da segurança jurídica, com o escopo de identificar soluções já adotadas em hipóteses semelhantes ao problema proposto, para ao final, apontar possível solução hermenêutica que supra a aparente lacuna no ordenamento jurídico detectada.

2 Segurança jurídica

2.1 A segurança jurídica e o problema proposto

A segurança se apresenta como um dos sentimentos mais primários do homem, de tal forma que constitui elemento do bem comum, viabilizador da vida em sociedade. Assim, a necessidade de ordenar as relações interpessoais, pela criação de um sistema de regras sob as quais determinada sociedade irá se desenvolver, afastando-a do caos, tem como fim último propiciar segurança, surgindo a ideia de segurança jurídica. Nota-se, então, que um dos valores primordiais que informa o Direito é a segurança¹.

1 SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15.

É bem verdade que a justiça também desponta como um valor a ser perseguido pelo Direito, havendo, nas palavras de Radbruch², “[...] uma nítida tensão entre esses dois valores [segurança e justiça], porque a segurança exige a positividade e o direito positivo aspira impor-se com uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente da sua justiça”.

Essa tensão existente entre a justiça e a previsibilidade que tem de ser assegurada pelo Direito dá a tônica das discussões na esfera jurídica. A ordem jurídica, assim, é conclamada a apresentar parâmetros que conciliem a segurança jurídica com a motricidade do desenvolvimento social, nunca perdendo de vista a justiça como norte.

Equacionando essa intrincada relação entre justiça e segurança no Direito, Recasens Siches³ bem assevera que

se bem a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representem o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem este não estará justificado senão na medida em que cumpra as exigências de tais valores, sem embargo, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social.

Como se vê, a ideia de direito está finalística e intrinsecamente vinculada à ideia de segurança. É por propiciar segurança – estabilizando as relações sociais qualificadas como juridicamente relevantes – que o direito se faz imprescindível na vida do homem em sociedade.

O ordenamento jurídico comunica ao cidadão o valor da segurança na estabilidade das relações sociais, velando pela própria preservação do sistema. Assim, a segurança das relações sociais é um metavalor que toda ordem jurídica, em qualquer momento histórico, sempre teve por escopo atingir. O sistema ju-

2 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 201

3 SICHES, Luis Recasens. Vida humana sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. cap. 6. Disponível em: <<http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/vida-humana-sociedad-y-derecho-fundamentacion-de-la-filosofia-del-derecho-0/html/>>. Acesso em: 4 fev. 2014. Tradução livre.

rídico busca comunicar certeza às relações jurídicas, postulado imprescindível à convivência social.

Nesse sentido são os ensinamentos de J. Flóscolo Da Nóbrega⁴, em sua clássica obra, valendo a citação do seguinte trecho:

A segurança significa, de uma parte, a estabilidade, a permanência das relações sociais e, de outra, a certeza, a garantia de que essas relações serão em qualquer caso mantidas, respeitadas por todos. A vida social não seria possível se as normas que a disciplinam pudessem ser alteradas a cada momento, ou não fossem observadas, acatadas por todos; se assim fosse, ninguém teria garantias, todos estariam desamparados, inseguros, sem a confiança de poder viver em paz e tranquilidade. A segurança é, assim, praticamente, a base da Justiça. Um regime social em que haja segurança, em que haja ordem, estabilidade nessa ordem e certeza de que será respeitada e mantida, será por isso só um regime justo. O fim do Direito é realizar esse regime, conseguir o máximo possível de segurança, eliminando o máximo possível de arbitrariedade, de anarquia, de incerteza e instabilidade.

Se é certo que a segurança é um valor fundante de todo ordenamento jurídico, é na relação da Administração Pública com seus súditos que se deve curar com mais cuidado de sua observância, na medida em que o sistema em si já garante um desequilíbrio relativamente a esses dois sujeitos, consubstanciado no grande número de prerrogativas do Poder Público.

A respeito, Bandeira de Mello⁵ expressa o relevo do princípio da segurança jurídica, ao ensinar:

Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos adminis-

4 NOBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias apud PRUDENTE, Antônio Souza. Medida provisória e segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n.138, p.246 - 247, 1998.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 295.

trativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e a estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

Não obstante o caráter estabilizador do direito, o sistema jurídico se apresenta como algo dinâmico, na medida em que suas normas são constantemente alteradas, seja pela diuturna atividade legislativa típica, pela edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, ou ainda pelo exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Essa dinamicidade do sistema jurídico é inevitável, uma vez que a sociedade está em constante evolução, devendo haver um compasso entre o grau de progresso apresentado pela sociedade e o sistema de normas que a rege.

Todavia, essa inevitável necessidade de mudança acaba por gerar certo grau de instabilidade nas relações jurídicas travadas no seio da sociedade, sobretudo, naquelas estabelecidas entre o cidadão e o Poder Público. Novamente ao próprio direito é relegada a tarefa de apresentar parâmetros e soluções, com o escopo de amenizar a instabilidade surgida da inexorável e contínua evolução a que todo o sistema jurídico está sujeito, cuja cadência é ditada pelo desenvolvimento social.

Nessa perspectiva, o tempo é, senão o mais importante, um elemento de grande valia na estabilização das relações, encontrando na prescrição sua institucionalização como ferramenta jurídica apta a garantir um mínimo de segurança às relações travadas na sociedade, frente à instabilidade gerada pela constante mutação do sistema. Confirma-se os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira⁶ a respeito do tempo e seus efeitos no ordenamento jurídico:

Agora cuidamos dos efeitos do tempo nas relações jurídicas, sob tríplice ângulo de visão. De um lado, e seguido de outros fatores, é causa da aquisição de direitos, quando torna inatácável e inabalável a situação que o titular vem exercendo continuamente (prescrição aquisitiva). De outro lado, conduz

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 433.

à extinção da relação jurídica, que se não exercita por certo período, em razão da inércia do titular (prescrição extintiva). E finalmente, institui o requisito de validade de alguns direitos, que somente podem ser exercidos dentro em certo prazo, sob pena de perecerem (decadência ou caducidade).

Com efeito, o tempo, por excelência, se insere no direito como um fato jurídico apto a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Contudo, há que se vislumbrar mais uma função a esse importante fato jurídico, atrelado à segurança que o ordenamento jurídico deve atribuir às relações sociais, como sendo o de estabilizar determinadas situações jurídicas, ainda que o rigor doutrinário aponte para o desfazimento de tais situações.

Nesse ponto, já se torna possível introduzir o problema que nos dedicamos a estudar no presente trabalho, qual seja, como conciliar a insegurança gerada pela declaração de inconstitucionalidade de leis que, apesar de terem vigorado por longo tempo e terem sido fundamento de validade de atos administrativos que repercutem na esfera jurídica de determinado grupo de cidadãos e o próprio princípio da segurança jurídica, numa perspectiva de proteção da confiança.

O exercício da competência do STF por meio do controle concentrado de constitucionalidade de leis que integram o ordenamento jurídico brasileiro traz o problema dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, relativamente aos atos praticados pela Administração Pública, com base em leis inconstitucionais.

Dentro da teoria constitucional é clássica a ideia de que lei declarada inconstitucional é uma espécie de ente natimorto, conquanto não se reconheça a ela a produção de qualquer efeito jurídico.

Todavia, a lei enquanto vigora é substrato para o atuar da Administração, tendo em vista sua vinculação à legalidade estrita, sendo comum a produção de um grande número de atos administrativos, cujo fundamento de validade é extraído de leis que, posteriormente, podem vir a ser declaradas inconstitucionais pelo STF.

Instaura-se, destarte, uma discussão acerca da necessidade de se reconhecer segurança jurídica às relações da Administração com os administrados, em contraponto com a impossibilidade de se reconhecer efeitos à lei declarada inconstitucional, tendo em vista que os efeitos de tal declaração retroagem ao nascedouro da norma.

Modernamente, tem se desenvolvido na doutrina e na jurisprudência o princípio da segurança jurídica, sobretudo na relação entre o Estado e a sociedade, num viés de proteção da confiança do administrado, elemento de grande valia para a compreensão do problema apresentado.

2.2 Proteção da confiança, boa-fé objetiva e expectativas legítimas

A confiança é de tal sorte essencial para o florescimento de determinada sociedade que Éderson Garin Porto⁷, lembrando os ensinamentos de Nicklas Luhman, assenta que “[a confiança] desempenha um papel de tradutor da complexidade social, afastando certos receios e reduzindo o fator ‘tempo’ no desenvolvimento da sociedade, através da criação de uma atmosfera de confiabilidade, propícia para a evolução social.”

O princípio da proteção da confiança, bem como da boa-fé, emanam do próprio princípio da segurança jurídica e se inserem num contexto de Estado de Direito, como bem observa Almiro do Couto e Silva⁸, ao assentar que

há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são ideias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do

7 PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 102, p.130, jun. 2006.

8 SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 46, out./dez. 1987.

Estado de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (checks and balances); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé e da confiança (Vertrauensschutz) que os administrados têm na ação do Estado quanto à sua correção e conformidade com as leis.

Com efeito, existe uma proximidade conceitual entre as expressões “segurança jurídica”, “proteção da confiança” e “boa-fé”, sem, contudo, que se confundam tais conteúdos⁹, valendo tecer uma breve diferenciação entre os dois últimos.

A boa-fé se desenvolveu no direito privado, tendo como origem a regra contida no § 242 do BGB - Bürgerliches Gesetzbuch, o Código Civil Alemão de 1900¹⁰, se dividindo em boa-fé subjetiva que diz respeito ao campo das intenções qualificado pelo sentimento pessoal do sujeito de que sua conduta é conforme o direito, e em boa-fé objetiva, que exige um comportamento leal, que não agrida nem frustre as expectativas legitimamente criadas¹¹. Nessa última acepção a boa-fé se aproxima sobremaneira do conteúdo do princípio da proteção da confiança, o qual visa, segundo Rafael Maffini¹²,

[...] *ultima ratio*, a estabelecer um estado de tutela jurídica – direta ou indireta, positiva ou negativa – das expectativas legitimamente depositadas pelos administrados em relação às condutas, procedimentos, promessas, atos perpetrados pelo Estado em sua atividade administrativa.

A diferença desses dois princípios, apesar de tênue, parece residir, nas palavras de Rafael Maffini¹³, citando Humberto Ávila, em que:

9 Cf. SILVA, Almiro Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p.276, jul./set. 2004.

10 PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 102, p.131, jun. 2006.

11 MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 57 e ss.

12 *Ibid.*, p.59.

13 *Ibid.*, p.61.

Sendo a boa-fé objetiva um princípio que almeja um estado de coisas qualificado pela busca a condutas leais e, em relações bilaterais, pela busca de comportamentos reciprocamente leais, tal imposição se apresenta nas relações de Direito Administrativo numa via de duas mãos, tanto impondo um comportamento franco da Administração Pública para com o administrado, como impondo a reciprocidade de tal dever de lealdade, ou seja, uma conduta reta do administrado em relação à Administração Pública.

A proteção da confiança, por seu turno, afigura-se uma feição mais ampla, deduzida, imediatamente, da imposição de segurança jurídica e, mediadamente, do Estado de Direito, que visa à obtenção de um estado de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais. Ocorre que nem sempre tal proteção estará diretamente condicionada à boa-fé do administrado. Não se trata, portanto, de uma relação necessária.

Nessa perspectiva, a confiança que o cidadão deve ter na legalidade da atuação estatal funda-se na própria ideia de a Administração Pública se submeter ao ordenamento jurídico, superando a anacrônica imagem de “irresponsabilidade dos governantes”, delineada nas revoluções burguesas do final do século XVIII. Lembre-se, ainda, que é princípio consagrado no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a moralidade, de sorte a afastar comportamentos levianos da Administração Pública. Nessa esteira de raciocínio, o cidadão pressupõe, em seu agir, a confiança de que a Administração irá atuar de acordo com a lei e a Constituição, que, por sua vez, são os elementos ensejadores de toda a segurança do sistema.

A expectativa de que o enquadramento de situações de fato nos preceitos de determinada lei e em ato administrativo praticado com base nessa lei seja firme é amparada pelo princípio da proteção da confiança. Segundo os ensinamentos de Humberto Ávila¹⁴, citando Stefan Muckel, tais expectativas surgem de duas

14 ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08 ago. 2011.

formas: em razão de ato jurídico de cunho geral, impessoal e abstrato, o que se dá quando o Poder Público edita atos normativos, como as leis e os regulamentos, ou em razão de ato jurídico de cunho individual, pessoal e concreto, o que se dá por meio de atos administrativos que instituem uma relação concreta de confiança entre administrado e Administração.

No primeiro caso, quando um ato normativo, com validade presumida, cria, na esfera jurídica do particular, uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento, há incidência do princípio da proteção da confiança¹⁵.

Na segunda hipótese, tratando-se de ato administrativo que cria uma relação concreta e direta entre o administrado e a Administração, tem lugar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Nota-se, então, que a segurança jurídica plasma seus efeitos no caso concreto, ora pela aplicação do princípio da proteção da confiança, ora pelo da boa-fé objetiva, havendo uma diferença no que diz respeito à dimensão normativa desses dois princípios, como bem observa Éderson Garin Porto¹⁶:

A proteção da confiança possui dimensão normativa nitidamente principiológica, haja vista que remete para um estado de coisas idealizado pela Constituição Federal. Há um mandato de otimização, como diria Robert Alexy, ao intérprete solicitando-lhe promover ao máximo a confiança despertada pelo Estado no cidadão.

[...]

A boa-fé objetiva, por seu turno, goza de normatividade mais próxima às regras, onde não se admite meios termos, ou a boa-fé foi observada ou não foi. Não há como realizar a boa-fé em vários graus. Aproxima-se da teoria dworkiniana do All or nothing.

[...]

Diante dessas ponderações, pode-se extrair que a proteção da confiança difere da boa-fé quanto à dimensão normativa,

15 MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauens bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1989. p. 59 e ss *apud* ÁVILA, Humberto. *op. cit.*

16 PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 102, p. 137-138, jun. 2006.

importando, por decorrência lógica, em diferentes normas de utilização e aplicação. A proteção da confiança atua de forma melhor na tutela de situações abstratas e gerais, enquanto que a boa-fé amolda-se com maior precisão a situações concretas [...].

Como se viu, a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva no direito público está condicionada à existência de expectativas legítimas geradas pela Administração Pública frente ao cidadão. Nesse contexto, o tempo exerce função primordial na legitimação das expectativas geradas frente à atuação estatal, havendo, com efeito, uma relação entre o grau de legitimidade da expectativa e o período em que tal expectativa foi mantida pelo Estado. Essa foi inclusive a conclusão que chegou o já citado Éderson Garin Porto¹⁷, analisando a jurisprudência do STF sobre o assunto, deixando assentado que

ao cotejar a plêiade de normas constitucionais a despertar expectativas no cidadão com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível extrair a seguinte regra: configura-se uma expectativa legítima quando o particular encontra-se em determinada situação de fato tutelada pela ordem constitucional com anuência do Estado por considerável período de tempo.

A expectativa será tanto mais legítima, quanto maior o transcurso do tempo.

Ao confrontar a aplicação dos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva às expectativas legítimas com o problema da fulminação total dos atos administrativos, praticados com base em leis inconstitucionais, passamos a analisar os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade realizada pelo STF, tendo como parâmetro, sobretudo o tempo de vigência da lei.

17 PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 102, p.136, jun. 2006.

3 A dogmática do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil

3.1 Nulidade x anulabilidade

Uma vez traçados os contornos do princípio da segurança jurídica, torna-se premente proceder a uma análise da matriz constitucional brasileira, particularmente no que toca os efeitos reconhecidos à decisão que declara inconstitucional uma norma dentro do ordenamento jurídico. Isso na medida em que é exatamente a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma incondicional, que parece desconsiderar valores trazidos na Constituição, nomeadamente o da segurança jurídica.

Objetiva-se, destarte, estudar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma sob o prisma da doutrina constitucional clássica, num esforço de identificar os problemas surgidos de seu cotejo com o princípio da segurança jurídica, para, então, vislumbrar possibilidades de argumentação jurídica que conciliem o arcabouço jusfilosófico impregnado no sistema constitucional brasileiro, consubstanciado na teoria da nulidade, com o princípio da segurança jurídica.

Relativamente aos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade pode-se dizer que existem dois grandes sistemas – o norte-americano, calcado na teoria da nulidade, e o sistema austríaco, que contempla a teoria da anulabilidade.

A teoria da nulidade, em seu postulado mais geral, reconhece que a decisão das cortes encarregadas de fazer o controle de constitucionalidade das normas tem eficácia declaratória, baseando-se no pressuposto de que uma norma já nasce inconstitucional, não produzindo qualquer efeito sobre o ordenamento jurídico.

A doutrina constitucional brasileira adotou, de forma majoritária, o sistema norte-americano, tendo vasta aplicação na experiência constitucional pátria a teoria da nulidade da norma, valendo a citação do renomado constitucionalista Pedro Lenza¹⁸, que assim ensina:

18 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118.

Trata-se [a decisão em ação direta de inconstitucionalidade], nesse sentido, de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, qual seja, o ‘vício congênito’, de ‘nascimento’ do ato normativo.

A ideia de a lei ter ‘nascido morta’ (natimorta). Já que existe enquanto ato estatal, mas em desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação à noção de bloco de constitucionalidade (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade, afastando a incidência da teoria da anulabilidade.

Assim, o ato legislativo, por regra, uma vez declarado inconstitucional, deve ser declarado, nos termos da doutrina brasileira majoritária, como ‘... nulo, írrito e, portanto, desprovido de força vinculativa’.

O STF já se posicionou de acordo com a aplicação da teoria da nulidade relativamente a seus julgados em ADI em inúmeras oportunidades, valendo trazer à colação o seguinte trecho do que foi afirmado em questão de ordem levantada no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade¹⁹ do Estado do Maranhão, *in verbis*:

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional

19 STF - Pleno, Ac. un. ADIn 652-5-MA - Questão de Ordem - Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 02.04.93, p. 5.615.

Em contraponto à ideia central trazida pela teoria da nulidade, dentro da teoria da anulabilidade da norma constitucional, defendida por Kelsen²⁰, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, não havendo, portanto, retroação dos efeitos de tal decisão, como regra. A norma cessa a produção de efeitos no mundo jurídico a partir da decisão de inconstitucionalidade, apesar de se reconhecer, em alguns ordenamentos que adotam esse sistema, a possibilidade de se fazer retroagir os efeitos de tal declaração de inconstitucionalidade em determinadas situações.

