

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 9, n. 9, 1º sem. 2010



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO
Rodrigo Rabello Vieira

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Rodrigo Marques de Abreu Júdice

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

EQUIPE TÉCNICA
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Thalita Dias

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Rita Diascanio
Projeto gráfico: Contemporânea
Capa: Júlio Braga
Editoração: BIOS
Impressão: GSA

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2010. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

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

CDD: 340

Tiragem: 1.800 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

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

Av. Governador Bley, 236, 7º andar – Centro
29.010-150 - Vitória - ES
Fone: (27) 3636-5115
Home page: www.pge.es.gov.br

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

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Paulo César Hartung Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação 9

Editorial 11

1 DOUTRINA

1.1 A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição 17
Adriano Sant'Ana Pedra

1.2 Perspectivas sobre um necessário controle de
constitucionalidade difuso das súmulas vinculantes 41
Alexandre de Castro Coura
Rodrigo Francisco de Paula

1.3 Flexibilização do binômio “processo tradicional” /
“processo coletivo”: breve análise da presença
do indivíduo em processos coletivos. 59
Bruno Silveira de Oliveira

1.4 Particularidades da celebração de acordos pelo
poder público nos Juizados Especiais disciplinados
pela Lei nº 12.153/09 97
Claudio Penedo Madureira
Lívio Oliveira Ramalho

1.5 A evolução da hermenêutica jurídica brasileira
para a consideração dos custos da atuação estatal 123
Dalton Santos Moraes

1.6 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 179
Horácio Augusto Mendes de Sousa

1.7 A “exceção de pré-executividade” e o novo processo
de execução civil 245
Márcio Mehem
Rubens Campana Tristão

1.8 Por que ainda devemos falar de constitucionalismo
dirigente no Brasil? 271
Nelson Camatta Moreira

2 PARECERES

- 2.1 Alimentação de detentos: possibilidade de
classificação como serviço contínuo e contratação
mediante prévio registro de preços..... 309
Antônio Júlio Castiglione Neto
- 2.2 Critérios para terceirização regular dos serviços
públicos: análise do projeto de implantação da
Central Faça Fácil de Cariacica 325
Leandro Mello Ferreira

ANEXO

- Normas para Publicação 365

APRESENTAÇÃO

Envolto de orgulho e satisfação, apresento à comunidade jurídica o Volume 9 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

É enriquecedor à alma ver os trabalhos dos Procuradores do Estado sobressaindo academicamente como instrumentos de consulta e orientação eficazes para a consecução de políticas públicas.

Abrir espaço para o aprimoramento jurídico e oferecer oportunidade para aplicação prática dos conhecimentos é convergir para a virtuosidade do serviço público.

Justamente por isso, é completamente inviável imaginar os advogados públicos, escudeiros que são da moralidade na árdua tarefa de orientar os administradores públicos, despidos de ferramentas para desenvolver seu *múnus*.

Desde que assumi a Procuradoria Geral do Estado, busquei fomentar o desenvolvimento acadêmico, por entender que a dimensão do universo jurídico que nos rodeia é infinitamente desbravadora.

Essa é a visão correta do gestor público moderno, que sabe compreender que as orientações jurídicas não são entraves burocráticos, mas armas para resguardar o patrimônio público e solução viabilizadora para desenvolver projetos nas mais diversas áreas sociais.

Nessa toada, creio que a igualdade e a dignidade humana precisam ultrapassar a fronteira dos direitos e liberdades formais. A dimensão simbólica, a significação imaginária, que norteia a figura do Estado, precisa avançar para colocar a Vida como o centro da sua atenção. A Vida na sua acepção mais ampla, que necessita da atuação de todos os atores políticos envolvidos. Vida que, neste Brasil de desigualdades, disparidades e diferenças, requer atuação eficaz e mantenedora do Estado.

Nós, Procuradores do Estado, contribuimos muito nos últimos anos para essa nova conceituação daquilo que é considerado “público” no Estado do Espírito Santo. Somos atores e artífices de uma nova época que precisa de novas épocas.

Agradeço a todos os doutrinadores que contribuíram para a edição do Volume 9 da Revista da Procuradoria Geral do Estado, advogados públicos, promotores de justiça, advogados e professores.

A todos os Procuradores do Estado que alimentam meu trabalho diário, com afincos e dedicação, meus aplausos.

E, por último, enalteço o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI) e pela Escola da Procuradoria Geral do Estado (ESPEGE), na pessoa do seu gestor, Rodrigo Marques de Abreu Júdice, pelo trabalho em prol do aprimoramento jurídico.

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

É com extrema satisfação que, mais uma vez, assumo a responsabilidade de editar a Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES), atribuição que compete à chefia do Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI). Para nosso orgulho, a Revista já integra o cenário jurídico-acadêmico capixaba. Cada edição é sempre aguardada com muita expectativa e atrai cada vez um número maior de interessados em disponibilizar seus artigos e pareceres para publicação.

Verdadeiramente, trata-se de obra consolidada e respeitada, seja pela qualidade acadêmica, seja pela beleza da sua diagramação. Nesse volume, a capa da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, seguindo a tradição de enaltecer obras de artistas capixabas, estampa a beleza da baía de Vitória, com destaque para o Convento da Penha e a Terceira Ponte, retratados na tela “Ortogonalidade e pluralidade sem céu!”, de Júlio Braga.

Muito nos honra, também, fazer parte da Comissão Editorial, composta de laboriosos colegas Procuradores do Estado do Espírito Santo, que destinam seu precioso tempo para transformar em realidade aquilo que, no passado distante, ficou relegado ao esquecimento.

Nesse pormenor, gostaria de fazer um agradecimento especial a três Procuradores do Estado extremamente competentes e dedicados: Anderson Sant’Ana Pedra, Claudio Penedo Madeira e Horácio Augusto Mendes de Sousa, que mais ativamente participaram das reuniões que ensejaram a definição dos artigos e pareceres.

Falar da importância da Revista da Procuradoria Geral do Espírito Santo é traduzir a compreensão de que o Direito Público vem enfrentando transformações diante do novo paradigma constitucional.

A atuação do advogado público, consciente de sua importância no contexto das políticas públicas, perpassa a necessidade de reconhecer que estamos submetidos ao manto de uma Constituição da República dirigente.

Não por outra razão, a Comissão Editorial selecionou o artigo intitulado “Por que ainda devemos falar de constitucionalismo dirigente no Brasil?”, de autoria do professor Nelson Camata Moreira, advogado e doutor em Direito pela Unisinos (RS), que conseguiu construir com lastro em substrato teórico-político uma abordagem a respeito da efetivação da cidadania no Brasil, face aos desafios gerados pela globalização.

Destacamos, ainda, o artigo “Perspectivas sobre um necessário controle de constitucionalidade difuso das súmulas vinculantes”, de co-autoria dos professores Rodrigo Francisco de Paula, Procurador do Estado do Espírito Santo e mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); e Alexandre de Castro Coura, promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo, mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), no qual se buscou uma abordagem teórica e prática adequada, constitucionalmente capaz de oferecer subsídios úteis para uma compreensão sobre os limites e as possibilidades desse novo instituto.

Ressalto também o estudo desenvolvido pelos Procuradores do Estado e professores Claudio Penedo Madureira e Lívio Oliveira Ramalho a respeito da celebração de acordos pelo poder público nos juizados especiais disciplinados pela nova Lei nº 12.153/09, face ao primado da indisponibilidade do interesse público. Trabalho este auspicioso, que já gerou inclusive a edição do livro “Juizados da Fazenda Pública”, recentemente publicado pela editora Juspodivm.

A absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários, por meio de fixação de regras nos editais de licitações, foi o tema enfrentado, inovadora e corajosamente, pelo estudioso Procurador do Estado Horácio Augusto Mendes de Sousa, mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes (RJ). Nas palavras do ilustre professor, “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 familiares”.

Poderia citar aqui todos os brilhantes trabalhos publicados, o que demandaria inúmeras outras páginas, mas, prefiro deixar ao talento do leitor o manuseio da Revista. Apenas não posso deixar de agradecer nominalmente todos os autores (advogados, procuradores e professores): Adriano Sant’Ana Pedra, Antonio Julio Castiglione Neto, Bruno Silveira de Oliveira, Dalton Morais, Márcio Melhem, Leandro Mello Ferreira e Rubens Campana Tristão, cujos estudos enaltecem sobremaneira a qualidade da Revista da PGE-ES.

A todos os colaboradores; aos membros da Comissão Editorial; à Subprocuradora-geral para Assuntos Administrativos, Ana Maria Carvalho Lauff; ao Subprocurador-geral para Assuntos Jurídicos, Adriano Frisso Rabelo; à agência Contemporânea; à Bios Editoração Eletrônica; à revisora Rita Diascanio; à assessora de imprensa Thalita Dias; à bibliotecária Claudia Feitosa; e aos servidores do CEI, sempre incansáveis na arte de traduzir em realidade os projetos desenvolvidos pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, meus parabéns. Conclamamos, desde já, para a próxima edição.

Por último, meu mais sincero agradecimento ao Procurador-Geral do Estado, Rodrigo Rabello Vieira, incentivador nato da evolução acadêmica dos Procuradores do Estado, pela amizade e pela confiança depositada.

A todos, uma excelente e certa leitura!

Abraços.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS



1

DOCTRINA

1.1

A NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

ADRIANO SANT'ANA PEDRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Justificativa para sua existência. 3 Conceito. 4 A natureza principiológica. 5 O duplo grau de jurisdição como princípio constitucional implícito. 6 Duplo grau de jurisdição e devido processo legal. 7 Limitação dos recursos pelo legislador infraconstitucional. 8 O reexame necessário. 9 O duplo grau de jurisdição em matéria penal. 10 Conclusão. 11 Referências.

1 Introdução

A doutrina diverge em considerar o duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional, haja vista que inexistente a sua previsão expressa no texto da Constituição Federal. A escolha do tema justifica-se no fato de ser um assunto de relevante interesse, repleto de controvérsias, com as consequentes implicações no mundo jurídico. Almeja-se enfrentar neste trabalho a compreensão e a aplicação do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, bem como questões daí decorrentes, em especial aquelas que dizem respeito aos limites em que tal princípio poderá confinar o legislador infraconstitucional.

2 Justificativa para sua existência

A falibilidade do julgamento humano pode ensejar decisões equivocadas ou injustas. Como todo ser humano é falível, e “errar é humano”, não seria razoável esperar que os juizes fossem imunes de falhas. Em decorrência disso, o exercício da prestação jurisdicional admite a possibilidade de cometimento de er-

* Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais – FDV. Mestre em Física pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Público da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo – EMES. Procurador Federal.

ros que impliquem um resultado injusto, contrariando o papel primordial do Direito de construir uma ordem social justa. Assim sendo, o princípio do duplo grau de jurisdição garantiria uma melhor solução para os litígios mediante o exame de cada caso por órgãos judiciários diferentes, sanando a insegurança acarretada pelas decisões de uma única instância.

O nosso sistema jurídico assegura independência jurídica ao magistrado, qualquer que seja o grau de jurisdição que exerça, razão pela qual ele não está adstrito às decisões dos órgãos de segundo grau, julgando apenas em obediência ao Direito e à sua consciência jurídica¹. O ordenamento jurídico preocupa-se em evitar eventuais abusos de poder por parte do juiz. Nesse sentido, a simples previsão de que suas decisões estão sujeitas à revisão por outro órgão do Poder Judiciário já previne que tais desvios ocorram. Certamente, o magistrado de primeiro grau cercar-se-á de maiores cuidados no julgamento quando está ciente de que sua decisão poderá ser revista por um tribunal de jurisdição superior. E se tais abusos ocorrerem, existe a garantia de que tais decisões sejam revistas. Montesquieu² já nos advertia que um juiz poderia tornar-se despótico ao saber que não haveria controle algum sobre as suas decisões.

O princípio do duplo grau de jurisdição, além de satisfazer a inconformidade que é própria do ser humano com decisões desfavoráveis, mormente em se tratando de julgamento único, proporciona-lhe, no mínimo, um novo julgamento sobre a mesma questão, constituindo, assim, uma garantia fundamental de justiça. Dessa forma, o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder Judiciário.

Quando a decisão é proferida por órgão colegiado, ela está revestida de maior segurança, pois há debate e amadurecimento das ideias concernentes ao caso sob estudo. Nesse sentido, deve ser recorrível todo ato decisório do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte, com o fito de evitar ou

1 Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 74: "A existência de órgãos superiores e da garantia do duplo grau de jurisdição não interfere nem reduz as garantias de independência dos juizes".

2 MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat). *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1994. v. 6, cap. 7, p. 78.

emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos. Caso não haja erros ou falhas a serem reparados, a sentença de primeiro grau gozará de mais autoridade quando mantida pelo órgão judicial de segundo grau.

Entretanto, não é por que os juízes de segundo grau que apreciam o recurso têm mais experiência que decidirão melhor que o magistrado de primeiro grau. Também não será o fato de o julgamento ser realizado por órgão colegiado que o livrará de falhas. Não só os órgãos de primeiro grau podem cometer erros e injustiças no julgamento, mas também os de segundo. É possível, ainda, que a decisão anulada ou reformada é que seja a correta, consentânea com o Direito e a justiça. Além disso, como ressalta Salvatore Satta³, considerando inexistente qualquer meio que ofereça a prova absoluta de justiça, “teoricamente, o reexame da controvérsia, face o empenho sempre mais sutil de conseguir a justiça da decisão, poderia levar ao infinito”.

O princípio do duplo grau de jurisdição não pode nos levar ao excesso de órgãos recursais e ao excesso de tempo consumido na apreciação dos recursos, que certamente irão maculá-lo. Afinal, são muitos os que debitam a morosidade da Justiça ao elevado número de expedientes recursais disponíveis. Deve ser dito que, de certa forma, a justiça tardia constitui uma injustiça, razão pela qual o processo deve promover a pacificação social segundo os critérios de segurança e justiça no menor tempo possível.

Outro ponto que merece destaque é que a decisão que reforma a sentença de jurisdição inferior é de certa forma danosa, pois assinala uma desarmonia na interpretação judicial, o que gera incerteza nas relações jurídicas. Isso não deve servir, entretanto, de argumento para impedir a apreciação de uma sentença judicial pelo tribunal competente.

Os opositores do duplo grau já se manifestavam desde a Assembleia Nacional Constituinte instalada logo em seguida à Revolução Francesa. Os novos detentores do poder viam no recurso uma forma de elitismo, em que os juízes dos tribunais su-

3 SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 430.

periores poderiam exercer poder de mando sobre os magistrados de primeiro grau. Atendendo à ideia, então tida como liberal, o ato constitucional de 24 de junho de 1793, em seu artigo 87, estabeleceu que as decisões da Justiça Civil eram definitivas, sem o cabimento de qualquer tipo de recurso ou reclamação. Isso foi modificado pela Constituição francesa de 22 de agosto de 1795 (*Constitution du 5 Fructidor na III*), que restabeleceu o duplo grau de jurisdição vigente até os dias de hoje, tanto na França quanto na maioria dos países ocidentais⁴.

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau de jurisdição, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco⁵, é de natureza política, pois nenhum ato estatal pode ficar imune aos controles, especialmente se considerarmos que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, e o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional é incipiente em nosso ordenamento jurídico. É necessário, então, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais.

3 Conceito

Na lição de Elio Fazzalari⁶, o nome “grau” refere-se a uma fase do processo que conduz a uma nova cognição e a uma nova pronúncia. O duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de a decisão ser reapreciada por outro órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior⁷ àquele que a proferiu. Cintra, Grinover e Dinamarco⁸ lecionam que o princípio do duplo

4 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.36.

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 75.

6 Cf. FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario cognizione: 2 Impugnazioni*. Torino: UTET, 1990, p. 24: “ ‘Grado’ è nome riservato ad una fase del processo che possa condurre ad una nuova cognizione e ad una nuova pronuncia che, sia di riforma oppure di conferma della precedente, ne prenda il posto”.

7 Estamos aqui nos referindo à hierarquia jurisdicional, e não à hierarquia administrativa. A hierarquia jurisdicional é no sentido de que as decisões dos órgãos inferiores podem ser revistas pelos órgãos superiores, sem embargo de que cada juiz tem liberdade para proferir sua sentença, ainda que contrariando a jurisprudência dos tribunais. Quanto à hierarquia administrativa, que mencionamos, apresenta-se quando os Tribunais de Justiça administram a Justiça do Estado, provendo cargos, aplicando penalidades, etc. O Supremo Tribunal Federal não tem poder hierárquico em termos administrativos sobre juízo algum.

8 CINTRA, op. cit., p. 74.

grau de jurisdição indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), garantindo um novo julgamento por parte de um órgão de segundo grau (ou de segunda instância). Assim, as causas decididas por um órgão do Poder Judiciário poderão ser revistas por outro órgão desse Poder, a fim de dar mais certeza ao direito pleiteado. José Joaquim Gomes Canotilho⁹ entende por duplo grau de jurisdição, em seu sentido mais estrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior.

Todavia, não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão de hierarquia superior àquele que realizou o primeiro exame. No dizer de Djanira Maria Radamés de Sá¹⁰, “trata-se da possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior, vindo dessa circunstância a utilização do termo *grau*, na denominação do princípio, a indicar os níveis hierárquicos de organização judiciária”. Segundo Oreste Nestor de Souza Laspro¹¹, “o duplo grau de jurisdição parte do pressuposto de que uma lide é melhor decidida quando passa por dois juízes diferentes de cognição, sendo certo que o segundo se sobrepõe ao primeiro”.

Para Francesco Carnelutti, poderá ser juiz de mesma hierarquia, ao que chama de “duplo exame”. Entende Carnelutti¹² que “a função está em submeter a lide ou negócio a um segundo exame que ofereça maiores garantias do que o primeiro, já que se serve da experiência deste e o realiza um ofício superior (...) o essencial é que se trata de um exame reiterado, isto é, de uma revisão de tudo quanto se fez na primeira vez, e essa

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 660 - 661.

10 SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88.

11 LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 192.

12 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

reiteração permite evitar erros e suprir lacunas em que eventualmente se incorreu no exame anterior. Dessa função provém que o objeto do segundo procedimento tem que ser a mesma lide ou aquele mesmo negócio que foi objeto do primeiro, pois do contrário não se trataria de novo exame; a isso se costuma chamar o princípio do duplo grau". Na lição de Luigi Paolo Comoglio¹³, o duplo grau de jurisdição exige uma dupla cognição de mérito, feita por órgãos judiciais diferentes, na mesma controvérsia.

Assim, podemos então conceituar o duplo grau de jurisdição como a possibilidade de nova cognição e novo pronunciamento por outro órgão judicial, não necessariamente de hierarquia superior ao primeiro, mantendo, reformando ou anulando a decisão recorrida. Sendo coerente com o nosso raciocínio, não poderemos falar em duplo grau de jurisdição se o novo exame for feito pelo mesmo órgão judicial, tal como ocorre *v.g.* com os embargos de declaração. Merece ser dito que os embargos de declaração não são considerados recursos por alguns¹⁴. Nesse sentido, a possibilidade de interposição de certos expedientes em face do próprio juiz prolator da decisão impugnada não vem a caracterizar o instituto sob análise.

Em todo o mundo as legislações têm adotado a regra de que a decisão pronunciada pelo juízo *a quo* receberá novo julgamento de um juízo *ad quem* de hierarquia superior. A regra, entretanto, vem admitindo exceções. Entre nós, é possível a interposição de recurso perante órgão colegiado de mesmo nível hierárquico, tal como ocorre nos Juizados Especiais.

13 Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 54, n. 2, p.328-329, abr./jun. 1999. : "Nella concezione astratta e tradizionale del modello, 'doppio grado di giudizio' (o 'di giurisdizione') significa 'doppia cognizione di merito' della medesima controversia, effettuata da due giudici diversi (solitamente, ma non necessariamente, l'uno inferiore e l'altro superiore). (...) È un punto ormai fermo – nel panorama comparatistico – il fatto che l'esigenza del 'doppio grado di giudizio' (o 'di giurisdizione') di merito costituisca non già una *costante*, bensì una mera e limitata *variabile* nei modelli costituzionali ed internazionali di giustizia."

14 Cf. BERMUDEZ, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 162: "Não se trata de um recurso, embora o art. 496 do código os inclua entre as espécies recursais, no seu inciso IV. Cuida-se, na verdade, de um incidente, destinado ao aperfeiçoamento da fórmula pela qual a decisão se materializou. Como lembra Pontes de Miranda, 'não se pede que se redecida, pede-se que se reexprima'."

Para Elio Fazzalari¹⁵, entretanto, o princípio do duplo grau de jurisdição não implica necessariamente que a causa e que cada questão sejam decididas duas vezes, em juízos diferentes. Haverá situações em que o juízo de primeiro grau deixa de proferir uma decisão pela subsistência de um fato impeditivo, v.g. a prescrição da ação, devendo, então, o juízo de segundo grau decidir diretamente a causa, não a remetendo àquele.

4 A natureza principiológica

As normas jurídicas que compõem o ordenamento positivo podem assumir duas configurações básicas: regras (ou disposições) e princípios. Robert Alexy formulou fecunda teoria distinguindo precisamente os princípios das regras. Segundo Alexy¹⁶, o ponto decisivo para a distinção entre princípios e regras é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Dessa forma, os princípios constituem *mandatos de otimização*. Segundo ele, “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”.

Por outro lado, as regras são normas que ou são cumpridas ou não são cumpridas. Se a regra é válida, temos que fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Nesse sentido, a diferença entre princípios e regras é qualitativa.

Não há uma hierarquia, *a priori*, entre os princípios, pois a prevalência de cada um deles na solução do problema jurídi-

15 Cf. FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario cognizione: 2 Impugnazioni*. Torino: UTET, 1990, p. 24: “Il principio del doppio grado di giurisdizione non comporta necessariamente che la causa e le singole questioni in essa dibattute vengano in concreto decise due volte, da giudici diversi. Deve ritenersi, infatti, che quel principio sia soddisfatto quando la causa venga effettivamente sottoposta all'esame di due giudici di diverso livello, anche se il primo abbia deciso di non poter provvedere sulla domanda per la sussistenza di un fatto impeditivo (la prescrizione dell'azione, l'improponibilità della domanda, ecc.), per cui in tal caso il giudice del gravame, il quale rilevi l'errore del primo giudice, non deve rimettere la causa a questo, ma deve decidere direttamente”.

16 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86.

co dependerá das circunstâncias específicas do caso concreto. Dessa forma, quando dois princípios entram em colisão – e só podem entrar em colisão princípios válidos – um dos dois tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado. Sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro, mas em outras circunstâncias, pode ser que a precedência seja resolvida de maneira inversa¹⁷.

Já o conflito entre regras¹⁸, diferentemente, só pode ser solucionado, ou introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarando inválida uma delas¹⁹. Disso resulta o fato de existirem normas constitucionais que, embora redigidas em termos aparentemente absolutos, têm natureza principiológica, sujeitando-se à ponderação com outros princípios. Segundo Claus Wilhelm Canaris²⁰, outra distinção fundamental entre princípios e regras jurídicas relaciona-se ao fato de que os primeiros, ao contrário de as segundas, não permitirem, pela insuficiência do seu grau de concretização, a subsunção.

Com efeito, sendo o duplo grau de jurisdição um princípio constitucional, não pode ele ser absoluto, devendo ceder, vez por outra, diante do outro princípio também agasalhado na Carta Fundamental. Isso em nada retira a sua importância, mas reafirma a sua natureza principiológica.

5 O duplo grau de jurisdição como princípio constitucional implícito

A Constituição do Império²¹, de 25 de março de 1824, consagra expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição, preceito que não foi seguido pelas demais Constituições brasi-

17 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 89.

18 *Ibid.*, p. 88.

19 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43: "Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida".

20 CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p.86 - 87.

21 Assim estabelecia a Constituição do Império, em seu artigo 158: "Para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos".

leiras. Desde a República, as Constituições brasileiras, inclusive a atual, não mantiveram tal disposição expressa. Entretanto, todas elas sempre mencionaram a existência de tribunais. E, para que seja exercido o duplo grau de jurisdição, é preciso que existam órgãos superiores e inferiores a exercer a jurisdição. Afinal, para que o princípio do duplo grau de jurisdição tenha efetividade devem existir juízos de primeiro e segundo graus em todas as Justiças.

É pacífica a ideia de que o texto normativo não exaure a norma e que, portanto, é possível extrair norma mesmo onde não haja texto. Na Constituição brasileira, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm reconhecido a vigência de inúmeros princípios constitucionais implícitos, apreendidos de uma interpretação sistemática do arcabouço positivado. Os princípios constitucionais implícitos são aqueles que estão escritos nas entrelinhas do texto constitucional, mas que um bom intérprete consegue enxergar. Deve ser dito que os princípios implícitos são tão importantes quanto os princípios explícitos, não havendo hierarquia entre eles. Manoel Gonçalves Ferreira Filho²², analisando o artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, esclarece que “o dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece”.

Segundo Nelson Nery Junior²³, a Constituição Federal prevê o princípio do duplo grau de jurisdição quando estabelece que os tribunais do País terão competência para julgar causas originariamente e em grau de recurso.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁴, analisando a questão, afirma que embora a Constituição portuguesa preveja vários graus de jurisdição, isso não significa a existência necessária e obriga-

22 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 84. v.1.

23 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.39.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 660 - 661.

tória, em todos os feitos submetidos à decisão jurisdicional, de um duplo grau de jurisdição. Ainda que a existência de um duplo grau de jurisdição seja imposta em matéria penal, com fulcro no artigo 32º/1, da Constituição portuguesa, como exigência constitucional ineliminável da garantia dos cidadãos, discutível é a sua generalização em sede civil e administrativa. Para Canotilho, o duplo grau de jurisdição terá razão de ser em processos em que estejam em causa esquemas sancionatórios particularmente agressivos para os cidadãos, tais como processos de falência e processos disciplinares com penas particularmente graves.

Apreciando o texto constitucional brasileiro, podemos observar que vários de seus dispositivos preveem competências recursais para os tribunais. Assim, o artigo 102 estabelece, em seu inciso II, que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso ordinário o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, assim como o crime político, enquanto que o inciso III, do mesmo artigo, dispõe que lhe compete julgar em recurso extraordinário as causas decididas em última ou única instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Dispõe, ainda, o artigo 105, da Carta Magna, que compete ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso ordinário (inciso II), julgar os *habeas corpus* decididos em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; julgar os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios; quando denegatória a decisão, e ainda julgar as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. Em recurso especial (inciso III), compete-lhe julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei

federal, ou então lhes negar vigência, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, ou ainda der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Os Tribunais Regionais Federais têm competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição (artigo 108, II, CF).

Até mesmo o julgamento de recursos nos Juizados Especiais está previsto no texto constitucional (artigo 98, I), que se dará por turmas de juizes de primeiro grau.