Nota-se que a ideia de lei inconstitucional em Kelsen²¹ difere daquela adotada no sistema norte-americano, na medida em que a afirmação da inconstitucionalidade de uma lei, dentro de sua linha de raciocínio, significa que a lei será revogada pela própria Constituição, havendo de ser considerada válida enquanto tal não ocorrer, valendo a citação de passagem de sua célebre obra, a saber:

Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

Como visto, o Brasil adotou a teoria da nulidade da norma, sendo que a regra na experiência constitucional brasileira é o reconhecimento de efeitos “ex tunc” à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, forte no pressuposto de que uma norma nasce inconstitucional, cabendo ao Judiciário tão somente declarar a mácula.

20 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 306-308.

21 *Ibid.*, p. 300.

3.2 Os problemas da aplicação pura da teoria da nulidade da norma no controle de constitucionalidade

A teoria da nulidade no controle de constitucionalidade traz um grande problema relativamente aos atos administrativos praticados com base em leis que, por terem sido declaradas inconstitucionais, nunca produziram qualquer efeito no ordenamento jurídico. A aplicação pura e simples dessa teoria, nessa seara, levaria ao reconhecimento da nulidade de todos os atos administrativos praticados com base na lei declarada inconstitucional, o que traria imensa instabilidade social.

Lembre-se que, apesar de haver atos administrativos que tem seus efeitos prolongados no tempo, cujo reconhecimento da nulidade da lei subjacente pode afetar, há também aqueles que se exaurem com sua edição, produzindo seus efeitos de forma irreversível no ordenamento jurídico. Relativamente a esses últimos, não há como sustentar que a lei declarada inconstitucional não tenha produzido efeitos, de modo que urge reconhecer certo distanciamento da realidade no que concerne à ideia central em que se funda a teoria da nulidade.

A teoria da nulidade, adotada largamente no Brasil, parece não permitir a sobrevida de efeitos aos atos administrativos praticados com base na lei que foi declarada inconstitucional, isso na medida em que tais atos administrativos restariam desconectados de seu fundamento de validade, falecendo-lhes a estrita e imediata vinculação à lei, imperiosa no regime administrativo, que tem como um dos princípios basilares justamente o da legalidade estrita. Todavia, tal rigorismo traz grande problema de ordem social, prejudicando a aplicação do princípio da segurança jurídica.

Nessa esteira de raciocínio, fulminar todos os atos praticados no período em que a lei esteve em vigor acarretaria grande instabilidade nas relações da Administração Pública com a sociedade, o que é de todo indesejável, sobretudo se se considerar o vasto interregno temporal necessário para que as leis que carregam a pecha da inconstitucionalidade sejam efetivamente declaradas inconstitucionais, levando em conta inclusive o fato de que muitas das vezes levam anos para serem até mesmo contestadas perante o STF.

É verdade que a doutrina brasileira e o próprio STF, seguindo tal tendência, vislumbravam a necessidade de mitigar a rigidez dogmática da teoria da nulidade, para reconhecer hipóteses em que seria necessária a fixação de um marco, que não a edição da norma declarada inconstitucional, para que a decisão de inconstitucionalidade começasse a produzir seus efeitos. Surge, então, a ideia de modulação dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade, também sendo conhecida como técnica da decisão de calibragem. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes²² já afirmava em sua notável obra, cuja primeira edição foi publicada em 1998, que em algumas hipóteses seria necessário admitir a aplicação provisória da lei que teve sua inconstitucionalidade declarada, tendo em vista, sobretudo, o princípio da segurança jurídica. Eis as palavras do constitucionalista, invocando o direito alemão:

O Bundesverfassungsgericht reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.

No campo jurisprudencial, alertando para o problema da aplicação irrestrita da teoria da nulidade no controle de constitucionalidade, o então Ministro do STF, Sepúlveda Pertence²³, em acórdão de sua relatoria, assim preconizava:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, en-

22 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 56.

23 RE 147.776, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU. 19.06.1998

tre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica (sic) que a viabilizem.

Posteriormente, a própria legislação brasileira veio reconhecer tal possibilidade, quando, ao tratar do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, na Lei 9.868/99²⁴, estatuiu, em seu art. 27, o seguinte:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica 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.

A partir de então, o direito brasileiro, reconhecendo o problema da aplicação da teoria da nulidade em sua inteireza ao controle de constitucionalidade, introduziu elemento mitigador, como forma de atenuar os efeitos indesejáveis do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma do ordenamento jurídico, sobretudo relativamente aos atos praticados pelo Poder Público.

É de se sublinhar, entretanto, que o problema da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei não restou sepultado por obra da atenuante legislativa acima citada – possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade –, persistindo situações individuais em que

24 BRASIL. *Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.*

o simples reconhecimento da produção de efeitos por uma norma declarada inconstitucional por determinado período parece não ser suficiente para trazer essas situações para o campo da juridicidade.

A seguinte questão se coloca: ainda que não haja relevante motivo para modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, é razoável considerar fulminados todos os atos administrativos editados com base em lei declarada inconstitucional, independentemente do tempo que haja decorrido desde sua edição?

Vale lembrar, nesse ponto, que a possibilidade legal de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, criada pelo art. 27, da Lei 9.868/99, exige um consenso de pelo menos dois terços dos ministros do STF, além da existência de excepcional interesse público em torno da questão. Constata-se, então, que a modulação legal visa arrefecer os efeitos da decisão de inconstitucionalidade apenas naqueles casos de maior repercussão no seio da sociedade, em que se vislumbra o dito “excepcional interesse público”, expressão cunhada com grande fluidez, diga-se de passagem.

Contudo, a declaração de inconstitucionalidade de leis, cujo alcance não atinja um calibre tal que mereça o reconhecimento do excepcional interesse público preconizado na lei, pode acabar desconstituindo situações individuais que, considerando a segurança jurídica e a estabilidade que um estado de direito deve assegurar às relações, deveria já haver se imunizado juridicamente de reveses.

Toma-se como exemplo a seguinte situação hipotética. Um servidor tem a aposentadoria reconhecida por ato da Administração, baseado em uma lei qualquer que lhe reconheça a possibilidade de aposentação com um decréscimo do tempo mínimo geral, em decorrência de uma característica própria da função que exercia. Essa mesma lei vem a ter sua constitucionalidade contestada perante o STF 10 (dez) anos após a perfectibilização do ato de aposentadoria, sendo declarada inconstitucional 15 (quinze) anos após esse marco. Sublinha-se que o âmbito de aplicação da norma é restrito, de forma que dificilmente se reconheceria a existência do requisito do excepcional interes-

se público para efeitos de lograr uma calibragem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A aposentadoria do servidor em questão seria revista, considerando a aplicação da teoria da nulidade e o fato de não ter havido modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a norma que serviu de fundamento de validade para o ato de sua aposentação.

Haveria coerência nessa situação com a ideia de juridicidade, no sentido de conformidade com o ordenamento jurídico, sistematicamente considerado?

A resposta há de ser negativa, a menos que se menospreze a necessidade de se garantir materialmente o postulado da segurança jurídica.

Cabe trazer à colação a advertência feita por Juarez Freitas²⁵ quanto à complexidade do fenômeno jurídico, em suas brilhantes palavras:

Pensar o Direito como um conjunto de normas é subestimar a complexidade do fenômeno jurídico, pois, mesmo diante das mais rígidas disposições, a interpretação haverá de ser vista em novos e profícuos termos, assumida a dimensão hierarquizadora e finalística. Aqui se vê, com nitidez, a relevância de formular o conceito de sistema jurídico, tanto em significado como em extensão, dado que seu conteúdo, por força da natureza valorativa, transcende o mera e esparsamente positivado.

Dessa feita, a leitura demandada pelo texto constitucional nunca deve ser estanque, levando-se em consideração suas disposições como valores absolutos, haja vista a existência, mesmo dentro da estrutura normativa constitucional, de interesses que podem se chocar. O que se observa é o permanente embate entre vários interesses alçados ao *status* de bens jurídicos merecedores da proteção constitucional, frente à necessidade de suplantar uma gama enorme de demandas apresentadas pela sociedade, que se torna cada vez mais complexa.

O vão legislativo em que caem situações como a exemplificada, aliado a uma gritante inadequação da teoria da nulidade

25 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 19.

aplicada sem temperamentos na seara do controle de constitucionalidade, evidencia a necessidade de se construir uma argumentação que traga à discussão o princípio da segurança jurídica.

Uma saída que tem sido apontada diz respeito à aplicação do art. 54, da Lei 9.784/99, como forma de justificar a permanência de atos administrativos praticados com base em leis declaradas inconstitucionais. Passamos, então, a analisar os aspectos jurídicos dessa solução.

4 O art. 54 da lei 9.784/99 como solução ao problema proposto

4.1 A teoria da nulidade dos atos administrativos no Direito brasileiro

Primeiramente, cabe tecer algumas considerações a respeito da teoria da nulidade dos atos administrativos na experiência jurídica brasileira, tendo em vista que a solução apontada neste capítulo guarda grande pertinência com o tema.

Há no Brasil, assim como na França²⁶, matriz de nosso direito administrativo, uma escassez de disposições jurídicas relativamente às nulidades dos atos administrativos, restando relegada à jurisprudência a construção de um sistema de nulidades nesse campo. Essa construção jurisprudencial teve início com o julgamento no STF da Ap. 7.704²⁷, ocorrido em janeiro de 1943, cuja tese cristalizou-se com a edição da Súmula 473 desse tribunal, restando assentada nos seguintes termos:

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

26 HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 213.

27 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 172.

Muito embora o verbete acima transcrito date de 1969, constata-se que até hoje o regime de nulidades do ato administrativo na experiência jurisprudencial brasileira se assenta nessas disposições. Note-se que o reconhecimento da possibilidade de a Administração Pública rever seus próprios atos, nos termos do enunciado acima transcrito, gerou questionamentos quanto aos limites temporais para que houvesse a anulação *ex officio* dos atos, uma vez que nenhum marco foi fixado. Surge aí o problema da segurança jurídica, muito semelhante ao que se enfrenta relativamente à diretriz da teoria da nulidade do direito constitucional, de que tratamos no Capítulo 2, tendo em vista que a sociedade ficaria desamparada, ao alvedrio da Administração por tempo indeterminado.

No campo da anulação dos atos administrativos pela própria Administração, muito embora a Súmula 473 do STF não tenha estabelecido um limite temporal ao poder de revisão, procurou-se, de início, aplicar o art. 1º do Decreto 20.910/32²⁸, que tratava da prescrição administrativa, lançando mão de interpretação analógica, na medida em que o texto legal tratava do tempo prescricional relativamente a “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual e municipal”. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

É de se notar que o referido dispositivo tratava da prescrição das ações contra o poder Público, não guardando, em princípio, pertinência direta com a questão do poder/dever da Administração em revogar/anular seus próprios atos. Todavia, à míngua de regramento específico relativamente à matéria, procurou-se aplicar analogicamente o dispositivo no intuito de garantir o respeito ao postulado da segurança jurídica. Sublinhe-

28 BRASIL. Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

se que a ausência de norma específica não impossibilitou o princípio constitucional da segurança jurídica de exercer seus influxos no poder de autotutela da Administração e nem poderia deixar de fazê-lo, considerando a característica de completude²⁹ do sistema jurídico, tão cara ao momento constitucional que vivemos, consubstanciado nos ideais neoconstitucionalistas.

Nunca é demais lembrar que o neoconstitucionalismo surgiu como força oposta ao velho constitucionalismo europeu, após a Segunda Grande Guerra, justamente para combater o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações de direitos fundamentais, que se tornava profícuo num ambiente de extremo fetichismo à lei. Esse novo movimento constitucional veio propagar a primazia dos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, enaltecendo a chamada força normativa da constituição, expressão cunhada por Hesse, justamente para se referir a um sistema de disposições efetivamente vinculantes.

Saliente-se que a interpretação exerce papel decisivo na concretização das bases do neoconstitucionalismo, permitindo que a força normativa da constituição se desenvolva satisfatoriamente, valendo a citação de trecho da obra do precitado constitucionalista alemão³⁰, a saber:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o

29 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

30 HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22 - 23.

sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Outro não é o entendimento adotado pelo STF, relativamente ao viés concretizador dos princípios constitucionais, valendo a citação de trecho do voto do Min. Celso de Mello em recente julgado³¹, *in verbis*:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

Dentro dessa perspectiva moderna do direito constitucional, fica claro que o princípio da segurança jurídica há de ser garantido efetivamente, sendo este um importante vetor que aponta para a necessidade de se aplicar o art. 54 da Lei n° 9.784/99 ao problema proposto, à míngua de disposições legislativas que garantam a estabilização das relações pelo transcurso do tempo perante o Poder Público, em hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis que fundamentem atos administrativos dos quais defluam direitos para os administrados.

Mais uma vez, trazemos à colação os ensinamentos de Almiro do Couto e Silva³², relativamente à necessidade de se garantir o primado da segurança jurídica, evitando revezes em matéria de anulação de atos administrativos, que assim assevera:

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica da expressão alemã do início do século [século XX] de que, embora inexistente, na órbita da Admi-

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no recurso extraordinário n° 477.554/MG*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe 25 ago.2011.

32 SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade de administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988.

nistração pública, o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e confiança (Treue und Glauben) dos administrados.

[...]

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (Verfassungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des bundesverwaltungsgerichts, Tübingen, 1966, 3. Auflage, vol I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.)

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia *ex tunc* é sempre inaceitável e o com eficácia *ex nunc* é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de justiça material.

A importância do princípio da segurança jurídica também é enaltecida pelo professor Gilmar Ferreira Mendes³³, em seu notável Curso de Direito Constitucional, valendo-se dos ensinamentos de Miguel Reale ao asseverar que

33 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 488-489.

em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale³⁴ sobre a revisão de atos administrativos:

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico – mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerada requisito implícito no princípio do *due process of Law* [...].

Nota-se, por todo o exposto, que o princípio da segurança jurídica é pedra fundamental do Estado de Direito, de sorte que a necessidade de assegurá-lo é motivo bastante a justificar a adoção de interpretação analógica dentro do ordenamento jurídico para afastar situações que, à míngua de disposições legais específicas, permanecem em um estado de completa insegurança.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de assegurar a realização do princípio da segurança jurídica em julgamento emblemático, considerando que a Administração não mais poderia rever, com fundamento na ilegalidade da admissão, a contratação de empregados da Infraero ocorrida em 1991

34 REALE, Miguel apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 488-489.

e 1992, tendo em vista o tempo decorrido (mais de 10 anos). Vejamos a ementa de tal julgado³⁵:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido.

Note-se que o problema enfrentado no Mandado de Segurança acima citado é exatamente o mesmo que se enfrenta relativamente à fulminação de todos os atos administrativos pela declaração de inconstitucionalidade de leis que lhe serviam de fundamento de validade, passado extensos períodos de tempo. O STF acabou adotando interpretação analógica do art. 54 da Lei 9.784/99 para impedir que a Administração reconhecesse a nulidade da contratação, originalmente ilegal. Aqui também se

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 22.357/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 05 nov. 2004.

tratam-se de atos administrativos que se tornaram ilegais, pela declaração de inconstitucionalidade da lei que lhe embasava, devendo-se adotar a mesma solução, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Como forma de validar tal afirmação, vale trazeremos trecho do voto do relator³⁶ no julgado acima referido, por ser de extrema relevância a argumentação quanto ao princípio da segurança jurídica, nos seguintes termos:

Na hipótese, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica.

[...]

Depois de incursionar pelo direito alemão, refere-se o mestre gaúcho ao direito francês, rememorando o clássico “*affaire Dame Cachet*”:

Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso *affaire Dame Cachet*, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos *affaires Vallois e Gros de Beler*, ambos também de 1923 e pelo *affaire Dame anglis*, de 1935, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

HAURIUO, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: ‘Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n° 22.357/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 05 nov. 2004.

revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria a Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo'. E conclui: "Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.' (La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929, Paris, 1929, vol. II, p. 105-106.)" (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988).

Na mesma linha, observa Couto e Silva em relação ao direito brasileiro:

MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo: em capítulo que tem por título "Nulidade e Temporalidade". Depois de salientar que "o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia", diz ele que "é mister distinguir duas hipóteses: (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)". (op. cit., p. 82). (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988).

[...]

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º).

Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los.

[...]

Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

O problema aqui e lá, todavia, difere em um ponto. Relativamente ao poder/dever da Administração de rever seus atos, quando ilegais, há um limite temporal fixado pela disposição do art. 54 da Lei 9.784/99. Já no que toca o problema da retroação indiscriminada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado não existe qualquer disposição legal que a limite, afora a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, que, por sua vez, como demonstrado, não é suficiente para garantir a necessária segurança jurídica em muitos casos. Confira-se a redação do precitado dispositivo legal³⁷:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1° No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2° Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Vale sublinhar que a limitação temporal imposta pelo dispositivo legal acima transcrito à Administração em relação ao poder/dever de anular seus atos – autotutela – diz respeito exclusi-

37 BRASIL. Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

vamente àqueles atos ampliativos de direito e que não estejam impregnados de má-fé. Tal opção legislativa mereceu aplausos de Weida Zancaner³⁸, valendo transcrever algumas observações constantes de sua obra intitulada “Da Convalidação e da invalidação dos Atos Administrativos”, que definem os limites de aplicação do instituto trazido no art. 54 da Lei 9.784/99, a saber:

Agiu bem a Lei 9.784 ao estabelecer distinção – embora implícita – entre os atos ampliativos e restritivos de direitos.

Essa distinção é primordial para o estudo das invalidades, pois diferentes são as consequências jurídicas imputadas por nosso sistema jurídico aos atos restritivos de direitos e aos atos ampliativos de direitos.

Os atos restritivos de direitos são sempre passíveis de invalidação pela Administração, ao menos em relação àqueles que tiveram suas esferas jurídicas restringidas ou aviltadas pelo ato inválido. Claro está que, se o ato ilegal gerou direitos a terceiros de boa-fé, impor-se-á o acatamento da regra prescrita no art. 54 da lei mencionada.

[...]

Nos atos restritivos de direito pouco importa se decaiu, para o administrado, o direito de impugnar. O que nestas situações se impõe, pois outro princípio não pode sombreá-lo, é o princípio da estrita legalidade para a Administração, e que adquire consistência máxima ao reverberar o princípio da confiança que o administrado tem que ter na supremacia da ordem jurídica – o que implica dizer que a Administração Pública tem o dever jurídico de invalidar ato restritivo de direito por ela editado ao arpejo da ordem jurídica e que restringe um direito do administrado assegurado legal ou constitucionalmente.

Importante frisar que o âmbito de aplicação do art. 54 da lei 9.784/99 não abrange todo e qualquer ato administrativo, de modo que o limite temporal de cinco anos para revogar/anular o ato refere-se tão somente àqueles dos quais decorram efeitos

38 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78.

favoráveis para seus respectivos destinatários, ou seja, que ampliem direitos, e que não tenham sido praticados em decorrência de um estado de má-fé. Vale aqui o alerta de que uma possível interpretação analógica para limitar a fulminação de atos administrativos pela declaração de inconstitucionalidade da norma subjacente há de respeitar esses exatos termos.

Como se viu, o problema da segurança jurídica no que toca o poder de autotutela da Administração foi equacionado lançando-se mão de interpretação analógica na definição de um marco temporal para que a prerrogativa fosse exercida, até a sobrevivência do art. 54 da lei 9.784/99. A questão que se coloca é: poderia haver uma interpretação analógica de tal dispositivo, como forma de limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado?

4.2 O art. 54 da Lei nº 9.784/99 como limite à retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado

Como vimos no capítulo anterior, a doutrina constitucional clássica brasileira adota a teoria da nulidade no que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis. Essa opção implica, a rigor, o reconhecimento da nulidade de todos os atos administrativos praticados com base em leis declaradas inconstitucionais em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a fulminação de todos os atos administrativos praticados com base em lei declarada inconstitucional, de forma peremptória e indiscriminada, acaba por gerar um enorme grau de instabilidade nas relações travadas entre a sociedade e a Administração Pública, de sorte que o valor constitucional da segurança jurídica resta prejudicado.

O problema acima referido torna-se claro na seguinte situação hipotética. Um servidor tem a aposentadoria reconhecida por ato da Administração, baseado em uma lei qualquer que lhe reconheça a possibilidade de aposentação com um decréscimo do tempo mínimo geral, em decorrência de uma característica própria da função que exercia. Essa mesma lei vem a ter sua constituçiona-

lidade contestada perante o STF 10 (dez) anos após a perfectibilização do ato de aposentadoria, sendo declarada inconstitucional 15 (quinze) anos após esse marco. Sublinha-se que o âmbito de aplicação da norma é restrito, de forma que dificilmente se reconheceria a existência do requisito do excepcional interesse público para efeitos de lograr uma calibragem dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A aposentadoria do servidor em questão seria revista, considerando a aplicação da teoria da nulidade e o fato de não ter havido modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a norma que serviu de fundamento de validade para o ato de sua aposentação.

No exemplo acima torna-se óbvia a falta de coerência com a ideia de juridicidade, no sentido de conformidade com o ordenamento jurídico, sistematicamente considerado, justamente por restar veementemente alijado da equação jurídica o valor da segurança, atentando, via de consequência, contra a própria dignidade da pessoa humana.

Demonstrou-se ainda que a preocupação com a segurança jurídica nesses casos sempre existiu, seja na Jurisprudência do STF, seja na doutrina, o que levou o próprio Poder Legislativo brasileiro a inserir na Lei n° 9.868/99 dispositivo que permitisse a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para que se restringisse sua retroação.

Todavia, o descompasso entre o purismo da teoria da nulidade nessa seara e o princípio da segurança jurídica não restou sepultado, persistindo situações em que a modulação dos efeitos não é suficiente para garantir a segurança que um estado democrático de direito deve assegurar aos cidadãos, especialmente no trato com o Poder Público.

Nesse ponto, é de extrema valia recordar alguns dogmas da hermenêutica constitucional, num esforço para construir um vetor interpretativo que contemple os valores constitucionais, de forma a descortinar a melhor solução no caso concreto.

Nessa esteira de raciocínio, é de palmar importância que se compreenda que o estabelecimento de uma ordem constitucional representa a manifestação do poder originário, que, pela promulgação de uma carta de princípios, resolve por bem delinear, sobretudo, os objetivos a serem seguidos pela sociedade atra-

vés do Poder Estatal. Normas programáticas e que preveem garantias para os súditos ditam o teor das disposições que devam constar em um diploma constitucional. A redução dos interesses perseguidos pela sociedade à normatividade de uma carta política, no entanto, nunca pode ser encarada como simples criação de um diploma compartimentado de disposições. Deve ser vista como a instauração de uma realidade básica e completa, apta a ditar as regras do jogo social, dentro dos limites originariamente estatuídos. Como já salientado, citando-se os ensinamentos de JUAREZ FREITAS³⁹, o fenômeno jurídico não deve ser ele mesmo pensado apenas como um conjunto de normas, mas sempre visto como um sistema dinâmico de regras de diferentes densidades normativas que se completam. Por esse motivo é que sempre há de se fazer uma leitura sistemática da Constituição, evitando-se o olhar compartimentado, quando se depara com aparente embate entre valores constantes do ordenamento.

É justamente no choque entre os interesses sociais que a aplicação dos princípios constitucionais, que gravitam o ordenamento jurídico, se impõe, como meio de solução das antinomias porventura surgidas. Esses princípios devem servir como elementos de valoração e sopesamento⁴⁰ na aplicação das disposições constitucionais, legais e até mesmo infralegais, uma vez que se depare com situações de aparente contradição, levando-se em conta a letra fria das disposições da norma. Em relação aos princípios gerais do direito, o filósofo do Direito Miguel Reale⁴¹ conclui que

não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo de saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Prive-se uma ciência de seus princípios e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes.

39 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 19.

40 A respeito conferir ALEXY, Robert. Direitos constitucionais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

41 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1. p.56.

Dentro desse panorama surge a necessidade de se criar construções jurídicas que conciliem os dois valores em confronto, despontando como uma solução possível a aplicação do art. 54, da Lei n° 9.784/99, como limite à retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o escopo de preservar atos administrativos praticados com base na lei inquinada de inconstitucionalidade, garantindo-se segurança às relações jurídicas travadas com a Administração.

O raciocínio que se faz é o de que, passado o lapso temporal de cinco anos em que se admite que a Administração reveja seus atos, nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade superveniente de uma norma teria o condão de desconstituir tal ato.

Com efeito, trata-se de aplicação de instituto que homenageia a segurança jurídica. Entretanto, sua aplicação no caso não pode se dar de maneira mansa, desprovida de problemas, sobretudo, se contraposta à dogmática da teoria da nulidade.

Um argumento que vem sendo levantado como forma de atenuar o problema da convivência dos efeitos de atos administrativos, cuja lei que fundamentou tenha sido declarada inconstitucional, com o preceito central da teoria da nulidade da norma, diz respeito à própria criação da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, já tratada no subitem 2.2. Nesse sentido são as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴², que, analisando o art. 27 da Lei 9.868/99, salientou:

Deste texto [art. 27 da Lei 9.868/99] devem-se destacar alguns pontos de grande alcance.

O primeiro, inegável, consiste em registrar que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito.

É contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos “a partir do... trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

42 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n° 9.868, de 10 de novembro e n° 9.982/82, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p.1-17, abr./jun. 2000.

[...]

O segundo, patente, registra que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de Pontes de Miranda. Sim, porque a decisão não irá apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos.

Segundo o entendimento externado, teria havido, por força da lei, uma mudança na natureza da decisão que considera uma lei inconstitucional no controle concentrado, de modo que também seus efeitos seriam diversos. Dessa feita, a possibilidade de considerar válidos os efeitos de um ato, ainda que temporariamente, frente ao reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que lhe deu fundamento, acabaria por desnaturar o caráter declaratório da decisão. Tratar-se-ia, na verdade, de decisão que desconstitui os efeitos do ato.

Assumindo-se tal posição, torna-se menos tormentosa a aplicação analógica do limite previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 à retroação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, uma vez que não seria de sua própria essência a produção de efeitos “ex tunc”.

Por outro lado, a dificuldade em se admitir a permanência de efeitos de um ato administrativo nulo, por lhe faltar o fundamento legal, o que se dá nos casos em que a lei em que se baseou vem a ser declarada inconstitucional, parece se originar da ideia de nulidade própria do direito civil. O conceito de que atos nulos de pleno direito são insanáveis, com efeito, é muito cara às nulidades no campo do direito privado, no entanto, no campo do direito público o fenômeno da nulidade parece ser mais complexo, tendo em vista princípios próprios do regime jurídico administrativo. Nesse sentido são os ensinamentos de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁴³:

[...] se, no campo do direito privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado ou produzir efeitos válidos, na esfera

43 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Princípio do fato consumado no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 195-208, abr./jun. 2000.

do direito público a questão segue com menor rigorismo formal, em face da proeminência do interesse público.

[...]

Assim, focaremos a estabilidade das relações do direito público, mesmo que o ato administrativo tenha nascido de maneira irregular, que se convalida no transcurso do tempo, sempre com o intuito de preservar o interesse público e a segurança nas relações dos administrados com a administração pública.

Isto porque a desconstituição dos efeitos de atos administrativos já realizados há vários anos (mais de cinco), iria ferir a razoabilidade que cristalizou a realização dos atos.

Os argumentos acima transcritos constituem o pressuposto de validade da chamada teoria do fato consumado, utilizada justamente como forma de conferir segurança jurídica aos administrados no trato com a Administração, reconhecendo como imunizados de revezes os atos administrativos que permaneceram produzindo efeitos por períodos longos de tempo, sem que tenham sido anulados, ainda que eivados de algum vício. Tal teoria foi muito bem resumida pelo grande expoente do Direito Administrativo português Marcelo Caetano⁴⁴, valendo a citação de seus ensinamentos:

O ato doente cura-se com o decurso do tempo, e isso se dá porque o legislador pensa que a ilegalidade cometida não é tão grave que deva sobrepor-se ao interesse de pôr termo à insegurança dos direitos. Aos interessados, incluindo os representantes do interesse público, é facultado a anulação do ato; mas se não usarem oportunamente dessa faculdade, o interesse geral impõe que não fique indefinidamente a pesar sobre este ato a ameaça de anulação.

A teoria do fato consumado tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros, tendo o Min. Cernicchiaro no julgamento do REsp nº

44 CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 187.

136.204/RS⁴⁵ reconhecido que “*na vida social, importa que não se eternize o estado de incerteza e de luta quanto aos direitos das pessoas; por isso, consolida-se a situação criada pelo ato nascido, embora com pecado original.*”

Nota-se que a aplicação da teoria do fato consumado tem como fundamento o transcurso do tempo, como fator de imutabilização das relações jurídicas, contemplando o princípio da segurança jurídica para considerar sanados os vícios que um ato carregue, seja lá qual for sua gravidade. O que se observa é que, segundo os preceitos de tal teoria, a gravidade da mácula do ato é capaz de atrair ou não a atenção da Administração, para que haja seu desfazimento. O fato de o vício do ato não ter merecido a atenção da Administração, que o tolera por prolongados lapsos temporais, demonstra seu baixo potencial lesivo, ganhando relevo a necessidade de se garantir segurança às relações jurídicas adjacentes.

Com efeito, a teoria do fato consumado pode ser invocada como fundamento da aplicação do art. 54, da Lei 9.784/99, como baliza ao desfazimento de atos administrativos, cuja lei que fundamenta tenha sido considerada inconstitucional pelo STF, em controle concentrado. É fato que o STF e o STJ tem sido criterioso com a aplicação da teoria do fato consumado, especialmente a rejeitando quando é manejada para garantir direitos que nunca existiram, mas que foram tolerados pela Administração Pública, como no seguinte caso⁴⁶:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. A competência do IBAMA para fiscalizar eventuais infrações ambientais está disciplinada em lei infraconstitucional (Lei 9.605/98), eventual violação à Constituição é indireta, o que não desafia o apelo extremo. Precedentes: AI 662.168,

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 136.204/RS*. Relator: Ministro Vicente Cernichiaro, 6ª Turma, DJU. 16 fev.1998.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 609.748/RJ*. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe. 12 set. 2011.

Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23/11/2010, e o RE 567.681-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 08/05/2009. 2. In casu, o Tribunal de origem asseverou não ter a recorrente trazido prova pré-constituída da desnecessidade de licenciamento ambiental; para dissentir-se desse entendimento seria necessário o reexame fatos e provas, providência vedada nesta instância mercê o óbice da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” 3. A teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo. Esse é o entendimento consolidado por ambas as turmas desta Suprema Corte. Precedentes: RE 275.159, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 11.10.2001; RMS 23.593-DF, Rel. Min. MOREIRAALVES, Primeira Turma, DJ de 02/02/01; e RMS 23.544-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 21.6.2002. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

É de se notar, todavia, que a situação que se cuida no presente trabalho é diversa, na medida em que o direito existiu e foi amparado por ato administrativo praticado com amparo legal por extenso período de tempo, tendo, posteriormente, lhe sido retirado o fundamento de validade, pela declaração de inconstitucionalidade que o embasou.

Não se trata de criar direitos que nunca existiram usando como subterfúgio o passar dos anos, mas de garantir segurança às relações jurídicas travadas regularmente com a Administração Pública.

Corroborando os argumentos até aqui expendidos, valiosos são os ensinamentos de Weida Zancaner⁴⁷ relativamente aos limites à invalidação dos atos ampliativos de direito, por se aplicarem perfeitamente ao problema de segurança jurídica estudado, senão vejamos:

Os limites ao dever de invalidar os atos ampliativos de direitos surgem do próprio sistema jurídico-positivo, pois, como

47 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 74-75.

todos sabemos, coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação.

[...]

Assim, em nome da segurança jurídica, simetricamente ao que referimos quanto à convalidação, o decurso de tempo pode ser, por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações, fazendo-as intocáveis. Isto sucede nos casos em que se costuma falar em prescrição, a qual obstará à invalidação do ato viciado. Esta é, pois, uma primeira barreira à invalidação, e se aplica aos atos ampliativos de direito cujo beneficiário não tenha agido com má-fé para a obtenção dos mesmos.

Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no direito administrativo, em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos; presunção, esta, que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração pública em posição sobranceira com relação aos administrados.

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornam extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o Direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos ampliativos de direitos.

Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois, se não gerassem, não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos – atos ampliativos de direitos –, certas situações terão sido instauradas e, na dinâmica da realidade, podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão obrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem

transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado á Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé.

Interessante notar que, conforme os ensinamentos acima transcritos, o limite para a invalidação dos atos administrativos, nomeadamente aqueles que ampliam direitos, é apresentado pelo próprio ordenamento jurídico, ainda que normas específicas nesse sentido não houvesse. Veja-se que as palavras acima colacionadas vão além da simples resolução da invalidação dos atos administrativos pela própria Administração, na medida em que verdadeiramente cuidam da aplicação da segurança jurídica, mote do presente estudo.

Como se pode notar vários são os argumentos para se extrair do ordenamento jurídico um limite à retroação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de lei, preservando atos administrativos ampliativos de direitos com base nela praticados, despontando o limite do art. 54 da Lei 9.784/99, como uma solução possível e desejável.

5 Conclusão

O presente trabalho representa uma homenagem ao princípio da segurança jurídica, numa tentativa acadêmica de avaliar a efetiva observação de seus influxos, especificamente na situação jurídica gerada pela tradição dogmática de nosso sistema constitucional no que tange à retroação ilimitada dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de Ação Direta, sobretudo em relação aos atos administrativos.

A análise apresentada, contudo, não se pretende exauriente e definitiva, tendo como escopo primeiro a identificação de pontos problemáticos no que diz respeito à abordagem dogmática constitucional clássica da retroação ilimitada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei e a conseqüente fulminação dos atos administrativos praticados com base na lei inquinada, para apresentar interpretação jurídica possível, que traga o princípio da segurança jurídica efetivamente para tais situações.

De início, envidou-se esforços para delimitar, de forma clara e precisa, o conceito e os limites do princípio da segurança jurídica, fazendo o cotejo da tensão existente entre segurança e justiça, equacionando, ainda, o dinamismo do ordenamento jurídico com a necessidade de se garantir a estabilidade das relações.

Tratou-se do princípio da segurança jurídica numa perspectiva de proteção da confiança e boa-fé objetiva, diferenciando-se tais conceitos e traçando o modo como se inter-relacionam, para garantir as expectativas legítimas dos administrados no trato com a Administração Pública.

Evidenciados os contornos do princípio da segurança jurídica, passou-se à análise da dogmática do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, apontando-se as incoerências existentes, sobretudo quanto à ideia central trazida na teoria da nulidade da norma e o problema dos atos administrativos praticados com fulcro em leis posteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, passados largos interregnos temporais. Concluiu-se que, mesmo a criação da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, por meio do art. 27 da Lei n° 9.868/99, não foi suficiente para trazer efetividade ao princípio da segurança jurídica em todos os casos, sobretudo por seu limitado âmbito de aplicação.

Identificou-se situações em que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não seria suficiente para assegurar segurança às relações do administrado com o Poder Público, sendo ilustrativo o exemplo do servidor aposentado com base em lei que tenha sido declarada inconstitucional após mais de 15 anos da publicação do ato, em que não se tenha modulado os efeitos da decisão de inconstitucionalidade por ser restrito o âmbito de aplicação da lei, evidenciando a necessidade de se construir interpretações jurídicas que abarquem tais situações.

Deitando os olhos sobre ato administrativo, passou-se a analisar o sistema de nulidades a que se está submetido no direito pátrio, identificando os desafios enfrentados pela comunidade jurídica brasileira e as soluções adotadas ao longo do tempo na harmonização das nulidades com o princípio da segurança

jurídica. Nesse ponto, identificou-se o julgamento do Mandado de Segurança nº 22.357/DF pelo STF como importantíssimo *leading case*, no qual se reconheceu a possibilidade de flexibilização do regime de nulidades a que se submetem os atos administrativos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, extraíndo-se desse julgamento a legitimação jurisprudencial para que se construa interpretação que limite os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, considerando o fator tempo.

Com base na solução adotada no paradigma jurisprudencial acima descrito, passou-se, então, a testar cientificamente a aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/99 como limite temporal de retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF sobre os atos administrativos, no intuito de definir um parâmetro legal que garanta a segurança jurídica nessa seara.