A Constituição não afasta o princípio do duplo grau de jurisdição quando estabelece a competência originária dos tribunais. Nesses casos, almeja-se conferir maior segurança ao julgamento, feito por órgão colegiado composto por juizes mais experientes. De qualquer forma, é garantido o acesso ao segundo grau de jurisdição quando a Constituição estabelece, como vimos anteriormente, o cabimento do recurso ordinário dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso II) ou ao Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso II), do recurso especial destinado ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso III), ou ainda do recurso extraordinário de competência do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso III).

Todavia, não há previsão de recurso a outro órgão quando a competência é originária do Pretório Excelso (artigo 102, inciso I, CF), haja vista não haver no Brasil tribunal acima deste, não se tendo o duplo grau de jurisdição atuando em sua plenitude²⁵. Trata-se de exceção constitucional a um princípio que também é constitucional, certo que a Constituição pode excepcionar aos seus próprios preceitos. Cuida observar, ainda, que a própria Constituição limita o princípio do duplo grau de jurisdição quando estabelece, em seu artigo 121, § 3º, que são irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, a não ser nas hipóteses que excepciona²⁶. Mas se a Constituição visa reunir as normas

25 Outra exceção ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição encontra-se no artigo 5º, XXXVIII, c, da CF, que assegura a soberania dos veredictos proferidos pelo tribunal popular do júri.

26 *In verbis*: "São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança".

que dão essência ao Estado, entre elas as que conferem a estrutura e definem as competências dos órgãos do Poder Judiciário, podemos afirmar que a exceção vem precisamente para confirmar o princípio em comento, pois se este não existisse dentro da Constituição aquela não precisaria ser explicitada.

Segundo a lição de Cândido Rangel Dinamarco²⁷, “na ordem constitucional brasileira não há uma *garantia* do duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal prestigia o duplo grau de jurisdição como *princípio*, não como *garantia*”. Já Nelson Luiz Pinto²⁸ vê o duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional explícita, fundada no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal²⁹, ainda que admitindo “uma limitação à possibilidade de se recorrer (...) sob pena de se eternizarem os processos, em detrimento dos valores segurança e estabilidade”. Por seu turno, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier³⁰ consideram “o princípio do duplo grau de jurisdição um princípio constitucional por estar incidivelmente ligado à noção que hoje temos de Estado de Direito”.

Com efeito, a adoção de súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro representaria um atentado contra a Constituição Federal, especialmente por contrariar o princípio do duplo grau de jurisdição. Na visão de Djanira Maria Radamés de Sá³¹, a proposta de introdução da figura da vinculação das decisões no Brasil, justificada pela avalanche de recursos que sufoca os membros dos tribunais, mascara uma realidade que tem por vilão o próprio Estado, que é responsável por setenta por cento dos recursos interpostos. A súmula vinculante nega o sistema sobre o qual se apoia a ordem jurídica nacional, na medida em que a subsunção dos fatos passa a fazer-se à súmula, e não à lei, violando o princípio da separação dos Poderes.

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 151.

28 PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 80.

29 In verbis: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

30 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95.

31 SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 113.

Além disso, para que a justiça e a segurança jurídica sejam efetivadas concomitantemente, é imperioso, como já foi visto, que os litígios não se perpetuem no tempo. Nelson Nery Junior³² afirma que o objetivo do duplo grau de jurisdição é fazer adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões judiciais, que todos têm de acordo com a Constituição Federal. Para o processualista, essa é a razão porque a nossa Constituição não garante o duplo grau de jurisdição ilimitadamente.

6 Duplo grau de jurisdição e devido processo legal

As garantias de um processo justo podem ser sintetizadas na cláusula do *due process of law*. Mas se o Direito preocupa-se com o justo, relevante é a questão de saber qual o grau de segurança que se obtém com o provimento único.

A primeira menção ao princípio do *due process of law* foi feita na Magna Carta de João Sem Terra, escrita em latim no ano de 1215, quando se referiu à *law of land* (artigo 39), em verdade sem ter citado expressamente tal locução. A expressão hoje consagrada *due process of law*³³ foi cunhada no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, editada em 1354, no reinado de Eduardo III. Tais diplomas influenciaram o Direito norte-americano. Como noticia Eduardo Couture³⁴, antes mesmo da Constituição de 1787³⁵, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do *due process of law*, como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts.

O Direito norte-americano atribuiu à cláusula do *due process of law* o perfil com que acabou sendo recepcionado pela ordem constitucional de praticamente todo o mundo. No Brasil não foi

32 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.38.

33 Cf. M. Radin *apud* NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33: "None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law".

34 COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del civil. In: _____. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 50. t.1.

35 O princípio está assentado na Quinta e na Décima Quarta Emenda da Constituição norte-americana.

diferente. A Constituição Federal brasileira de 1988 veio a adotar expressamente a cláusula do devido processo legal no inciso LIV, do artigo 5º, com redação nitidamente inspirada no modelo norte-americano.

A doutrina e a jurisprudência vêm estendendo a esfera de alcance da cláusula do devido processo legal, em nome dos direitos fundamentais, permitindo uma interpretação elástica. Com efeito, a interpretação do *due process of law* como garantia de um processo justo ampliou-se para a admissão do *substantive due process*, garantidor do exercício pleno do direito à vida, à liberdade e à propriedade. Assim, não está a cláusula do *due process of law* a indicar apenas a tutela processual, embora a sua utilização se dê habitualmente neste ponto de vista. Nesse sentido, tendo sentido genérico, sua caracterização dá-se de forma bipartida. O *substantive due process* indica a incidência do princípio em seu aspecto substancial, isto é, atuando no que respeita ao direito material, determinando que os atos normativos sejam justos e regularmente elaborados de acordo com os ditames constitucionais, atentos à efetividade das garantias constitucionais. O *procedural due process* constitui a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à Justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível, seja por meio de processo judicial ou administrativo.

Nelson Nery Junior³⁶ leciona que o princípio do *due process of law* é gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies³⁷. Com efeito, bastaria que a norma constitucional tivesse adotado tal princípio para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa³⁸. Sem embargo, a explicitação no texto constitucional brasileiro das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal

36 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

37 Em que pese o fato de a Suprema Corte Americana recusar-se a definir o que seja *due process of law*, tem entendido que o direito de apelar à instância superior (duplo grau de jurisdição) não é inerente a esta cláusula.

38 Em sentido contrário, Oreste Nestor de Souza Laspro é de opinião de que pode existir devido processo legal sem garantia do duplo grau de jurisdição. Cf. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.93 et seq. e p.164 et seq.

é uma maneira de destacar a importância dessas garantias, a fim de que se possa aplicar a cláusula sem maiores indagações. Em outra obra³⁹, o mesmo autor também salienta que é exigência do devido processo legal a existência do princípio do duplo grau de jurisdição. Alerta que a exigência não pode ser considerada como desmedida, sem freios a tornar o processo mais efetivo. Observa, ainda, que a tratativa do duplo grau como garantia constitucional do devido processo legal, tendo enfoques do direito de defesa, é aceita pela moderna doutrina processualística, mas sempre com a ressalva de que o princípio deve ser de aplicação moderada pelos ordenamentos, a fim de que o processo civil não fique dissociado da realidade contemporânea de buscar uma justiça mais efetiva e rápida, sem perder de vista a segurança.

7 Limitação dos recursos pelo legislador infraconstitucional

Vimos que embora a Constituição Federal de 1988 preveja o duplo grau de jurisdição, esse princípio não se dá ilimitadamente. Todavia, uma vez adotado pelo sistema jurídico, o princípio do duplo grau de jurisdição é de ordem pública, não podendo as partes suprimi-lo, podendo tão-somente renunciar ou desistir do recurso.

Com efeito, compete ao legislador infraconstitucional efetivar o princípio do duplo grau de jurisdição. Daí a razão de existirem algumas leis que restringem o cabimento de recursos, não devendo, apenas por esse motivo, serem consideradas inconstitucionais. Nelson Nery Junior⁴⁰ lembra que o Código de Processo Civil não faz restrição ao cabimento da apelação, admitindo-a contra toda e qualquer sentença. Todavia, defende ele, poderia fazê-lo, e eventuais obstáculos impostos pela legislação processual civil com o intuito de restringir o cabimento da apelação não violariam o princípio do duplo grau de jurisdição.

39 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.38.

40 *Ibid.*, p.39 - 41.

Do que foi afirmado podemos concluir, também, que é constitucional o artigo 34, *caput*⁴¹, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980), que não admite apelação quando o valor da causa for inferior a 50 Obrigações do Tesouro Nacional – OTNs⁴². Para Calmon de Passos⁴³, seria o caso de, em se tratando de matéria constitucional, ser admitido recurso de apelação⁴⁴, a fim de propiciar o exame da questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o douto jurista, a não-admissão da apelação prevista na Lei de Execução Fiscal subtrairia do conhecimento e do julgamento do Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, que lhe constitui ocupação precípua.

No que concerne à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), ela estabelece o cabimento de recurso contra a sentença de juiz singular para o próprio Juizado, a ser julgado por uma turma composta por três juízes togados de primeiro grau de jurisdição, conforme dispõe o seu artigo 41 e § 1º. Tal sistemática foi muito bem-sucedida, a ponto de vir a ser consagrada no próprio texto constitucional, em seu artigo 98, inciso I. Dessa forma, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco⁴⁵, “fica resguardado o duplo grau, que não deve ser necessariamente desempenhado por órgãos da denominada ‘jurisdição superior’”. Nesse sentido, não afrontam a Constituição Federal as restrições aos recursos estabelecidas pela Lei dos

41 *In verbis*: “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.”

42 Para Nelson Nery Junior, tal dispositivo não é inconstitucional em razão da ausência de “garantia” do duplo grau de jurisdição. Segundo o ilustre jurista, o que há é mera “previsão”. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

: “Queremos dizer que, não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs”.

43 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O devido processo legal e duplo grau de jurisdição. In: *REVERE-OR*: estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia. 1891-1981. São Paulo: Saraiva 1981. p. 94.

44 No sistema constitucional revogado não cabia recurso extraordinário para o STF de decisão do juiz singular, conforme Súmula 527: “Após a vigência do Ato Institucional nº 6, que deu nova redação ao artigo 114, III, da Constituição Federal de 1967, não cabe recurso extraordinário das decisões de juiz singular”.

45 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76.

Juizados Especiais Cíveis e Criminais e pela Lei de Execução Fiscal⁴⁶.

A Consolidação das Leis do Trabalho também impõe restrições: considera irrecorríveis as sentenças proferidas em causas de pequeno valor, salvo se versarem sobre matéria constitucional (artigo 893, § 4º).

Merece registro que o artigo 38⁴⁷, da Lei nº 8.038/90, busca restringir o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, erigindo obstáculos ao cabimento dos recursos extraordinário e especial. Como os requisitos para ambos os recursos estão no texto constitucional, somente nele poderão ser encontradas limitações ou vedações para seu cabimento, com possíveis inovações trazidas por emenda constitucional, não podendo jamais fazê-lo o legislador infraconstitucional.

O sistema brasileiro ainda limita a atuação do órgão judicial de segundo grau, conforme dispõe o artigo 512, do Código de Processo Civil, no sentido de que a sentença recorrida será substituída somente no que tiver sido objeto de recurso.

Também não viola o princípio do duplo grau de jurisdição quando a lei infraconstitucional confere poderes ao relator para indeferir, dar ou negar provimento a recurso, em decisão singular. Se a Constituição não determina que o julgamento de determinado recurso seja feito por órgão colegiado, não há razões para exigir isso do legislador infraconstitucional. Todavia, caso a parte discorde da decisão monocrática do relator, poderá se servir do agravo interno (regimental) para o órgão colegiado. O que não se pode admitir é que seja impedido o exame da matéria arguida pelo colegiado.

O preparo prévio, constituindo-se de pagamento de quantia determinada a título de custas, é considerado requisito extrínseco de admissibilidade recursal. Vale dizer que a ausência do preparo impõe que o recurso seja considerado deserto e não seja conhecido. Na hipótese de corresponder a valor abusivo, a

46 Em sentido contrário: SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 102.

47 *In verbis*: "Art. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal."

ponto de tornar proibitivo o exercício do direito de recorrer pela parte interessada, o preparo será inconstitucional. Caso contrário, não. Raciocínio análogo vale para o depósito recursal.

Verifica-se, atualmente, uma indisfarçável intenção do legislador em afunilar o acesso às vias recursais, ou ainda dificultar a sua operacionalização. Temos aqui um dilema. Pois, se de um lado, os obstáculos erigidos contra os recursos mitiga o princípio do duplo grau de jurisdição, por outro lado, o excesso de recursos também faz com que o duplo grau de jurisdição não seja exercido em sua plenitude, haja vista que os órgãos judiciais de segundo grau não irão certamente apreciar a decisão recorrida com a devida atenção que lhe é devida.

Dessa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que de maneira implícita no texto constitucional, garante ao litigante a possibilidade de submeter ao reexame as decisões proferidas em primeiro grau, desde que atendidos os requisitos previstos em lei. Entretanto, deve-se ter o cuidado para não subtrair do litigante vencido os instrumentos necessários para manifestar o seu inconformismo com a decisão que lhe foi contrária.

8 O reexame necessário

Em regra, o duplo grau de jurisdição somente se efetiva quando a parte interessada apresenta recurso contra decisão que lhe foi desfavorável, realizando nova provocação do órgão jurisdicional. Entretanto, há casos previstos em lei em que a jurisdição superior atua sem provocação da parte, havendo então o que chamamos de *reexame necessário*, *remessa necessária* ou *devolução oficial*, que se caracteriza por um duplo grau obrigatório.

O reexame necessário constitui na devolução da decisão do órgão *a quo* para revisão pelo órgão *ad quem*. Segundo comando do artigo 475, do Código de Processo Civil, algumas decisões judiciais por ele apresentadas dependem obrigatoriamente de revisão pelo órgão hierarquicamente superior para que possa produzir efeitos. O artigo 475 do CPC dispõe que a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, ou a sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda

Pública está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. O duplo grau obrigatório também se verifica em leis extravagantes⁴⁸, como o parágrafo único, do artigo 12, da Lei nº 1.533/51 (sentença que concede o mandado de segurança) ou ainda o artigo 19, da Lei nº 4.717/65 (sentença que conclui pela carência ou pela improcedência da ação popular). Embora tal dispositivo não venha a caracterizar-se como recurso, na verdade é exteriorização importante do duplo grau de jurisdição⁴⁹, porque condiciona a eficácia da sentença ao reexame pelo órgão hierarquicamente superior, sendo que a sentença somente terá aptidão para produzir efeitos após a sua confirmação pelo órgão *ad quem*.

O reexame necessário não tem natureza jurídica de recurso⁵⁰, porque carece do elemento volitivo, faltando-lhe o requisito da voluntariedade, entre outros. Mesmo não sendo recurso, processa-se no tribunal como se fosse, sendo que toda a matéria decidida na sentença é transladada ao conhecimento daquele, que poderá anulá-la ou reformá-la. Para os casos em que a legislação processual exige, o provimento jurisdicional é formado de ato judicial composto, por assim dizer, que só se completa pela intervenção de dois órgãos: tanto do juízo do primeiro grau quanto do juízo do segundo grau de jurisdição. Como se trata de requisito para a própria eficácia da sentença reexaminada, antes da confirmação pelo tribunal a sentença de primeiro grau não é um ato jurisdicional pronto e acabado, como normalmente seria, sendo apenas uma parte do provimento jurisdicional, que só se completará quando concluída sua outra parte, que é a confirmação pelo tribunal.

Podemos afirmar que o duplo grau de jurisdição é obrigatório para as entidades públicas beneficiadas com o instituto do reexame necessário, como medida de proteção ao interesse pú-

48 O reexame necessário também ocorre no processo penal, quando o juiz concede *habeas corpus* ou absolve sumariamente o réu (artigo 574 do Código de Processo Penal), bem como quando concede a reabilitação (artigo 746 do mesmo texto legal).

49 Em sentido contrário, para quem o reexame necessário previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil não se inclui na proteção do duplo grau de jurisdição, nem o caracteriza: SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição*: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 120.

50 O Código de Processo Civil de 1939 classificava a “apelação *ex-officio*” no livro VII, título II, artigo 822, como um recurso, gerando divergência doutrinária.

blico. Afinal, o duplo grau obrigatório nas causas em que sejam parte a União, os Estados e os Municípios é devido à indisponibilidade da coisa pública, não podendo o Procurador que os representa dispor do direito recursal, devendo a causa ser apreciada necessariamente pelo tribunal.

9 O duplo grau de jurisdição em matéria penal

Em se tratando de matéria penal, há ainda outro argumento de defesa do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. O Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica⁵¹, o qual já fez ingressar em seu direito interno, que estabelece, em seu artigo 8º, que toda pessoa acusada de um crime tem o direito de recorrer da sentença a um órgão jurisdicional superior⁵².

Tal dispositivo do tratado internacional torna inquestionável a garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal⁵³, qual seja, o direito do réu de interpor recurso de apelação no processo penal, em vista do que dispõe o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal⁵⁴.

10 Conclusão

O princípio do duplo grau de jurisdição visa a assegurar ao litigante vencido, total ou parcialmente, o direito de submeter a uma nova apreciação jurisdicional a matéria já decidida, desde que atendidos determinados pressupostos específicos que a lei estabelece.

51 O texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27, de 1992.

52 *In verbis*: "Art.8º. Garantias judiciais: (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior".

53 Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 179: "É lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no do direito processual civil ou do trabalho".

54 Em que pese opinião divergente, a corrente a que nos filiamos é a que entende que o direito em comento possui hierarquia de norma constitucional.

Buscou-se demonstrar a importância e a imprescindibilidade do princípio do duplo grau de jurisdição para uma correta e eficaz distribuição da justiça. Ao firmar o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, isto não o torna uma garantia absoluta, oponível a tudo e a todos, posto que é princípio, e mesmo porque tal hipótese não se coadunaria com o Estado de Direito nem atenderia ao interesse público.

Como visto, as exigências estipuladas pelo legislador infraconstitucional não afrontam o princípio, podendo ele restringir o direito de recurso, desde que haja razoabilidade na formação destes limites. Afinal, como foi analisado, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

11 Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v. 20, n. 59, p.29 - 56, mayo/ago. 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O devido processo legal e duplo grau de jurisdição. In: *REVEREOR: estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia. 1891-1981*. São Paulo: Saraiva, 1981.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, v. 54, n. 2, p. 317 - 334, abr./jun. 1999.

COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del civil. In: _____. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. t.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario cognizione: 2 impugnazioni*. Torino: UTET, 1990.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n.109, jan./mar. 2003.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat). *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

1.2

PERSPECTIVAS SOBRE UM NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DAS SÚMULAS VINCULANTES

ALEXANDRE DE CASTRO COURA*
RODRIGO FRANCISCO DE PAULA**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O enunciado da súmula vinculante como texto normativo subordinado. 3 Por que as súmulas vinculantes não devem ser concebidas como “as” escolhas feitas pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação/aplicação da Constituição. 4 O necessário controle de constitucionalidade difuso das súmulas vinculantes. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Que as súmulas vinculantes já fazem parte da realidade da jurisdição constitucional no Brasil é algo que não se pode mais ignorar, desde a publicação da Lei nº 11.417/06, que regulamentou o art. 103-A da Constituição, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento do enunciado de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Não bastaram as críticas, dos mais variados matizes, formuladas pela doutrina quanto à legitimidade de tal instituto:¹ “três penadas do legislador transformaram bibliotecas inteiras em lixo”, para se usar a célebre expressão de Julius Hermann von Kirchmann, lembrada por João Maurício Adeodato (2009, p. XV).

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais). Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo. E-mail: alexandrecoura@ig.com.br

** Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor Assistente do Centro Universitário Vila Velha – UVV. Advogado. Procurador do Estado do Espírito Santo. E-mail: rfpaula@pge.es.gov.br

1 Lenio Streck fez um excelente inventário sobre as críticas referentes à inadequação das súmulas vinculantes no direito brasileiro: O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 152-160. Cf. também: TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

A doutrina se vê agora diante dos problemas decorrentes da interpretação e aplicação das súmulas vinculantes aos casos concretos.

Daí o esforço, que já vem se afirmando, em se resgatar a “dignidade da teoria jurídica em face da jurisdição e da legislação”, como fez, por exemplo, Marcelo Cattoni (2009, p. 39-56), ao analisar criticamente o “desvio hermenêutico” do Tribunal Superior do Trabalho ao interpretar e aplicar a Súmula Vinculante nº 04.

Diante de tal quadro, uma questão que também merece análise crítica é sobre a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional.

A problematização, então, que serve de mote para o desenvolvimento deste trabalho, é a seguinte: é possível, ou mesmo necessário, haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes?

2 O enunciado da súmula vinculante como texto normativo subordinado

Em primeiro lugar, convém assentar a natureza jurídica das súmulas vinculantes, em busca de sua identidade funcional no direito positivo brasileiro.

Do art. 103-A, *caput* e § 1º, da Constituição, extrai-se que os requisitos materiais e formais, bem como os objetivos para a edição de súmulas vinculantes são os seguintes:

- (i) *requisitos materiais*: haja reiteradas decisões sobre matéria constitucional (envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas), a respeito da qual haja controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública;
- (ii) *requisitos formais*: a edição das súmulas vinculantes pode ocorrer de ofício ou por provocação (pelos legitimados indicados no art. 3º, da Lei nº 11.417/06), ouvido

previamente o Procurador-Geral da República (art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.417/06), exigindo-se decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.417/06) e publicação na imprensa oficial (art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.417/06);

- (iii) *objetivos*: pôr fim à insegurança jurídica causada pela controvérsia a respeito da matéria constitucional e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Quer dizer, o enunciado da súmula vinculante, produzido de acordo com o rito estabelecido na Constituição e na Lei nº 11.417/06, deve condensar certo entendimento do Supremo Tribunal Federal, verificado a partir de reiteradas decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional, desde que seja para se amainar a controvérsia existente sobre o assunto, apta a gerar insegurança jurídica e a possibilidade de propagação de novos processos sobre o mesmo assunto. Por essa razão, o enunciado da súmula vinculante fica confinado ao horizonte de sentido delimitado, expressa e implicitamente, pelos casos pretéritos que foram julgados e pelas próprias decisões que já foram tomadas, no passado, pelo tribunal.

Mas para não haver um exercício indevido, pelo Supremo Tribunal Federal, de atividade legislativa, deve-se entender que, na criação dos enunciados das súmulas vinculantes, embora haja um inegável caráter prospectivo (decorrente da própria vinculação futura dos órgãos judiciários e administrativos ao enunciado da súmula vinculante), não estão disponíveis quaisquer argumentos. Argumentos de política – para se utilizar a distinção de Ronald Dworkin (1995, p. 148) – não devem justificar a edição das súmulas vinculantes, que, como visto, subordinam-se a certos requisitos materiais que devem ser necessariamente observados.

Com efeito, Dworkin (1995, p. 150 e 415) esclarece que as decisões judiciais devem ser desenvolvidas e justificadas mediante o recurso a “argumentos de princípio”, e não mediante diretrizes ou argumentos políticos. Assim, enquanto a justificação de um programa legislativo possibilita, além do recurso a

argumentos de princípio, também o recurso a argumentos políticos, a justificação de uma decisão judicial deve ter como base argumentos jurídicos, isto é, argumentos de princípio.²

No caso da edição das súmulas vinculantes, os argumentos de princípios são decorrentes da reconstrução dos casos preteritos, que deve ser conduzida pela procura de um traço de identidade entre as decisões já tomadas, que se mostre relevante de tal modo que seja suficiente a justificar a criação de um enunciado com força vinculante, para se atender os objetivos perseguidos com a sua edição (dirimir a controvérsia atual sobre a questão constitucional, para se evitar a multiplicação de processos versando sobre questões idênticas).

Enfim, o enunciado da súmula vinculante, em verdade, deve ser encarado como um verdadeiro texto normativo *subordinado*, uma vez que foi criado pelo Supremo Tribunal Federal a partir da interpretação/aplicação da Constituição na apreciação de vários casos concretos.

3 Por que as súmulas vinculantes não devem ser concebidas como “as” escolhas feitas pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação/aplicação da Constituição

Sendo textos normativos subordinados, gerados a partir da interpretação/aplicação da Constituição a vários casos concretos, condensados em enunciados, daí não se segue que as súmulas vinculantes sejam as escolhas feitas pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar de certos assuntos no exercício da jurisdição constitucional.

Esse alerta é feito levando-se em conta que, de um modo geral, boa parte dos operadores jurídicos no Brasil ainda adota – conscientemente ou não – os supostos teóricos do positivismo jurídico de Hans Kelsen, o que os leva, tendencialmente, a en-

2 É bem verdade que, com a possibilidade de haver a modulação temporal dos efeitos vinculantes da súmula, nos termos do art. 4º, da Lei nº 11.417/06, invariavelmente podem ser utilizados argumentos de política para se justificar tal providência, ainda que travestidos sob a roupagem de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

carar os enunciados das súmulas vinculantes como a escolha feita pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, a partir de “uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação” (KELSEN, 1998, p. 390).

Como assevera Menelick de Carvalho Netto (1997, p. 27),

a prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado Social se verifica não só como marco teórico explícito mas muito mais como pano de fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar, difusa e eficazmente, não apenas a prática dos vários operadores jurídicos, mas a própria reprodução dessa prática, ao determinar decisivamente o caldo da cultura em que se dá o processo de aprendizagem e de formação do profissional do Direito.

Em outras palavras, dentre várias interpretações possíveis do direito positivo, haveria com a edição da súmula vinculante, no quadro de leituras possíveis, *uma* escolha feita pelo Supremo Tribunal Federal, cuja observância se tornaria obrigatória a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Não interessa, para os limites deste trabalho, apontar aqui as inconsistências de tal perspectiva teórica,³ como se fosse possível, *sic et simpliciter*, estabelecer-se de antemão o sentido possível das decisões, judiciais e administrativas, em casos concretos que envolvessem o mesmo assunto, num “retrocesso em direção à metafísica clássica”, ao se imaginar que “na súmula estaria ‘condensada a substância’ (essência) de cada ‘coisa’ jurídica, como se as súmulas fossem ‘juízos assertórios’ e uma ‘proposição pudesse mostrar o seu sentido’”, conforme assevera Lenio Streck (2005, p. 154).

Com efeito, o que não se pode conceber é que haja um “sequestro da temporalidade” (STRECK, 2005, p. 154) do caso que se põe a julgamento, aqui e agora, para cuja solução há necessidade de atribuição de sentido tanto ao enunciado da súmula

3 Quanto a isso, cf. COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do estado democrático de direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 403-446.

vinculante quanto aos argumentos discursivamente debatidos pelas partes no bojo do processo.

Toda aplicação do direito positivo envolve interpretação, o que ocorre num contexto histórico específico e pressupõe um pano de fundo compartilhável, que não pode ser simplesmente desconsiderado, seja pela tentativa da abstração, seja pela pretensão de distanciamento do intérprete.