Alertou-se para a necessidade de se apresentar solução jurídica para a questão proposta, enfatizando a completude do sistema, evitando-se o olhar compartimentado do ordenamento jurídico, ganhando grande relevo a aplicação dos princípios na solução de lacunas aparentes, como a havida no problema proposto.

Inventariou-se, por fim, argumentos que corroboram a aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/99, ganhando destaque o fato de a criação da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de constitucionalidade de lei acabar por desnaturar seu caráter declaratório, o que torna menos tormentosa a questão de se considerar válidos os atos administrativos, ainda que a lei que o fundamente venha a ser fulminada em controle de constitucionalidade, bem como a aplicação da teoria do fato consumado, estabilizando as relações travadas com a Administração.

Por derradeiro, a conclusão a que se chega é de que existe uma incoerência lógica entre o princípio da segurança jurídica e a fulminação indiscriminada de todos os atos administrativos praticados, pela simples declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, os atos ampliativos de direitos dos administrados praticados regularmente pela Administração devem ser estabilizados pelo transcurso do tempo, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Após

vasta análise doutrinária e jurisprudencial, desponta como solução idônea a garantir a almejada segurança jurídica às relações tratadas a aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/99, impondo-se como limite para o desfazimento dos atos administrativos, cuja lei subjacente tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, o limite temporal de cinco anos, marco temporal limitador para que a própria Administração venha anular seus atos, sobretudo naquelas situações em que os atos administrativos ampliem direitos e gerem no cidadão expectativas legítimas, que merecem ser amparadas.

6 Referências

ALEXY, Robert. Direitos constitucionais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003.

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08 ago.2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, abr./jun. 2000.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Princípio do fato consumado no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, abr./jun. 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUCKEL, Stefan. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauen bei Gesetzesänderungen*. Berlin: Duncker und Humblot, 1989.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTO, Éderson Garin. O princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva no direito público. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 102, jun. 2006.

PRUDENTE, Antônio Souza. Medida provisória e segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 237-248, abr./jun. 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v.1.

_____. *Revogação e anulamento do ato administrativo*: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SICHES, Luis Recasens. *Vida humana sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. cap. 6. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/vida-humana-sociedad-y-derecho-fundamentacion-de-la-filosofia-del-derecho--0/html/>>. Acesso em: 21 ago. 2011.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 20, n. 84, out./dez. 1987.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Perence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



2

PARECER

2.1

ANÁLISE DE PROJETO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS DE ADEQUAÇÃO DA INFRAESTRUTURA E OPERAÇÃO DOS SERVIÇOS DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL E CRIMINAL

JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO
PÉRICLES FERREIRA DE ALMEIDA

PROCESSO: 53874242. Parecer: PGE/PCA nº 01519/2013. Origem: PGE. NET Nº 2013.02.001887 / Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social – SESP. Interessado: Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP/ES.

SUMÁRIO: 1 Brevíssima síntese dos escopos da PPP. 2 Do cabimento de PPP. Hipóteses de vedação: inoccorrência. 2.1 Do cabimento da concessão administrativa. 3 A questão da regulação federal: necessárias modificações, de advento incerto, e a distribuição dos riscos do contrato. 4 Da participação do FUNCITEC. 5 Da instrução processual preparatória. 6 Do procedimento da licitação. 6.1 Da separação da fase de habilitação. 7 Qualificação técnica. 7.1 Proibição do somatório de quantitativos. 8 Qualificação econômico-financeira. 8.1 Garantia de proposta. 9 Visitas técnicas. 10 Regras de participação em consórcio. 11 Da minuta do edital. 12 Da minuta do contrato. 13 Da distribuição de riscos. Equilíbrio econômico-financeiro. 14 Conclusão.

EMENTA: Licitação. Parceria público-privada. Concessão administrativa.

Ilustre Procurador Chefe da PCA,

Cuida-se de análise jurídica sobre estudos de viabilidade técnica, econômica e minutas de edital, contrato e seus demais anexos de projeto de contratação de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, para a execução de obras de adequação da infraestrutura e operação dos serviços de modernização da Identificação Civil e Criminal no Estado do Espírito Santo.

Consta do processo, de mais relevante: (a) Parecer preliminar da Unidade PPP sobre a proposta apresentada pela SESP (fls. 01/07); (b) Ofício SESP com sua proposta preliminar de pareceria público-privada (fls. 10/39); (c) Reunião do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas que aprovou a proposta preliminar (fls. 41/46); (d) Edital do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, publicações etc. (fls. 55/83); (e) manifestação de interesse de diversas empresas (fls. 84/187); (f) documentos relacionados aos trabalhos do Grupo Técnico Executivo – GTE constituído para o PMI (fls. 188/223); (g) Estudos e Projeto de PPP apresentado pelo Serasa Experian e outras empresas em cooperação, único grupo que o apresentou (fls. 224/241); (h) sugestões de modificações técnicas e sua tramitação, elaboradas pelo GTE (fls. 243/315); (i) Projeto de PPP, em Sete Produtos atualizados (fls. 316/744), com destaque para Edital (fls. 502/550), contrato (fls. 551/602) e parecer e estudo jurídicos (fls. 603/739); (j) Relatório de Avaliação do GTE (fls. 746/751); (k) Estrutura (sumário) do Projeto de PPP (fls. 754); (l) Ofício encaminhando o processo para esta análise jurídica (fls. 810); (m) Nota Técnica da SESP sobre o projeto (fls. 811/856).

Como já mencionado, os estudos preliminares foram confeccionados em resposta a PMI inaugurado pela SESP, tendo sido avaliados por Grupo de Trabalho Executivo e, depois de acatadas as modificações indicadas, homologado pelo Secretário da pasta, tudo na forma do Decreto Estadual 2.889-R/2011.

Daí que se impõe o presente pronunciamento preliminar acerca dos aspectos jurídicos do projeto, o qual servirá de norte à oportuna deliberação do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP, nos termos do art. 9º, *caput* e § 2º, de seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto Estadual 2.410-R/2009, abaixo transcritos.

Art. 9º As deliberações do CGP-ES que aprovem alterações em seu regimento interno, as que *aprovem os projetos de parcerias e as diretrizes para a elaboração dos editais* deverão ocorrer por unanimidade de voto dos presentes.

§ 2º O encaminhamento da modelagem para deliberação do CGP-ES sobre a contratação de Parcerias Público-Privadas,

deverá estar instruído com pronunciamento prévio, fundamentado e conclusivo:

I. da Secretaria de Estado de Economia e Planejamento, sobre a compatibilidade com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária;

II. da Secretaria de Estado da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão de garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Estadual e ao cumprimento do limite fixado no art. 28 da Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004;

III. da *Procuradoria Geral do Estado*, sobre os aspectos jurídicos;

IV. do BANDES, sobre a disponibilidade do CGP, quando necessário.

A presente análise subsidiará a deliberação do CGP, não substituindo, por óbvio, o exame definitivo das minutas de edital, contrato e outros anexos, que será realizado oportunamente, até por conta da necessária submissão de tais peças à consulta pública, como determina o art. 10, VI, da Lei 11.079/2004 e art. 8º, XIII, da Lei Complementar Estadual 492/2009, que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Espírito Santo.

O estudo dos aspectos do Projeto considerados mais relevantes demandará o desdobramento do texto nos itens adiante confeccionados.

É o relatório.

1 Brevíssima síntese dos escopos da PPP

Compreender os próximos títulos demanda brevíssima consideração dos escopos da PPP, os quais são arrolados na primeira parte do Edital e do Contrato (e em outros Produtos, é claro) e, em apertada síntese, podem ser agregados em dois macroescopos distintos:

- Modernização da infraestrutura e da gestão da identificação civil e criminal no âmbito do DEI/SPTC; e
- Comercialização de “Serviços de Identificação Digital”, para terceiros pessoas públicas ou privadas, o que cons-

titui a base de sustentação financeira de todo o projeto de PPP.

O detalhamento dessas atividades, como já mencionado, poderá ser buscado no Edital e no Contrato e, de modo geral, nos Produtos 1 a 7 do Projeto de PPP.

2 Do cabimento de PPP. Hipóteses de vedação: inoocorrência

A análise dos autos não evidencia quaisquer das hipóteses que impediriam a adoção de uma PPP, pois o projeto vertente:

- a) *Ultrapassa o valor mínimo de 20 milhões de reais*, justificando os altos *custos de transação*, quais sejam os custos precedentes à celebração dos contratos (modelagem técnica, projetos, esforço operacional da equipe etc.) e os *custos de agência*, representados pelo ônus arcado pelo Poder Concedente após a celebração do contrato, para satisfazer necessidades de gerenciamento e fiscalização das metas pactuadas ou mesmo para defender interesses estatais em caso de controvérsia contratual;
- b) *Extrapola o limite temporal mínimo de 05 (cinco) anos*, respeitando, contudo, o prazo máximo de trinta e cinco anos, incluídas prorrogações, permitindo a amortização e remuneração do capital investido pelo particular em um tempo hábil, o que não se lograria alcançar mediante uso dos instrumentos tradicionais disciplinados pela Lei de Licitações;
- c) *Quanto às vedações incidentes sobre o objeto*: não se traduz em realização de obra pública, pura e simplesmente, na mera aquisição de equipamentos ou na contratação de mão de obra. Por óbvio, ao se admitir que a parceria público-privada é um contrato de prestação de serviço, não se está a vedar que o parceiro privado realize a compra de equipamentos ou disponha de mão de

obra para operacionalizar o serviço. Uma interpretação *cum grano salis* se impõe, no sentido de que essas atividades serão vedadas apenas quando se apresentarem como um fim em si mesmo, dissociadas da ideia de uma organização gerencial de bens, direitos e pessoal que, em juntos, se vinculam logicamente à prestação eficiente do serviço. Ademais, o objeto, tal como descrito nos autos, subsume-se à hipótese normativa prevista no art. 6º, VI, da Lei Complementar Estadual 492/2009.

2.1 Do cabimento da concessão administrativa

Os estudos preliminares conduziram à figura da concessão administrativa, modalidade de parceria público-privada descrita pelo § 2º do art. 2º da Lei 11.079/2004 como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Em verdade, essa espécie contratual não se confunde com o contrato de prestação de serviços (da Lei 8.666/1993), malgrado tenha tal concepção impregnado o texto da própria Lei de PPPs. De fato, a complexidade do objeto, caracterizada pela aglutinação de obrigações de natureza inequivocamente diversas, caminhando ao lado do elevado investimento inicial em contraposição a retorno diluído em longo interregno temporal, o que realça a engenharia financeira do projeto, fazem do contrato de concessão administrativa espécie que não se pode confundir com o tradicional contrato de prestação de serviços e, aliás, nem tampouco com a concessão comum ou patrocinada.

Como preleciona Carlos Ari Sundfeld:

A concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços – ao contrário do que pode parecer da leitura isolada do art. 2º, § 2º –, pois sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para criação, ampliação ou recuperação de infraestrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5º, I), em montante de ao menos 20 milhões de Reais.

A concessão administrativa também não poderá restringir-se à execução de obras da Lei de Licitações. É certo que a concessão administrativa poderá incluir a obra (art. 2º, § 2º), mas dois outros requisitos deverão estar presentes: o concessionário deverá fazer investimento de ao menos 20 milhões de Reais, e pronta a infraestrutura, ela deverá ser usada para a prestação de serviços por um período de ao menos cinco anos (art. 2º, § 4º, II). Esses requisitos não existem nos contratos de obras. As exigências de prestação de serviços por um tempo mínimo e de que a remuneração esteja sempre vinculada a essa prestação (art. 7º) – não, portanto, à execução de parcelas de obras – impedem que a concessão administrativa se transforme em simples contrato de obras com financiamento do empreiteiro.

Ademais, a concessão administrativa, conquanto possa incluir o fornecimento de bens para criação da infraestrutura (art. 2º, § 2º), não poderá limitar-se a isso (art. 2º, §4º, III). A lei quis impedir o uso da concessão como simples alternativa ao contrato de compra da Lei de Licitações, bem como para a aquisição financiada de bens. São indispensáveis o investimento mínimo de 20 milhões de reais bem como a prestação de serviços vinculados a esses bens, por ao menos cinco anos¹⁻².

E ao se apartar os institutos, tem-se de entender que os contratos comuns têm preferência em relação aos de concessão, assim como os de concessão comum e patrocinada a tem em cotejo com os de concessão administrativa, ideia que decorre da letra do art. 10, I, “a” da Lei 11.079/2004. Em outras palavras, a distinção entre as espécies levou a doutrina a prestigiar a tese de que o contrato de prestação de serviços e, depois dele, as outras espécies de concessão têm aplicação prioritária sobre a concessão administrativa, que só se justifica na impossibilidade fática ou desvantagem econômica das outras

1 SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: _____. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33.

2 Apartando a concessão administrativa da simples prestação de serviços, em excelente texto, cf., ainda, MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, especialmente p. 176-181.

espécies³. É que, não sendo efetivamente necessária a concessão administrativa, as outras hipóteses *prima facie* menos onerosas e que tendem a gravar o orçamento público por lapso temporal inferior e de forma mais tênue terão lugar de prestígio em detrimento da concessão administrativa⁴.

No caso concreto, em que pesem as justificativas alinhadas no Produto 03 do Projeto – em especial, no item 4, sobre o “*value for money*” –, o fato é que *não há explicitação das vantagens que a concessão administrativa apresenta em relação à concessão comum*: ao que parece, nem mesmo foi considerada a hipótese de concessão comum (Lei nº 8.987/95) ou patrocinada (Lei nº 11.079/04), limitando-se o texto a afastar a hipótese de contratação no regime da Lei 8.666/1993.

O ponto merece ser desenvolvido.

Não se pode dizer que o modelo tradicional de concessão (comum) ou mesmo a parceria público-privada na modalidade concessão patrocinada mostram-se flagrantemente inaplicáveis à atividade que será desenvolvida como objeto do contrato, pois *a sustentação financeira do projeto dependerá muito mais dos serviços prestados a terceiros (do setor público ou privado) do que dos serviços prestados ao parceiro público (o Estado)*.

De se salientar que a contraprestação pecuniária devida pelo Estado à Concessionária, segundo estimativa, considerado todo o período de concessão, alcança cerca de R\$ 338 milhões, enquanto o total de Receitas Extraordinárias (advindas de terceiros), ao longo do período de concessão, apresenta o valor bruto estimado de R\$ 3 bilhões. Por isso, a nosso ver, a sustentação financeira do projeto dependerá das receitas extraordinárias (o segundo escopo do projeto). E, em virtude disso, *não se pode descartar prima facie a possibilidade de concessão comum ou patrocinada, isto é, a receita tarifária proveniente de terceiros poderia ser configurada como principal, deixando-se para a*

3 Nesse sentido, cf. PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de Parceria Público-Privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144-145 e PEREIRA, Cesar Guimarães. O processo licitatório das Parcerias Público-Privadas (PPP) na Lei nº 11.079/2004. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 219-220.

4 PORTO NETO, op. cit., p. 145.

participação do Estado o papel secundário de subsídio, que é possível tanto na concessão comum quanto na patrocinada.

É relevante notar que adotar a forma de concessão comum significa transferência de maior parcela de riscos, atinentes à exploração e obtenção de demanda no mercado, ao parceiro privado, que aí sim exploraria o serviço por sua “conta e risco”. Portanto, essa modificação na modulação da contratação poderia significar, se procedentes os estudos no sentido de sua viabilidade técnica, economia na ordem de bilhões de reais para os cofres públicos ou, pelo menos, que o peso de investimentos e da operação da infraestrutura para exploração do serviço seja subtraído dos ombros do Poder Público.

Assim, sugere-se que seja aprofundado o estudo atinente à possibilidade de que seja promovida nova modulação do Projeto, adotando-se preferencialmente a forma de concessão comum ou, se isso não for possível, a forma concessão patrocinada, por consultoria especializada se necessário (sugestão 01)⁵.

Por óbvio, com base em sólido estudo e robusta justificativa poderá ser mantida a forma concessão administrativa. *O que se impõe é que seja elaborado o devido estudo, com base em pesquisa de campo e (diga-se de passagem) conhecimento de outras ciências diversas do Direito, previamente à deliberação do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas sobre a aprovação ou não do projeto de parceria público-privada. É dizer, não é viável a deliberação do Conselho Gestor enquanto não concluídos os referidos estudos.*

Por outro ângulo, deve-se investigar se os valores propostos e se os quantitativos considerados (premissas de negócio, de mercado, demandas estimadas etc.), os quais constam especialmente nos Produtos 01, 02, 03, 05 e 06 do Projeto de PPP, correspondem à realidade, se são factíveis, o que *podará ser feito por consultoria especializada*. Justifica-se a recomendação, em termos de custos econômicos e de tempo, em razão do valor estimado da contrata-

5 De se registrar, não se duvida da isenção e imparcialidade da consultoria contratada pelas empresas do PMI ou dos estudos diretamente executados por elas, mas o fato é que não se pode de antemão descartar a possibilidade de que a formatação do projeto esteja inclinada a favorecer interesses do mercado, e não do Estado. Os elevados custos e riscos que o Projeto impõe ao Estado recomendam o investimento em consultoria independente; isso será mais bem esclarecido adiante.

ção, que se considerada a receita obtida por pagamento direto do Estado acrescida do valor dos serviços que serão comercializados a terceiros, está estimada em mais de R\$ 3 bilhões.

E mais, o sucesso do Projeto dependerá, como iterativamente reconhecido nos autos, *do êxito do segundo escopo*, é dizer, das receitas provenientes da certificação de identidade e, em assim sendo, *sem a exploração econômica da certificação, o Projeto é na prática inviável*, de sorte que *não seria recomendável aprovar o Projeto de PPP em deliberação do Conselho Gestor e iniciar a fase externa de consulta pública e acolhimento de sugestões dos interessados sem maior nível de certeza dos quantitativos, inclusive dos possíveis serviços de certificação digital (sugestão 02).*

3 A questão da regulação federal: necessárias modificações, de advento incerto, e a distribuição dos riscos do contrato

Como se depreende, as receitas extraordinárias decorrentes da exploração econômica da *certificação on-line* de Identidade e de Segurança em Transações Eletrônicas – imprescindíveis para a sustentação financeira do Projeto de PPP, como tantas vezes repisado nos autos – pressupõem a universalização do uso do Cartão RIC, o que impõe a sua distribuição gratuita. Com efeito, a prestação dos mencionados serviços de certificação para o mercado privado e público (diverso do Poder Concedente) demanda que o maior número possível de pessoas possua o Cartão RIC, sem o que se tornará inócua a expectativa de obtenção da receita extraordinária (é dizer, da contraprestação pelos serviços de certificação).

Sem embargo, para a emissão e controle do Cartão RIC pela Concessionária, são *necessárias providências a cargo do Governo Federal, sem as quais a atividade não será viável em virtude de obstáculos de ordem técnica ou econômica.*

Assim, *destaca-se*: (a) será imprescindível a integração do sistema de informática da Concessionária com o Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil – SINRIC e, ainda, os oportunos e contínuos fornecimento do número único de registro civil

e gestão do Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil (Lei 9.454/1997, alterada pela Lei 12.058/2009, regulamentada pelo Decreto 7.166); e (b) sejam adotadas providências no afã de tornar a emissão do Cartão RIC gratuita a todos os interessados, sem embargo de também não constituir ônus econômico excessivo para o Estado, em que pesem informações no sentido de que o custo atual do Cartão RIC chega a ser 700% (setecentos por cento) superior ao custo atual da carteira de identidade (fls. 714).

Mas não só isso. Ainda que se torne viável a emissão (e difusão) do Cartão RIC, *a regulamentação atual não será suficiente* para que se garanta a exploração econômica da certificação de identidade. É dizer, atualmente, não é possível a exploração econômica do segundo escopo da PPP, o que em termos práticos, inviabiliza o projeto economicamente.

O Cartão RIC deve conter *certificado digital* ligado a ICP-Brasil, consoante determina a Resolução nº 02/2011 da Secretaria Executiva do Ministério da Justiça, no exercício da coordenação do Comitê Gestor do SINRIC. Sem embargo, o modelo de negócios atual para o certificado digital, instituído por regulamentação federal, é insuficiente para o uso do certificado digital do Cartão RIC da forma como projetada para a PPP.

De fato, o certificado digital (tradicional) é adquirido por seu usuário por preço fixo quitado no momento de sua compra, sendo o seu posterior uso gratuito e, logo, indiferente para a Autoridade Certificadora o volume e frequência de certificações (usos, transações). Entretanto, no modelo proposto pelo Projeto de PPP, é pouco recomendável a cobrança de um valor mais substancial pela emissão do Cartão RIC, ao lado do que a remuneração da Autoridade Certificadora (*in casu*, a Concessionária) é concentrada no uso do Cartão RIC (é dizer, do seu certificado digital): caberia ao mercado o custo pela segurança que a certificação digital de identidade proporciona em cada transação, fixada a importância livremente entre a Concessionária e o interessado na certificação.

Ocorre que a regulamentação atual, consubstanciada no chamado DOC-ICP-04,⁶ instituída pelo Comitê Gestor da ICP-

6 <http://www.itl.gov.br/legislacao/143-icp-brasil/legislacao/790-doc-icp/>;
<http://www.itl.gov.br/legislacao/83-icp-brasil/145-resolucoes>

-Brasil, no exercício da competência que lhe atribui o art. 4º da MP 2.200-2/2001,⁷ apenas possibilita a *cobrança da forma tradicional, isto é, pela emissão do Certificado Digital, e não por seu uso*. Vale repetir, o uso do certificado não é controlado nem tarifado na política atual de critérios padrão que incumbe às Autoridades Certificadora adotar, e *nem poderia sê-lo sem alteração da regulação do setor*.

Daí que, para a implantação da fonte de receitas extraordinárias, qual seja, a certificação de Identidade e de Segurança em Transações Eletrônicas, é mister seja editada a devida regulamentação do Comitê Gestor da ICP-Brasil. Em outras palavras, a exploração econômica da receita extraordinária, da qual depende o sucesso da parceria, só terá sucesso se alterada a legislação atualmente vigente, fato futuro, de ocorrência incerta.

Isso, aliás, não foi olvidado por Floriano de Azevedo Marques Neto, que, em seu excelente estudo (anexo ao Produto 07) sugeriu a imprescindibilidade de se “promover a alteração da regulamentação atualmente existente, que *deverá ser negociada pelo Estado do Espírito Santo junto ao Comitê Gestor da ICP-Brasil, como condição imprescindível para a viabilização da parceira*”, daí recomendando que a inovação de regulamentação abordasse os seguintes aspectos, “(i) a necessária gratuidade do fornecimento do certificado digital associado ao Cartão RIC e, conseqüentemente, (ii) a possibilidade de cobrança de preço para cada transação envolvendo o certificado digital do Cartão

7 Art. 4º Compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil:

I - adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil;

II - estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das AC, das AR e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação;

III - estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da AC Raiz;

IV - homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço;

V - estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das AC e das AR e definir níveis da cadeia de certificação;

VI - aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das AC e das AR, bem como autorizar a AC Raiz a emitir o correspondente certificado;

VII - identificar e avaliar as políticas de ICP externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em tratados, acordos ou atos internacionais; e

VIII - atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança.

Parágrafo único. O Comitê Gestor poderá delegar atribuições à AC Raiz.

RIC, o que por sua vez, deverá pressupor, (iii) a adoção de mecanismos para a obrigatória contabilização, registro e comunicação dos volumes de transações efetuados com a utilização deste Certificado Digital associado ao Cartão RIC” (fls. 717/718).

A mesma observação pode ser obtida em breve passagem do Produto 03, atinente ao “Diagnóstico de Aspectos Legais do Modelo de PPP”, no sentido de que:

Objetivando assegurar a legalidade da adoção de novo modelo de negócio para inclusão do certificado digital no CDI/CIES ou Cartão RIC, de acordo com os dispositivos legais da ICP-Brasil, propõe-se que o Estado promova gestões junto ao ITI – Instituto de Tecnologia da Informação da Casa Civil da Presidência da República e seu Órgão subordinado, a ICP-Brasil – Infraestrutura de Chaves Públicas Brasil, no sentido de tornar legalmente exigível das Autoridades Certificadoras e correspondentes Autoridades e Agentes de Registro, o controle individual das transações eletrônicas com uso de certificado digital a ser inserido no CDI/CIES ou Cartão RIC, quando da sua expedição pelo Estado.

Vale ressaltar que essa obrigatoriedade proposta é fundamental para viabilizar economicamente a inclusão do certificado digital no CDI/CIES ou Cartão RIC (fls. 368v/369).

Texto semelhante também constou da manifestação da SESP acerca da fundamentação técnica da licitação (documento de fls. 756/807), do qual destacamos:

[...] o Estado deverá promover gestões junto ao ITI – Instituto de Tecnologia da Informação da Casa Civil da Presidência da República, no sentido de tornar legalmente exigível das Autoridades Certificadoras e correspondentes Autoridades e Agentes de Registro, o controle individual das transações eletrônicas com uso de certificado digital a ser inserido nos Cartões RIC ou CDI/CIES, quando da sua expedição pelo Estado (fls. 788).

É bem verdade que o Projeto estabelece que o Cartão RIC só será emitido no início do sexto ano de vigência do contrato, nesse momento devendo-se encerrar a emissão de carteiras de

identidade em papel, perfazendo-se assim um período de “carência” para que a legislação seja modificada pelos órgãos próprios da União⁸. Mas mesmo antes de tal período, salvo engano, também estaria inviabilizada a certificação da identidade, em que pese a emissão de CI ou CIES.

O que se quer consignar, neste ponto do estudo, é que se as necessárias modificações na regulação do setor não acontecerem, ter-se-á de promover o restabelecimento do *equilíbrio econômico-financeiro* do contrato, tendo sido o risco alocado ao Estado, é dizer, a recomposição do equilíbrio ocorrerá em favor da Concessionária, sendo as despesas suportadas pelos cofres públicos⁹.

Pode-se brevemente cogitar quais seriam as consequências da incerteza quanto à regulação do setor em conjunto com a assunção de tal álea pelo Estado.

A contraprestação pecuniária devida pelo Estado para a Concessionária não compreenderá parcela fixa, sendo quitada com base em valores unitários pela emissão de CI, Cartão CID/ CIES ou RIC, totalizando segundo a estimativa, considerado todo o período de concessão, cerca de R\$ 338 milhões. O total de Receitas Extraordinárias, ao longo do período de concessão, apresenta o valor bruto estimado de R\$ 3 bilhões (entre os quais caberia ao Estado a participação estimada de R\$ 516 milhões). Já os investimentos previstos (CAPEX SESP e Concessionária) atingem cerca de R\$ 227 milhões para todo o período, enquanto o custo operacional (OPEX SESP e Concessionária) soma, estimativamente, R\$ 2,278 bilhões¹⁰.

Como se vê, *o equilíbrio entre receitas e despesas seria inevitavelmente comprometido se faltassem as Receitas Extraordinárias*, malgrado não se possa de antemão perquirir qual seria o montante exato de prejuízo, até porque as despesas (de investi-

8 Confira-se a informação no Produto 01, fls. 320v, entre outros.

9 É o que consta, entre outros, do Produto 01 (fls. 320v) e do Produto 07, tendo sido defendida a tese veementemente no Parecer (em especial, fls. 640/642) e acolhida no Contrato, segundo itens 9.1.1, 12.3.6.1.1, 12.3.6.3, 12.4.1.2, 25.6, 26.6, 27.1.2, 27.1.4, 27.1.6, 27.5.

10 Confira-se as informações, entre outros, do Produto 05, fls. 405/410 e do Produto 06, fls. 415v, 417, 419, 422/434.

mento e operacionais) não tendem a se reduzir proporcionalmente à falta das receitas que lhes são correspondentes.

Por isso é que se repete exaustivamente nos estudos prévios à elaboração do Projeto que a sua *sustentação financeira depende das receitas provenientes da certificação de identidade* e, em assim sendo, que sem a exploração econômica da certificação o Projeto é, na prática, inviável.

Nessa ordem de ideias, tem-se de recomendar que seja negociada pelo Estado do Espírito Santo junto ao Comitê Gestor da ICP-Brasil (e outros órgãos pertinentes) a alteração da regulamentação atualmente existente, nos moldes propostos por Floriano de Azevedo Marques Neto, obtendo-se êxito nessa empreitada antes de aprovado o Projeto pelo Conselho Gestor (*sugestão 03*).

Atuar de forma contrária a tal sugestão corresponderia a verdadeira “aposta” com recursos públicos, admitindo-se a possibilidade de prejuízo na ordem de bilhões de reais, como já demonstrado acima.

De toda sorte, acolhendo-se ou não a sugestão acima, é de se recomendar que seja *modificada a modulação da divisão dos riscos*, passando-se a álea atinente à regulação federal (sua falta, demora ou deficiência) para os riscos suportados pelo particular (*sugestão 04*)¹¹.

Não se ignora a influência desse tipo de modificação nos custos de transação e, logo, na economia do contrato – o que significará nova elaboração de boa parte do Projeto de PPP –, mas não parece prática louvável a celebração de contrato administrativo propenso a que lhe seja restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro em proporção tal que lhe aumente o valor em mais de 1000%, com custo extra talvez de mais de R\$ 2 bilhões.

De resto, para a viabilidade econômico-financeira da PPP, considerou-se que o PRODEST – Instituto de Tecnologia do Estado do Espírito Santo fornecerá à SPE Contratada, sem ônus, os certificados digitais que serão inseridos nos Cartões RIC ou CIES. É o que consta do item 5.4 da nota técnica de fls. 811/856.

11 Dever-se-á modificar, então, o que consta, entre outros, do Produto 01 (fls. 320v) e do Produto 07, tendo sido defendida a tese veementemente no Parecer (em especial, fls. 640/642) e acolhida no Contrato, segundo itens 9.1.1, 12.3.6.1.1, 12.3.6.3, 12.4.1.2, 25.6, 26.6, 27.1.2, 27.1.4, 27.1.6, 27.5.

Ora, certamente a emissão desses certificados digitais pelo PRODEST gerarão um custo para o Estado. Custo esse que se, por um lado, gerará uma economia na PPP, por outro, não se conhece o benefício da sua assunção, na medida em que a “vantagem” apontada na referida nota técnica, qual seja a maior participação do Estado nas receitas extraordinárias da SPE, ainda é hipotética, carecendo de implementação de condição incerta. O ponto merecerá exame conjunto com os que consubstanciaram nas sugestões anteriores (*sugestão 05*).

4 Da participação do FUNCITEC

Ainda no tocante à questão econômico-financeira da PPP, chama atenção a previsão de aporte financeiro em favor do FUNCITEC – Fundo de Ciência e Tecnologia, administrado pela FAPES, autarquia estadual.

É indiscutível a relevância do Estado fomentar e, conseqüentemente, destinar recurso financeiro para o desenvolvimento de soluções técnicas e tecnológicas, bem como pesquisa e formação de profissionais da área.

Contudo, muito embora a nota técnica da SESP de fls. 811/856 mencione que “parte do montante da participação do Estado nas receitas acessórias da futura SPE seja destinada à criação e manutenção de equipe técnica de pesquisadores da FUNCITEC, independentemente de conjunturas econômicas ou políticas” (fls. 839), na minuta do contrato de concessão (fls. 551/599, no item 16 (fls. 566-verso), esse aporte aparece como obrigação da concessionária, sem qualquer menção de dedução do valor supostamente devido ao Poder Concedente em virtude das receitas extraordinárias.

Ora, por óbvio, esse aporte financeiro imputado à Concessionária constitui custo e, como tal, integra a equação econômico-financeira do Estado. É dizer que, além do CAPEX e do OPEX, a Concessionária também está assumindo essa obrigação financeira, que, em última análise, será inteiramente paga pelo Estado, por se tratar de uma concessão administrativa.

Dessa sorte, é inevitável questionar se essa previsão contratual revela-se oportuna e adequada para a Administração Es-

tadual, na medida em que, ao integrar a equação econômico-financeira do contrato, a Concessionária o repassará para o Estado, com os demais acréscimos decorrentes do próprio negócio (ressarcimento do investimento e remuneração).

Data venia, essa avaliação não consta dos autos, o que deve ser sanado pela Secretaria Consulente antes da manifestação do Conselho Gestor de PPP, em especial, explicitando-se quais seriam as vantagens de se transferir o aporte de recursos à SPE, inclusive sob os aspectos contábeis e tributários (*sugestão 06*).

5 Da instrução processual preparatória

A Lei nº 11.079/2004 dispõe, em seu art. 10, acerca das condições para abertura do procedimento licitatório:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual 492, em seu art. 15, estabelece:

Art. 15. A contratação de Parcerias Público-Privadas será precedida de licitação na modalidade concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico, que demonstre:

I - o efetivo interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais;

II - a vantagem econômica e operacional da proposta e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos;

III - as metas e os resultados a serem atingidos, bem como a indicação dos critérios de avaliação e desempenho a serem utilizados;

IV - a efetividade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função de sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e/ou quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

V - a forma e os prazos de amortização do capital a ser investido pelo contratado, explicitando o fluxo de caixa projetado e a taxa interna de retorno;

VI - o cumprimento dos requisitos fiscais e orçamentários previstos no artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/04.

No caso em exame, observa-se que a Administração Estadual adotará a licitação, na modalidade concorrência, em respeito ao *caput* dos dispositivos acima transcritos.

Não consta, dos autos, porém, a autorização da “autoridade competente”, que deverá ser pautada no disposto nos incisos do art. 10 da Lei 11.079 e art. 15 da LC 492. Para tanto, os autos devem ser instruídos com manifestação técnica da SEFAZ e da SEP, da qual constem as informações e dados necessários para o atendimento das exigências legais, no tocante, inclusive, à responsabilidade fiscal.

Questão que merece análise e cautela é a tarefa de identificar quem atua como a “autoridade competente”. Em tese, “autoridade competente” pode ser tanto aquela que tem competência para contratar (no caso, a SESP), como aquele que é responsável por gerenciar o programa de PPP.

No caso do Estado do Espírito Santo, o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP/ES possui, nos termos do art. 7º da LC 492, atribuição de aprovar os resultados os estudos técnicos e a modelagem dos projetos de PPP, bem como as diretrizes de edital. Por sua vez, a SESP, na qualidade de contratante, é a responsável pela aprovação, em sentido estrito, da minuta de edital.

Dessa forma, por dever de cautela, não obstante se junte aos autos Ata de reunião do CGP na qual consta a aprovação do aludido Conselho da modelagem do projeto e das diretrizes do edital, para todos os fins, a SESP também deverá aprovar, por

quem de direito, a minuta do edital, em despacho fundamentado, observadas as disposições do art. 10 da Lei 11.079 e art. 15 da LC 492, seguida da declaração prevista no inciso III do art. 10 da Lei 11.079 (*sugestão 07*).

Imperioso, ainda, comprovar o atendimento dos incisos II, IV, V e VII do art. 10 da Lei 11.079 ou justificar eventual impedimento ou não aplicação ao caso concreto (*sugestão 08*), pois, nos termos da valiosa lição dos mestres Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

Quando não houver previsão de despesa para o ano da celebração do contrato, não existirá ordenador de despesa no momento da celebração do contrato, e tampouco durante as discussões acerca da autorização para o lançamento da licitação. Por consequência, nesses casos o dispositivo ora em discussão deve (i) ser considerado inaplicável ou (ii) ser requerido do órgão contratante, por analogia, estudo que indique compatibilidade com a LDO¹².

Ademais, ainda quanto ao procedimento da fase interna, o inciso VI do art. 10 da Lei 11.079 exige a submissão do edital à consulta pública. O objetivo dessa etapa consiste em maximizar a transparência do processo de contratação, assegurando ampla participação de interessados, a fim de criar condições para a Administração Pública obter contratação vantajosa e aperfeiçoar os termos do projeto proposto.

Uma vez integralmente atendidas as recomendações consignadas neste parecer, inclusive a realização dos estudos sugeridos, poderá ser o processo submetido à apreciação do Conselho Gestor, para que seja por fim deflagrada a fase de consulta, de modo que, ao final, os autos devem ser instruídos com documentos que comprovem a sua realização, bem como relatório, ainda que sucinto, das sugestões e contribuições eventualmente recebidas. Isso será imprescindível para a futura análise desta Procuradoria (*sugestão 09*).

12 RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 263.

Nessa esteira, não é demais destacar que, muito embora a LC nº 492, em seu art. 10, XIII, estabeleça a competência do CGP para submeter os projetos de PPP à consulta pública, a Resolução nº 02, de 27/12/10, previu, em seu art. 16, parágrafo único, a delegação dessa competência ao órgão ou entidade interessada, no caso, a SESP.