Desde Heidegger, passando por Gadamer, Wittgenstein e Langshaw, no contexto da filosofia da linguagem, depreende-se que o uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos é o que lhes confere seu significado,⁴ razão pela qual o fato de se compreender, semanticamente, o significado do enunciado de uma súmula vinculante não depende do que o Supremo Tribunal Federal tenha pretendido dizer, mas da situação histórica que se faz presente na sua aplicação, que delimita o sentido possível que condiciona o intérprete na solução do caso que, concretamente, põe-se diante dele, com suas especificidades únicas.

O que se quer deixar claro, com isso, é que é indispensável que haja, efetivamente, a interpretação e aplicação do enunciado da súmula vinculante a partir do caso discursivamente reconstruído, no bojo de um procedimento contraditório, em que sejam levados em consideração os argumentos apresentados pelos sujeitos desse processo.

Isso torna evidente que, uma vez editado o enunciado da súmula vinculante, ele deve ganhar a conotação de *mais uma* norma aplicável *prima facie*, no discurso de aplicação do Direito.

Desde tal perspectiva, de acordo com Klauss Günther, as súmulas vinculantes devem ser vistas como pretensões normativas igualmente válidas e à primeira vista cabíveis ao caso, mas que devem ser consideradas como “argumentos”, não contra a validade das outras normas aplicáveis *prima facie*, mas contra sua “adequação” ao caso, que deve ser descrito de forma completa (GÜNTHER, 2000, p. 90).

4 Quanto a isso, cf. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 31-43.

A “cláusula *prima facie*” apenas significa que será insuficiente sustentar que uma súmula vinculante é realmente aplicável a um caso concreto sem que antes seja realizado o “ônus recíproco de argumentação”, consistente na demonstração de boas razões que possam justificar a prevalência da aplicação da súmula vinculante, em detrimento da aplicação de outras normas igualmente *prima facie* aplicáveis (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Incumbe, assim, ao aplicador vinculado ao enunciado da súmula vinculante interpretá-lo à luz do caso concreto, naquele círculo hermenêutico que envolve um ir-e-vir, num processo circular de compreensão, dependente de um sentido que deve ser discursivamente construído a partir dos argumentos defendidos pelas partes que serão afetadas pela decisão.⁵

Tendo em vista que, com a fixação do significado, algumas características do caso são determinadas como relevantes, enquanto outras nem tanto, deve-se justificar também esse ato seletivo, de modo a se justificar, ou não, a adequação da aplicação da norma ao caso concreto. Afinal, além do sentido de textos, é necessário interpretar também a situação de aplicação da norma. Dessa forma, é sempre necessário justificar a (ir)relevância de determinadas circunstâncias que integram a descrição da situação. Essa descrição deve ser a mais completa possível, de forma a considerar todas as circunstâncias da situação e todas as normas válidas *prima facie* aplicáveis (incluindo-se aqui o próprio enunciado da súmula vinculante pertinente), para que seja possível declarar fundamentadamente qual entre as possíveis interpretações ajusta-se melhor ao caso (GÜNTHER, 2000, p. 93).

A partir do critério de adequação, é possível afirmar que, embora possam ocorrer diversas justificações para a aplicação de uma norma, apenas a construída a partir de uma interpretação coerente de todas as normas *prima facie* aplicáveis a uma descrição completa do caso é adequada.⁶ É relevante ressaltar que a cláusula *prima facie* aplicável não compromete a força normativa ou a normatividade, visto que considerar uma norma

5 Cf. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 34-37.

6 Assim sendo, o ônus da argumentação requerido implica realizar uma interpretação coerente de todas as normas válidas passíveis de aplicação a uma situação, que deve necessariamente ser descrita de modo completo.

não adequada a uma situação descrita de forma completa é diferente de descumpri-la. O ônus de argumentação implica a reafirmação da validade da norma considerada não-adequada à determinada situação e, conseqüentemente, da possibilidade de que ela seja aplicada em outros casos.

Em suma, a partir do momento em que uma súmula ganha *força vinculante*, transforma-se, ela mesma, num texto normativo subordinado, que depende, para ser aplicado, de entrar novamente no jogo de interpretação/aplicação, no conjunto de normas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto, devendo ser interpretada e somente ser aplicada *se for o caso* de ser adequada à solução do caso concretamente reclamada, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A proposta de Günther, há pouco delineada, reveste a coerência idealmente justificada do sistema jurídico de um significado distinto, abrindo-se, ainda, à pretensão de reconstrução racional do Direito vigente, presente na teoria de Dworkin, de tal modo que esse Direito admita precisamente uma única decisão correta para cada nova situação de aplicação.

Essa proposta pode resgatar a *legitimidade perdida* das súmulas vinculantes no sistema brasileiro, abrindo-lhes um horizonte de sentido constitucionalmente adequado, reforçando a legitimidade da própria tutela jurisdicional à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Isso significa a exigência de se observar uma coerência na aplicação normativa, para a estabilização de expectativas de comportamento, buscada por meio do Direito, de forma que os precedentes e também as situações futuras, hipoteticamente consideradas, não sejam simplesmente desprezados, a partir de referências argumentativas exclusivamente fundadas na situação de aplicação e na norma que supostamente decorreria do princípio cabível, como aponta Dworkin (1995, p. 155-156):

Um argumento de princípio pode servir de justificação para uma decisão determinada, amparada na doutrina da responsabilidade, somente se for possível demonstrar que o princípio citado é coerente com decisões anteriores que

não foram modificadas e com aquelas que a instituição está disposta a tomar em circunstâncias hipotéticas. Não é muito surpreendente que seja assim, mas o argumento não seria válido se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos políticos. Dessa forma, eles estariam livres para dizer que uma política está bem servida, bem como que ela serviria apenas para o caso que se julga – concedendo, por exemplo, o subsídio necessário somente a uma indústria em dificuldades –, de modo que não teriam necessariamente que entender que as decisões anteriores e as hipotéticas decisões futuras estão a serviço da mesma política.⁷

Nesse sentido, o princípio da integridade, no âmbito da aplicação normativa, requer que os juízes concebam o Direito como um todo, e não como uma sequência de decisões ou atos normativos isolados, que por eles podem ser livremente tomados e interpretados, de forma casuística e aleatória.

Assim, as súmulas vinculantes não podem ser usadas como um instrumento solitário para a solução dos casos concretos que, a princípio, reclamarem a sua observância. Devem, para além disso, ter sua aplicação coerentemente justificada, à luz de uma teoria discursiva da argumentação no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional, considerando as especificidades constitutivas de sentido do caso concreto a ser julgado.

Isso significa que a não-aplicação de uma súmula vinculante a um dado caso concreto que, a princípio, atrairia a sua aplicação, longe de representar o descumprimento do enunciado com força vinculante, reitera, mesmo, a sua adequação, somente aos casos em que, efetivamente, a sua aplicação se traduzir como a única resposta correta. Afinal, o discurso de aplicação represen-

7 No original: "Un argumento de principio puede servir de justificación para una decisión determinada, amparada en la doctrina de la responsabilidad, sólo si se puede demostrar que le principio citado es coherente con decisiones anteriores que no han sido modificadas, y con decisiones que la institución está dispuesta a tomar en las circunstancias hipotéticas. No es muy sorprendente que así sea, pero el argumento no sería válido si los jueces basaran sus decisiones en argumentos políticos. Entonces estarían en libertad de decir que una política podría estar bien servida con sólo serviría en el caso se juzga – concediendo, por ejemplo, sólo el subsidio necesario a una industria en dificultades –, de modo que no hubiera que entender necesariamente que las decisiones anteriores ni las hipotéticas decisiones futuras estén al servicio de la misma política".

ta o processo pelo qual se busca a realização da pretensão de um sistema ideal coerente de normas válidas, ou seja, um sistema não contraditório, que possibilite uma resposta adequada para cada caso.

Essa concepção sobre a identidade funcional das súmulas vinculantes serve para lhes conferir alguma legitimidade, evitando que se convertam num instrumento cego, despropositado e altamente criticável no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional.

4 O necessário controle de constitucionalidade difuso das súmulas vinculantes

Como visto, as súmulas vinculantes devem ser concebidas como verdadeiros textos normativos, *subordinados*, já que o Supremo Tribunal Federal não dispõe dos mesmos argumentos que o Poder Legislativo na sua edição, estando mesmo jungido aos *requisitos materiais e formais*, bem assim aos *objetivos* estabelecidos para a criação dos enunciados. Mais ainda, as súmulas vinculantes se apresentam como normas aplicáveis apenas *prima facie* ao caso concreto, exigindo a mediação do intérprete, a quem caberá aplicá-la somente *se for o caso* de ser adequada à situação que se apresenta *hic et nunc*.

Se assim é, como textos normativos que são, as súmulas vinculantes, tal e qual os demais textos normativos, devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, sistema inerente à própria ideia de jurisdição constitucional.

Quanto ao controle concentrado de constitucionalidade das súmulas vinculantes, não há maiores dificuldades em se vislumbrá-lo a partir do próprio procedimento de cancelamento do enunciado das súmulas vinculantes, disciplinado pela Lei nº 11.417/06.

É bem verdade que existem algumas diferenças formais entre o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, realizado pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e o cancelamento do enunciado das súmulas vinculantes, mas, em substância, é possível concebê-los como expressão única do exercício da jurisdição constitucional no

controle de constitucionalidade de textos normativos, ou seja, tanto das leis e dos demais atos normativos como das súmulas vinculantes.

Quanto às diferenças formais existentes, tem-se que os legitimados, para propor o cancelamento do enunciado de súmulas vinculantes, não são os mesmos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Realmente, além dos legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, *caput*, da Constituição), ainda podem, nos termos do art. 3º, da Lei nº 11.417/06, e segundo o art. 103-A, § 2º, da Constituição, deflagrar o processo de edição, revisão e cancelamento dos enunciados das súmulas vinculantes, o Defensor Público Geral da União, os tribunais (os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares) e os Municípios (incidentalmente ao curso de processo em que seja parte).

Além disso, o quórum para edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante é de dois terços (art. 103-A, da Constituição; art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.417/06), ao passo que, para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, é de maioria simples (art. 23 da Lei nº 9.868/99), exigindo-se, para a instalação da sessão, a presença de, no mínimo, oito ministros (art. 22 da Lei nº 9.868/99).

Essas diferenças, contudo, não desnaturam a substância do controle de constitucionalidade exercido. O procedimento de cancelamento do enunciado de súmula vinculante trata-se, sem dúvida, de verdadeiro controle de constitucionalidade. Se a súmula vinculante é criada no exercício da jurisdição constitucional, contendo em seu enunciado o resumo, por assim dizer, de decisões tomadas reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, o cancelamento do seu enunciado somente se justifica se ele não se revelar mais compatível com a Constituição; em uma palavra, se se tornar evidente a sua inconstitucionalidade.

Com efeito, assim como ocorre com as leis e os atos normativos, as súmulas vinculantes podem entrar em rota de co-

lisão com a Constituição, (i) seja pela *inconstitucionalidade formal*, verificada pela inobservância dos requisitos materiais e formais, bem como dos objetivos, estabelecidos para a sua criação; (ii) seja pela *reforma constitucional*, em virtude da alteração do texto constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição; (iii) seja pela *mudança constitucional*, com a mudança do sentido atribuído ao texto constitucional, tornando obsoleto o entendimento cristalizado no enunciado da súmula vinculante; (iv) seja, ainda, pela *hermenêutica constitucional*, ao se abrir um novo horizonte de sentido inicialmente não levado em consideração na criação da súmula vinculante, que, uma vez desvelado, torna incompatível o seu enunciado com a Constituição.

Essas são as situações que podem reclamar o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma súmula vinculante, a ser proclamado pelo cancelamento de seu enunciado, na via do controle concentrado de constitucionalidade, na forma disciplinada pela Lei nº 11.417/06.

Se devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, já havendo, inclusive, procedimento específico na Lei nº 11.417/06 quanto ao controle concentrado de constitucionalidade (sob o rótulo de *cancelamento* do enunciado das súmulas vinculantes, como visto), não há porque se recusar a possibilidade – e até mesmo a necessidade – de haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes.

Uma explanação sobre as situações que ensejam o reconhecimento da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes contribuirá para tornar evidente a necessidade de se admitir também o controle difuso de constitucionalidade.

(i) *inconstitucionalidade formal*: a inobservância dos requisitos (materiais ou formais) e dos objetivos estabelecidos para a criação das súmulas vinculantes é causa evidente para o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma súmula vinculante.

A edição das súmulas vinculantes – isso é algo fora de dúvida – só pode ocorrer se forem observadas as exigências constitucionais e legais para tanto. Aqui, no entanto, o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes assume espe-

cial relevância, na medida em que, na edição dos enunciados, não ocorrer, no Supremo Tribunal Federal, a problematização do estrito cumprimento das exigências constitucionais e legais para a criação das súmulas vinculantes.

Vale dizer, súmulas vinculantes editadas sem que haja reiterada decisão sobre matéria constitucional determinada, tampouco sem que haja controvérsia a seu respeito (*requisitos materiais*), ou que não tenham obedecido o rito estabelecido na Lei nº 11.417/06 (*requisitos formais*), ou, por fim, que não se prestem a pôr fim à insegurança jurídica causada pela controvérsia a respeito da matéria constitucional e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica (*objetivos*), são inconstitucionais e, nessas situações, muito provavelmente o Supremo Tribunal Federal, no momento da edição do enunciado, oblitera essas inconsistências.

Ora, nesse sentido, aos juízes, em todos os níveis da jurisdição, uma vez provocados no controle difuso de constitucionalidade com argumentos que problematizem o não-cumprimento dessas exigências, caberá decidir sobre a compatibilidade formal da súmula vinculante com a Constituição, isto é, sobre a própria observância dos requisitos (materiais ou formais) e dos objetivos estabelecidos para a sua criação, devendo, se for o caso, reconhecer a sua inconstitucionalidade incidentalmente, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

(ii) *reforma constitucional*: a alteração formal da Constituição, pelo procedimento de reforma constitucional, também pode reverberar sobre a constitucionalidade da súmula vinculante.

Mudado o texto constitucional, pode ocorrer de a súmula vinculante se tornar frontalmente contrária à Constituição.

Aliás, não custa recordar que o efeito vinculante – típico das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da Constituição) e inerente à própria identidade das súmulas *vinculantes* (art. 103-A, *caput*, da Constituição) – não alcança o Poder Legislativo, mas somente os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Por isso, com o intuito mesmo de *corrigir* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cristalizada na súmula vinculante, o Poder

Legislativo pode alterar a Constituição, tornando inconstitucional o enunciado.⁸

Nesses casos, também poderá o juiz reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da súmula vinculante, deixando de aplicá-la ao caso concreto, em obediência à própria normatividade da Constituição, pois não teria sentido aguardar-se o cancelamento do enunciado da súmula vinculante (no controle concentrado de constitucionalidade) para só, então, desobrigar-se os juízes de levar em consideração, como norma *prima facie* aplicável, um texto normativo que se mostra inconstitucional.

(iii) *mutação constitucional*: além do processo de reforma da Constituição, formal por definição, existem os “processos informais de mudança da Constituição”, resultantes de uma “interpretação evolutiva” ou de “construção constitucional”, consoante aponta Ana Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 125-145).

Trata-se, na verdade, da “atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes” (BARROSO, 2001, p. 145).

Nesses casos, assim como ocorre com a reforma constitucional, a normatividade da Constituição, que adquire um novo sentido em decorrência de *mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos ministros* ao editarem a súmula vinculante, impõe que se reconhe-

8 Em matéria tributária, o Poder Legislativo tem atuado reiteradamente dessa forma, alterando a Constituição para corrigir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tome-se, como exemplo, o caso da contribuição para a seguridade social prevista originariamente no art. 195, inc. I, da Constituição. No texto constitucional originário, previa-se que o tributo poderia ser cobrado dos *empregadores* sobre a *folha de salários*, o *faturamento* e o *lucro*. A Lei nº 7.787/89 estabelecia que a contribuição incidente sobre a *folha de salários* deveria incidir sobre o *total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores* (art. 3º, inc. I). A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, inc. I, da Lei nº 7.787/89, no julgamento do RE nº 166.772/RS (Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.05.1994, DJ 16.12.1994, p. 34896), se deu sob o argumento de que a relação jurídica mantida com administradores, autônomos e avulsos não resulta de contrato de trabalho, pelo que seus pagamentos não são realizados através da folha de salários, não podendo, portanto, integrar a base de cálculo para efeito de exigência da referida contribuição, limitada que está a incidir sobre a folha de salários (resultante apenas dos pagamentos realizados aos empregados). Declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da lei, não tardou a ser promulgada a Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu no inc. I, do art. 195, da Constituição, a alínea “a”, preceituando que a contribuição do empregador pode incidir sobre a *folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*. A partir daí, tornou-se possível, constitucionalmente, a incidência da referida contribuição não apenas sobre a remuneração paga aos empregados (realizada via folha de salários), mas, também, sobre a remuneração paga aos avulsos, autônomos e administradores.

ça a inconstitucionalidade da súmula vinculante, constituindo, evidentemente, um ônus de argumentação à demonstração do fenômeno da mutação constitucional, apto a caracterizar essa inconstitucionalidade superveniente.

(iv) *hermenêutica constitucional*: por fim, consoante já exposto, a edição do enunciado das súmulas vinculantes é condicionada a um horizonte de sentido delimitado, expressa e implicitamente, pelos casos pretéritos que foram julgados e pelas próprias decisões que já foram tomadas, no passado, pelo tribunal.

Pode ocorrer de se abrir para o intérprete, diante do caso concreto, um novo horizonte de sentido da Constituição inicialmente não levado em consideração na criação da súmula vinculante, que, uma vez desvelado, torna incompatível o seu enunciado com a Constituição.

Como as súmulas vinculantes não podem representar as escolhas interpretativas, únicas e inquestionáveis, do Supremo Tribunal Federal sobre certos assuntos no exercício da jurisdição constitucional, é natural que se reconheça, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito, que outros significados para a Constituição surjam no exercício difuso da jurisdição constitucional.

Pois bem. Em todas essas situações que ensejam o reconhecimento da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes, a atuação do juiz no controle difuso de constitucionalidade, em qualquer grau de jurisdição, afastando a aplicação da súmula vinculante considerada inconstitucional, revela-se imprescindível à afirmação de um sistema ideal coerente de normas válidas, ou seja, um sistema não contraditório, que possibilite uma resposta adequada para cada caso.

Evidentemente, caberá ao Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre a inconstitucionalidade da súmula vinculante. Mas, não há dúvidas, admitindo-se expressamente a possibilidade – e a própria necessidade – de haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, abre-se uma importante via para se promover uma “interpretação pluralista da Constituição”, a fim de que se reconheça, efetivamente, que, para a sua realização, devem estar “potencialmente vinculados

todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 2002, p. 13), já que o Supremo Tribunal Federal, se decidir ratificar a constitucionalidade da súmula vinculante, terá o ônus de afastar os argumentos levados em consideração no reconhecimento de sua inconstitucionalidade, realizado difusamente, em qualquer grau de jurisdição.

5 Conclusão

Embora a legislação e a jurisdição tenham o *poder* de transformar em *lixo* as teorias jurídicas, não têm, o legislador e o julgador, como escapar de uma análise teórica crítica que possa afetar, dos mais diversos modos e maneiras, a própria identidade do produto que criam (isto é, dos textos legislativos e das decisões judiciais). A dignidade da teoria jurídica reside, então, na projeção de um olhar crítico sobre a legislação e a jurisdição, que muitas vezes desvela aquilo que nem o legislador nem o julgador tiveram a capacidade de antever quando da criação de seus produtos.

No caso das súmulas vinculantes, descartadas as críticas quanto à legitimidade de sua inserção no direito positivo brasileiro, restou à doutrina, agora, a tarefa de lhes conferir um tratamento constitucionalmente adequado, que seja capaz de não apenas resgatar a sua legitimidade, mas, também, de fornecer aos intérpretes/aplicadores vinculados aos seus enunciados subsídios úteis para uma compreensão sobre os limites e as possibilidades de sua tarefa de lhes dar efetividade.

Sob esse influxo, e à luz das considerações desenvolvidas neste trabalho, conclui-se que a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional, revela-se indispensável à manutenção da coerência do próprio sistema jurídico, aplacando-se contradições que impediriam a apresentação de uma resposta adequada para cada caso, além

de contribuir, vividamente, para a promoção de uma interpretação pluralista da Constituição.

6 Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 3, p. 27-30, jan./jun. 1997.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 473-486, 2000.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

_____. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 403-446.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. *Los derechos en serio*. Tradução Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução Leonel Cesarino Pessôa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral*: justificação e aplicação. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A súmula vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). *Constituição e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 39-56.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas do direito brasileiro*: eficácia, poder e função, a ilegitimidade do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 145-205.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 4, n. 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

1.3

FLEXIBILIZAÇÃO DO BINÔMIO “PROCESSO TRADICIONAL” / “PROCESSO COLETIVO”: BREVE ANÁLISE DA PRESENÇA DO INDIVÍDUO EM PROCESSOS COLETIVOS

BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Flexibilização do binômio “processo tradicional” / “processo coletivo”. 2.1 Espécies do mesmo gênero: o direito processual civil. 2.2 Concorrência de interesses individuais e coletivos. 3 A intervenção do indivíduo em processos coletivos. 3.1 Razões que legitimam a intervenção do indivíduo em processos coletivos. 3.2 Análise dogmática da regra autorizadora (CDC, art. 94). 3.2.1 Intervenção do indivíduo em processos coletivos para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3.2.2 Os poderes do indivíduo interveniente. 3.2.2.1 Os limites da legitimidade individual. 3.2.2.2 Fundamentos da subordinação da legitimidade individual. 3.2.2.3 A legitimidade subordinada do indivíduo (constitucionalidade dessa solução). 4 A propositura de demanda coletiva pelo indivíduo. 5 Defesa da coletividade pelo indivíduo (o princípio da instrumentalidade das formas). 6 Limites numéricos à participação do indivíduo em processos coletivos. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

Há muito se vem propagando,¹ e hoje em dia é praticamente unânime em nossa doutrina,² o entendimento de que os proces-

* Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Doutor em Direito Processual Civil pela – USP/Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Instituto Capixaba de Direito e Processo – ICDP. Advogado.

1 Mauro Cappelletti já falava, há tempos, do advento de um “garantismo social ou coletivo”, referindo-se, com isso, à necessidade de se conferir uma nova interpretação aos tradicionais princípios constitucionais do processo, visando a adaptá-los às peculiaridades de fenômenos sociais relativamente recentes: os assim chamados conflitos de massa. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi (atti del convegno di studio)*. Padova: CEDAM, 1976. p. 207.

2 Nesse sentido, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11-15; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 19; SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39-73; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31; BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma tentativa de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-37; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. 665 p.; ZANETTI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 23-69.

tos coletivos devem – por adequação às peculiaridades de seu objeto³ – reger-se por regras específicas.

Influenciado por esse entendimento, o legislador, nas duas últimas décadas, editou inúmeras leis destinadas à tutela jurisdicional de direitos coletivos (entre elas, com destaque, a Lei da Ação Civil Pública [LACP, lei nº 7.347/85] e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor [CDC, lei nº 8.078/90]).

Por força desses diplomas, aquilo que inicialmente existia apenas na *communis opinio*, como a melhor solução de política legislativa, tornou-se um fato consumado (ou, mais precisamente, transformou-se em um dado de nosso direito positivo): os processos coletivos, em nosso País, são efetivamente regidos por regras próprias, específicas, distintas em larga escala das regras processuais “tradicionais” (estas, aplicáveis à resolução dos conflitos acerca de bens e direitos individuais).

O que temos hoje, portanto, em termos de processos coletivos, é a consolidação de um verdadeiro microssistema normativo, que nos permite afirmar a existência de um modelo processual autônomo, concebido para proporcionar tutela jurisdicional justa e efetiva aos direitos metaindividuais (modelo este que, inclusive, caminha para o aperfeiçoamento em um Código próprio).⁴

Diante desse cenário, seria no mínimo imprudente que se tentasse negar a autonomia normativa dos processos coletivos (aplicando-se a estes, incondicional e indiferentemente, as regras tradicionais de processo). Isso é vedado por força da especialidade da lei processual coletiva (*lex specialis derogatis lex generalis*).

3 Trata-se de um imperativo do chamado *princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa*. Sobre o tema, cf., por todos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 60-61.

4 Nesse sentido, cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 77; GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53-54.

Por isso não defendemos – fique bem claro – uma marcha na contramão daquela autonomia, com a qual estamos inteiramente de acordo e a qual, aliás, é um dado da realidade (e assim se impõe a todos, sobrepujando diferenças de gostos e preferências pessoais). Levantar-se contra ela é estampar, na própria frente, o signo do absurdo. E nossa intenção, se é que a advertência se faz necessária, passa muito longe disso.

2 Flexibilização do binômio “processo tradicional” / “processo coletivo”

O fato, porém, de reconhecermos e de respeitarmos a existência de um modelo processual de feição coletivo não nos leva a extremar, em compartimentos rígidos, as regras processuais “tradicionais” (e também gerais) daquelas próprias do modelo coletivo (e, nessa medida, específicas).

Parece-nos, ao invés disso, que uma flexibilização do binômio “processo tradicional” / “processo coletivo” seja mais adequada à consecução dos escopos da jurisdição, comuns àqueles dois modelos de processo (e a quaisquer outros).⁵

Noutras palavras: advogamos a causa de uma maior e mais intensa comunicação entre as regras tradicionais (e gerais) do processo civil – contidas, em sua grande maioria, no CPC – e aquelas (específicas) talhadas para os processos coletivos.

Diríamos, sem a pretensão de negar o inegável (e o inegável – como já afirmamos – consiste em se reconhecerem as evidentes diferenças que existem entre aqueles modelos), que nossa reflexão tentará apenas identificar e conter alguns excessos, cometidos com muita frequência ao se sublinharem as diferenças e ao se contraporem – como se antípodas fossem – as regras do processo “tradicional” àquelas do processo coletivo.

5 Em sentido análogo – embora utilizados no contexto específico de uma crítica à oportunidade e à conveniência de se elaborar um Código Brasileiro de Processos Coletivos (com a qual, data vênica, não concordamos) – esses dizeres de Elton Venturi se ajustam bem ao mote do presente trabalho, vejamos: “[...] a idéia de uma sectarização do processo civil, bipolarizado, então, entre o *individual* e o *coletivo*, não se revela adequada à afirmação de sua própria vocação instrumental.” VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38.

As razões que nos levam a procurar tais excessos e a tentar desbastá-los são as que, agora, passamos a expor.

2.1 *Espécies do mesmo gênero: o direito processual civil*

Em primeiro lugar, a flexibilização proposta se impõe por um imperativo de coerência. Coerência na *classificação* daqueles modelos processuais. Afinal, os “processos” tradicional e coletivo são, antes de tudo, *direito processual civil* (e, quanto a isso, parece não caber dúvida, de espécie alguma).