Ainda no tocante à participação popular, importante destacar que comungamos com o entendimento doutrinário majoritário, segundo o qual a realização de audiência pública, em tese, não é exigível no caso de PPP, consonante lição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

Parece-nos que, ao adotar procedimento específico de consulta pública para as PPPs, o inciso VI do art. 10 afastou a aplicação do art. 39 da Lei 8.666/1993. Tanto a realização de audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 quanto o procedimento de consulta pública têm o mesmo objetivo e desempenham a mesma função, de maneira que não faria sentido exigir a realização de ambos.

Aliás, é importante mencionar que o procedimento de consulta pública nos moldes previstos na Lei de PPP presente, para casos tais, diversas vantagens em relação à exigência de realização de audiência pública nos termos do art. 39 da Lei 8.666/1993. Como os contratos de PPPs são, em regra, contratos complexos, somente a disponibilização das minutas ao público por período de vários dias viabiliza o entendimento e críticas adequados¹³.

6 Do procedimento da licitação

O procedimento da licitação está detalhado minuciosamente no item 17 (fls. 518v/524), neste ponto merecendo consideração algumas poucas questões, na forma abaixo.

De plano, deve ser registrado que a análise desta PGE limita-se ao aspecto jurídico da contratação, sem adentrar em critérios atinentes ao juízo de conveniência e oportunidade ou do

13 RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 266.

aspecto econômico-financeiro, cujo ônus recai exclusivamente sobre a Autoridade competente.

Acerca do instrumento convocatório de PPP, a Lei nº 11.079, em seus arts. 11, 12 e 13, prescreve, em linhas gerais, que o edital deverá conter: i) como anexo obrigatório, a minuta do contrato; ii) regra de submissão da licitação às normas da Lei 11.079 e, no que couber, à Lei 8.987; iii) garantias de contraprestação do parceiro público, quando houver; iv) a forma de apresentação de propostas econômicas; v) clareza e objetividade dos critérios de julgamento das propostas técnicas e das exigências de qualificação técnica; vi) critério de julgamento pautado no menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração ou melhor proposta em razão da combinação menor valor de contraprestação e melhor técnica.

Sem prejuízo disso, faculta a previsão no edital de: a) exigência de garantia de proposta do licitante; b) estipulação de arbitragem para solução de conflitos; e c) a possibilidade de saneamento de falhas no curso do procedimento.

A legislação estadual, por sua vez, impõe a obrigatoriedade da previsão da fase de saneamento de fases (art. 17 da LC 492) e de se exigir a qualidade do serviço prestado, por meio de análise de desempenho (art. 18 da LC 492).

Da leitura do instrumento convocatório e seus anexos, depreende-se que todas as cláusulas obrigatórias exigidas pela legislação federal foram inseridas na minuta e que consta, como anexo, a minuta do contrato. Também foram previstas, conforme autorização legal, a exigência de garantia de proposta da licitante e a arbitragem como solução de conflitos.

Quanto à obrigação prevista no art. 17 da LC nº 492, conforme autoriza a Lei Federal nº 11.079, em seu art. 12, IV, depreendemos que a minuta de edital ora submetida à análise não é tão clara nesse aspecto.

Nessa toada, o edital deve disciplinar claramente os prazos a serem abertos para regularização da documentação dos licitantes, e no despacho que abre a fase de saneamento, a autoridade contratante deve indicar, com clareza, as falhas, *como será sugerido em outro item deste Parecer*.

Registra-se que, a par do saneamento de falhas, a Administração tem o dever de, quando entender conveniente, promover

diligências para esclarecer ou complementar a instrução processual, conforme art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993. E, nos termos do entendimento doutrinário predominante, a aplicação da parte do final do referido § 3º resta afastada, ante o disposto à regra aplicável às PPPs.

Ademais, no instrumento convocatório foi prevista a inversão de fases autorizada no art. 13 da Lei Federal nº 11.079, de forma que, realizada a pré-qualificação técnica e encerrada a etapa de classificação de propostas, será aberto o invólucro com documentos de habilitação mais bem classificado. E em razão disso, exige-se, corretamente, que a garantia de proposta será entregue em envelope à parte da proposta, juntamente com a declaração preliminar e documentos de representação, que será aberto antes da abertura das propostas.

Reconhecidamente, a inversão de fases é instrumento para simplificar o procedimento licitatório e lhe conferir maior celeridade, por reduzir não só a quantidade de documentos a serem analisados, mas também a de impugnações quanto à habilitação dos concorrentes. Portanto, não vemos obstáculo à sua adoção. Contudo, *em tópico específico, algumas considerações serão tecidas no tocante à pré-qualificação.*

Relevante esclarecer, ainda nesse tópico, que a previsão de arbitragem como solução de conflitos decorrentes de contratos administrativos vem sendo apontada como meio de conferir agilidade e de garantia de segurança jurídica e que, portanto, reduz o preço cobrado pelo parceiro privado, ao final, do Poder Público e do usuário da prestação do serviço público.

Logo, é louvável essa previsão no instrumento de contrato de concessão no caso em tela, que, inclusive, poderá ser de grande valia quando do procedimento de revisão contratual, sob o manto da necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, haja vista que esse procedimento é notadamente negocial e está intimamente relacionado com o interesse público.

De todo modo, prudente destacar que há limite para a utilização da arbitragem nos contratos de concessão, notadamente quanto à supremacia da Administração Pública em relação às questões regulatórias e relativas ao poder de polícia, indelegá-

veis a particular. Assim, a arbitragem é totalmente descabida quando se tratar de cláusula regulamentar do contrato, de forma que essa solução de conflito não resulte em limitação da competência administrativa de adequar os contratos ao cumprimento do interesse público perseguido.

Ademais, não se pode admitir a adoção da arbitragem quando um dos envolvidos na *quaestio* for o usuário do serviço, visto que a sua hipossuficiência lhe garante o acesso ao Judiciário. Tudo isso foi devidamente ressaltado na minuta ora em análise, não havendo, pois, reparo a ser feito.

6.1 Da separação da fase de habilitação

O item 13 cria a fase de pré-qualificação técnica, que antecederá a apresentação da proposta econômica e os documentos de habilitação. Nos termos do item 17, concluída a análise da garantia de proposta, dar-se-á início à etapa de pré-qualificação, e na sequência, serão julgadas as propostas econômicas para, ao final, deliberar sobre a habilitação do licitante que apresentar a proposta melhor classificada.

Como não poderia deixar de ser, haverá possibilidade de interposição de recurso após a conclusão de todas as etapas da licitação. Dessa forma, observamos que se, por um lado, com a inversão de fases, pretende-se imprimir celeridade na licitação, por outro, com a criação da etapa de pré-qualificação, esse objetivo poderá restar frustrado, na medida em que se cria mais uma etapa na qual caberá a interposição de recurso, aumentando, assim, a chance do procedimento se arrastar por um longo período, inclusive com impugnação judicial em cada uma das fases, após os recursos administrativos (em número de quatro).

Em especial porque, ao nosso ver, não foi apresentada justificativa robusta e plausível para a criação dessa etapa. Não subsiste qualquer complexidade na análise dos atestados solicitados para fins de comprovação da qualificação técnica, razão pela qual recomendamos que o item 13 seja incluído no item 15, de forma a suprimir a etapa da pré-qualificação, promovendo-se as demais adequações no texto do instrumento convocatório e de seus anexos (*sugestão 10*).

7 Qualificação técnica

Exige o Edital a comprovação de qualificação técnica, na modalidade *capacidade técnico-operacional*, pela apresentação de *atestados* que comprovem a execução anterior de serviços de características técnicas similares às do objeto do certame, cujas parcelas de maior relevâncias técnica e de valores significativos são as seguintes (item 13.2.1, fls. 512):

- (a) Implantação e colocação em operação de infraestrutura de atendimento a requerentes de documento oficial de identificação, com coleta eletrônica de dados biográficos e captura eletrônica de imagens biométricas (face, assinatura e impressão digital rolada ou plana de no mínimo quatro dedos) para, *no mínimo, 500 (quinhentos) atendimentos diários, não necessariamente num mesmo local*;
- (b) Implantação e colocação em operação de infraestrutura de atendimento a requerentes de documento oficial de identificação, com coleta eletrônica de dados biográficos e captura eletrônica de imagens biométricas (face, assinatura e impressão digital rolada ou plana de no mínimo quatro dedos) para, *no mínimo, 15 (quinze) localidades geograficamente distintas*;
- (c) Implantação e colocação em operação de infraestrutura de atendimento a requerentes de documento oficial de identificação, com coleta eletrônica de dados biográficos e pelo menos captura eletrônica de imagem de face para, *no mínimo, 10 (dez) localidades geograficamente distintas*;
- (d) Implantação e colocação em operação de infraestrutura para personalização de documentos oficiais de identificação, em base papel de segurança ou plástica em policarbonato, com imagens digitalizadas de face, da impressão digital de 1 (um) dedo e da assinatura de, *no mínimo, 50.000 (cinquenta mil) documentos oficiais de identificação por ano*;

- (e) Implantação e colocação em operação de infraestrutura para personalização de documentos oficiais de identificação, em base papel de segurança ou plástica em policarbonato, com imagens digitalizadas de face, da impressão digital de 1 (um) dedo e da assinatura em, *no mínimo, 3 (três) localidades distintas geograficamente*;
- (f) Implantação, integração e operacionalização de sistema de processamento de dados e imagens, baseado em tecnologia de *web services*, e integrado no mínimo:
 - (i) a 10 (dez) localidades distintas geograficamente com infraestrutura de captura eletrônica de imagens biométricas da face ou assinatura ou impressão digital deca-dactilar; e (ii) a sistema de personalização de documento oficial de identificação em, pelo menos, 3 (três) locais geograficamente distintos;
- (g) Comercialização, junto a terceiros, de serviços de consultas eletrônicas a bancos de dados para, no mínimo, 3 (três) clientes;
- (h) Atendimento e resposta a consultas eletrônicas de terceiros a banco de dados de, no mínimo 250.000 (duzentas e cinquenta mil) consultas diárias.

Considerando que o setor não é tecnicamente maduro, consoante informado nos autos, apresenta-se pertinente a imposição de requisitos de qualificação técnica compatíveis com o objeto do futuro contrato. Sem embargo, caberá à Administração *justificar pormenorizadamente* a razão de tais requisitos e, ainda, por profunda pesquisa da realidade do mercado, *certificar-se de que existem empresas que podem atender* aos requisitos de qualificação técnica que constam da minuta de Edital (*sugestão 11 e 12*).

É indiscutível, somente assim evitar-se-á licitação deserta ou frustrada e, de resto, que os requisitos de qualificação técnica funcionem como barreira indevida à competição. Com efeito, se nenhuma empresa no mercado possuir a prévia experiência imposta pelo edital, ter-se-á de entender que essa parte da mo-

delagem da licitação merece modificação. Essa observação é relevante mormente porquanto as principais peças do processo repetem iterativamente que *a iniciativa é inédita em nível mundial*, é dizer, que não se conhece nenhum país que tenha implantado projeto com a mesma visão gerencial, amplitude técnica e operacional e complexidade (entre outras, fls. 12v, 319, 366, 420v, 479v)¹⁴.

De outro lado, se os requisitos atuais forem realmente imprescindíveis e se apenas uma empresa os possuir, o caso será de contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Não se pode, a pretexto de se demandar a comprovação de experiência anterior na execução de objeto semelhante ao licitado, restringir a competição a tal ponto que apenas uma empresa possa validamente comparecer a licitação.

Em que pese constar nos itens sobre qualificação técnica a expressão *documento oficial de identificação*, esta não conta com definição do Anexo 7 do Edital. Essa omissão deve ser eliminada, evitando-se questionamentos dos licitantes sobre o assunto e outras eventuais dificuldades, inclusive para compatibilidade com o disposto no item 13.2.1, que admite a apresentação de atestados de serviços prestados para parceiro público ou privado (*sugestão 13*)¹⁵.

O item “c” acima, que corresponde ao item 13.2.1.3 do Edital, é aparentemente *desnecessário*, pois seu conteúdo está completamente abrangido pelo item “b” acima (item 13.2.1.2 do Edital). A diferença entre os itens é que o item “c” é menos exigente, contentando-se apenas com a captura eletrônica de imagem de face e com dez localidades, enquanto o item “b” além da captura eletrônica de imagem de face exige a captura de assinatura, impressão digital etc. e quinze localidades. Logo, *deve-se eliminar o item 13.2.1.3 do Edital (sugestão 14)*.

14 Ainda que seja admitida a participação de licitantes estrangeiros, não se pode simplesmente olvidar a dificuldade de que seja demonstrada por particulares à execução de tarefa tipicamente pública, qual seja, o atendimento a requerentes de documentos de identificação e, além de tal atividade, também a emissão (personalização) de documentos oficiais de identificação.

15 Da definição de *documento oficial de identificação* depende a interpretação mais ampla ou restrita dos requisitos de qualificação técnica, o que poderá ampliar ou restringir a competição. Entendendo-se como documento público, é bem possível que nenhum interessado possua os requisitos de qualificação técnica, já que a iniciativa é inédita no mundo.

A exigência de experiência na personalização de documentos oficiais de identificação, em base papel ou plástica, de, no mínimo, 50.000 documentos oficiais de identificação por ano é completada – isto é, vive em conjunto – com a requisição de que essa mesma experiência esteja repartida em, no mínimo, *3 localidades distintas geograficamente* (letra “e”, acima). Salvo robusta fundamentação técnica em contrário, *não há razão lógica para a exigência de que essa experiência anterior seja dividida em localidades distintas*, porque na lógica do contrato que se pretende celebrar com o vencedor da licitação apenas um único estabelecimento será responsável pela emissão dos documentos, o qual receberá os dados coletados pelos diversos postos de atendimento¹⁶. E mais, se a empresa possui comprovação de que personalizou 50.000 documentos em um único local, é razoável inferir que possui domínio técnico suficiente para fazê-lo em locais diversos (v.g., 40.000 e 10.000); dizendo-o de outro modo, quem personalizou 50.000 documentos em um estabelecimento não terá dificuldade em personalizar menor número em outro local. Daí que se recomenda a exclusão do requisito de qualificação técnica registrado na letra “e” acima (*sugestão 15*).

Também a imposição de quantitativos mínimos deverá ser rigorosamente motivada, considerando a Administração que não deve exigir mais do que o necessário para se apurar a qualificação de cada licitante para executar o objeto do futuro contrato; ter-se-á de considerar que apenas em caso de extrema necessidade se legitima a exigência de quantitativos mínimos, e desde que não superem os quantitativos do futuro contrato.

Leve-se em conta, a propósito, que razões de ordem técnica podem demonstrar que o licitante que executou objeto com dimensões consideravelmente menores que a demanda atual pode deter a mesma tecnologia e preparo, ou seja, pode-se cogitar em tese que experiência anterior de, por exemplo, personalização de 10.000 documentos é suficiente para demonstrar capacidade para executar 50.000 documentos, por não existir

¹⁶ Trata-se de denominado Concentrador Central, instalado nas dependências da SESP ou em local indicado por esta. Cf., por exemplo, item 9.2 do Contrato.

diferença substancial de tecnologia em um ou outro caso. Esse tema é técnico, ninguém duvida, não cabendo a esta Procuradoria se imiscuir no assunto, salvo para sugerir que seja a escolha devidamente motivada.

Assim, ainda que se possa presumir do contexto que os quantitativos não são superiores aos do futuro contrato, impõe-se a motivação. Por exemplo, a previsão do quantitativo mínimo de 500 atendimentos diários, aparentemente, leva em conta a demanda atual da SESP, dividida por dois, já que no primeiro ano de contrato apenas se pretende sejam assumidos pelo parceiro privado metade dos postos de atendimento, ficando o restante para o segundo ano. De igual modo, a estipulação de personalização de no mínimo 50.000 documentos oficiais de identificação por ano, que representa, pelo visto, menos de 50% da demanda atual projetada no primeiro ano de contrato¹⁷.

Sem embargo, e como já esclarecido, dever-se-á tornar expressa a metodologia para fixação dos quantitativos, evitando-se números que se mostrem desnecessários do ponto de vista técnico, por exemplo, porque a mesma tecnologia demandada para a produção de quantitativos inferiores seria requerida para a produção de maior número de unidades (*sugestão 16*).

7.1 Proibição do somatório de quantitativos

O Edital *proíbe o somatório de atestados* provenientes de contratos diversos para atingimento dos quantitativos mínimos exigidos no item 13.2.1, acima listados (item 13.2.3.4, fls. 513v). A questão é complexa e não poderia nunca ser enfrentada de forma definitiva nesta peça, mas as linhas gerais da matéria são adiante expostas de forma suficiente para que se vislumbre a inconsistência da solução acolhida pelo Edital.

O critério tradicionalmente invocado pela doutrina e pela jurisprudência para admitir ou não o somatório de atestados tem sido o da *natureza da prestação* ou da *identidade do objeto*. Assim, em exemplos sempre lembrados, a construção de 10 obras

17 A informação sobre o quantitativo de atendimentos pode ser confirmada no Anexo 2 da minuta de Contrato, atinente à Relação de Postos de Atendimento.

esparsas de 100m² não demonstra experiência para executar obra de 1.000m², assim como a construção de muitas piscinas jamais resultaria em experiência para construir uma hidrelétrica. Isso porque a comprovação de experiência na execução de objeto de *certa complexidade técnica* não estaria demonstrada com a execução de serviços de menor relevo em comparação com o que se pretende contratar.

Como observam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, “de um ângulo empírico, aquele que executa diversas vezes objetos similares, mas quantitativamente menos exigentes, não necessariamente deterá capacitação para executar objeto de maior dimensão”, pois em relação a exemplos da estirpe dos citados, “empiricamente falando, há objetos distintos, que demandam tecnologias significativamente distintas para sua execução”¹⁸. Na síntese de Marçal Justen Filho, “isso significa que a identidade do objeto licitado é que determina a possibilidade ou não de somatório”, vez que “muitas vezes, a complexidade do objeto licitado deriva de certa dimensão quantitativa”¹⁹.