Logo, se aceitamos que os moldes “tradicional” e “coletivo” de processo não são senão derivações de um ramo mais geral e mais profundo do ordenamento jurídico (o *direito processual civil*); então devemos reconhecer que – assim como há princípios mais profundos e mais gerais ainda, que se estendem a todos os tipos de processo estatal (legislativo, administrativo e jurisdicional; com base nos quais se estrutura a teoria geral do processo) – há também, no campo específico do processo civil, regras e princípios que se infundem por *todas as suas manifestações ou derivações* (incluída, aí, a derivação coletiva).

Assim, por mais que variem – de um modelo processual civil para o outro – os balizamentos legais de institutos como a coisa julgada ou a legitimação, por exemplo, parece inegável que existe e deve existir um mínimo denominador comum, uma espécie de núcleo rígido, existente ao menos nos planos principiológico e teórico, que nos permita tratar aqueles institutos (coisa julgada, legitimidade, ou quaisquer outros) como emanações técnicas de um mesmo conjunto de princípios e valores constitucionais, aplicáveis ao direito processual como um todo e ao processo civil em toda a sua extensão (*i.e.*: compreendido tanto no modelo individual quanto no coletivo). Tais princípios e valores são, precisamente, aqueles garantidos pela Constituição da República e sintetizados pela fórmula do *devido processo legal*.⁶

6 Sobre a relação entre os valores que o processo visa a tutelar (objeto de seus escopos) e os princípios constitucionais, cf. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, p. 321-331, abr. 2007.

Vistas as coisas por esse ângulo, torna-se bastante nítido que os “processos” tradicional e coletivo mais se aproximam do que se repelem, pois se deixam reconduzir a um único gênero (que, como dissemos, é o *direito processual civil*) e, mais que isso, porque se organizam sob as exigências fundamentais de um mesmo feixe de valores (aqueles protegidos pelos princípios que compõem o *devido processo legal*).⁷

Tal circunstância, por si só, já bastaria para deixar claro que as regras contidas no CPC são – e devem realmente ser – aplicáveis em caráter subsidiário ao microsistema processual coletivo; possibilidade esta que, aliás, o art. 19 da LACP deixa explícita, *in verbis*: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”. No mesmo sentido, vejamos o art. 90, do CDC: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da lei 7.347/85, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Apesar da limpidez dessas regras, sua aplicação – como veremos – ainda se afigura muito tímida, ao menos no que tange ao problema da legitimidade do indivíduo para a defesa judicial de pretensões coletivas (hipótese de que nos ocuparemos mais adiante).

Por ora, rematemos com a advertência de Antonio Gidi:

À doutrina e à jurisprudência comprometidas com a sociedade resta a tarefa de encontrar um ponto de equilíbrio entre ambas as tendências. Um ponto em que, dando a mais ampla interpretação possível aos novos institutos de direito pro-

7 No mesmo sentido, vejamos a lição de Eduardo Talamini: “O processo coletivo insere-se em um regime geral processual. Sustentar o contrário significaria negar a própria viabilidade de uma teoria geral do processo (aliás, estar-se-ia rejeitando a própria idéia de uma teoria geral do processo *civil*). Além disso – e eis o aspecto mais importante –, o processo coletivo, não menos do que o individual, deve subordinação às diretrizes constitucionais. Pode-se até conceber, em face de outros valores constitucionais, um diferente modo de os princípios e garantias fundamentais do processo operarem nas relações processuais coletivas, mas não há como simplesmente afastar sua incidência”. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123.

cessual coletivo, não se joguem por terra séculos de construção jurídica em se não aplicando (ou em se mal aplicando) preceitos do direito tradicional plenamente compatíveis.⁸

Respeitadas as evidentes limitações deste trabalho, tentará ele encontrar – no tocante ao desabrido tema da legitimidade individual para a defesa de pretensões coletivas – aquele desejável *ponto de equilíbrio*, situado em algum lugar entre as exigências axiológicas mais rentes ao modelo processual coletivo e aquelas típicas do modelo tradicional.

2.2 Concorrência de interesses individuais e coletivos

O equilíbrio desejado, a nosso ver, passa por uma maior comunicação entre as regras do “processo tradicional” e as do “processo coletivo”. Maior comunicação esta, aliás, que também se justifica pela frequente concorrência – em uma mesma situação litigiosa – de interesses individuais e coletivos. *A priori*, parece realmente impossível definir se um determinado caso envolve apenas interesses de indivíduos, ou se chega à dimensão dos interesses e conflitos de massa.

Os vínculos cada vez mais complexos e intrincados entre as relações sociais tornam inviáveis as tentativas de se delimitar – do ponto de partida ao de chegada – a extensão total de uma cadeia de relações jurídicas. Seus elos podem ser infinitos, alternando-se entre relações de porte individual e relações coletivas.

Dito de outro modo: um mesmo evento pode implicar inúmeros desdobramentos causais (e igual número de incidências normativas), não se podendo predefinir, apenas pelo “rótulo” que ao evento seja dado, se ele envolve conflitos meramente individuais ou se logra atingir a escala das relações de massa. Exemplos ajudarão a esclarecer o ponto.

Quem lê uma manchete que diz “dano ambiental” pensa logo em um evento de dimensões coletivas. Há nesse rótulo, com muita clareza, a enunciação de uma lesão a bem difuso,

8 GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 115-116.

qual seja a incolumidade do meio ambiente. Mas convenhamos que dizer “dano ambiental” é dizer muito pouco. Não se saberia, por exemplo, que tipo de dano foi esse, tampouco se ele acarretou lesão à saúde de alguns indivíduos, à de muitos, ou à de nenhum (mas apenas à natureza), etc.

Logo se vê, pois, que com a inserção de umas poucas variáveis em nossa “manchete” (variáveis que nos informassem algo mais sobre *o que* aconteceu e sobre *como* sucederam os fatos), aquilo que parecia envolver apenas um conflito coletivo passará a se revelar, ao menos potencialmente, distensível em inúmeras e sucessivas lesões a direitos individuais (como, por exemplo, lesões à saúde de cada uma das pessoas afetadas pelo dano ambiental). Passamos, então, a perceber de maneira mais completa aquele mesmo fenômeno, que, considerado *prima facie*, fazia crer a toda evidência que se confinava na órbita das relações jurídicas coletivas.

Disso podemos concluir, que – a depender apenas do número de dados de que disponhamos – determinado evento pode se apresentar, simultaneamente, como “individual” e “coletivo”. Isto é, pode revelar – ao lado de uma evidente relação jurídica coletiva – inúmeras relações individuais homogêneas, menos evidentes que aquela e com ela conexas (bem como conexas entre si).

Percorramos, agora, o caminho inverso. Isto é, partamos da constatação de uma lesão a direito individual para vislumbrarmos o surgimento de uma pretensão de alcance coletivo.⁹

Há diversas situações em que a tutela de um direito individual apenas se realiza, plena e eficazmente, mediante a atuação de providências que – ao atenderem à pretensão do indivíduo – acabam por beneficiar um sem número de pessoas. Em tais hipóteses, podemos falar de um direito individual a que se liga uma pretensão de dimensões coletivas.

Um bom exemplo pode ser dado pelo mesmo evento a que nossa “manchete” aludia. Basta que, desta feita, encaremos aquele acontecimento sob o ângulo dos direitos individuais violados. Pensemos no direito de cada um à incolumidade da própria

9 ‘Pretensão’, no sentido do texto, denota a posição jurídica em que se encontra o titular de um direito material, após a violação deste. Essa conotação, a despeito dos problemas que possa suscitar, acabou consagrada no art. 189 do nosso Código Civil, *in verbis*: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

saúde. Ninguém duvida de que se trata de um direito individual (aliás, de um dos mais caros direitos da personalidade). Logo, se a poluição do ar atmosférico, pelas chaminés da indústria “y”, estiver causando danos à saúde do indivíduo “x”, este fará jus à instalação de um filtro adequado, capaz de fazer cessarem os danos à sua saúde. Ou seja, aquela mesma atitude da indústria, descrita pela manchete como “dano ambiental”, poderia perfeitamente haver sido enunciada como “dano à saúde”, e mentira nenhuma haveria nisso, mas, tão-somente, uma mudança de perspectiva na descrição do (mesmo) fenômeno.

Ainda na hipótese, podemos dizer que da lesão ao direito individual surgiu para seu titular uma pretensão de dimensões coletivas, na medida em que o *facere* a que “x” faz jus (instalação do filtro) acabará por beneficiar toda a comunidade exposta aos efeitos da poluição e, de igual modo, a sociedade civil como um todo (a quem interessa difusamente a proteção do ar atmosférico).

Análoga é a situação de um consumidor de serviços de telefonia, de quem se cobrou, indevidamente, a tarifa de assinatura. Não possuiria ele o direito de não mais pagar semelhante tarifa, bem como o de haver restituídos os valores pagos a esse título?

Muito embora o direito à isenção da tarifa seja, inquestionavelmente, um direito individual (pois resulta da mera posição jurídica de consumidor), a tutela que esse direito reclama não deveria, no caso descrito, ser prestada de forma fragmentária (beneficiando apenas seu titular).

Afinal, por força das normas que regulam a prestação dos serviços de telefonia, toda e qualquer alteração tarifária deve – necessariamente – afetar de modo uniforme as coletividades de prestadores e de consumidores dos referidos serviços. Eis a circunstância que denuncia o manifesto caráter coletivo daquela pretensão, apesar de ela decorrer, como tantas outras, de lesão a um direito inequivocamente individual.¹⁰

10 A respeito do tema, cf. WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 159-160; YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas reflexões a propósito da legitimidade passiva nas ações civis públicas envolvendo atividades sujeitas à regulação. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 110-113.

Em situações desse tipo – em que se encontram imbricadas, em um mesmo evento danoso, lesões a direitos individuais e coletivos *tuteláveis segundo a mesma pretensão* – é preciso que haja canais abertos, no processo coletivo, para o ingresso e a defesa dos direitos individuais. Simetricamente, também é necessário que – em processo instaurado por um indivíduo, para a tutela de um seu direito – haja uma abertura para o ingresso e a defesa de um direito coletivo.

Vejamos se nosso sistema apresenta mecanismos que satisfaçam essas exigências. Verifiquemos se ele oferece, por alguma de suas normas, meios que permitam a inserção, em um mesmo processo, de direitos individual e coletivo, tuteláveis pelo acolhimento de um mesmo pedido.

3 A intervenção do indivíduo em processos coletivos

Voltemos à “manchete” do dano ambiental. Suponhamos que o Ministério Público – havendo tomado ciência desse fato – haja proposto demanda, em que pleiteia a condenação da empresa à instalação de um filtro em suas chaminés e ao pagamento de indenização pelos danos (irretratáveis) causados ao meio ambiente e ao grupo de cidadãos cujas saúdes foram lesadas.

Diante desse cenário, perguntamos: não poderia um indivíduo – afirmando-se lesado em sua saúde por aquele mesmo fato (e sob o risco de se ver continuamente lesado, enquanto não cessar a emissão das toxinas) – ingressar no processo coletivo para formular (na verdade, para “ratificar”) *o pedido de instalação do filtro*? Esse é o problema de que – de agora em diante – passamos a nos ocupar.

Desde já, deixemos assentado que a resposta a essa questão, segundo nos parece, só pode ser afirmativa. Seus fundamentos repousam tanto na Constituição da República quanto em um dispositivo específico do CDC, que, a nosso ver, concretiza *in casu* o princípio do amplo acesso à justiça e resolve adequadamente o problema. Vejamos mais de perto, pois, todos esses fundamentos.

3.1 Razões que legitimam a intervenção do indivíduo em processos coletivos

A solução de nosso problema, como dissemos, principia pela Constituição da República. A Carta Magna, ao consagrar o direito de ação (art. 5º, XXXV), assegurou amplamente, a quem se repute titular de um direito material violado ou ameaçado de violação, o acesso a todos os meios processuais idôneos à obtenção de um resultado jurisdicional justo.

Afinal – como observa a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover – “[...] a possibilidade de deduzir em juízo um direito, mediante a instauração do processo, reduzir-se-ia a bem pouco, se não se garantissem constitucionalmente os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido”.¹¹

O princípio constitucional mencionado, aliás, vai além. Garante não apenas os meios idôneos à tutela jurisdicional dos direitos, como estende essa garantia a *todas as situações substanciais merecedoras de tutela*. Em outras palavras: o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, amplia não só qualitativamente, *mas também quantitativamente* (e esse é o ponto que ora nos interessa), o alcance do dever estatal de prestar tutela jurisdicional justa e efetiva.

Em reforço de nosso argumento, acorramos à lição do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis*:

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil*. 1972. Tese (Livro-docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1972. p. 76.

[...] manifesta-se não somente *em sentido horizontal*, ampliando o âmbito das pretensões jurisdicionalizáveis e das pessoas com possibilidade de ingresso em juízo e aptas a receber a tutela; mas também *verticalmente*, na consciência do *direito ao processo* em conjugação com a franquia de meios de efetiva participação aos litigantes e com a moderna exigência de participação ativa do juiz – tudo coordenado ao objetivo final e mais elevado, que é a efetividade de bons resultados justos produzidos pelo exercício da jurisdição sobre a vida das pessoas em relação com outras e com os bens da vida. Fala-se em *universalização da jurisdição*, para expressar essa tendência expansionista tanto no plano quantitativo, quanto no qualitativo do serviço jurisdicional (sentido horizontal e sentido vertical). Reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis e dar tratamento adequado aos jurisdicionados.¹²

Ora, proibir quem possua um direito material violado (ou ameaçado de violação) de participar diretamente de um processo capaz de tutelar esse direito é ferir de morte o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (e, a reboque, a moderna exigência de universalização da jurisdição). Em linha de princípio, pelo menos, todos aqueles que julgam haver sofrido uma ofensa em suas esferas jurídicas têm o direito de ir ao Judiciário buscar tutela, razão pela qual não se deveria, como regra geral, impedir a intervenção do indivíduo em processos que – embora coletivos – sejam idôneos à consecução de um provimento que tutele, com máxima efetividade (*i.e.*: na forma específica), o direito daquele.

E não se venha objetar que a intervenção do indivíduo é desnecessária, porque, de todo modo, o acolhimento da pretensão coletiva, deduzida pelo Ministério Público ou por qualquer outro legitimado, acabaria satisfazendo o interesse daquele. O indivíduo, afinal, pode não se contentar com ser mero expectador do processo (para muitos, essa situação é cômoda; para outros, pode ser angustiante). Há quem possa desejar – e

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 839, t. II.

isso seria tão razoável quanto legítimo – participar ativamente do processo, em franca colaboração com o substituto da classe, já que os fatos que estão à base da *causa petendi* afetam diretamente um direito seu. Nessa linha, invoquemos este esócio do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque, que fere o ponto com precisão:

O legislador infraconstitucional, no que se refere a interesses coletivos e difusos, aparentemente restringiu a legitimidade apenas àquele rol do art. 82 (do CDC). Mas essa limitação não pode chegar ao ponto de um interesse coletivo ou difuso, com reflexo na esfera individual da pessoa, impedir ou obstar que essa pessoa venha buscar perante o Poder Judiciário a tutela do seu interesse individual. [...] Estamos aqui diante da garantia constitucional ampla à inafastabilidade da Justiça.¹³

Na mesma linha, certas as palavras de Elton Venturi. Vejamos:

[...] a falsa premissa que ora se busca rechaçar é a seguinte: se as vítimas e sucessoras serão beneficiadas pela sentença de procedência da ação coletiva, independentemente de terem participado do processo, infere-se que as mesmas não têm interesse jurídico em intervir [...]. Nada mais equivocado. Com efeito, a intervenção referida dos interessados [...] fundamenta-se, antes de tudo, no fato de que *a lide deduzida também lhes diz respeito*, sendo injustificável, portanto, sua inadmissão no procedimento judicial coletivo [...].¹⁴

Aliás, a *ratio* do argumento combatido – caso observada com rigor e levada às últimas consequências – conduziria à esdrúxula conclusão de que qualquer co-titular de um bem materialmente indivisível ficaria impedido (por supostamente lhe faltar interesse) de intervir em processo instaurado por outro dos co-titulares, vi-

13 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111.

14 VENTURI, Elton. Sobre a intervenção individual nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 257-258.

sando à proteção da coisa comum.¹⁵ O vício contido nesse raciocínio – despreciando dizê-lo – é mais do que evidente.

Ademais, a intervenção do indivíduo no processo, além de ser benéfica para o próprio (e indubitavelmente o é), pode ser extremamente útil também para a classe em juízo. Afinal, aquela intervenção pode contribuir decisivamente para a defesa dos direitos coletivos, na medida em que – embora movido (na grande maioria dos casos, sem dúvida) por interesses egoísticos – o indivíduo poderá trazer novas informações, bons argumentos e novos meios de prova, tudo contribuindo para o acolhimento da pretensão deduzida (o que satisfaria, a um só tempo, os interesses do próprio interveniente e de toda a classe, substituída em juízo pelo ente legitimado).¹⁶

Last, but not least, devemos considerar que a intervenção de um determinado número de indivíduos alargaria a arena do debate judicial e ampliaria as vias de participação democrática (direta) da sociedade no processo e, com isso, acabaria por proporcionar um controle mais eficiente sobre a atuação do ente legitimado, preocupação que ocupa, desde sempre, lugar de destaque entre os problemas relacionados à legitimidade para as demandas coletivas.¹⁷

15 Bem a propósito, Giorgio Costantino observa que – à falta de uma regulação por lei específica – os interesses coletivos deveriam de se subsumir à disciplina geral das obrigações indivisíveis. O mencionado autor parte dessa constatação para concluir que qualquer um dos co-titulares de um bem indivisível poderia – *autonomamente* – propor demanda visando à tutela deste. Transcrevamos seus ditos: “La disciplina delle obbligazioni in generale si presta ad offrire i criteri legali idonei a qualificare e a regolare ogni rapporto giuridicamente rilevante non altrimenti e specificatamente 6,5 pluralità di soggetti costituisce probabilmente una cosa o un fatto non suscettibile di divisione. Questa disciplina potrebbe contribuire a risolvere almeno alcuni dei problemi processuali precedentemente enumerati. In particolare, l’art. 1319 cod. civ. dispone che ciascun creditore – ovvero ciascuno dei soggetti investiti dell’interesse collettivo – può pretendere l’adempimento e, quindi, indica che ciascuno dei cointeressati è autonomamente legittimato”. COSTANTINO, Giorgio. Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi (atti del convegno di studio)*. Padova: CEDAM, 1976. p. 234.

16 No mesmo sentido, vejamos o ensinamento de Elton Venturi: “É razoável e realista imaginar hipóteses em que algumas vítimas e sucessoras do evento lesivo possuam maior capacidade técnica, econômica e política, comparadas às da entidade (associação civil, Procon, Ministério Público...) proponente da ação coletiva, motivo bastante para que sejam incentivadas a intervir na demanda [...]”. *Idem. Ibidem*. p. 258. Em sentido análogo, cf. FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137-138.

17 Sobre essa importantíssima questão, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 204-206; PROTO PISANI, Andrea. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) inanzi al giudice civile ordinario. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi (atti del convegno di studio)*. Padova: CEDAM, 1976. p. 277.; CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 137-140, 1977. ; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. p. 35-48.

Constatemos agora – descendo do plano das considerações axiológicas e partindo para a análise da técnica processual – que nosso sistema efetivamente contém (e nisso concretiza o princípio constitucional do amplo acesso à justiça) uma regra que autoriza a intervenção individual em processos coletivos.

3.2 *Análise dogmática da regra autorizadora (CDC, art. 94)*

O art. 94, do CDC, visando à concretização de todos aqueles valores a que acabamos de nos referir, determina que seja publicado edital, no órgão da imprensa oficial, *a fim de que os interessados possam intervir no processo coletivo*. Transcrevamos sua redação: “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

Enfrentemos agora, uma a uma, as principais controvérsias que essa regra suscita, a começar por esta: a intervenção do indivíduo só é permitida nos processos coletivos para a defesa de direitos individuais homogêneos, ou estaria também autorizada nos casos de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*?

3.2.1 *Intervenção do indivíduo em processos coletivos para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*

A nosso ver, a norma em comento – apesar de inserida no Capítulo II, Título III, do CDC (referente às demandas coletivas para a defesa de *interesses individuais homogêneos*) – é igualmente aplicável aos processos que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Afinal, não faria muito sentido restringir aquela intervenção a processos em que – no máximo – o indivíduo pudesse obter a tutela genérica, ressarcitória de seus prejuízos, vedando-a, contudo, nas hipóteses em que o acolhimento da demanda coletiva

fosse capaz de lhe render tutela específica (o que pode suceder nos processos que versam sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*).

O raciocínio é bem simples: se aceitamos que o indivíduo possa intervir em processos coletivos, para ajudar o demandante a obter uma tutela que – para ele, indivíduo – poderá apenas ressarcir um prejuízo sofrido, com maior razão deveremos admiti-lo, também, sempre que o objeto da demanda coletiva for capaz de proteger seu direito na forma específica (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*).

O exemplo que nos serve de base cuida bem de evidenciar isso. Parece inegável, afinal, que o indivíduo possui legítimo interesse em participar de um processo coletivo que tenha por objeto a instalação de um filtro nas chaminés da indústria demandada, desde que essa providência seja capaz de prevenir danos à sua saúde. Ou, por ventura, para ser admitido em juízo, seria necessário adoecer antes? Curiosa essa condição da ação.

3.2.2 Os poderes do indivíduo interveniente

Justificada, portanto, a aplicação do art. 94 do CDC aos processos coletivos em geral, não podemos deixar de registrar a imensa controvérsia que existe na doutrina, acerca da natureza da intervenção individual: ela formaria verdadeiro litisconsórcio (como diz a letra da lei) ou alguma espécie de assistência?¹⁸

18 Pelo litisconsórcio, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 882; VENTURI, Elton. Sobre a intervenção individual nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 254; Em contrapartida, defendendo a natureza de assistência litisconsorcial, cf. ARAÚJO FILHO, Luís Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 150; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 77-78. Há também quem defenda se tratar de assistência simples. Nesse sentido, cf. ROCHA, Ibraim. *Litisconsórcio, efeitos da sentença e coisa julgada na tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 145. Por derradeiro, citemos o entendimento de Joaquim Felipe Spadoni, que vê na hipótese do art. 94 a formação de uma “assistência coletiva simples”, instituto que – ao ver do mencionado autor – diferiria da assistência simples do modelo processual tradicional, no que tange ao âmbito de poderes do assistente. Cf. SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 510.

A discussão – acaso posta com rigidez entre estas alternativas (litisconsórcio ou assistência, *tertium non datur*) – parece girar em torno de um problema insolúvel. A técnica do art. 94 do CDC, a bem da verdade, não se deixa reduzir a nenhum daqueles institutos processuais (compreendidos, é claro, em suas feições clássicas). No que tange à situação legitimante do indivíduo, a hipótese se aproxima do instituto da assistência. Já no que toca aos limites objetivos da coisa julgada, em relação ao interveniente, achega-se com muita clareza aos domínios do litisconsórcio. Por isso não é correto afirmar que seja uma coisa ou outra, mas uma figura híbrida, que acaba turvando as lentes do observador (temperadas que estão pelas hipóteses de pluralidade de partes no processo civil “tradicional”).

Portanto, para que não nos percamos no cipóal de variáveis que o contraste entre litisconsórcio e assistência imediatamente suscita, devemos nos ater àquilo que há de essencial e verdadeiramente relevante na técnica veiculada pelo art. 94 do CDC: os poderes do indivíduo no processo coletivo.

Se voltarmos nossa atenção para este ponto, perceberemos que a nuvem de incertezas – condensada pelas diversas classificações que a doutrina oferece (litisconsórcio, assistência litisconsorcial, assistência simples, assistência coletiva simples, etc.) – dá lugar a um contundente e confortável acordo: todos parecem convir que o interveniente, a despeito de deduzir em juízo um direito material próprio, *não tem poderes para emendar ou aditar o pedido formulado pelo substituto da classe*.¹⁹

Tal conclusão procuram justificá-la a partir da premissa de que o sistema vigente não teria conferido, ao indivíduo, *legitimidade autônoma* para defender em juízo pretensões de alcance coletivo. Ponderemos, pois, sobre essa premissa, para que possamos compreendê-la no (muito) que tem de correta.

19 Nesse sentido, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 882; ARAÚJO FILHO, Luís Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 150; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 77-78; SPADONI, Joaquim Felipe. *Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos*. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 508.

Antes, porém, de passarmos à sua análise, deixemos asentado que a conclusão a que por ela a doutrina chega parece realmente se justificar. Melhor se justificaria, no entanto, por uma provável ausência de interesse do indivíduo em emendar o pedido formulado na demanda coletiva (sobretudo quando essa demanda houvesse sido proposta pelo Ministério Público).

Afinal, a atuação do *Parquet*, como sabemos, é vinculada à consecução de suas finalidades institucionais, razão pela qual o órgão ministerial não pode deixar fora de sua demanda algum pedido capaz de beneficiar a coletividade substituída. Em outras palavras: se o Ministério Público está obrigado a deduzir em juízo, ponto por ponto, a lide em sua total extensão, não haveria pedidos de alcance coletivo com que o indivíduo pudesse contribuir, pois todos eles – ao menos em tese – já estariam consignados na demanda proposta pelo órgão ministerial. E quanto aos pedidos de repercussão exclusivamente individual, para esses há – sempre aberta – a via do processo “tradicional”, bem mais adequada à apuração dos pormenores fáticos necessários ao julgamento desse tipo de pretensão.

3.2.2.1 *Os limites da legitimidade individual*

Quanto à questão de sua legitimação para a defesa judicial de pretensões de alcance coletivo – agora sim –, parece evidente que o indivíduo não recebeu *a mesma legitimidade* (supondo que haja recebido alguma) dada aos entes referidos pelos arts. 5º, da LACP, e 82, do CDC.²⁰

20 LACP, art. 5º: A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e pelos Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. CDC, art. 82: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

Aliás, a *mens legislatoris* é clara no sentido de que “[...] não se chegou ao ponto de legitimar a pessoa física às ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da ‘representatividade adequada’ [...]”²¹; opinião que, de resto, encontra amplíssima e valorosa acolhida doutrinária, não havendo de ser por nós infirmada ou desconsiderada.²²

No entanto, a admissão da premissa acima não nos deve levar à conclusão – precipitada, envolta em ares de inconstitucionalidade – de que o indivíduo não possa, ele próprio, *suscitar de algum modo a instauração de um processo coletivo*, quando esse meio lhe restar como o único capaz de prover tutela específica a seu direito (seja o direito à saúde – de que tanto falamos em nosso trivial exemplo – seja qualquer outro, tutelável na forma específica pelo acolhimento de uma pretensão de alcance coletivo).