Entretanto, e ainda com Marçal Justen Filho, “haverá outros casos em que a questão não reside numa contratação única, mas na experiência de executar certos quantitativos, ainda que em oportunidades sucessivas”²⁰. Nessa linha, tendo tais casos em perspectiva, Carlos Ari Sunfeld asseverou que

por razões lógicas, em geral não é importante que o interessado tenha executado em um só contrato obras ou serviços com a dimensão e prazo indicados no edital. Destarte, para atender à exigência, é possível somar vários contratos, com a condição de se referirem a um mesmo período. Se uma empresa necessita provar que executou 3.000 m de parede à razão de 100 m ao dia, pode oferecer atestados comprovando que, em dado mês, pôs em pé os tais 3.000 m, sendo

18 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 298.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 332.

20 *Ibid.*, p. 332.

500 m em obra no Caxingui, 1.500 m em um prédio no Pari e mais 1.000 m em certa fábrica no Peri-peri²¹.

No mesmo sentido pensam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, ao esclarecer que “usa-se dizer que em certas situações, em que a dimensão quantitativa relevante da experiência técnica está na execução sucessiva de certas prestações (por exemplo: a experiência no fornecimento de pneus ou de alimentos), o somatório deve ser admitido”²².

No caso concreto, *não parece ser razoável a proibição do somatório de quantitativos de contratos diversos, desde que executados simultaneamente*.

Assim, por exemplo, em relação à exigência de experiência no atendimento a requerentes de documento oficial de identificação para, no mínimo, 500 (quinhentos) atendimentos diários, não necessariamente num mesmo local (item 13.2.1.1) ou, ainda, o mesmo para no mínimo 15 (quinze) localidades geograficamente distintas (item 13.2.1.2).

É que, nesses casos, os quantitativos influentes para a caracterização da complexidade do objeto podem ser obtidos com a prestação do serviço (que é homogêneo) em um mesmo local ou em locais diversos, para uma mesma pessoa jurídica ou para pessoas jurídicas diferentes, sem que se possa vislumbrar acréscimo ou decréscimo na complexidade em virtude da prestação do serviço ter origem em um mesmo contrato ou em contratos esparsos. Poder-se-ia mesmo supor que se prestados os serviços para contratantes diferentes (simultaneamente, é óbvio) a complexidade na gestão das atividades seria muito maior.

Não modifica essa conclusão o fato de os itens se referirem à “implantação e colocação em operação de infraestrutura de atendimento”, eis que a parcela de maior relevância e valor significativo, indubitavelmente, concerne aos recursos de *tecnologia da informação* e à *administração estratégica do negócio*,

21 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994. p. 127.

22 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 298.

não sendo lógico admitir que os recursos materiais e humanos necessários para a implantação de unidades têm complexidade variável em função de fatores diversos do número (quantitativo) de atendimentos, que, assim, pode ser somado sem maiores problemas.

Não é relevante para a comprovação de experiência, então, se as 15 localidades distintas nas quais foi o serviço prestado estão vinculadas a um mesmo contrato ou se são 10 para uma pessoa jurídica e outras 5 para outra, desde que executados simultaneamente.

De igual modo, a experiência adquirida é em termos práticos a mesma se atendidos (no mesmo período) 400 requerentes de documento oficial por conta de um contrato e 100 por força de outro em comparação com o atendimento de 500 pessoas em razão de um único contrato de serviços.

Em assim sendo, *impõe-se que seja modificado o item 13.2.3.4 para que se passe a admitir o somatório de quantitativos decorrentes de atestados/contratos diferentes executados simultaneamente (sugestão 17)*²³.

8 Qualificação econômico-financeira

O patrimônio líquido mínimo exigido pelo edital (item 15.7.1.2, fls. 516v) é indiscutivelmente inferior ao limite de 10% do valor estimado da contratação, isto é, é menor que o teto fixado pela Lei 8.666/1993, nada impedindo assim seja, opção discricionária da Administração Pública, que deve ser orientada pelas circunstâncias do caso concreto, mormente a necessidade de investimentos financeiros pelo particular para a execução do futuro contrato.

De fato, quanto mais recursos o cumprimento do contrato demandar, maior deverá ser a preocupação da Administração com capacidade do licitante de disponibilizar os necessários valores. O limite considerado no edital, a princípio, guarda proporção inclusive com o capital que se espera da SPE. Sem embar-

23 Acolhida essa sugestão, também será modificado o item 13.2.3.5.

go, impõe-se que conste do processo motivação sobre a eleição de tal valor, é dizer, que sejam explicitadas as razões que conduziram a Administração a fixar o valor para patrimônio líquido mínimo que exigirá dos licitantes (*sugestão 18*).

Outra questão, também atinente ao patrimônio líquido, diz respeito à contradição entre a previsão de que o seu valor será acrescido em 30% para o licitante sob forma de consórcio (item 9.4.3.1, fls. 507v) com a estipulação de que o licitante individual deverá apresentar patrimônio de R\$ 15 milhões, enquanto o licitante consórcio deverá apresentar patrimônio de R\$ 24 milhões (item 15.7.1.2, fls. 516v).

Considerado a regra do art. 33, III, da Lei 8.666/1993, que fixa o limite máximo de acréscimo da exigência de patrimônio em 30%, é evidente que se poderia exigir do consórcio no máximo R\$ 19,5 milhões, correção que deve ser providenciada no edital. Além disso, impõe-se também que seja compatibilizado o conteúdo dos itens 9.4.3.1 e 15.7.1.2, eis que o segundo faz referência a valor exato de patrimônio líquido do consórcio, que poderá ser um pouco inferior a 30%, até para que conste número exato (*sugestão 19*).

Admite-se a investigação da boa situação financeira da empresa pelo cálculo de índices contábeis. O tema é tratado nos §§ 1º e 5º do art. 31, desdobrando-se nos seguintes aspectos: (a) os índices contábeis e seus valores devem ser usuais no mercado; (b) estar previstos no edital e devidamente justificados no processo; (c) sendo, porém, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

Fica afastada a exigência de índices e valores não usualmente adotados, isto é, não se deve prever no edital nem fórmula de cálculo nem resultado que se pode dizer incomum para as empresas do ramo do objeto da licitação. Assim, sobre a exigência de Índice de Liquidez Corrente – ILC e Índice de Liquidez Geral – ILG (item 15.7.1.4, fls. 517), tem-se que não são necessários maiores comentários, pois não só são adotados como regra geral pela Instrução Normativa MARE 05/1995 (item 7.1, V) como pelas minutas padronizadas por esta Procuradoria. Tais índices são usuais, então, seja na órbita federal seja na estadual.

Entretanto, quanto ao Índice de Endividamento Total – IET²⁴ menor ou igual a 0,5 (item 7.1, V), aparentemente adotado em substituição ao ISG – previsto na citada IN MARE 05/1995 e em nossa minuta padronizada – e calculado de forma algo coincidente (talvez invertida a fórmula), impõe-se a devida justificação no processo, nos termos do § 5º do art. 31. Assim, não basta a previsão no edital, os índices devem estar justificados no processo administrativo que tenha dado suporte ao certame, funcionando iterativamente o TCU como guardião desse dever de motivação²⁵. Quer-nos parecer que a justificativa tangencia tanto para a comprovação de que o índice e o valor escolhido são usuais no mercado, quanto para a utilidade desses na averiguação da qualificação econômica para executar o específico objeto da licitação, de acordo com os investimentos que serão necessários²⁶. Esse dever é atenuado, pois desnecessário maior digressão se os índices adotados são os impostos pela IN MARE 05/1995 ou, por idêntica razão, os que já constam de minuta de edital de licitação padronizada pela assessoria jurídica do órgão (*sugestão 20*).

É recomendável, além das justificativas acima sugeridas, que a Administração direcione esforços no sentido de constatar se as empresas do ramo que pretende contratar, isto é, *as que supostamente possuem a experiência técnica exigida a título de habi-*

24 Essa é a fórmula do IET: $IET = \frac{\text{passivo circulante} + \text{passivo exigível a longo prazo}}{\text{ativo total}}$. Por sua vez, o ISG é calculado da seguinte forma: $ISG = \frac{\text{ativo total}}{\text{passivo circulante} + \text{passivo não circulante}}$.

25 TCU, Acórdão 1.429/2007 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Acórdão 597/2008 – Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira (este citando muitos outros precedentes), Acórdão 2.882/2008 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Acórdão 4.606/2010 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 5.026/2012 – Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

26 Jessé Torres Pereira Júnior observa: “As razões de escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexo causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão-somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avençar” (Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, p. 432). O TCU, Acórdão 1.519/2006 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer (citado pelo autor, ob. cit., p. 432-433), determinou a exclusão de índice não usualmente adotado pela Ciência da Contabilidade, por faltar justificativa sobre em que medida uma empresa que não atingisse a média proposta não estaria apta a executar o contrato. O Tribunal, já no Acórdão 2.397/2009 – Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, sugere a consulta a periódico especializado para a escolha e justificativa de índices. Ainda no Acórdão 1.899/2006 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, constou que “os índices e seus valores devem ser fixados de modo a demonstrar a capacidade financeira da licitante em suportar os compromissos advindos da execução do contrato. Devem ser fixados e demonstrados tendo em conta as características do contrato, como valor total, cronograma físico-financeiro da obra, mobilização de equipamentos e pessoal, critérios de medição, período de medição, prazo de pagamento das faturas, diferimentos de despesas etc. Estas características vão determinar, por exemplo, o capital de giro necessário para a assunção dos encargos, a disponibilidade de recursos para o custeio das despesas inerentes à execução da obra”.

litação, apresentam os índices em valores compatíveis com os demandados pelo edital, atenuando assim o risco de licitação deserta ou frustrada ou, ainda, de restrição indevida à competição. A mesma sugestão vale para a estipulação de patrimônio líquido mínimo e, de igual modo, para as instituições financeiras,²⁷ autorizadas a participar pelo item 15.9.1, entre outros (*sugestão 21*).

E mais, cabe dizer que, seguindo os termos da IN MARE 05/1995 (item 7.2), a jurisprudência do Tribunal de Contas da União²⁸ permite à Administração exigir como alternativa para a insuficiência dos índices contábeis a previsão de capital social ou patrimônio líquido de forma subsidiária. Desenvolvendo o ponto: pode-se cumular a exigência de índices (em resultado mínimo, sob pena de inabilitação) com a comprovação de patrimônio líquido; de outro lado, é igualmente lícito estipular que seja o rigor dos índices atenuado pela demonstração subsidiária de patrimônio líquido.

Essa segunda orientação parece ter sido adotada pela parte final do item 15.7.1.2 do edital (fls. 516v), que prescreve "... ou alternativamente os índices apresentados no item 15.7.1.4". Contudo, tal alternatividade entre patrimônio líquido e índices parece ser negada pelo item 15.7.1.4, ou, pelo menos, não aparece de forma clara, recomendando-se que seja eliminada a obscuridade (*sugestão 22*).

Note-se que o item 15.7.1.4 faz referência ao item 14.7.1.1, que não existe, sendo de se presumir que o correto seria o item 15.7.1.1 (*sugestão 23*).

O inciso I do art. 31 admite a atualização por índices oficiais quando encerrado o balanço patrimonial há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta. De igual modo, o § 3º do mesmo artigo faculta a atualização para a data de apresentação da proposta, por índices oficiais, do valor do patrimônio líquido. Não existe previsão no edital sobre tal possibilidade – que, ainda assim, não fica vedada ao licitante – nem sobre o

27 Como se sabe, as instituições financeiras trabalham com elevado índice de alavancagem, de sorte que para não tornar inócua a possibilidade de sua participação, alguns editais lhes exigem a apresentação de índices em valor diferente dos licitantes que se dedicam a outros ramos de atividade. A advertência fica registrada, embora o tema não se relacione diretamente com o aspecto jurídico, único objeto de nossa análise.

28 TCU, Acórdão 247/2003 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vileça.

índice de atualização, o que merece ser corrigido, até para que reste preservada a igualdade entre os licitantes no que se refere à apuração da qualificação econômico-financeira. Pode-se sugerir que seja completado o item 15.7.3 ou introduzido um dispositivo depois desse, com redação semelhante à seguinte: “[...] podendo ser atualizados, quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data da apresentação da proposta, tomando como base a variação ocorrida no período, do Índice ...x..., publicado pela ...x..., ou outro indicador que o venha a substituir” (*sugestão 24*)²⁹.

O edital obriga o concorrente a apresentar garantia de proposta ao mesmo tempo em que determina a comprovação de patrimônio líquido mínimo, o que se nos afigura perfeitamente possível no especial caso das licitações para concessões e arcerias público-privadas – ao contrário, então, do que se dá no âmbito da Lei 8.666/1993 –, como já demonstrado longamente em nosso Parecer PGE/PCA nº 408/2013, proc. nº 59666951, sobre outra PPP. Os argumentos que sustentam tal entendimento são externados abaixo em apertada síntese.

Possibilita o art. 31, III, da Lei 8.666/1993 a exigência, a título de qualificação econômico-financeira, de *garantia de proposta*, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação, a qual deverá ser prestada, à escolha do particular, por uma das modalidades do art. 56 do mesmo diploma normativo, isto é, por (a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, (b) seguro-garantia ou (c) fiança bancária.

O escopo direto dessa garantia, como já dito anteriormente, é promover a solidez das propostas, determinando a indenização que será devida pela apresentação de lance vazio, que não seja oportunamente sustentado pelo licitante. Por certo ângulo, repetimos, a estipulação de garantia protege os princípios da eficiência e da moralidade: o primeiro, pela economia de recursos humanos, materiais e pela redução dos riscos de frustração de justas expectativas populares (e o desgaste político daí decorrente) que se obtém não se considerando proposta pouco séria; o outro, pela diminuição do risco de que participantes inescru-

29 O índice poderá ser eleito discricionariamente pela Administração, mas convém que seja mantida a uniformidade no edital, de sorte que é de se sugerir o IPCA/IBGE, adotado no item 12.1.1.2 (fls. 511).

pulosos simplesmente abandonem o certame cedendo espaço para propostas menos vantajosas, em troca de favores das mais diversas espécies. Em suma, as garantias de proposta “pretendem inibir a participação de aventureiros na licitação”³⁰.

Como escopo indireto – esse sim verdadeiramente relacionado com a qualificação econômico-financeira do licitante –, destaca-se a averiguação da saúde financeira da empresa pela constrição de parcela de seu patrimônio ou pela avaliação de terceiros especializados no mercado. Se o licitante não pode prestar a garantia com comprometimento de recursos próprios ou com a avaliação positiva de sua reputação por instituição financeira, conclui-se que a impossibilidade de oferecê-la significa (irrefutavelmente) falta de idoneidade econômica³¹.

Ao lado disso – escopo de se promover de forma sólida e concreta a avaliação da situação econômica da empresa –, o estudo da doutrina estrangeira demonstra que tem sido usualmente adotada a garantia de proposta (mesmo em licitações comuns), sem prejuízo de outros requisitos de habilitação.

Daí que estariam em manifesta desvantagem as Administrações brasileiras se não se trilhar o mesmo caminho, fato que é relevante mormente em licitações que têm por objeto obras de infraestrutura nas quais se pretende atrair o capital privado para a execução de atividade de interesse público³².

Entre nós, e mais especificamente no que se refere às licitações para PPPs, Maurício Portugal Ribeiro apresentou importante contribuição, dando seu testemunho de que mesmo a Corte de Contas da União já admitiu a cumulação:

30 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 317.

31 Essa observação é endossada por JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativo*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 348-349), muito embora o autor reputa inconstitucional o disposto no art. 31, III, da Lei 8.666/1993, em razão de sua suposta incompatibilidade com o art. 37, XXI, da CF, que estabelece que só são admissíveis as exigências de qualificação econômica “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Essa posição (pela inconstitucionalidade), ao lado de ser praticamente isolada e refutada pela unanimidade dos órgãos de controle, contraria a própria ideia de verificação da aptidão econômico-financeira do licitante pela sua disponibilidade em prestar a garantia, não merecendo, portanto, acolhida.

32 Não se transcreve nesta peça os autores, notadamente estrangeiros, citados em nosso anterior Parecer, porque a questão está aparentemente superada tanto na órbita desta Procuradoria quanto nos órgãos de controle externo (MP e TCE/ES), que não refutaram a cumulação de garantia de proposta e patrimônio líquido na licitação para a PPP das Centrais Faça Fácil.

Em primeiro lugar, é preciso assinalar que a Lei 8.666/93 é de aplicação subsidiária às concessões comuns e PPPs para a prestação de serviços públicos, isto é, conforme diz o caput do art. 18 da Lei 8.987/95, “o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos [...]”. Frise-se a expressão no que couber. E, como nas concessões comuns ou PPPs para a prestação de serviços públicos a qualificação econômico-financeira tem importância muito superior do que nas licitações de contratos de serviço regulados pela Lei 8.666/93, nos parece plenamente justificável a interpretação de que, para os casos de desestatização de serviços, seja viável a cumulação da exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido e capital social mínimo. Portanto, a nossa posição é que é viável cumular essas exigências em licitações de concessão comum e PPP.

Em relação, contudo, aos contratos regidos pela Lei 8.666/93 (que não se caracterizam, pois, legalmente, como desestatização de serviço público), a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de proibir a exigência conjunta de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo. Isso, contudo, paradoxalmente, não tem impedido a cumulação dessas exigências nos editais de concessão comum e PPP do Governo Federal. Apenas a título de exemplo, essas três exigências forma cumuladas nos editais dos 7 (sete) lotes de concessões rodoviárias, de 2007, e, também, no edital de concessão das rodovias BR 116/324. Nesses casos, o TCU analisou os editais e não apontou nenhuma irregularidade no fato dessas exigências terem sido cumuladas, o que aponta para uma visão do TCU de que é possível cumular em editais de concessão comum e PPP as três exigências referidas acima³³.

Em conclusão, deve-se admitir a cumulação de garantia de proposta e patrimônio líquido mínimo.

33 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23-24.

8.1 *Garantia de proposta*

Em que pese integrar os requisitos de qualificação econômico-financeira e já ter recebido tratamento parcial no tópico anterior, deve-se acrescentar outras breves palavras sobre o assunto.

O texto do item 12, sobre a garantia de proposta, coincide nos pontos essenciais com o texto do Edital da PPP da Rede Faça Fácil, na redação adotada depois das modificações sugeridas por nosso Parecer PGE/PCA nº 698/2013 (proc. nº 59666951), de arte tal que não são necessárias modificações.