Vedar-lhe, ao indivíduo, essa possibilidade, afrontaria o princípio constitucional do amplo acesso à justiça (CRFB, art. 5, XXXV), segundo o qual é assegurado, a quem possua um direito material violado ou ameaçado de violação, o poder de vindicar-lhe a tutela jurisdicional *se e quando, por qualquer motivo, o jurisdicionado reputar necessário*.

Como, então, equacionar o (correto) ensinamento doutrinário – segundo o qual o indivíduo não recebeu, do sistema vigente, legitimidade autônoma para defender em Juízo pretensões de impacto coletivo – com a garantia do amplo acesso à Justiça (que, na hipótese de que tratamos, autoriza o indivíduo a instaurar processo de repercussão coletiva por

21 WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 788.

22 Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Ações coletivas: premissas para a comparação com o sistema jurídico norte-americano*. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles de; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Orgs.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Universitária Leopoldiana, 2007. p. 21; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 38; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 156; RODRIGUES, Marcelo Abella. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 61; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 527; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 74-76; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 193.

não lhe restar alternativa para a obtenção da tutela específica de seu direito)?

Ao que nos parece, a melhor interpretação do sistema, feita à luz das garantias constitucionais que o norteiam, é a que toma como condição *sine qua non* – para que o indivíduo atue validamente em processos coletivos – a circunstância de que ele se faça acompanhar em juízo por um dos entes dotados de legitimidade autônoma. A legitimidade do indivíduo, nesse sentido, deve ser compreendida como *subordinada* ou condicionada à presença de um daqueles entes em juízo, presença esta, todavia, que o indivíduo tem poderes para provocar. (cf., *infra*, n. 4)

Para que admitamos, portanto, a participação individual em processos coletivos, necessário que algum (qualquer um) dos legitimados autônomos (arts. 5º, da LACP, e 82, do CDC) exerça a defesa judicial do interesse difuso ou coletivo *stricto sensu*; interesse este que acabará afetado – inelutavelmente – pelo julgamento da pretensão deduzida em juízo.

Dito de outro modo: ainda que ele, indivíduo, possua um direito material violado, tutelável na forma específica pelo acolhimento de uma pretensão dotada de alcance ou impacto coletivo, não lhe é dado, todavia, defender esse direito *de per si* (isto é: desacompanhado de alguém que o sistema reputou adequado e autorizado a defender os interesses pertencentes à coletividade, que também deverá estar em juízo, pois será afetada pelos efeitos da futura decisão).

3.2.2.2 *Fundamentos da subordinação da legitimidade individual*

Esta opção do sistema – de condicionar a estada do indivíduo em processos coletivos à presença de um dos legitimados autônomos – se justifica, como dissemos, na medida em que a eficácia da sentença, que se formasse nessas hipóteses, atingi-

ria uniforme e indivisivelmente o próprio indivíduo e a coletividade substituída.

A razão de ser daquela exigência, portanto, é a mesma que se tem, *mutatis mutandis*, na formação dos litisconsórcios necessários por incidibilidade da situação de direito material²³ (com a ressalva de que apenas a presença do indivíduo reclama a do legitimado autônomo, jamais o contrário [ou a legitimidade deste nada teria de *autônoma!*]).

Nessa linha, bem se vê pelo exemplo dado que não é factível instalar um filtro somente *para o indivíduo “x”* ou – o que daria na mesma – não o instalar *para os demais membros da coletividade*. Afinal, ou bem se instala o filtro, ou não se instala ele; *alterum non datur*. As consequências práticas que advenham de tal sentença, qualquer que seja o seu conteúdo, acabam se impondo a todos indistintamente.²⁴

Na afetação coletiva do julgado, precisamente, é que reside a verdadeira causa da impossibilidade de que o indivíduo – no sistema atual – figure sozinho em um dos polos de um processo coletivo. Caso se admitisse, por hipótese, essa atuação individual autônoma, haveríamos forçosamente de escolher entre duas alternativas, nenhuma delas satisfatória, a saber: (i) poderíamos pensar em restringir o alcance da coisa julgada aos sujeitos parciais do processo; ou, (ii) diante da mesma hipótese, poderíamos estender os limites subjetivos da coisa julgada a toda a coletividade interessada.

Na hipótese *sub (i)*, supondo que haja sido *proposta e conduzida* apenas pelo indivíduo *a* demanda que pleiteie a instalação de filtros na chaminé da indústria demandada, poderia perfeitamente o indivíduo *b* (e *a fortiori* os indivíduos *c*; *d*; *e*; *ad infinitum*) repropor no futuro aquela mesma demanda, se por

23 “O conceito de litisconsórcio necessário, como se sabe, mas nunca é demais repisar, não se confunde com o de litisconsórcio unitário. Ao exigir o litisconsórcio em certos casos, ou seja, ao ditar a regra da necessariedade, a lei toma em consideração certos *fatores de aglutinação* que aconselham ou mesmo tornam indispensável a exigência. Esses fatores de aglutinação decorrem das realidades disciplinadas pelo direito substancial (a incidibilidade da situação jurídica) ou da conveniência, sempre meta-processual, de que o processo tenha maior abrangência (o litisconsórcio por força de lei específica)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 159.

24 Transcrevamos, por sua singeleza e por sua precisão, a lição da Prof^a Ada Pellegrini Grinover: “Ou bem a sentença é favorável, e favorece de igual maneira todos os integrantes do grupo; ou bem é desfavorável, e necessariamente desfavorece a cada um de seus integrantes”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no código modelo de processos coletivos para Ibero-América. In: _____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 204.

ventura ela viesse a ser rejeitada quando de sua propositura pelo indivíduo *a*.

Um desses novos demandantes (*b, c, d, e, etc...*) poderia eventualmente lograr o acolhimento da demanda. Se isso viesse a ocorrer – e é extremamente provável que, cedo ou tarde, acabasse de fato acontecendo –, a empresa demandada se veria diante de um impasse irresolúvel, verdadeiro embaraço criado por duas normas concretas mutuamente excludentes, a saber: a que lhe obriga a instalar o filtro (obtida, suponhamos, pelo indivíduo *j*) e alguma (ou todas) daquelas que lhe consentem não instalá-lo (obtidas em face dos indivíduos *a, b, c, d, e, f, g, h e i*). Qual delas, enfim, deveria ser obedecida?

O conflito entre esses julgados, a toda evidência, não se restringe ao âmbito *lógico* (isto é, não colidem apenas os fundamentos de uma e de outra das decisões). Alcança também (o que é muitíssimo mais grave) o plano *prático*, porque a incompatibilidade nesse caso se dá não apenas entre os fundamentos, mas entre os dispositivos das sentenças em contraste (*i.e.*: entre seus comandos). Isso torna impossível, simplesmente, que se dê cumprimento a ambas (na medida em que o cumprimento de uma implica necessária e simetricamente o descumprimento da outra).²⁵

25 Sobre o tema em relevo, remetemos o leitor a outro de nossos trabalhos, de que transcrevemos o seguinte excerto, *in verbis*: “Para aferirmos uma projeção ou um risco de incompatibilidade entre as decisões de duas ou mais demandas, devemos, em primeiro lugar, classificar e dividir as incompatibilidades em dois tipos: *a) incompatibilidade lógica e b) incompatibilidade prática*. Por incompatibilidade lógica tomamos o *conflito de sentidos* entre as decisões. Haverá, portanto, esse tipo de incompatibilidade, quando os motivos das decisões forem logicamente inconciliáveis [...]. Por exemplo, se uma demanda condenatória ao pagamento do dano emergente decorrente de um ato ilícito é julgada procedente e, paralelamente, é julgada improcedente demanda condenatória ao pagamento dos lucros cessantes decorrentes do mesmo ilícito (por entender o magistrado, nos fundamentos da sentença, que o ilícito alegado não existiu) haverá entre essas decisões, inegavelmente, uma *incompatibilidade lógica*. Tal incompatibilidade fica evidente na medida em que, nos fundamentos da sentença que acolheu a primeira demanda (acerca do dano emergente), se afirma existente o ilícito; ao passo que se nega a existência do mesmo, respectivamente, na sentença que rejeitou a demanda segunda (acerca dos lucros cessantes). Ora, ou existe ou não existe o controvertido ato ilícito, não havendo terceira opção (*tertium non datur*), ou algum meio de conciliar decisões que afirmem e neguem, a seus turnos, aquele mesmo fato. [...] Devemos, agora, passar ao exame do critério de detecção do outro tipo de incompatibilidade entre julgados: a *incompatibilidade prática*. A *incompatibilidade prática* se estabelece entre as partes dispositivas de dois ou mais julgados [...]. Revela-se quando os comandos ali exarados não possam ser simultaneamente efetivados, ou quando a efetivação de um deles retire ao outro toda a sua eficácia. Da primeira ordem são as *incompatibilidades práticas entre comandos condenatórios* (e.g.: demanda reivindicatória e oposição julgadas procedentes: como executar ambos os comandos, se o bem em questão deve ser outorgado a apenas uma das partes [autor ou oponente]?). Da segunda ordem são as *incompatibilidades práticas entre comandos declaratórios e constitutivos* (uma declaração positiva retira à correlata declaração negativa toda a sua eficácia e vice-versa; do mesmo modo, uma constituição positiva retira à correlata constituição negativa [desconstituição] toda a sua eficácia, e simetricamente). Assim, de um modo geral, haverá incompatibilidade prática entre julgados quando – do ponto de vista fático ou no que disser respeito à conservação de suas eficácias – for impossível efetivá-los simultaneamente.” OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*: conceito e efeitos da conexão e dos escopos do processo. 2006. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006. p. 112-118, *passim*.

Um resultado desses – isto é óbvio – não pode ser tolerado pelo sistema, porque impede que se dê alguma regulação jurídica ao caso, elimina toda e qualquer possibilidade de pacificar o mesmo e, no limite, desacredita a Jurisdição como emanção do poder político (capaz, por definição, de decidir e impor as próprias decisões).²⁶

Todavia, como já dissemos, a alternativa posta a esse cenário também não oferece, por sua vez, uma solução admissível. Na hipótese *sub (b)* – vale recapitular – atribuir-se-ia legitimidade ao indivíduo para *propor* e *conduzir*, por si só, demandas coletivas cuja decisão vinculasse, após seu trânsito em julgado, toda a coletividade juridicamente interessada.

Assim, uma vez rejeitado o pedido formulado pelo indivíduo “a”, para a instalação de filtros nas chaminés da indústria demandada, nenhuma outra pessoa natural ou jurídica poderia rediscutir o mérito daquela causa, mercê do óbice imposto pela autoridade da coisa julgada (ou seja: ninguém poderia obter uma decisão judicial que determinasse a instalação dos filtros).

Nesse segundo cenário, afasta-se o risco gravíssimo de sobrevirem decisões praticamente incompatíveis (na medida em que, decretada a ordem de instalação ou a autorização de não-instalação dos filtros, o comando da sentença valeria *erga omnes*). Contudo, quando a decisão proferida fosse desfavorável ao interesse difuso ou coletivo em jogo (no caso do exemplo, quando determinasse a não-instalação dos filtros) ela acabaria por impor à coletividade interessada um sério e irreversível gravame, sem que lhe houvesse sido dada – à própria coletividade (e aqui está o vício dessa solução) – a oportunidade de influenciar previamente o julgador, de participar efetivamente da formação do julgado, conforme lhe é assegurado pela garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV). Tamanho ferimento ao contraditório e à ampla defesa – despiendo dizê-lo – também é abjeto e não tolerado pelo sistema.

26 Em outras palavras: resultado como esse impede, a um só tempo, o atingimento dos escopos jurídico, social e político do processo. Sobre o tema, cf., por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 193-272.

Assim, temos que uma das hipóteses [*sub (a)*] enseja o risco de completa ineficácia dos julgados (por sua absoluta incompatibilidade prática); ao passo que a outra [*sub (b)*] põe em risco o contraditório e a ampla defesa, assegurados à coletividade interessada. Como já foi dito, o sistema de garantias constitucionais do processo não se compadece com essas alternativas. Muito pelo contrário: rejeita ambas.

Esse é o fator que justifica, nas hipóteses de que cuidamos, o condicionamento imposto ao exercício individual do direito de ação. O agir individual autônomo, em hipóteses como as de que tratamos, é vedado pelo sistema justamente por oferecer riscos (que o próprio sistema avaliou e considerou indesejáveis) quer à *efetividade* da tutela jurisdicional coletiva (na medida em que a incompatibilidade prática entre julgados a eliminaria por completo), quer à garantia do *contraditório* e da *ampla defesa* coletivos (que poderia quedar violada pela formação, inadvertida, de uma coisa julgada *erga omnes* contrária aos interesses da coletividade).

3.2.2.3 *A legitimidade subordinada do indivíduo (constitucionalidade dessa solução)*

Por mais de um motivo, então, se revela constitucional a solução adotada pelo sistema. Solução esta que – à falta de uma denominação melhor – resolvemos chamar de *legitimidade subordinada* do indivíduo para a defesa judicial de pretensões coletivas.

Ao condicionar a estada em juízo, do indivíduo, à presença de um dos legitimados autônomos (arts. 5º, da LACP, e 82, do CDC), o sistema proveu solução que consegue, a um só tempo: (i) evitar a incompatibilidade prática entre julgados; (ii) respeitar o direito da coletividade à observância do contraditório e da ampla defesa (na medida em que ela, a coletividade, deverá sempre estar substituída em juízo pelo legitimado autônomo) e, por fim; (iii) consentir ao indivíduo uma via de participação direta – embora condicionada – na defesa judicial de seu direito (ao qual se liga a pretensão de alcance coletivo, deduzida em juízo).

É claro que o indivíduo – embora tenha sua participação em processos coletivos condicionada à presença de um dos legitima-

dos autônomos – não está preso à contingência (absolutamente fortuita) de um desses legitimados haver proposto a demanda.

Se assim fosse, existiria óbice injustificado (e dos mais difíceis de transpor) a que o indivíduo pudesse exercer a garantia constitucional do amplo acesso à justiça: restaria a ele torcer para que um dos legitimados autônomos propusesse demanda – demanda esta que deveria, ao acaso, ser capaz de tutelar seu direito material – para que, só então, por meio da intervenção prevista no art. 94, do CDC, pudesse o indivíduo buscar a tutela jurisdicional desse direito.

Condicionar a possibilidade de tutela jurisdicional de um direito à livre e casual manifestação da vontade de outrem (que não o seu respectivo titular) é solução que não se harmoniza com nosso conjunto de princípios constitucionais do processo.²⁷

Vejamos, então, em que medida é correto afirmar que o indivíduo possa – ponte própria – instaurar um processo coletivo capaz de tutelar adequadamente seu direito.

4 A propositura de demanda coletiva pelo indivíduo

O exemplo é o mesmo que dá concreção a todas as reflexões já registradas.

Imaginemos que o indivíduo “x”, sentindo-se lesado em seu direito à saúde, proponha demanda em face da empresa “y” (suposta poluidora do ar atmosférico), pedindo seja condenada a instalar filtros nas chaminés de sua fábrica.

Por tudo o que dissemos, uma demanda dessa natureza não poderia ser conduzida apenas pelo indivíduo. Devido ao impacto coletivo da pretensão deduzida, é necessário que algum dos legitimados autônomos defenda em juízo os interesses da

27 Sobre a garantia constitucional do direito de ação, vejamos, por sempre oportunos, os dizeres do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque: “Em primeiro lugar, pode-se afirmar tratar-se de um direito absolutamente atípico, pois se destina à veiculação de qualquer interesse assegurado pelo ordenamento jurídico material. Basta a afirmação da existência de um suposto direito, individual, coletivo ou difuso, para que a pessoa tenha a seu dispor o meio pelo qual poderá deduzi-lo perante o órgão jurisdicional e postular a respectiva tutela. [...] O direito de ação nada mais é do que o direito ao modelo processual estabelecido na Constituição da República. Acesso à justiça, ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas súmárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70-73.

coletividade (que, como vimos, será fatalmente atingida pelos efeitos da decisão *de meritis*).

Todavia, também não poderia a demanda ser liminarmente extinta, por falta de legitimidade *ad causam* do indivíduo. Isso, em última análise, consistiria em negar, a este, a possibilidade de fazer valer seu direito quando reputasse necessário.

Em termos práticos, essa solução retiraria do indivíduo toda a legitimidade que inegavelmente possui (embora a possua com os condicionamentos a que já nos referimos) e, em termos teóricos, incorreria em manifesto erro de perspectiva, afinal, o indivíduo pedira *em nome próprio a tutela de um direito próprio* (não, evidentemente, a tutela do direito da coletividade; embora essa tutela possa acabar sobrevindo, como uma consequência inarredável do acolhimento da demanda proposta). Satisfeito, assim, o requisito da legitimidade ordinária (tal como disciplinado, *a contrario sensu*, pelo art. 6º, do CPC)²⁸, não poderia aquela demanda, proposta pelo indivíduo, ser simplesmente indeferida.

Computadas todas as variáveis, o quadro que temos diante de nós, portanto, é o seguinte: devemos, por um lado, reconhecer a legitimidade ordinária do indivíduo para a propositura da demanda conjecturada (art. 6º, do CPC); por outro, temos de admitir que o sistema processual não lhe haja conferido *autonomia* para defender pretensões de alcance coletivo (sua legitimidade nessas hipóteses, como vimos, é subordinada à presença em juízo de um daqueles entes, referidos pelos arts. 5º, da LACP, e 82, do CDC).

Assim, não podemos consentir que o processo seja extinto sem julgamento de mérito (pois isso tornaria, para o demandante, pouco mais que demagógico o sentido da expressão “amplo acesso à justiça”) e, paralelamente, também não podemos permitir que ele prossiga da maneira como foi instaurado (isto é, sem a presença de algum dos legitimados autônomos para a defesa judicial da coletividade).

Por isso, nos vemos impelidos a encontrar uma solução conciliatória, capaz de preservar a viabilidade daquele processo para o indivíduo demandante, sem prejuízo da garantia consti-

28 CPC, art. 6º: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

tucional do contraditório e da ampla defesa, assegurada à coletividade interessada.

Tal solução, ao que nos parece, encontra-se expressamente cominada pelo art. 82, III, *in fine*, do CPC. Vejamos atentamente a redação desse dispositivo, que preceitua como obrigatória a intervenção do Ministério Público nas “*causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte*”.

Evidentemente, no caso de que cogitamos, o interesse difuso à incolumidade do ar atmosférico se deixa subsumir, com perfeição, à cláusula geral de “interesse público evidenciado pela natureza da lide”. Eis o fator que impõe – de forma insopitável – a intervenção do órgão ministerial no processo, nos exatos termos em que a exige o art. 82, III, do CPC.

Não se trata, naturalmente, de uma faculdade do *Parquet*, mas de um dever seu. É rigorosamente obrigatória sua atuação em processos como o que imaginamos, não podendo aquele órgão – após uma análise superficial dos autos – recusar-se a participar do feito, ao argumento de que considera, *prima facie*, infundada a demanda.

É vedado, portanto, que o Ministério Público se recuse a participar de um processo como aquele de que cogitamos (instaurado por demanda em que alguém pretenda a obtenção de um provimento tal que seja capaz de afetar uma parcela significativa de indivíduos e grupos sociais; ou, no pior dos mundos, capaz de atingir a sociedade brasileira como um todo). Deixar de participar do processo, em qualquer dessas circunstâncias, é violar o *munus* de que está incumbido, pelo art. 127, da CRFB, o órgão ministerial.²⁹

Logo, sempre que for proposta, por um indivíduo, uma demanda de impacto coletivo, deverá o magistrado – mercê da obrigatória participação do *Parquet* no feito – valer-se do preceito contido no art. 7º, da LACP, que assim prescreve: “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

29 CRFB, art. 127: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Comando mais claro impossível. O magistrado, diante das informações relatadas pela demanda de que nos ocupamos, aplicará o art. 7º, da LACP, e remeterá cópias dos autos ao Ministério Público, ao mesmo tempo em que o intimará para que adote “as providências cabíveis”. A primeira delas – e simplesmente indeclinável, como vimos – é intervir no processo.

Assim, cumprindo seu dever funcional e intervindo no feito, o Ministério Público propiciará, *ipso facto*, a inserção da coletividade no processo e o respeito às garantias constitucionais a que ela faz jus. Isso porque o *Parquet*, nessas circunstâncias, é a própria coletividade em juízo (na medida em que figura como substituto da mesma).

É claro que o fato de ser obrigatória sua intervenção, em defesa da coletividade interessada, não significa que o Ministério Público esteja obrigado a *ratificar* a demanda proposta pelo indivíduo. Decerto não o estará quando a “verdade processual”, resultante da instrução probatória, revelar-se contrária ao acolhimento daquela. Seria mesmo absurdo que o imaginássemos obrigado a endossar o pleito individual, uma vez que – assim como o juiz – o órgão ministerial possui independência funcional e livre convencimento sobre os fatos da causa.

Portanto, caso se convença ao fim da instrução de que os fatos alegados pelo autor não ocorreram (o que equivale a dizer – na hipótese de que tratamos – que a sociedade não vinha sendo lesada por emissões indevidas de toxinas no ar atmosférico), deverá o Ministério Público – tão-somente – *deixar de opinar pelo acolhimento do pedido*.

Não lhe é dado, nessas circunstâncias, *pugnar pela rejeição da demanda*, pois não atua em prol dos particulares interesses da empresa demandada (cuja defesa desborda completamente de suas atribuições). Por isso, ainda que se convença de que assiste razão a ela, deve o órgão ministerial, “[...] pura e simplesmente, declarar nada mais ter a deduzir em favor da parte (*in casu*, a coletividade substituída) a quem lhe compete assistir”.³⁰

30 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. O Ministério Público no processo civil: algumas questões polêmicas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 40, jan./mar. 1991.

Devidamente inserida, em juízo, a coletividade, eliminam-se pela solução alvitrada os riscos de que o provimento final venha a se formar sem a participação de todos os interessados no processo. Com isso, resguardam-se os cânones constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Simultaneamente, permite-se que o indivíduo tenha amplo acesso à justiça, vendo-se livre para – quando considerar necessário fazê-lo – exercer seu direito de ação e provocar o Judiciário (e a reboque o Ministério Público) em busca da tutela jurisdicional de seu direito.

É evidente que, com a inserção da coletividade no feito (substituída pelo Ministério Público), passarão a incidir as regras processuais do modelo coletivo. Por essa razão mesma, a coisa julgada material, que vier a se formar, alcançará todo o grupo social substituído.

Isso impede que o órgão ministerial, ou qualquer outro dos legitimados autônomos, venha a propor novamente aquela demanda. Aplica-se normalmente, às situações de que tratamos, o disposto no art. 103 (I ou II, a depender do caso) do CDC.³¹ Quanto ao indivíduo demandante, naturalmente, há também de se estender a autoridade da coisa julgada, por força do disposto na primeira parte do art. 472, do CPC.³²

Por derradeiro, supondo que houvesse sido rejeitada a demanda proposta pelo indivíduo “a”, com a presença da coletividade no feito, é de se registrar que não poderia o indivíduo “b” (ou qualquer outro) reabrir a discussão daquela matéria em outro processo. Afinal, tendo ele (como qualquer dos demais) legitimidade subordinada, isso exigiria que novamente a coletividade se fizesse presente em juízo. Para ela, todavia, já existirá sentença com autoridade de coisa julgada material; restando-lhe, por conseguinte, vedada a obtenção de novo julgamento *de meritis*. Eis porque resultam comprometidas quaisquer possibilidades de que outros indivíduos venham a ressuscitar o julgamento daque-

31 CDC, art. 103: Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I, do parágrafo único, do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II, do parágrafo único, do art. 81; [...].

32 CPC, art. 472: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada [...].

la mesma demanda: porque nenhum deles pode figurar, nesses processos, desacompanhado da coletividade substituída (e esta, por sua vez, não pode participar do feito, *ex vi* da autoridade da coisa julgada, que em face dela se impõe).

5 Defesa da coletividade pelo indivíduo (o princípio da instrumentalidade das formas)

Por tudo o que já dissemos, resta bastante claro, a essa altura, que a presença obrigatória do Ministério Público, nas hipóteses de que cuidamos, visa a assegurar à coletividade interessada o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, com vistas à legitimação da decisão final, que projetará sua eficácia e sua autoridade sobre aquela coletividade mesma.

Quid juris, pois, se um processo de repercussão coletiva chegar ao fim, com sentença de mérito, sem que nele haja intervindo o órgão ministerial (e, portanto, sem que o direito da coletividade ao contraditório e à ampla defesa tenha sido respeitado)?

Em linha de princípio, pelo menos, é certo dizer que a inobservância da forma legal implicará uma nulidade. Aliás, essa é uma nulidade que vem triplamente cominada pelo CPC. Primeiramente, seu art. 84 preceitua que “quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação, *sob pena de nulidade do processo*”. Mais adiante, já no art. 246, repete-se a cominação de nulidade, expressando-a agora nestes termos: “*é nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir*”. Por fim, no parágrafo único do mesmo art. 246, o Código prescreve que “se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, *o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado*”.

Sabemos, porém, que as regras que disciplinam a forma dos atos processuais não possuem um fim em si mesmas. Apenas visam – como é de conhecimento geral – a garantir a observância de determinados valores, ora relacionados à defesa dos

interesses das partes, ora necessários à boa administração da justiça.³³

No caso de que tratamos, especificamente, é muito fácil identificar o valor a cuja proteção a forma visa. Afinal, já foi assaz enfatizado que a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público quer apenas garantir que não seja proferida uma decisão, contrária aos interesses da coletividade substituída, sem que lhe haja sido dada, previamente, a faculdade de exercer o contraditório e a ampla defesa (ou, na conhecida dicção do direito estadunidense, a oportunidade de haver seu *day in court*).

Por conseguinte, ainda que a não-intervenção do *Parquet* constitua causa de nulidade do processo, a mesma deverá ser desconsiderada quando – a depender do sentido da decisão proferida – percebermos que ela não resultou em prejuízo para a coletividade interessada. Em outras palavras: quando o órgão ministerial não haja intervindo – prosseguindo o feito a seu termo e culminando em uma sentença de mérito *favorável* à coletividade – a nulidade decorrente da não-intervenção deverá ser simplesmente ignorada, pois o descumprimento da forma não acarretou prejuízo para a coletividade interessada (em favor da qual a regra violada fora instituída). Trata-se, em suma, de se aplicar à espécie o princípio da instrumentalidade das formas.³⁴

6 Limites numéricos à participação do indivíduo em processos coletivos

Sobre o tema – nos moldes em que o poderíamos abordar neste trabalho – resta um último ponto a ser enfrentado. Há, evidentemente, limites quantitativos para a participação do indivíduo em processos coletivos.

Afinal, a participação individual só é benéfica (para a coletividade substituída e para os próprios indivíduos participantes)

33 Sobre o tema, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 180-227; 422; *passim*; SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 63, p. 64 et seq., jul./set. 1991.

34 Cf., por todos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.72 et. seq.

dentro de certos limites numéricos, que não podem ser definidos com rigor em abstrato e, todavia, hão de ser observados imperiosamente no caso concreto.

O dever de se evitar o tumulto processual não pode ser descuidado. Afinal, são bem conhecidos de todos os riscos e os males da formação de um cúmulo multitudinário de demandas.

É por essa única e suficiente razão – isto é, para que não se torne inviável um processo, mercê do “inchaço” provocado pelo número de indivíduos interessados em participar dele – que o legislador *obriga* o juiz a indeferir, a partir do momento em que começarem a se revelar tumultuárias, as demandas individuais interventivas.

Para esse fim, aplica-se com exatidão o parágrafo único, do art. 46, do CPC,³⁵ com a ressalva de que os indivíduos, recusados em juízo, não poderão deduzir sua pretensão noutros processos. Se pudessem fazê-lo, a inadmissão de suas demandas interventivas quedaria sem efeito algum. Afinal, as novas demandas, por eles propostas, haveriam de ser reunidas por conexão àquela instauradora do primeiro processo, o mesmo em que já não haviam sido admitidas, quando, então, se apresentaram sob a forma de demandas interventivas.

Comete-se, com isso, certa restrição ao direito de ação dos indivíduos. Tal restrição, todavia, é plenamente legítima e justificável pelas circunstâncias, porque prescrita em nome do valor maior da efetividade da tutela jurisdicional (para cujo atingimento, a bem da verdade, volta-se o próprio direito de participação em contraditório, tanto do indivíduo quanto da coletividade).

Assim – em louvor da efetividade, portanto –, deverá o juiz impor rígido limite às tentativas de intervenção individual, sempre que as circunstâncias do caso as revelar contraproducentes, demasiadas, capazes apenas de dificultar o bom e célere andamento do processo, protelando indefinidamente a entrega da tutela jurisdicional.

35 CPC, art. 46, parágrafo único: O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. [...].

7 Conclusões

À guisa de conclusão, cabe apenas enfatizar a ideia que está ao fundo de toda a argumentação expendida: o direito processual civil é um sistema, e como tal se reveste de unidade e de ordenação.³⁶ “Tradicional” ou “coletivo”, o processo civil é um só, como uma só é a maneira pela qual o podemos compreender adequadamente: vendo-o, sempre, como instrumento a serviço dos direitos materiais violados ou ameaçados de violação.

A feição instrumental – co-natural à concepção hodierna de processo – impõe ao intérprete a tentativa de estabelecer um diálogo mais intenso entre as fontes dos modelos processuais tradicional e coletivo. Esse “diálogo” pressupõe uma visão panorâmica dos princípios e das regras que perpassam todo o direito processual civil. Apenas pela conjugação dessas normas, pautada na busca dos escopos do processo, seremos capazes de encontrar, em meio ao individual, o espaço do coletivo, e em meio ao coletivo, o lugar do individual.

8 Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO FILHO, Luís Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

36 Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2002. p.18-20.

_____. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O Ministério Público no processo civil: algumas questões polêmicas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p.36-56, jan./mar.1991.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma tentativa de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi (atti del convegno di studio)*. Padova: CEDAM, 1976.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978.

COSTANTINO, Giorgio. Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi (atti del convegno di studio)*. Padova: CEDAM, 1976.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Universalizar a tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil*. 1972. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1972.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: _____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual: conceito e efeitos da conexão a serviço dos escopos do processo*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006.

_____. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, p.321-331, abr. 2007.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) inanzi al giudice civile ordinario. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi (atti del convegno di studio)*. Padova: CEDAM, 1976.

ROCHA, Ibraim. *Litisconsórcio, efeitos da sentença e coisa julgada na tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. Ações coletivas: premissas para a comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Orgs.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Universitária Leopoldianum, 2007.

_____. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo*

como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 63, p.64-87, jul./set. 1991.

SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos. In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Sobre a intervenção individual nas ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

_____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas reflexões a propósito da legitimidade passiva nas ações civis públicas envolvendo atividades sujeitas à regulação. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

ZANETI JR. Hermes; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

1.4

PARTICULARIDADES DA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS PELO PODER PÚBLICO NOS JUIZADOS ESPECIAIS DISCIPLINADOS PELA LEI Nº 12.153/09

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA*
LÍVIO OLIVEIRA RAMALHO**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Microsistema dos Juizados Especiais brasileiros. 3 Condicionantes teóricas da conciliação no processo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal. 4 Problema da autonomia técnica dos advogados públicos e da Advocacia Pública. 5 Imperiosidade da instauração de procedimento administrativo para a deliberação acerca da pertinência teórica da celebração de acordo pela Fazenda Pública. 6 Inviabilidade técnica da realização da audiência preliminar quando houver nos autos manifestação da Fazenda Pública pela impossibilidade da celebração de acordo. 7 Inviabilidade técnica da manutenção da audiência preliminar para coleta da prova pelo conciliador quando houver nos autos manifestação da Fazenda Pública pela impossibilidade da celebração de acordo. 8 Inviabilidade técnica da manutenção da audiência preliminar quando houver nos autos proposta de acordo apresentada pela Fazenda Pública. 9 Conclusão. 10 Referências.

1 Introdução

No final do ano de 2009 foi editada, pelo Congresso Nacional, a Lei nº 12.153, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Esse diploma normativo permite ao jurisdicionado valer-se do rito procedimental dos Juizados Especiais para acionar os Estados e os Municípios, assim como as suas respectivas autarquias e empresas públicas, ampliando, com isso, o campo de aplicação da sistemática dos Juizados Especiais, e favorecendo o acesso à justiça.

* Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

** Professor do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo (APES). Procurador do Estado do Espírito Santo.

Nosso objetivo, neste artigo, é compatibilizar o procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal, no que toca à conciliação no processo e às particularidades da celebração de acordos pelo poder público. E tal se faz necessário porque a Lei nº 12.153/09, quando refere à conciliação no processo desses novos Juizados da Fazenda Pública, reporta-se (como não poderia deixar de ser, dada a incidência do princípio federativo) aos termos e às hipóteses previstas em lei pelo respectivo ente da federação, seja ele Estado ou Município (art. 8º).

Por esse motivo, e porque, como cediço, a Fazenda Pública encontra-se submetida ao primado da indisponibilidade do interesse público¹, tomaremos como pressuposto de nossa análise a premissa segundo a qual, quanto ao particular, a interpretação e a aplicação da Lei nº 12.153/09 demandam do jurista a verificação de se é possível, nos termos da legislação estadual, ou da local, a construção de deliberação administrativa no sentido da composição do litígio e, bem assim, a compreensão, quando tal se puder verificar, de como se constrói, em âmbito interno, essa decisão administrativa. Em vista de nosso objeto de análise, interessa-nos, em especial, descrever como se processam, nos Juizados Especiais disciplinados pela Lei nº 12.153/09, a audiência de conciliação e a apresentação de proposta de acordo pela Fazenda Pública.

2 Microssistema dos Juizados Especiais brasileiros

Quanto a esse particular, o procedimento desses Juizados da Fazenda Pública Estadual e Municipal desenvolve-se, com certas adequações, segundo o rito ditado pela Lei nº 9.099/95².

1 Ao ensejo, Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que "a indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja", e que mesmo o "órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhes incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a intenção legis" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 34). Disso decorre a conclusão de Bandeira de Mello quanto a não terem as pessoas administrativas disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização, precisamente porque essa "disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na sua esfera) em sua manifestação legislativa" (MELLO, op. cit., p. 34). Destarte, muito embora os agentes da Administração não possam, por deliberação própria, dispor sobre interesse público deduzido em Juízo, o Estado (aqui considerado em seu sentido "lato") poderá fazê-lo, mediante oportuna autorização legislativa. Sendo assim, o dogma da indisponibilidade do interesse público mitiga-se diante de hipotética previsão legal autorizativa da sua disposição pelos agentes que representam o ente público em um processo judicial.

2 A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microssistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público* (PRELO). Salvador: Juspodivm, 2010. Capítulo 1 da Segunda Parte.

Com efeito, a Lei nº 12.153/09 (art. 27) prevê que se aplique subsidiariamente a suas disposições o Código de Processo Civil, a Lei nº 9.099/95 (que estabelece o rito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e a Lei nº 10.259/01 (que instituiu os Juizados Especiais Federais). Semelhante prescrição normativa, quando conjugada à constatação empírica de que a “*novatio legis*” não refere taxativamente a prazos para a apresentação de defesa, ou de recursos, e tampouco às espécies recursais aplicáveis aos novos Juizados da Fazenda Pública, lança dúvidas sobre se deve ser adotado, em seus processos, o rito procedimental estruturado pelo Código de Processo Civil (que ostenta um maior número de espécies recursais e prazos mais extensos para a apresentação de defesas e recursos, para citarmos apenas duas notas distintas), o procedimento que sobressai da Lei nº 9.099/95, ou um procedimento híbrido, que contenha caracteres de ambos os regimes normativos processuais dantes referidos.

Ocorre que, de seu turno, a Lei nº 10.259/01 remete, como forma de suprir eventuais lacunas em seu texto, à aplicação subsidiária apenas da Lei nº 9.099/95 (art. 1º), nada dispondo acerca da aplicabilidade do Código de Processo Civil ao rito procedimental dos Juizados Especiais Federais, por ela estruturados³. Como decorrência disso, passou-se a aplicar aos Juizados Especiais Federais o mesmo procedimento aplicável aos Juizados

3 Muito embora o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FEDERAIS, em diversos de seus Enunciados, tenha deliberado pela pertinência teórica da aplicação da lei processual civil aos Juizados Especiais Federais; como se infere, título exemplificativo, dos seguintes verbetes: “*Enunciado nº 8 - É válida a intimação do procurador federal para cumprimento da obrigação de fazer, independentemente de ofício, com base no artigo 461 do Código de Processo Civil. [...] Enunciado nº 19 - Aplica-se o parágrafo único do art. 46 do CPC em sede de Juizados Especiais Federais. [...] Enunciado nº 29 - Cabe ao Relator, monocraticamente, atribuir efeito suspensivo a recurso, bem assim lhe negar seguimento ou dar provimento nas hipóteses tratadas no art. 557, caput e § 1-A, do CPC, e quando a matéria estiver pacificada em súmula da Turma Nacional de Uniformização, enunciado de Turma Regional ou da própria Turma Recursal. [...] Enunciado nº 46 - A litispendência deverá ser alegada e provada, nos termos do CPC (art. 301), pelo réu, sem prejuízo dos mecanismos de controle desenvolvidos pela Justiça Federal. [...] Enunciado nº 48 - Havendo prestação vencida, o conceito de valor da causa para fins de competência do Juizado Especial Federal é estabelecido pelo art. 260 do CPC. [...] Enunciado nº 54 - O artigo 515 e parágrafos do CPC interpretam-se ampliativamente no âmbito das Turmas Recursais, em face dos princípios que orientam o microsistema dos Juizados Especiais Federais. [...] Enunciado nº 56 - Aplica-se analogicamente nos Juizados Especiais Federais a inexigibilidade do título executivo judicial, nos termos do disposto nos arts. 475-L, par. 1º e 741, par. único, ambos do CPC. [...] Enunciado nº 63 - Cabe multa ao ente público pelo atraso ou não-cumprimento de decisões judiciais com base no artigo 461 do CPC, acompanhada de determinação para a tomada de medidas administrativas para a apuração de responsabilidade funcional e/ou por dano ao erário. Havendo contumácia no descumprimento, caberá remessa de ofício ao Ministério Público Federal para análise de eventual improbidade administrativa. [...] Enunciado nº 65 - Não cabe a prévia limitação do valor da multa coercitiva (astreintes), que também não se sujeita ao limite de alçada dos Juizados Especiais Federais, ficando sempre assegurada a possibilidade de reavaliação do montante final a ser exigido na forma do parágrafo 6º do artigo 461 do CPC. [...] Enunciado nº 87 - A decisão monocrática proferida por Relator é passível de Agravo Interno”.*

Especiais Cíveis, regidos pela Lei nº 9.099/95, ainda que com singelas modificações.

Consideramos imprópria a atribuição de procedimentos distintos para o processo e julgamento de feitos em curso perante “*foros*” estruturados como decorrência de uma mesma orientação político-normativa (colhida do artigo 98, da Carta da República) e concebidos para dar vazão a causas correlatas, visto que qualificadas, quer sob o aspecto quantitativo, quer sob o aspecto qualitativo⁴, como contendas de baixa complexidade jurídica⁵. E não altera esse quadro a circunstância de os Juizados Especiais, regrados pela Lei nº 12.153/09, serem qualificados como Juizados da Fazenda Pública. Isso porque, como cediço, os Juizados Especiais Federais, disciplinados pela Lei nº 10.259/01, também se apresentam como autênticos Juizados de Fazenda Pública, precisamente porque a Constituição confere à Justiça Federal o processo e julgamento das chamadas “*questões federais*”, com destaque para as ações propostas em face da União Federal, bem como em face das suas autarquias e empresas públicas (art. 109, I), ou seja, contra a Fazenda Pública Federal.

Também merece destaque, quanto ao pormenor, a circunstância de o Parlamento haver disposto no texto da Lei nº 12.153/09 que os Juizados Especiais por ela disciplinados integram algo que nela restou designado como “*sistema dos Juizados Especiais*” (art. 1º). Esse “*sistema*”, ainda tendo em vista a literal disposição da lei, é composto pelos Juizados Especiais Cíveis, pelos Juizados Especiais Criminais e pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 1º, parágrafo único), que também incluem, pelas razões antes expostas, os Juizados Especiais Federais. Ora, a ideia de “*sistema*” evoca um conjunto de

4 Cf. MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal* (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 1.1 do Capítulo 1 da Quarta Parte.

5 Não sobeja lembrar, a propósito, que os Juizados Especiais foram instituídos, entre nós, para atendimento de controvérsias que, pela sua aparente insignificância jurídica e econômica, passavam ao largo das discussões então empreendidas pelos Juizes e Tribunais brasileiros.

partes ligadas umas às outras por um princípio comum⁶⁻⁷. Sendo assim, não temos dúvidas em afirmar que a interpretação e a aplicação da Lei nº 12.153/09 pressupõem a compatibilização do procedimento dos novos Juizados Especiais da Fazenda Pública ao rito aplicável aos demais Juizados Especiais integrantes do “*sistema*”, isto é, aos Juizados Cíveis instalados no âmbito da Justiça dos Estados e aos Juizados Especiais Federais.

Problema semelhante foi depreendido pelos juristas no momento seguinte à edição da Lei nº 8.078/90, comumente designada como Código de Defesa do Consumidor, a propósito da estruturação da tutela coletiva, dada a depreensão, na lei nova, de uma série de disposições gerais em tese aplicáveis à integralidade das ações de cunho coletivo admitidas pelo ordenamento jurídico positivo brasileiro, como são os casos da ação popular, regida pela Lei nº 4.717/65, e da ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.345/85. Por isso é que o professor Rodrigo Reis Mazzei, entre outros⁸, defende a aplicação aos processos coletivos da doutrina do jurista italiano Natalino Irti⁹⁻¹⁰, e registra a existência de um “*microssistema coletivo*”. Conforme Mazzei, esse microssistema emerge da circunstância de “*a tutela de massa, à míngua de uma regulação codificada*” ser regulada, entre nós, “*por uma gama de diplomas interligados, com princípios comuns e que, por tal passo, formam um ‘microssistema’*”

6 Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 183.

7 Sobre a definição do conceito de sistema, confira-se, ainda, a seguinte passagem da obra do professor Lourival Vilanova: “*Para logo se vê, o sistema reside: i) em haver partes de um todo, desde prótons, fótons, elétrons, constituindo a constelação energética do átomo, até os elementos de um conjunto lógico ou matemático; ii) num vínculo que interliga as partes, seja a variação funcional das partículas não-viventes, até as múltiplas formas de interação humana, seja a natureza no sentido transcendental kantiano do que ocorre segundo as leis causais, seja a cultura como síntese dialética de uma organização exterior da sociedade e dos fatores objetivos de sentido (Dielthey). Em suma, falamos de sistema onde se encontrem elementos e relações e uma forma dentro de cujo âmbito, elementos e relações se verifiquem. O conceito formal de todo (no sentido husserliano) corresponde ao sistema. Sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre partes ou elementos. As relações são os elementos do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser estrutural*” (VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 162).

8 A propósito, confira-se, por todos: GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: _____. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 47.

9 IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Barcelona: Bosch, 1992.

10 Aspecto oportunamente anotado por Didier e Zaneti (Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 4, p. 50).

*que permite a comunicação constante da legislação atrelada ao direito coletivo*¹¹.

É evidente a sintonia entre os tratamentos normativos conferidos pelo Parlamento à tutela coletiva e ao rito procedimental dos Juizados Especiais. Afinal, tal como ocorre com o processo coletivo, os Juizados Especiais são regidos por leis especiais específicas e esparsas, não ostentando, assim, regulação codificada. Além disso, a exemplo do que se verifica com relação ao processo coletivo, os diplomas legais que disciplinam a atuação dos Juizados Especiais preveem, de forma taxativa, comunicação normativa interna, pautada na aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/91 (que estrutura os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais instituídos no âmbito das Justiças dos Estados, e que apresenta, em linhas gerais, os princípios estruturantes aplicáveis a todos os Juizados Especiais) aos textos das Leis nº 10.259/01 (que disciplina os Juizados Especiais Federais) e nº 12.153/09 (que regra os Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal). Em atenção a tais circunstâncias, Humberto Theodoro Júnior afirma que esses diplomas *“formam uma unidade institucional, isto é, um só estatuto, qual seja o estatuto legal dos Juizados Especiais brasileiros”*, e que, por isso, quando não houver conflito entre as suas regras jurídicas, *“os dispositivos de qualquer das três leis podem ser aplicados nos procedimentos de qualquer um dos diferentes Juizados”*¹².

Por tais razões, julgamos pertinente a aplicação da teoria dos microssistemas também aos Juizados Especiais¹³, como meio de proceder à escorreita modulação da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal, de que trata o artigo 27, da Lei nº

11 MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. p. 408.

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)*. Disponível na internet: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pai022010.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2010. p. 3.

13 O Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF parece assentir com semelhante proposta teórica, ao dispor, em seu Enunciado nº 54, que *“o artigo 515 e parágrafos do CPC interpretam-se ampliativamente no âmbito das Turmas Recursais, em face dos princípios que orientam o microssistema dos Juizados Especiais Federais”*.

12.153/09, e com vistas a impedir que, na prática, verifique-se o distanciamento entre os procedimentos aplicáveis aos Juizados Especiais Cíveis, aos Juizados Especiais Federais e aos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal.

Dito isso, resta verificar, então, como se processa, dentro do microsistema, a aplicação subsidiária do Código Processo Civil ao regime da Lei nº 12.153/09.

Fred Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., aludindo à tutela coletiva, apenas consideram pertinente a referência do intérprete ao Código na hipótese de não existir entre os textos que compõem o microsistema solução normativa adequada para o problema analisado¹⁴. Tal se justifica, no contexto, porque, como frisa Mazzei, o Código, por ser norma de índole individual, somente pode ser aplicado de forma residual aos diplomas de caráter coletivo. Destarte, havendo omissão específica a determinada norma, o intérprete não adentrará, de imediato, nas soluções legais previstas no Código de Processo Civil, cumprindo-lhe aferir, antecedentemente, “*se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do ‘microsistema coletivo’*”¹⁵, como leciona Mazzei na sequência.

Nisso se funda a conclusão, externada, adiante, pelo professor capixaba, quanto a somente ser aplicável o Código de Processo Civil “*quando a norma específica para o caso concreto for omissa*”, e desde que se verifique “*que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o ‘microsistema coletivo’ capaz de preencher o vácuo*”. E não poderia ser diferente, já que, conforme Mazzei, “*um dos pilares na formação de ‘microsistemas’ está na existência de diferença principiológica do diploma especial com a norma geral*”¹⁶. Daí a absoluta pertinência da observação de Didier e Zaneti, acerca da imperiosidade de o intérprete, antes de voltar os olhos para o sistema geral, vir a investigar, a par dos enunciados prescritivos que compõem o microsistema,

14 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 4, p. 53-54.

15 MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. p. 411.

16 MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. p. 411-412.

se não existe uma norma melhor e mais adequada à correta pacificação com justiça¹⁷.

Assim, para a hipótese, temos que o Código de Processo Civil tem aplicação aos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal. Mas apenas quando inexisterem comandos normativos pertinentes nas Leis nº 12.153/09, nº 10.259/01 e nº 9.099/95, que compõem o microsistema, e no que com elas não for incompatível.

3 Condicionantes teóricas da conciliação no processo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal

A Lei nº 12.153/09, quando autoriza aos representantes jurídicos da Fazenda Pública Estadual e Municipal conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, reporta-se à legislação das respectivas unidades da Federação (art. 8º). Por isso a sua interpretação e aplicação demandam do intérprete a investigação de se é viável, nos termos da legislação estadual, ou local, a construção da decisão administrativa capaz de ordenar celebração de acordo no processo¹⁸.

Se a lei estadual, ou local, não autorizar a celebração de ajuste pela Fazenda Pública, sequer se justifica, na prática, a designação, no processo, da audiência de conciliação. Afinal, onde não houver lei estadual, ou local, a autorizar a composição do litígio, é inviável a conciliação, vez que, ressalvada essa hipótese (de haver autorização legislativa para a composição do litígio), o princípio da indisponibilidade do interesse público impede que os advogados públicos, por deliberação própria, disponham sobre os interesses deduzidos em Juízo pela Fazenda Pública¹⁹.

17 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 4, p. 123.

18 A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público*. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 5.1.1 do Capítulo 5 da Quarta Parte.

19 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 34.

Assim, para o caso, desautorizam a realização da audiência preliminar os princípios da simplicidade²⁰ e da informalidade²¹, que prescrevem a flexibilização do formalismo processual como meio de garantir ao jurisdicionado a realização (quer por acordo, quer por sentença de mérito) do direito subjetivo deduzido em Juízo²², e também os princípios da economia processual²³ e da celeridade²⁴, que se relacionam à instrumentalidade das formas, e recomendam a supressão de atos processuais desnecessários à consecução das finalidades do processo (com destaque para a realização do direito subjetivo deduzido em Juízo) sempre que se depreender que não haverá prejuízo para as partes (“*pas de nullité sans grief*”)²⁵⁻²⁶. Isso, precisamente porque quando se depreende, de antemão, que as partes não irão tabular acordo no processo, de pouco, ou de nada, adianta que elas sejam reunidas na sede do Fórum, e que sejam indagadas sobre o seu interesse na conciliação.

Aliás, não é por outro motivo que o Código de Processo Civil prescreve que a audiência preliminar somente pode ser designada se a causa versar sobre direitos que admitam conciliação

20 Como sustentamos alhures, o princípio da simplicidade orienta que o processo não comporte incidentes desnecessários, nem obstáculos tendentes a impedir o seu regular prosseguimento, assim como à realização do direito material deduzido em Juízo, pelo que o estrutura a ideia subjacente à flexibilização do formalismo processual com vistas à realização do direito deduzido no processo, característica do instrumentalismo, e que é designada, por seus artífices, pela tese da relativização do binômio direito-processo (MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal* (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microssistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 2.2.2 do Capítulo 2 da Segunda Parte).

21 Já o princípio da informalidade orienta, conforme Carreira Alvim, “*que os atos processuais (petição inicial, contestação, arguições incidentais, requerimentos, decisões interlocutórias) devem ser praticados informalmente, sem apego a formas e ritos que possam comprometer a sua finalidade*” (ALVIM, J. E. Carreira. Comentários ao artigo 2º da Lei nº 9.099/95. In: CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 14).

22 Cf., também: MADUREIRA, op. cit.

23 Esse princípio enuncia que se o processo é instrumento para a atuação do Estado no sentido de garantir a realização de pretensão de direito material, não há sentido em que se admita, em seu corpo, dispêndio exagerado de tempo, ou de recursos financeiros, quando relacionado aos bens que estão em pelega (Cf.: MADUREIRA, op. cit., Tópico 2.2.3 do Capítulo 2 da Segunda Parte).

24 Esse princípio é verdadeiro corolário do processo, e indica, em apertada síntese, que o Estado-Juiz deve conhecer, e julgar, no menor espaço de tempo possível, as pretensões daqueles que vierem a provocar uma manifestação da jurisdição, sem perder de vista os fundamentos, e os argumentos, que sobressaem da resistência exercitada pelos respectivos destinatários daquelas pretensões (Cf.: MADUREIRA, op. cit.).

25 Recobrando a precisa lição de Liebman, os sistemas jurídicos somente cominam “*nullidade apenas quando o ato, por efeito do vício, não tiver podido atingir seu escopo*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 328).

26 Cf.: MADUREIRA, op. cit.

(art. 331), e dispõe que se o direito deduzido em Juízo não admitir a conciliação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a sua obtenção, o juiz deverá sanear o processo, dando a ele regular seguimento (art. 331, § 3º). Essas são regras gerais em matéria de processo, que são aplicáveis ao microsistema dos Juizados Especiais brasileiros, seja porque inexistente solução normativa específica nos diplomas que o compõem (Leis nº 9.099/95, nº 10.259/01 e nº 12.153/09), seja porque a sua incidência casuística atende, para as hipóteses fáticas nela descritas (isto é, para casos em que se depreender de antemão que não é possível a realização do acordo), aos princípios da simplicidade, da informalidade, da celeridade e da economia processual.

Não desnatura essa conclusão a referência do intérprete à imperiosidade da aplicação, nos Juizados Especiais, do princípio da oralidade, já que, conforme Chiovenda, a oralidade evoca a prevalência da palavra como meio de expressão, mas não abdica do uso dos meios escritos de documentação dos atos processuais²⁷⁻²⁸. O que com isso quis dizer o processualista italiano é que, conquanto os sujeitos que atuam no processo (peritos, testemunhas, partes, etc.) devam manifestar-se preferencialmente sob a forma oral, tal não impõe a completa exclusão da escrita no procedimento²⁹. Na espécie, desaconselham a realização da audiência preliminar, como decorrência do princípio da oralidade, os princípios da informalidade, da simplicidade, da celeridade e da eco-

27 Chiovenda descreve a oralidade a partir da apresentação de cinco aspectos que, unidos, compõem o seu sentido, e orientam a sua aplicação ao mundo fenomênico (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio com notas de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v.3, p. 61-67, passim). O primeiro dos aspectos relatados por Chiovenda diz respeito à prevalência da palavra como meio de expressão, porém combinada com o uso dos meios escritos de documentação dos atos processuais, a que ora nos referimos. O segundo aspecto é a "imediatez", caracterizada pela imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações o magistrado deve colher e apreciar. O terceiro aspecto diz respeito à identidade física do juiz, que se relaciona intimamente com a "imediatez". Para esse processualista italiano, pouco adianta o contato do juiz com as partes, ou com as testemunhas, ou com os peritos se, em tais oportunidades, ou no momento da prolação da decisão da causa, outro magistrado vier a presidir o feito. O quarto aspecto assenta-se sobre a necessidade de concentração do conhecimento da causa, e de todos os seus apêndices, em um mínimo de audiências possível. O quinto e último aspecto é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que se justifica como meio de prevenir a paralisação da colheita das provas, ou do desenvolvimento dos debates, eis que após estes eventos (que, como regra, têm lugar na audiência) deverá ser prolatada a decisão final, esta sim passível de ser hostilizada pela via recursal.