Ressalva-se dessa constatação o item 12.2.2, que limita a garantia prestada em títulos da dívida pública a apenas alguns papéis, entre eles, as Letras do Tesouro Nacional e Letras Financeiras do Tesouro. No ponto, Maurício Portugal Ribeiro esclarece:

Em primeiro lugar, ao pedir que os títulos sejam avaliados pelo seu valor econômico, o dispositivo abriu duas possibilidades: a primeira e mais óbvia é a avaliação dos títulos conforme valor de mercado, o que é viável para aqueles títulos que têm alta liquidez, isto é, que são negociados com mais frequência no mercado. Isso é, entretanto, inviável para os demais títulos públicos, que não gozem de tamanha liquidez. Para esses títulos menos líquidos, resta apenas a segunda opção, que é a realização da sua avaliação mediante critério econômico outro, diverso do valor de mercado, por exemplo, uma avaliação por especialista, com base em referências comparáveis. O grande problema é que esse tipo de avaliação não é nem trivial, nem segura, além de demandar a disponibilidade de especialista, que teria que, em cada caso, ir pesquisar referências confiáveis para ao fim estipular um valor para os títulos recebidos. Evidentemente, não faz sentido onerar o Poder Público com o dever de promover todo esse processo de avaliação em meio a uma licitação, ainda mais se sabendo que, mesmo que tudo corra bem, a avaliação final dos títulos com pouca liquidez será sempre bastante incerta, com risco inclusive de vulnerar o princípio da igualdade de tratamento entre os licitantes (pois outros licitantes estariam oferecendo garantias de valor certo). Daí por que achamos que a melhor interpretação do § 1] do art. 56 da Lei

8.666/93 é que a Administração pode limitar o rol de títulos públicos àqueles que têm cotação disponível no mercado, como, por exemplo, as Letras do Tesouro Nacional – LTN, Letras Financeiras do Tesouro – LFT, Notas do Tesouro Nacional – sério C-NTN-C, Notas do Tesouro Nacional – sério B principal - NTN-B Principal ou Notas do Tesouro Nacional - sério F - NTN-F³⁴.

Não há dúvidas, então, sobre a legitimidade da restrição.

De toda sorte, no tocante à garantia de proposta, é válido o registro de que é lícito à Administração no edital, a título de disciplinar o procedimento para a prestação de garantias, definir quais as formas aceitáveis de garantia no caso concreto, à vista da capacidade e da conveniência.

Portanto, a exemplo do que se fez na minuta ora analisada, constitui melhor prática, inclusive para assegurar a isonomia de condições entre seguros e fianças obtidos pelos licitantes, que o edital traga, como anexo, os modelos de apólice e de contrato de fiança, que uniformizam, assim, as condições de garantia (*sugestão 25*).

Não obstante, é recomendável a justificativa nos autos acerca da exigência da garantia de proposta, bem assim do valor escolhido, em homenagem ao princípio da motivação dos atos administrativos e da transparência (*sugestão 26*).

Quanto ao valor da garantia, o art. 31, III, da Lei 8.666/93 estabelece como limite 1% do valor do contrato, como forma de evitar a restrição da competição. Assim, fica a advertência de que, nesse ponto, deve ser exigido, como valor de garantia de proposta, a importância estritamente necessária para desestimular o descumprimento de obrigações que decorrem da participação na licitação, sem que se configure em barreira de acesso ao certame.

34 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29.

9 Visitas técnicas

O edital prevê visita técnica para conhecimento pleno das áreas de execução das obras e serviços, sendo essa facultativa e a ser realizada com ou sem acompanhamento de servidor público, a critério do interessado, ou seja, em vistoria oficial ou por conta do licitante nas datas que melhor lhe parecerem.

Pode-se questionar a utilidade da visita técnica, se não imposta de forma obrigatória, mas é indiscutível que os órgãos de controle, em especial, o Tribunal de Contas da União, inclinam-se por considerar ilícita a exigência de visita técnica obrigatória, admitindo-a facultativamente, com a possibilidade de ser suprida a sua falta por declaração de conhecimento das condições do local das obras ou serviços³⁵.

Nesse diapasão, nenhuma alteração é necessária no que toca à previsão de visita técnica (item 6).

10 Regras de participação em consórcio

As regras de participação de empresas em consórcio não apresentam vícios, merecendo registro os seguintes aspectos.

Os requisitos de habilitação, inclusive os de qualificação técnica e econômica – com as ressalvas indicadas abaixo –, deverão ser observados por cada um dos membros do consórcio, individualmente, sendo certo que o não atendimento de qualquer um dos requisitos inabilita o consórcio (itens 9.4.1, 9.4.4, fls. 507v).

Consoante item 9.4.3.1 do edital (fls. 507v), o patrimônio líquido exigido do consórcio será 30% (trinta por cento) superior ao exigido dos licitantes isolados, composto pela soma dos patrimônios líquidos de cada consorciado de acordo com a sua participação na constituição do consórcio, na forma como autorizado pelo art. 33, III, da Lei 8.666/1993. Em assim sendo, adota-se a seguinte fórmula: *Patrimônio líquido do consorciado*,

35 “17. Também considero que pode restringir a competitividade do certame a exigência de visita técnica ao local das obras, sem que haja a possibilidade de que os licitantes interessados declarem conhecer as condições locais para execução do objeto. A imprescindibilidade da visita não pode ser presumida e deve ser comprovada em cada caso concreto” (TCU, Acórdão 2760/2012 – Plenário, Rel. Min. ANARRAES).

considerado na soma do patrimônio líquido do consórcio = Patrimônio líquido do consorciado X Participação do consorciado no consórcio, a qual bem representa a ideia de que o somatório dos valores de cada consorciado dar-se-á na proporção de sua respectiva participação.

No que tange à comprovação de qualificação técnica pelo consórcio, admite-se seja feita por qualquer um dos consorciados, no todo ou em parte, mas não é admitido o somatório de quantitativos de diversos membros do consórcio para um específico serviço, assim como não se admite o somatório de quantitativos de diversos atestados de uma mesma empresa (item 13.2.3.4, fls. 513v). Não é essa estipulação contrária ao disposto no já citado art. 33, III, que admite o somatório dos quantitativos de cada consorciado, pois como observam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

Na qualificação técnica os atestados individuais assumem valor absoluto: a qualificação do consórcio advirá da soma simples dos atestados de cada um dos consorciados (independentemente da sua cota de participação). O que deve ser compreendido de forma ponderada, nos exatos limites da razão de ser da exigência (e da autorização ao somatório). Não se pode imaginar que a soma de muitos atestados de pequenas obras resulta na capacidade técnico-operacional equivalente à capacidade de execução de uma obra grandiosa. A soma de muitas piscinas jamais resultaria numa hidrelétrica³⁶.

Caberá, entretanto, considerar o que já afirmamos sobre a proibição do somatório de quantitativos de contratos diversos, no tópico relacionado à qualificação técnica, que aqui tem inteira aplicação (*sugestão 27*).

Salvo engano, não consta e é recomendável que seja tornado explícito no edital regra no sentido de que “no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obriga-

36 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 269.

toriamente, à empresa brasileira”, conforme art. 33, II, e § 1º, da Lei 8.666/1993 (*sugestão 28*).

Não há, ainda, regra sobre o prazo de duração do consórcio, o qual deve, no mínimo, coincidir com o prazo de conclusão da licitação e constituição da futura SPE acrescido de razoável margem, recomendando-se a inclusão em razão do disposto no inciso III do art. 279 da Lei 6.404/1976 (*sugestão 29*).

11 Da minuta do edital

Feitas considerações sobre pontos específicos a respeito do procedimento licitatório e da minuta de edital, julgamos relevante ainda tecer as seguintes observações acerca do instrumento convocatório (todas registradas como *sugestão 30*):

[...] ³⁷.

12 Da minuta do contrato

Especificamente no tocante à minuta do contrato, recomendam-se as seguintes adequações, sem prejuízo das que constam nos próximos tópicos deste parecer (todas tomadas como *Sugestão 31*):

[...] ³⁸.

13 Da distribuição de riscos. Equilíbrio econômico-financeiro

Abandonadas as dispensáveis abstrações sobre o tema, pode-se sem delongas dizer que a Lei de PPPs admite a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III). Não existe, portanto, dúvida de que o regime

37 Eliminou-se essa parte do Parecer, que cuidava primordialmente de aspectos formais, por não apresentar maior valor teórico e por ser de difícil compreensão se não estudada em conjunto com o edital e contrato.

38 Eliminou-se essa parte do Parecer, que cuidava primordialmente de aspectos formais, por não apresentar maior valor teórico e por ser de difícil compreensão se não estudada em conjunto com o edital e contrato.

de restabelecimento do equilíbrio econômico da Lei 8.666/1993, notadamente de seu art. 65, II, “d”, não se aplica necessariamente aos contratos do tipo ora analisado. De se notar, a propósito, que, nesse contexto, a teoria das áleas ordinária e extraordinária tem muito de sua importância atenuada no que se refere à divisão de riscos entre as partes.

Em assim sendo, tem-se utilizado como critério funcional de distribuição de riscos o da *eficiência de gerenciamento*, recomendando-se que seja o risco alocado à parte que tem melhores condições de mitigá-lo, evitando o acontecimento, ou, se impossível evitá-lo, atribuindo a responsabilidade pelos custos decorrentes da consumação do evento indesejado, caso esse aconteça, à parte que tem mais facilidade para reduzir os prejuízos.

Malgrado cuidar-se de tema técnico que demanda considerações que não cabem a esta Procuradoria, é possível vislumbrar que a distribuição de riscos entre as partes, notadamente no que concerne às áleas de *aumento do custo de capital e taxa de juros acima de 15%* (itens 27.1.8 e 27.3.5) e *variação das taxas de câmbio acima de 15%* (itens 27.1.9 e 27.3.6), merece modificação para que se considerem os fatos adiante expostos, mais ainda se faltarem argumentos técnicos e econômicos para se proceder de modo inverso³⁹.

Assim, o *aumento do custo de capital ou de taxa de juros acima de 15%* é atribuído ao Estado, enquanto o acréscimo em até 15% é assumido pela concessionária. Se, por um lado, tal risco não pode ser evitado ou reduzido por nenhuma das partes, o que a princípio sugere que deve ser suportado pelo parceiro público, por outro, as consequências danosas do imprevisto aumento do custo de capital ou de taxa de juros podem ser remediadas com maior facilidade pelo parceiro privado, por exemplo, com o oferecimento de contragarantias para a obtenção de financiamentos.

39 A instrução do processo não dá conta de fundamentação robusta para a distribuição de riscos. Note-se que os estudos e pareceres jurídicos que instruem o Projeto são claros no sentido de que o tema é mais técnico do que jurídico. É verdade, sempre haverá um mínimo de aleatoriedade e subjetividade no estabelecimento da repartição das áleas, entretanto, não se deve perder de perspectiva os argumentos lançados neste tópico, que devem prevalecer se não explicitados outros mais relevantes em sentido contrário, se eventualmente existirem.

E mais, a se entender de modo diverso, faltaria ao particular incentivos econômicos para buscar no mercado uma melhor taxa, inclusive onerando seu patrimônio com a prestação de garantias ao financiador, assim como para investir capital próprio alternativamente à obtenção de empréstimos, vez que sempre os custos mais elevados de financiamento seriam suportados pelo Poder Público.

Outro fato relevante é que a taxa de juros é fornecida pelo particular, de modo unilateral, em sua proposta econômica⁴⁰ e plano de negócios,⁴¹ não se discutindo que o Ente Público trabalha com dificuldades para avaliar se os dados apresentados em tais documentos correspondem à realidade do mercado em consideração aos aspectos peculiares da empresa licitante. É possível que o plano de negócios apresente taxa de juros que pode efetivamente ser obtida por empresa que goza de boa avaliação no mercado, mas que a avaliação da licitante não seja das melhores no momento de obtenção do empréstimo, até mesmo em virtude de fatos supervenientes à licitação. Na falta de mecanismos seguros para se apurar se o aumento na taxa de juros (no financiamento, em concreto) é decorrente de conduta culpada do particular, a obrigação do parceiro público permaneceria sempre intocada⁴².

A mesma ordem de raciocínio cabe para a *variação das taxas de câmbio acima de 15%*, porque se o acréscimo no preço dos produtos importados, decorrente de qualquer variação no câmbio, ainda que de pouco relevo, for suportado pelo parceiro público, faltará incentivo ao parceiro privado para que busque no mercado atenuar as consequências do aumento do preço da moeda estrangeira, por exemplo, com pesquisa de preços, substituição de tecnologia ou mesmo instrumentos contratuais de proteção contra a volatilidade do câmbio.

40 Cf. item 5.3 do Modelo 6 do Anexo I do Edital.

41 Cf. Modelo 14 do Anexo I do Edital e Anexo 6 do Edital.

42 E não se argumente que cabe à Administração Pública inabilitar o licitante que apresente preços ineqüívocos em seu plano de negócios. Todos sabem, é por vezes impossível alcançar certeza sobre tais dados da proposta econômica, tanto porque a Administração Pública não dispõe de especialistas quanto porque é possível que a empresa seja possuidora de condições desconhecidas mesmo dos maiores especialistas. E é possível que uma empresa consiga obter no mercado aquelas taxas, enquanto outras não, sendo em termos práticos inviável a análise profunda de tais elementos do plano de negócios.

Ademais, é possível cogitar a influência da simples aplicação do reajuste anual, pelos índices de atualização monetária eleitos pelo contrato para correção da desvalorização de nossa moeda, ao lado da redução dos custos dos equipamentos de tecnologia da informação pelo advento de nova tecnologia (fato notório), na estipulação de que certo percentual de variação da taxa de câmbio deve ser suportado pelo parceiro privado.

O que se pode sugerir como forma de se mitigar as mencionadas dificuldades é que, nos dois casos, *seja o percentual aumentado de 15% para 50%*. Explica-se: tendo de lidar com maior parcela do risco desses eventos imprevisíveis e de consequências incalculáveis, o particular terá incentivos econômicos suficientes para direcionar seus esforços na redução de tais custos, maximizando a eficiência econômica do contrato (*sugestão 32*).

Já no que se refere aos riscos de regulação, cabe repisar o que já consta das *sugestões 03 e 04*, no item 3, deste Parecer. Além de imprescindíveis as modificações na regulação federal como condição para a aprovação do Projeto, sem o que teremos risco que certamente o mercado não se interessará em suportar e, tampouco, deve ser assumido pelo Poder Público que prestigia o espírito de responsabilidade fiscal e orçamentária, tem-se de sugerir que seja estudada a possibilidade de que sejam os riscos de regulação, em especial, os que incidirem nas Receitas Extraordinárias, atribuídos exclusivamente ao parceiro privado ou, em não sendo possível, que sejam divididos entre as partes na proporção de suas participações nessas receitas, não se sugerindo que permaneça a sua assunção integral pelo Ente Público (*sugestão 33*)⁴³.

Outro ponto que merece destaque é atinente aos riscos de demanda real inferior a 80% ou superior a 145% da demanda média mensal estimada de atendimento no somatório dos postos e dos serviços prestados, dentro de um período de 6 (seis) meses consecutivos (item 27.1.5). Não se esclarece se os efeitos do restabelecimento do equilíbrio econômico em razão da

43 Dever-se-á modificar, então, o que consta, entre outros, do Produto 01 (fls. 320v) e do Produto 07, tendo sido defendida a tese veementemente no Parecer (em especial, fls. 640/642) e acolhida no Contrato, segundo itens 9.1.1, 12.3.6.1.1, 12.3.6.3, 12.4.1.2, 25.6, 26.6, 27.1.2, 27.1.4, 27.1.6, 27.5.

variação da demanda incluirão ou não o interregno de seis meses (período aquisitivo do direito ao reequilíbrio por tal risco), ou seja, se o restabelecimento do equilíbrio terá efeito retroativo compensando, inclusive, o período em que se verificou a referida alteração da demanda. A solução original da minuta de edital, antes das alterações sugeridas pelo GTE, era no sentido do efeito retroativo. Impõe-se que a solução conste expressamente, ou (a) pelo modo como antes previsto ou (b) explicitamente excluindo-se os efeitos do restabelecimento do equilíbrio econômico do período aquisitivo (*sugestão 34*).

E mais, cabe que seja esclarecido no processo sobre os estudos que justificam a diferença entre os percentuais que serão considerados para a revisão, eis que em favor do particular trabalha-se com a queda de 20% da demanda (presumivelmente, significando aumento no preço unitário), enquanto para o Poder Público requer-se o aumento de 45% para a revisão (presumivelmente, para redução do preço em razão de maior economia de escala) (*sugestão 35*).

Por fim, antes do início da fase de consulta e, acredita-se, com base na pesquisa de campo ou nas informações fornecidas pela consultoria que se recomendou que seja contratada (*sugestão 01*), deve-se preencher no edital e contrato os itens sobre franquia de consultas aos órgãos públicos estaduais, participação do Poder Concedente nas receitas extraordinárias da SPE, valores máximos para cada item, seus quantitativos estimados, entre outros que repercutam na equação econômico-financeira (*sugestão 36*)⁴⁴.

14 Conclusão

Diante do exposto, impõe-se sejam observadas integralmente as sugestões desta peça, não se recomendando, antes disso, a deliberação do Conselho Gestor e Parcerias Público-Privadas

44 Esses itens que aguardam preenchimento no Edital estão usualmente substituídos por “***”, logo são de fácil localização.

– CGP, nos termos do art. 9º, *caput* e § 2º, de seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto Estadual 2.410-R/2009.

É o parecer.

Vitória-ES, 09 de dezembro de 2013.

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 na qual 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 ideias 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 linguística, 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 consequência, 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 ideias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 20 ____.

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.

A obra que ilustra a capa desta edição, intitulada “A Nova Ponte”, é de autoria da artista Itajacy Dornellas. O quadro foi pintado em pastel seco sobre tela texturada e retrata a ponte Carlos Lindenberg, conhecida popularmente como Ponte da Passagem, inaugurada, em Vitória (ES), no ano de 2009. A autora, além de artista plástica, é procuradora de Justiça aposentada. Nascida em Guaçuí (ES), Itajacy Dornellas gosta de pintar sobre temas específicos, que vão do acadêmico ao moderno, utilizando diferentes técnicas. Suas principais inspirações vêm da simplicidade e das lembranças da vida rural, da história do Espírito Santo e da vivência do povo capixaba.



GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria Geral do Estado