28 Cf., a propósito: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal* (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 2.1 do Capítulo 2 da Segunda Parte.

29 CHIOVENDA, op. cit., p. 62-63.

nomia processual, que sobrepujam a oralidade, na ponderação de interesses³⁰, quer porque a oralidade foi instituída no processo dos Juizados Especiais como meio de otimizar a composição dos litígios, algo que, pelas razões antes expostas, não pode ser aventado na espécie, quer porque, como dissemos, a oralidade não pressupõe o completo abandono da forma escrita.

Se, por outro lado, for viável, a par do direito estadual, ou local, a conciliação entre as partes, cumpre ao intérprete buscar compreender, a par do direito estadual, ou local, como se constrói, em âmbito interno, a deliberação administrativa tendente à celebração do acordo pela Fazenda Pública. Semelhante assertiva, quando conjugada à compreensão segundo a qual os órgãos de representação jurídica da União, dos Estados e dos Municípios apresentam-se, no Estado Democrático Constitucional Brasileiro, como órgãos vocacionados a curar a “*legalidade do agir público*” e a “*indisponibilidade do interesse público*”³¹, conduz-nos ao problema da autonomia técnica dos advogados públicos e da Advocacia Pública³².

4 Problema da autonomia técnica dos advogados públicos e da Advocacia Pública

O Supremo Tribunal Federal, quando chamado a analisar preceitos normativos gravados em Cartas Estaduais que conferiam a Procuradores de Estado a competência para dispor, em Juízo,

30 A propósito, não sobeja lembrar a distinção conceitual entre regras e princípios, enquanto espécies normativas. Na lição de Robert Alexy, os princípios, diversamente das regras (que são normas que ordenam, proíbem, permitem ou autorizam algo definitivamente), não contêm um “*dever definitivo*”, mas um “*dever-prima-facie*”, de modo que a eventual colisão entre eles é resolvida mediante o emprego da ponderação (ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37). Destarte, havendo tensão entre princípios, cumpre ao intérprete decidir, a par das especificidades do caso, se prevalece, para a hipótese, um ou outro princípio, ou se deve sobressair vencedora na espécie tese intermediária, capaz de aplicá-los conjugadamente em menor ou maior medida (Cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* (PRELO). Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 5.4 do Capítulo 5).

31 Ao invés de se qualificarem como simples “*escritórios*” de advogados voltados à defesa de todo e qualquer interesse dos entes públicos, mormente daqueles designados como “*interesses secundários*”.

32 A argumentação que se segue tem por base: (COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União – LC 73/1993 e Lei 10.480/2002*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 24-40). e (COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *A autonomia funcional da Advocacia Pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do Direito no Estado Democrático Constitucional Brasileiro*. In: MADUREIRA, Claudio Penedo (Coord.). *Temas de direito público: a importância da Advocacia Pública para a aplicação do Direito*. *Revista da APES*, Salvador: Juspodivm, v.2, p. 109-130, 2009.).

sobre interesses deduzidos pelo poder público, reconheceu aos advogados públicos “*autonomia profissional*” (ou “*autonomia técnica*”, como preferimos designá-la), que decorre da sua própria condição de advogados. Mas ressaltou que tal não implica “*autonomia funcional*”, nos moldes daquela conferida pela Carta Política aos membros do Ministério Público, e que, por isso, os advogados públicos não têm a prerrogativa de reconhecer o direito posto em Juízo sem a autorização de seus superiores hierárquicos.

Ao ensejo, devemos explicitar que o Excelso Pretório não reconheceu, num primeiro momento, autonomia decisória aos advogados públicos. Basta ver que, quando do julgamento da ADI-MS nº 291 (em 06/06/90), o Ministro Sepúlveda Pertence assentou que transplantar para a Advocacia Pública as garantias e os princípios atinentes à isenção e à independência inerentes às funções do Ministério Público “*é institucionalmente tão esdrúxulo quanto, anteriormente, em função mesmo de acumular estas funções, era desastroso negar ao Ministério Público as garantias fundamentais ao exercício de suas funções específicas*”. Nada obstante, por ocasião da ulterior apreciação da ADI nº 470 (em 01/07/02), em que se discutia a validade de preceito da Constituição do Estado do Amazonas que outorgava autonomia funcional aos Procuradores de Estado, o Ministro Pertence (e, por meio dele, o próprio Tribunal Constitucional) abrandou o seu posicionamento, quando dispôs, no voto que sobressaiu vencedor naquele julgamento, que os advogados públicos ostentam “*autonomia profissional*”, mas não “*autonomia funcional*”, condição esta que “*levaria ao advogado público, por exemplo, a possibilidade, sem autorização de seus superiores, de reconhecer o direito posto em juízo*”³³⁻³⁴.

33 Vide ADI nº 470, julgada em 01/07/2002.

34 O reconhecimento, por aquele Excelso Pretório, de autonomia profissional aos advogados públicos surgiu, notadamente, em razão do posicionamento esposado pelo Ministro Marco Aurélio na ADI nº 470, que pode ser resumido no seguinte trecho de seu Voto divergente: “[...] *Dirirjo, sim, quanto à independência técnica do profissional da advocacia que defende os interesses do Estado. [...] Não consigo imaginar que, de uma atuação fidedigna aos próprios interesses do Estado – e refiro-me não só ao primário mas, ainda, aos secundários – passe-se para algo que submeta os Procuradores a um direcionamento inafastável quanto aos atos que devem ser praticados, quer em processos administrativos, quer, principalmente, em processos jurisdicionais. [...] Vem-me à lembrança, do Direito do Trabalho, que o vínculo empregatício pode estar submetido a três dependências: a financeira e a técnica. Porém, mesmo na área do Direito do Trabalho, mostram-se dispensáveis as duas dependências que se distinguem da jurídica – a financeira e a técnica. [...] Na hipótese dos autos, lidamos com profissionais que, tais como médicos e engenheiros, devem ter ampla liberdade na definição do que há de ser veiculado, ou não, para a boa defesa do Estado*”.

Com tais considerações, o Supremo Tribunal Federal abre campo para que se afirme, com base na legislação administrativa que rege a atuação institucional dos órgãos de representação jurídica dos Entes Políticos, que quem detém autonomia decisória para dispor, nos termos da lei, sobre os interesses deduzidos em Juízo pela Fazenda Pública, é a Advocacia Pública, enquanto instituição, e não o advogado público, quando considerado individualmente³⁵.

5 Imperiosidade da instauração de procedimento administrativo para a deliberação acerca da pertinência teórica da celebração de acordo pela Fazenda Pública

A legislação federal estrutura o procedimento no corpo do qual o advogado público tem condições de obter de seus superiores a necessária autorização administrativa para desistir, para deixar de apresentar defesas, ou recursos, e para transigir³⁶, como orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mas no que toca aos Juizados Especiais Federais, consigna autorização normativa específica a que o Procurador vinculado ao feito ordene, ele próprio, a celebração de acordo no processo (art. 10, parágrafo único)³⁷.

35 Cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microssistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público*. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 5.1.2 do Capítulo 5 da Quarta Parte.

36 A lei confere ao Advogado-Geral da União, na condição de dirigente máximo da Advocacia Pública Federal, desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União (LC 73, art. 4º, VI), com vistas a encerrar litígios relativos a causas de valor igual ou inferior R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), prerrogativa que é estendida aos dirigentes máximos das empresas públicas federais (Lei 9.469, art. 1º). E prescreve que o acordo, ou a transação, poderá ser feito ainda quando a magnitude da avença superar o limite dantes referenciado, desde que haja autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, e dos Tribunais ou Conselhos, assim como do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, e do Ministério Público da União, respectivamente (Lei 9.469, art. 1º). Assentamos, ainda, que a Lei nº 9.469/97 também refere à possibilidade de delegação de semelhante competência (Lei 9.469, art. 1º, p. 3º), e confere autorização normativa para a celebração de ajustes relativos a valores não-superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Procurador-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal (Lei 9.469, art. 2º).

37 Não depreendemos vício de constitucionalidade nesse dispositivo, seja porque a própria Constituição determina a instituição de Juizados Especiais competentes, não apenas para o julgamento, mas também para a conciliação das causas cíveis de menor complexidade (art. 98), inclusive daquelas em curso nos Juizados da Fazenda Pública (art. 98, p. 2º), seja porque, em vista dos limites quantitativos que sobressaem do texto da lei (o Procurador só pode ordenar acordos de até sessenta salários-mínimos), mantém-se aberta a possibilidade da consulta aos superiores hierárquicos, nos moldes aventados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para as demais hipóteses.

O mesmo não ocorre com as Procuradorias Estaduais e Municipais, dada a referência do legislador, no artigo 8º, da Lei nº 12.153/09, aos termos e às hipóteses previstas na legislação das respectivas Unidades da Federação³⁸. Por esse motivo, e porque, como visto, a jurisprudência do Excelso Pretório assentou que os advogados públicos, como regra, não têm a prerrogativa de reconhecer o direito posto em Juízo sem a autorização de seus superiores, temos que, como regra, a ordenação do acordo, quando ele for possível, demanda necessariamente o processamento, em sede administrativa, de “*requerimento*” dirigido pelo Procurador vinculado ao feito aos seus superiores hierárquicos, nos termos da legislação que rege a sua atuação institucional, com vistas à obtenção de autorização para realizar conciliação no processo.

Destarte, a Lei nº 12.153/09, quando confere prazo igual ou superior a trinta dias, contados da efetivação da citação, para a designação da audiência preliminar (art. 7º) – refutando, com isso, a aplicação aos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal do artigo 16, da Lei nº 9.099/95, que prevê o prazo de quinze dias, contados do ajuizamento da ação, para marcação dessa audiência –, faz com que a Fazenda Pública tenha condições de deliberar, em âmbito interno, sobre a pertinência teórica da celebração de acordos. E, com isso, preserva a recomendação consignada no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95 (também aplicável aos novos Juizados da Fazenda Pública, dada a conformação do microssistema), no sentido de que se busque, nos Juizados Especiais, sempre que possível, a conciliação, ou a transação³⁹.

Para melhor explicitar essa nossa proposição, tomaremos como exemplo a legislação do Estado do Espírito Santo que regula a nossa particular atuação profissional como Procuradores do Estado. Nesse âmbito, a Lei Complementar Estadual nº

38 A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, op. cit., Tópico 5.1.3 do Capítulo 5 da Quarta Parte.

39 Note-se, ademais, que esse prazo não é fixo, ou estanque. Com efeito, havendo, em âmbito estadual, ou local, norma autorizativa da celebração de acordo, cumpre ao Juiz, se pretender realizar, para o caso, essa opção político-normativa firmada pelo Parlamento no sentido da busca pela conciliação no processo, adaptar o rito procedimental dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal ao “*modus procedendi*” especificado pela legislação administrativa para a ordenação do acordo.

88/96, que rege a atuação da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, confere ao Procurador-Geral do Estado autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pela sua chefia imediata, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, quando for o caso⁴⁰:

- (a) a não-propositura, ou a desistência, de ações ou medidas judiciais, especialmente quando o valor do benefício não justifique a lide, ou quando o exame da prova, ou a situação jurídica, evidenciar improbabilidade de resultado favorável (LC 88, art. 6º, XIV, “a”41);
- (b) a dispensa da interposição de recursos judiciais, ou a desistência dos recursos porventura interpostos, especialmente quando contra-indicada a medida, em face da jurisprudência predominante (LC 88, art. 6º, XIV, “b”42);
- (c) a composição amigável em processos administrativos ou judiciais, resguardados os superiores interesses do Estado (LC 88, art. 6º, XIV, “c”43).

Vê-se, pois, que sob o regramento administrativo dessa unidade da Federação⁴⁴, somente será possível a celebração

40 A lei estadual impõe ao Procurador-Geral do Estado submeter ao Conselho os processos que encartarem “matéria relevante”; como se infere do inciso XVII de seu artigo 6º; que tem a seguinte redação: “Art. 6º - São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: [...] XVII - aprovar pareceres emitidos pelos diversos órgãos da Procuradoria Geral do Estado e submeter ao Conselho da Procuradoria aqueles que versem sobre matéria relevante”.

41 LC 88. “Art. 6º- São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: [...] XIV- autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador-Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário: a) a não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, especialmente quando o valor do benefício não justifique a lide ou, quando do exame da prova ou da situação jurídica, se evidenciar improbabilidade de resultado favorável”.

42 LC 88. “Art. 6º- São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: [...] XIV- autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador-Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário: [...] b) a dispensa da interposição de recursos judiciais ou a desistência de interpostos, especialmente quando contra-indicada a medida, em face da jurisprudência predominante”.

43 LC 88. “Art. 6º- São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: [...] XIV- autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador-Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário: [...] c) a composição amigável em processos administrativos ou judiciais, resguardados os superiores interesses do Estado”.

44 Que indicia o “*modus procedendi*” a que se encontram submetidas tantas outras Procuradorias Públicas, pois, como frisamos, idêntico procedimento sobressai do regime jurídico da Advocacia-Geral da União, o que permite supor que disposições semelhantes tendem a ser encontradas no regramento administrativo das demais Procuradorias de Estado, e também nas Procuradorias Municipais melhor estruturadas, que, como regra, tomam como paradigma o modelo teórico adotado em âmbito federal.

de acordo pela Fazenda Pública após instituído procedimento administrativo, que pressupõe (i) ato do Procurador vinculado ao feito, consistente na provocação de uma manifestação institucional da Advocacia Pública acerca da pertinência, ou imperitância, teórica da celebração do acordo; (ii) referendo dessa manifestação pela chefia imediata; e (iii) manifestação conclusiva do Procurador-Geral do Estado; ou (iv) quando for o caso, manifestação de órgão colegiado composto por Procuradores de Estado.

6 Inviabilidade técnica da realização da audiência preliminar quando houver nos autos manifestação da Fazenda Pública pela impossibilidade da celebração de acordo

Se esse procedimento puder ser ultimado dentro dos trinta dias a que se refere o artigo 7º, da Lei nº 12.153/09, tanto melhor⁴⁵. Se tal não for possível, por exemplo, como decorrência do aumento episódico do afluxo de contendas para os Juizados da Fazenda Pública Estadual e Municipal, cumpre aos seus titulares procederem à oportuna modulação desse intervalo, conferindo maior prazo à Fazenda Pública nos momentos “*de pico*” na distribuição de processos. Do contrário, será infrutífera a designação, no processo, da audiência de conciliação, pois de nada adianta chamar o advogado público para responder, em Juízo, sobre a pertinência da conciliação, se ainda não se ultimou, em sede administrativa, o procedimento destinado à autorização do acordo pela Advocacia Pública.

De igual modo, espera-se dos órgãos de representação jurídica do poder público esforço concentrado para a tramitação administrativa desses procedimentos, como meio de dar efetividade à aspiração legislativa encartada no artigo 2º, da Lei nº 9.099/95, quanto à busca da conciliação no processo. Mas

45 A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal* (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 5.1.4 do Capítulo 4 da Quarta Parte.

também porque procedendo desse modo, a Advocacia Pública estaria, por um lado, prevenindo gastos desnecessários com a condução dos processos, que abarcam não apenas as despesas relativas ao custeio da atividade profissional dos seus Procuradores e dos agentes públicos que lhes são vinculados, mas também aquelas atinentes à atuação dos Juízes e dos serventuários da Justiça (“*interesse secundário*”) e, por outro, assegurando a observância da ordem jurídica estabelecida, com vistas à realização do “*interesse público primário*”⁴⁶.

Cumpre, ainda, à Advocacia Pública, neste ato representada pelo Procurador vinculado ao feito, como meio de prevenir a realização de atos processuais desnecessários, solicitar ao Juízo a redesignação da audiência preliminar, quando ainda não se houver ultimado o procedimento administrativo tendente à ordenação do acordo, assim como informar-lhe da rejeição, em sede administrativa, da celebração de acordo, hipótese em que o Procurador deve requerer nos autos o cancelamento do ato solene.

Para o caso, o deferimento de tais requerimentos decorre de imposição dos princípios jurídicos que orientam a atuação dos Juizados Especiais brasileiros, precisamente porque, quando uma das partes não está autorizada à celebração de acordo, a consumação da audiência de conciliação não aproveita a realização do direito subjetivo deduzido no processo e, por isso, atenta contra a informalidade, contra a simplicidade, contra a celeridade e contra a economia processual.

Ora, o Juiz deve estar atento à finalidade do processo, que consiste precisamente na sua capacidade de servir de instrumento, de modo que, ao seu final, seja dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito⁴⁷. Cumpre-lhe, então, como destinatário da tese e da antítese⁴⁸, e como responsável pela condução do procedimento⁴⁹, proceder à flexibilização do

46 Cf.: ALESSI, Renato. *Sistema institucional del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.

47 Cf.: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 5.

48 Cf.: COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 160.

49 Cf.: (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 272) e (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 13).

formalismo processual com vistas à realização efetiva, e célere, do direito subjetivo deduzido no processo⁵⁰. Sobretudo quando atua nos Juizados Especiais, dado o viés instrumentalista que orienta a estruturação dos princípios jurídicos ora referenciados⁵¹.

Assim, não se havendo concluído, em sede administrativa, a deliberação acerca da viabilidade teórica da celebração do acordo, cumpre ao Juízo adiar, ou redesignar, a audiência de conciliação. De igual modo, havendo manifestação da Advocacia Pública pela impossibilidade técnica da celebração do acordo, cumpre ao Juízo cancelar a audiência preliminar, aplicando ao caso os dispositivos do Código de Processo Civil que prescrevem que essa audiência apenas terá lugar, no processo, quando a causa versar sobre direitos que admitam conciliação (art. 331) e quando as circunstâncias do caso evidenciarem ser possível a sua obtenção (art. 331, § 3º).

7 Inviabilidade técnica da manutenção da audiência preliminar para coleta da prova pelo conciliador quando houver nos autos manifestação da Fazenda Pública pela impossibilidade da celebração de acordo

Em tal conjuntura, a audiência somente poderia ser mantida, ainda assim em hipótese, quando se depreendesse a necessidade de coleta de prova oral, algo que, no regime da Lei nº 12.153/09, pode ocorrer na audiência preliminar (art. 16, § 1º), contexto em que a produção da prova está submetida à pessoa do conciliador (art. 16). Todavia, não atende à interpretação sistemática do Direito a designação da audiência de conciliação, ou

50 Cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça*: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça (PRELO). Salvador: Juspodivm, 2010. Capítulo 2.

51 Cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública*: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 2.2 do Capítulo 2 da Segunda Parte.

a sua manutenção, apenas para que o conciliador tenha a oportunidade de proceder a coleta da prova oral⁵².

Com efeito, semelhante atividade probatória exercida pelo conciliador apenas pode ser desenvolvida, nos precisos termos da lei, como forma de encaminhar, ou induzir, a composição amigável entre as partes (art. 16, § 1º). Nesse passo, dadas as especificidades da celebração de acordos pela Fazenda Pública, a atuação do conciliador quanto ao particular pressupõe manifestação do Procurador vinculado ao feito quanto a ser oportuna a realização da audiência preliminar, como meio de esclarecer elementos fáticos que possam auxiliar a deliberação administrativa quanto à celebração do acordo, hipótese em que a audiência deverá ser suspensa, logo após a coleta da prova oral, para deliberação da Advocacia Pública acerca da pertinência, ou impertinência, da celebração do acordo⁵³.

Fora desse âmbito, a coleta da prova oral pelo conciliador contrapõe-se ao princípio da oralidade, tal como estruturado por Giuseppe Chiovenda⁵⁴.

Em primeiro lugar, porque desatenderia aos “*critérios*” da “*imediatez*” e da identidade física do juiz que, para esse processualista italiano, compõem a definição do conceito de oralidade⁵⁵. A propósito, recobramos que a “*imediatez*” é caracterizada pela imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações o magistrado deve colher e apreciar, e pressupõe o

52 A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público*. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 5.1.5 do Capítulo 5 da Quarta Parte.

53 Ao ensejo, Fernando da Fonseca Gajardoni refere taxativamente à possibilidade de “*as partes não aceitarem a colheita informal da prova feita pelo conciliador, nos termos do art. 16 da Lei 12.153/2009*” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentário ao artigo 9º da Lei nº 12.153/09*. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et. al. *Comentários à nova lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010. p. 103).

54 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio com notas de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3, p. 61-67.

55 Como dissemos, Chiovenda descreve a oralidade a partir da apresentação de cinco aspectos, ou “*critérios*”, que, unidos, compõem o seu sentido, e orientam a sua aplicação ao mundo fenomênico; a saber: (i) a prevalência da palavra como meio de expressão, mas combinada com o uso dos meios escritos de documentação dos atos processuais (a que já nos referimos ao início deste tópico); (ii) a “*imediatez*”; (iii) a identidade física do juiz; (iv) a necessidade de concentração do conhecimento da causa em um mínimo de audiências possível; (v) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio com notas de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v.3, p. 61-67, passim).

contato direto entre juiz e pessoas envolvidas no processo^{56,57}; ao passo que a identidade física do juiz aconselha que se preserve, o quanto for possível, a unidade da pessoa do juiz do processo⁵⁸. Ambos os “*critérios*” aqui referidos têm por objetivo aproximar o juiz das especificidades da causa, simplificando, assim, o seu julgamento⁵⁹. Semelhantes recomendações teórico-valorativas ganham força, para o caso, dadas as especificidades do rito procedimental dos Juizados Especiais, em que as provas orais, como regra, não são reduzidas a termo (art. 36). Para os Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal, a coleta da prova oral pelo conciliador, quando implementada, nos termos da lei, como meio de induzir a conciliação no processo, não se contrapõe a tais imperativos, precisamente porque a Lei nº 12.153/09 mantém sob o controle do magistrado a instrução da causa (art. 16, § 2º). Mas tal não ocorre quando uma das partes manifestar, de antemão, a impossibilidade da celebração de acordo, hipótese em que a prova seria colhida, desnecessariamente (além de ilegitimamente, em razão do desatendimento aos termos da lei e a tais aspectos da oralidade), por pessoa que não está autorizada a proceder ao julgamento da causa, o que desaconselha a manutenção da audiência preliminar para esse efeito.

Em segundo lugar, porque afeta o “*critério*” relativo à necessidade de concentração do conhecimento da causa, e de todos os seus apêndices, em um mínimo de audiências possível⁶⁰. Com efeito, a oitiva de partes e testemunhas pelo conciliador como atividade de instrução, e não simplesmente, como admite a lei,

56 Quanto a esse particular, Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antônio Ribeiro Lopes lecionam que “*o princípio do imediatismo, imediação ou imediatidade*” impõe ao juiz “*proceder diretamente à colheita de todas as provas, em contato imediato com os litigantes, bem como propor a conciliação, expor as questões controvertidas da demanda, dialogar com as partes e com seus advogados sem maiores formalidades, etc.*” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: Lei 9.099, de 26/09/1995. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 69).

57 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio com notas de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v.3, p. 64-65.

58 *Ibid.*, p. 65-66.

59 MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público*. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 2.1 do Capítulo 2 da Segunda Parte.

60 CHIOVENDA, op. cit., p. 66-67.

como forma de induzir à conciliação, provocaria a realização, no processo, de uma segunda audiência⁶¹, vez que a prova, quanto ao pormenor, teria de ser homologada pelo juiz, já que a Lei nº 12.153/09 lhe confere, em regime de exclusividade, a instrução da causa (art. 16, § 2º). Aliás, quanto ao particular, a designação ou a manutenção da audiência preliminar, quando se sabe, de antemão, que não haverá acordo entre as partes, afronta não apenas o princípio da oralidade mas, também, os princípios da informalidade, da simplicidade, da celeridade e da economia processual, que repudiam a realização de atos processuais desnecessários à consecução dos objetivos do processo, conforme tivemos a oportunidade de demonstrar anteriormente.

8 Inviabilidade técnica da manutenção da audiência preliminar quando houver nos autos proposta de acordo apresentada pela Fazenda Pública

Essas mesmas razões justificam o sobrestamento da audiência preliminar (num primeiro momento), e o seu cancelamento (na fase seguinte), quando o resultado da deliberação da Advocacia Pública acerca da pertinência da celebração do acordo for positiva⁶². Para o caso, cumpre ao Procurador vinculado ao feito noticiar ao Juízo a intenção da Fazenda Pública de instrumentalizar a conciliação no processo, tendo o cuidado de acostar aos autos a sua proposta de acordo.

Torna-se dispensável, na espécie, a manutenção, ou a redesignação, da audiência de conciliação, bastando à homologação do acordo que a parte adversária seja intimada a manifestar-se sobre a proposta de conciliação. Com efeito, mesmo não havendo certeza quanto à adesão do postulante à proposta de acordo apresentada pela Fazenda Pública, melhor aproveita a consecução dos objetivos do processo que a parte seja intimada

61 Contrariando a orientação teórico-valorativa adotada pela Lei nº 9.099/95, no sentido de que todo o procedimento dos Juizados Especiais, com exceção do pedido inicial, seja realizado no contexto de uma única audiência, ou com poucas continuidades, conforme a necessidade da produção das provas.

62 A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal* (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Juspodivm, 2010. Tópico 5.1.6 do Capítulo 5 da Quarta Parte.

para dizer se concorda com os termos do ajuste proposto do que dispormos do precioso tempo das partes (ao ensejo, não é demais lembrar que o número de audiências a que precisam comparecer os advogados públicos é inversamente proporcional ao número de acordos a cuja realização que eles terão condições de provocar, em âmbito interno, nos termos da legislação administrativa), e do próprio juiz (ou dos conciliadores e “juízes leigos” vinculados ao Juízo), e onerarmos, sem necessidade, a pauta das audiências dos Juizados Especiais.

E não se diga que tal providência propiciaria algum atraso na condução do feito, dada a necessidade de se formalizar ato de comunicação processual, vez que, como cediço, o rito procedimental dos Juizados Especiais da Fazenda Pública admite o emprego de meios eletrônicos para a implementação das intimações, conforme expressa previsão normativa consignada no parágrafo 2º, do artigo 8º, da Lei nº 10.259/01, dispositivo que, dada a conformação do microsistema, é aplicável ao regime da Lei nº 12.153/09⁶³. Ao ensejo, não é demais lembrar que o Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE e o Fórum Nacional de Juizados Especiais Federais – FONAJEF admitem que a intimação se dê inclusive por telefone, como se observa do texto de seus Enunciados nº 33⁶⁴ e 73⁶⁵, respectivamente.

Dito isso, apenas quando estiver muito próxima a data designada pelo Juízo para a audiência, de modo a que se possa depreender, pela experiência, que o postulante comparecerá ao Fórum antes de receber a intimação antes referida é que se justifica, sob a ótica dos princípios da simplicidade, da informalidade, da celeridade e da economia processual, que a ele seja dado conhecimento da proposta de acordo na sede do Juízo. Mas mesmo nessa hipótese não há sentido na manutenção do ato solene, vez que o conciliador que o preside não está autorizado pela

63 Cf.: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)*. Disponível na internet: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pai022010.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2010. p. 7-8.

64 FONAJE. “Enunciado 33 - É dispensável a expedição de carta precatória nos Juizados Especiais Cíveis, cumprindo-se os atos nas demais comarcas, mediante via postal, por ofício do Juiz, fax, telefone ou qualquer outro meio idôneo de comunicação”.

65 FONAJEF. “Enunciado nº. 73 - A intimação telefônica, desde que realizada diretamente com a parte e devidamente certificada pelo servidor responsável, atende plenamente aos princípios constitucionais aplicáveis à comunicação dos atos processuais”.

lei a homologar o acordo. Para o caso, se o postulante assentir com a proposta da Fazenda Pública, seja em atendimento à intimação do Juízo, seja porque compareceu ao Juízo na data previamente designada para a audiência, basta que os autos sigam ao juiz da causa para prolação de sentença homologatória.

9 Conclusão

Com essas considerações, concluímos que é perfeitamente possível compatibilizar o procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal às particularidades da celebração de acordos pelo Poder Público. Mas tal pressupõe “*sintonia fina*” entre as atuações do Juízo e dos advogados públicos, dado o problema da autonomia técnica da Advocacia Pública, que induz a instauração, em âmbito interno, de procedimento administrativo tendente à deliberação sobre a pertinência ou impertinência técnica da conciliação no processo. Em tal conjuntura, consideramos que a realização da audiência preliminar, quando existe no processo manifestação da Fazenda Pública pela impossibilidade da celebração de acordo, ou quando for apresentada proposta de acordo, é incompatível com os princípios que estruturam os Juizados Especiais brasileiros, notadamente quando aplicados à luz de uma interpretação sistemática do Direito, que tenha em consideração não apenas os diplomas normativos que compõem o seu microsistema, mas também os atos legislativos que disciplinam a deliberação pela Advocacia Pública acerca da pertinência ou impertinência teórica de que se estabeleça a conciliação no processo.

Não almejamos, todavia, apresentar respostas definitivas às indagações anteriormente formuladas, mas submeter ao debate público as nossas impressões iniciais sobre o tema, com vistas ao pronto estabelecimento de “*solução de compromisso*” capaz de orientar a atuação dos juristas, e a nossa, em especial, no campo da aplicação do Direito.

10 Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19-40.

ALVIM, J. E. Carreira. Comentários ao artigo 2º da Lei nº 9.099/95. In: CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio com notas de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia-Geral da União: LC 73/1993 e Lei 10.480/2002*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no estado democrático constitucional brasileiro. In: MADUREIRA, Claudio Penedo (Coord.). *Temas de direito público: a importância da advocacia pública para a aplicação do direito*. *Revista da APES*, Salvador: Juspodivm, v. 2, p. 109-130, 2009.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9.099, de 26/09/1995*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao artigo 9º da Lei nº 12.153/09. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et. al. *Comentários à nova lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010. p. 101-107.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: _____. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Barcelona: Bosch, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça (PRELO)*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/09) em vista da teoria dos microssistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)*. Disponível na internet: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022010.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2010. p. 1-14.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

1.5

A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA PARA A CONSIDERAÇÃO DOS CUSTOS DA ATUAÇÃO ESTATAL*

DALTON SANTOS MORAIS**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As transformações do Estado contemporâneo. 3 Adequação do ordenamento brasileiro à nova realidade estatal. 4 A eficiência administrativa como norma imposta ao Estado brasileiro. 4.1 Os princípios de direito e sua normatividade. 4.1.1 Fases de evolução do Direito. 4.1.2 Princípios e regras. 4.1.3 A importância dos princípios para o intérprete do Direito. 4.2 A eficiência administrativa como princípio do Estado-Administração brasileira. 4.3 O novo paradigma de interpretação do Direito brasileiro após a Emenda Constitucional (EC) 19/98. 4.3.1 O ambiente normativo gerado pela EC 19/98. 4.3.2 O princípio da eficiência como vetor interpretativo do Direito brasileiro. 4.3.3 A sindicabilidade judicial da eficiência administrativa. 5 A responsabilidade fiscal. 6 Os custos da atuação estatal como fator de hermenêutica juspublicista. 6.1 A limitação da atuação estatal à existência de recursos públicos disponíveis. 6.2 As fases de evolução dos custos da atuação estatal. 6.3 O custo da atuação garantidora dos direitos. 6.4 A necessidade de superação do modelo vigente. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

Atualmente, tem sido majoritariamente aceita a tese de que o Estado democrático brasileiro, inaugurado pela Constituição da República de 1988, sofreu de incontrolável incremento em sua atuação nos diversos campos da sociedade, haja vista que a Assembleia Constituinte – ainda sob os efeitos da embriaguez libertária decorrente do término da Ditadura Militar, à qual o País esteve submetido durante décadas – pretendeu fixar como so-

* Artigo decorrente de palestra proferida no XIV Seminário Internacional em Ciencias Sociales y Humanidades, realizado pela Universidade de Santiago – USACH em Santiago - Chile entre 07 e 12 de janeiro de 2008.

** Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União. Coordenador da Representação da Escola da AGU no Estado do Espírito Santo. Professor de Direito Constitucional e Tópicos Especiais de Processo Civil no Curso de Direito das Faculdades Espírito-Santenses – FAESA.

lução a todos os problemas do tecido social brasileiro a atuação provedora estatal.

Esse, segundo entendemos, é um dos fatores explicativos da constante modificação da Constituição, em especial no campo de atuação do Estado-Administração, pois é inquestionável reconhecer-se que o amadurecimento da democracia brasileira e de suas instituições, com parâmetro nas suas congêneres norte-americana e europeias, gera a admissão de que qualquer espécie de atuação estatal depende de recursos públicos disponibilizados pela própria sociedade.

Ainda que seja fundamental tal evolução de pensamento para o Direito brasileiro, a temática da importância da existência de recursos públicos tem sido analisada em um segundo nível de relevância pela doutrina brasileira, a qual, não raro, constrói entendimentos hermeticamente fechados ao debate acerca do custo da atuação do Estado, como se aquele pudesse originar recursos públicos pela “Casa da Moeda”.

O Poder Público não gera recursos, mas sim utiliza os que consegue angariar junto à coletividade, através de sua atividade tributária, pelo que, fazendo-se uma analogia à importante passagem cristã, não pode mais o Estado ser visualizado como entidade milagrosa capaz de “multiplicar os pães”, mas sim como ente, criado pela sociedade, com a finalidade de suprir, de acordo com os recursos públicos disponibilizados pela mesma, as suas carências mais prioritárias desta.

Nesse aspecto, o presente trabalho visa a contribuir para o crescimento do debate acerca da importância dos custos da atuação estatal e das atividades que a implementam, considerando-se a efervescência vivida pelo ordenamento jurídico pátrio, no sentido de adequar o Estado brasileiro ao cumprimento de suas funções essenciais de modo mais adequado ao exigido por uma sociedade contemporânea ao que Manuel Castells chama de a “Era da Informação”¹.

1 CASTELLS, Manuel. *A era da informação: sociedade, economia e cultura*. Apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A globalização e o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 226, p. 268, out./dez. 2001.

Verificar-se-á que o crescimento da importância do custo da atuação estatal consolida a transformação normativa pela qual vem passando o Direito brasileiro, em especial, a opção do poder constituinte reformador em reforçar a relevância da eficiência administrativa, através de sua expressa inclusão no art. 37, *caput*, da Constituição da República, como princípio da Administração Pública, por ocasião da Emenda Constitucional 19/98.

Demonstrar-se-á que a fixação da eficiência como princípio normativo modificou o paradigma de interpretação de nosso Direito, propiciando cabedal jurídico para impor à Administração Pública uma atuação mais ágil, menos burocrática e, por isso mesmo, mais consentânea aos reclamos da atual sociedade moderna, em que a globalização entre os países, a liberdade de imprensa e a *internet*, apenas para citar alguns exemplos, tornaram-se parte do cotidiano.

Para tanto, apresentaremos as modificações normativas produzidas a partir da década de 90, em especial as relativas à EC 19/98 – pelas quais o Direito brasileiro vem sofrendo significativas mudanças – traçando considerações acerca dos benefícios trazidos por tal normatização, a qual, se ainda não demonstra ares de perpetuação, representa grande passo no longo caminho a ser percorrido pelo Estado brasileiro no sentido de alcançar uma atuação que se coadune com os reclamos da eferescente sociedade brasileira, sem afastar-se da realidade imposta pelas limitações decorrentes da finitude dos recursos orçamentários e financeiros disponibilizados pela própria sociedade, pois como anuncia a sabedoria popular, “*di-nheiro não nasce em árvore*”.

2 As transformações do Estado contemporâneo

Preliminarmente, é necessário aduzir que se, mesmo após toda a existência do homem em sociedade, ainda não se estabeleceu um consenso sobre o conceito de Estado², não é nem

2 C.H. Titus colheu cerca de 145 (cento e quarenta e cinco) diferentes definições sobre Estado na obra *A nomenclature in political Science. American Political Science Review*, n. 25, p. 45 - 60, 1931. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 98.

viável nem oportuno tentar fazê-lo no âmbito deste trabalho, pelo que nos utilizaremos do ensinamento de Dalmo de Abreu Dallari, o qual entende que se pode conceituar o “Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.³

Nasceu o Estado moderno sob os auspícios do Absolutismo, no qual a autoridade estatal confundia-se com a própria figura do monarca. Com a derrocada do Absolutismo e a afirmação do Liberalismo durante o século XIX, a burguesia, antes detentora do poder econômico, toma, via revolução, também o poder político. Diante dos interesses da burguesia no poder, o Estado dessa época caracteriza-se pela intervenção mínima, “com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas”.⁴

Mas se, por um lado, o Estado liberal dessa época incentivou a valorização do indivíduo, acabou, por outro, gerando privilégios para a burguesia economicamente mais forte, sendo, a partir do século XIX, contestado por movimentos socialistas, o que gerou um clamor generalizado pela maior intervenção do Estado após o início do século XX. Um dos maiores marcos do Estado intervencionista – até mesmo por ter se dado nos Estados Unidos, ferozes defensores do Liberalismo –, foi a política do *New Deal*, de Franklin Delano Roosevelt, a partir da quebra da Bolsa de Nova York em 1929.

Após o advento da Segunda Grande Guerra Mundial, o intervencionismo estatal sofreu forte incremento, haja vista que a reconstrução dos países destruídos pelo conflito bélico deu-se mediante agressiva intervenção estatal em todos os campos de atividades desenvolvidas pela sociedade. Caio Tácito, em artigo publicado na Revista de Serviço Público, de março de 1955, asseverava, àquela época, que:

A experiência da sociedade contemporânea evidenciou que não mais se admite a posição contemplativa do Poder Público diante dos conflitos sociais notórios e angustiantes. O ideal enciclopedista do individualismo jurídico tornou-se ob-

3 C.H. Titus colheu cerca de 145 (cento e quarenta e cinco) diferentes definições sobre Estado na obra *A nomenclature in political Science*. *American Political Science Review*, n. 25, p. 45 - 60, 1931. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 101.

4 *Ibid.*, p. 235.

soleto diante da concentração de riqueza nas mãos de grupos poderosos, em detrimento da imensa maioria. A função de equilíbrio do Estado tornou imperativa a sua intervenção no domínio da atividade privada. O Estado passou de fiscal a agente, de espectador a ator, de estático a dinâmico. O Poder Público tornou-se industrial, comerciante, banqueiro, transportador.⁵

Tratava-se da implantação do Estado do Bem-Estar Social, construído sobre o pilar dos excedentes econômicos aplicados pela máquina estatal no suprimento de necessidades sociais. Entretanto, com a modificação da temática relativa às finanças e à economia, acarretada pela extinção dos excedentes de produção, passou-se a debater uma redefinição das funções do Estado, em especial, quanto à redução do tamanho do seu aparelhamento e de seu papel interventivo *lato sensu*, seja quanto à implementação de direitos sociais, seja quanto à atuação como agente empresarial, situação esta que se deu na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América nos idos dos anos 80 e 90, como documentam Maria Paula Dallari Bucci⁶ e Francis Fukuyama, ensinando este último que:

O porte, as funções e o escopo do Estado também cresceram nos países não-totalitários, inclusive em quase todas as democracias, nos primeiros três quartos do século XX. Enquanto os setores estatais consumiam, no início do século, pouco mais de 10% do produto interno bruto (PIB) na maior parte dos países europeus e nos Estados Unidos, nos anos 80 eles consumiam quase 50% (70% no caso da Suécia social-democrata).

Este crescimento, aliado às ineficiências e consequências imprevistas por ele produzidas, levou a uma vigorosa contra-reação na forma do “thatcherismo” e do “reaganismo”. A política dos anos 80 e 90 foi caracterizada pelo renascimento das idéias liberais em grande parte do mundo desenvolvido, e por tentativas de resistência ou mesmo

5 TÁCITO, Caio. Evolução histórica do direito administrativo. In: _____. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 6 -7.

6 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28-29.

de reversão do curso, em termos de crescimento do setor estatal (Posner, 1975). O colapso da forma mais extrema de estatismo, o comunismo, deu um impulso extra ao movimento de redução do porte do Estado nos países não-comunistas.⁷

O Brasil, nessa mesma época – caracterizada, como visto, pelo movimento de redução do intervencionismo estatal nos países desenvolvidos –, recém-saído do regime de Ditadura Militar, viveu movimento justamente inverso ao que lá se fazia, já que aqui houve um crescimento do aparelhamento do Estado e, conseqüentemente, uma exacerbação do seu papel intervencionista, pois o poder constituinte originário de 1988, ainda sob os efeitos da embriaguez libertária decorrente do término do regime de exceção⁸, pretendeu fixar como solução a todos os problemas do tecido social a atuação provedora do Estado.

Tal contradição da realidade brasileira ao movimento vivido pelos países desenvolvidos manteve o Estado brasileiro como um organismo lento, ineficiente e ineficaz. Incapaz, portanto, de atender aos anseios de nossa sociedade. Face a isso, no Brasil, em que pese ainda a indefinição reinante quanto ao tipo de Estado que se quer⁹, chegou-se a um consenso do tipo que não se quer, confirmando-se “uma demanda generalizada por modernização da organização administrativa do Estado”¹⁰.

À luz de tal necessidade de modernização de sua atuação, e considerando-se a necessidade de concentração dos recursos

7 FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI*. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 18.

8 “A Assembléia Constituinte foi cenário de ampla participação da sociedade civil, que permanecera aliada do processo político por mais de duas décadas. O produto final de seu trabalho foi heterogêneo. De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias.”

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 45.

9 ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Estado brasileiro contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina, n.44, ago. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=55>>.

10 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

públicos disponíveis em atividades essenciais¹¹ ao corpo social, o Estado brasileiro vem percorrendo várias tendências¹² que somente podem ser realizadas com a adequação do ordenamento jurídico vigente pelo qual o Estado de Direito brasileiro é autorizado a atuar, tal como será exposto a seguir.

3 Adequação do ordenamento brasileiro à nova realidade estatal

Uma das tendências percorridas pelo Estado brasileiro recai sobre a transferência, para a iniciativa privada, de atividades econômicas que antes eram realizadas diretamente pelo Estado, fenômeno este que, segundo noticia Raquel Dias da Rocha¹³, ocorreu também, mas antes, nos Estados Unidos da América e na Europa.

Iniciado no início da década de 90, através da Lei nº 8.031/90, e continuado, com as mesmas diretrizes, pela Lei nº 9.491/97, o Programa Nacional de Desestatização¹⁴ vem sendo implementado pelo Estado brasileiro não só como meio de reduzir o custo estatal com atividades que podem ser exercidas pela iniciativa privada, com a devida fiscalização do Estado, mas também como mecanismo de atribuição de eficiência ao desen-

11 Torna-se cada vez mais difícil definir, em um país capitalista periférico como o Brasil, o que vem a ser atividade estatal essencial à sociedade, já que está não é composta somente de agentes sociais, mas também de agentes econômicos que, tais como aqueles, requisitam a atuação estatal em prol do desenvolvimento de suas atividades. Por isto, na atual realidade brasileira, é possível afirmar que o espectro da atuação estatal solicitado pela sociedade brasileira, inclusive no que tange às atividades legislativa e jurisdicional, incide não só sobre áreas de evidente interesse público, tais como saúde, educação, transportes, segurança pública e nacional, infraestrutura, previdência e assistência social, meio ambiente, cultura, mas também sobre setores que exigem a normatização e a fiscalização do Estado, tais como mercado financeiro, serviços, indústria, comércio exterior, além de regulação sobre setores econômicos de relevante importância, tais como aviação civil, petróleo, telefonia, saúde suplementar, dentre outros.

12 SABINO CASSESE. *Apud* Uma nova administração pública. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, abr./jun. 2000.

13 SILVEIRA, Raquel Dias da. Os processos privatizadores nos Estados Unidos, Europa e América Latina: tentativa de compreensão do fenômeno das privatizações como política econômica do modelo neoliberal no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 7, p. 207, jul./set. 2004.

14 O Programa, conforme prevê a legislação mencionada, tem como objetivos primordiais “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (art. 1º, I); “permitir a retomada de investimento nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada” (art. 1º, III); “contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito” (art. 1º, IV) e “permitir que a Administração Pública concentre os seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.” (art. 1º, V).

volvimento de tais atividades, já que o setor privado irá exercê-las com a agilidade que lhe é típica, impossível, por evidente, de ser obtida com o necessário manejo burocrático da *res publica*. Nesse contexto, veja-se o exemplo do leilão de 07 (sete) trechos de rodovias federais que, iniciado em 1999 e somente concluído com sucesso em outubro de 2007, representam a ampliação de 2.600 km e de investimentos da ordem de R\$ 20 bilhões de investimentos privados nos próximos 25 (vinte e cinco) anos em infraestrutura rodoviária¹⁵.

Ainda quanto à intervenção do Estado brasileiro na ordem econômica, outras tendências percorridas foram a permissão de participação de empresas estrangeiras em setores abertos apenas ao capital nacional¹⁶ e a mitigação de monopólios¹⁷ em setores econômicos antes afetos apenas ao Estado.

Veja-se que as concessões para exploração de atividades econômicas antes monopolizadas pelo Estado brasileiro, como a exploração de serviços de telecomunicações e pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural, têm importado não só no auferimento de créditos públicos ao Estado brasileiro como na geração de vultosos investimentos privados nesses setores, o que antes dependia exclusivamente de investimento público, o que, por evidente, diante da finitude dos recursos públicos, importava tanto na inviabilização de tais setores como na diminuição de investimentos em serviços públicos mais prioritários como saúde e educação.

Nesse contexto, veja-se que a 9ª (nona) Rodada de Leilão, realizada em outubro de 2007, pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), arrecadou R\$ 2,1 bilhões, valor superior ao recorde da 7ª (sétima) Rodada, em 2005, de cerca de R\$ 1,1 bilhão. Segundo a própria ANP, a pre-

15 Governo realiza hoje leilão de rodovias federais. Disponível em: < http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL147016-9356,00.html>. Acesso em: 27 dez. 2007.

16 Emendas Constitucionais nº 06 e 07, ambas de 15/08/95.

17 EC nº 08, de 15/08/95, e EC nº 09, de 09/11/95 que, respectivamente, extinguíram os monopólios estatais sobre serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como sobre a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos e a refinação de petróleo, a importação, exportação e transporte de produtos derivados de petróleo.

visão de investimento do Programa Exploratório Mínimo (PEM) é de aproximadamente R\$ 1,36 bilhão.¹⁸

Prosseguindo, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁹, outra modificação observada no modo de atuar do Estado brasileiro é que a consensualidade vem sendo mais atuante na função administrativa do Estado, propiciando o ressurgimento de antigos instrumentos contratuais que haviam caído em desuso. Exemplos disso são os casos das concessões de serviços públicos e de bens públicos, através das Leis nº 8.987/95, 9.074/95 e 9.648/98, e do desenvolvimento de novos, imaginativos e complexos instrumentos contratuais, como a concessão de obras públicas, precedendo a de serviços, além de concursos financeiros (*project financing*), dos acordos de programa e dos acordos substitutivos, entre outras modalidades, o que, segundo as expressas palavras do mestre, há pouco tempo atrás eram “considerados como um tabu do Direito Administrativo”.

Ademais, no sentido de adequar o aparelho do Estado brasileiro às tendências mundiais de redução do seu porte e de sua intervenção, com o fim de tentar adequá-lo à globalização característica dos tempos atuais, o legislador constituinte reformador editou a EC 19/98. Por meio dela se fomentou a expansão da atividade estatal administrativa para o âmbito da sociedade civil organizada, com o conseqüente encolhimento da estrutura administrativa, bem como a racionalização do aparelhamento estatal, através da adoção de posturas administrativas menos burocráticas e mais gerenciais pelo Estado brasileiro, calcada na fixação da eficiência administrativa como princípio da Administração Pública, tal como será mais adiante especificamente abordado.

Como conseqüência da transferência de atividades econômicas de relevante interesse público para a iniciativa privada e do reaparecimento das concessões²⁰ e permissões de

18 Nona Rodada tem arrecadação recorde de R\$ 2,1 Bilhões. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 27 dez. 2007.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 226, p. 278, out./dez. 2001.

20 Concessão (conceito) é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de serviços públicos do qual é titular, mediante sua fiscalização, e remunerada através de tarifas pagas pelos usuários - v. art. 2º, II da Lei nº 8.987/95.

serviços públicos – através das quais o Estado, apesar de continuar como titular do serviço, transfere a sua execução a particular –, surge a necessidade do Estado brasileiro, tal como já ocorria nos países mais desenvolvidos²¹, aparelhar-se de órgãos técnicos. Esses, protegidos das contingências e das valorações políticas que normalmente pressionam a atuação estatal, têm por finalidade planejar, regular e fiscalizar o exercício de tais atividades pela iniciativa privada, bem como resolver, sob o aspecto técnico, conflitos delas ocorrentes. São as chamadas agências reguladoras, previstas na Constituição da República²², por força de emendas constitucionais, mas criadas e expandidas para outras áreas de relevante interesse público, pela legislação infraconstitucional²³, como autarquias de natureza especial.

Outrossim, mais recentemente, devido à necessidade de adoção de novos mecanismos de relacionamento com a iniciativa privada²⁴, com o fim de captar recursos financeiros para alavancar os necessários e urgentes investimentos públicos em infraestrutura²⁵, foi editada a Lei nº 11.079/04,

21 Enrique Rivero Ysern, sobre as congêneres de nossas agências reguladoras no direito administrativo espanhol, aduz que “*Servicios públicos esenciales para la comunidad (agua, energía, transporte, comunicaciones) se han liberalizado por imperativos de la competencia. Pero la competencia há de hacerse compatible con el principio de continuidad, regularidad y universalidad de algunos servicios y por ello aparecen los entes reguladores también denominados Administraciones independientes, que no se circunscriben al campo de los servicios públicos esenciales hoy liberalizados.*”

Em Francia, país del que hemos tomado gran parte de nuestro derecho administrativo y siguinedo a GAZIER y CANNAC, resulta de las llamadas “autorités administratives independantes”, ...”.

YSERN, Enrique Rivero. El principio de subsidiariedad. In : MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 488.

22 EC nº 08/95 E 09/95.

23 Exemplos de agências reguladoras, na esfera federal, são a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97), a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/97) e a Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/97), dentre outras.

24 Se, por um lado, o controle da inflação – e seu consequente aumento da dívida pública de 30% para mais de 50% do PIB em meados dos anos 90 (serviço da dívida) daí decorrente -, as metas de superávit adotadas pelo Governo Federal desde 1999; o fator benéfico, mas impactante da LC nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) nas contas públicas brasileiras; a obrigatoriedade das despesas com saúde e educação (art. 198, § 2º da CR pela EC nº 29/00 e o art. 212 da CR pela EC nº 14/96) e inviabilidade de aumento da carga tributária (rejeição da MP nº 232/04) geram a inexistência de recursos públicos para investimentos em infraestrutura, por outro, após vários anos de busca pela estabilidade monetária, em 2004, surgiram indícios de retomada de crescimento econômico, para a qual se torna essencial que haja investimentos para recuperar e/ou expandir a infraestrutura do País (rodovias, ferrovias, saneamento, telefonia, energia elétrica, sistemas de armazenagem, irrigação, etc), áreas em que, reconhecidamente, os investimentos devem ser muito vultosos e/ou são de baixo retorno lucrativo para a iniciativa privada.

25 Segundo a Associação Brasileira de Infra-Estrutura (ABDIB), estima-se que metade dos 57 mil quilômetros da malha rodoviária brasileira encontra-se em péssimo estado de conservação e que o País necessita, nos próximos anos, de investimentos em infraestrutura na ordem de US\$ 20 bilhões/ano para sanar gargalos impeditivos à retomada do crescimento econômico.

instituidora de normas gerais de licitações e contratação de parcerias público-privadas²⁶, no âmbito dos três níveis da Federação, frisando tratar-se de instituto de figura jurídica com características diferenciadas aos instrumentos já existentes no Direito pátrio.

Ainda em vista de sua pertinência com as mutações do Direito público aqui epigrafadas, não se poderia deixar de aduzir acerca do início dos debates, em nossas doutrina e jurisprudência, acerca da viabilidade de adotar-se uma teoria de Estado Subsidiário²⁷ no Brasil.

Sob o entendimento de que o Estado Subsidiário já se faz presente no Direito pátrio posiciona-se Ricardo Lobo Torres, segundo o qual o “Estado Democrático e Social de Direito vai se afirmando, cada vez mais, como Estado Subsidiário. No Brasil, essa característica fica muito clara a partir das reformas constitucionais da década de 90”.²⁸

Inclusive, o tema foi abordado no Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento da ADPF nº 46, no qual se pretendia a declaração de não-recepção, pela Constituição de 1988, da Lei nº 6.538/78, instituidora do monopólio dos serviços postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio de Mello, relator, aduziu como fundamentação de seu voto que “em prol da preservação do interesse público, a atuação do Estado deveria ser subsidiária, afastando-se sua intervenção desnecessária em área sustentada, de forma satisfatória, pelo setor privado”. Já o Ministro Eros

26 Dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão acenam com necessários investimentos na ordem de cerca de R\$ 13 bilhões em 2007, nos setores de ferrovias, rodovias, portos e irrigação, através da sistemática de parcerias público-privadas.

27 “A dinâmica do processo de Globalização deflagrou, nos anos 80 e 90, movimentos que refletem a crise do modelo do Estado nos planos, político, econômico e social.

Esse quadro de crise estrutural enseja o debate a respeito de novas bases sobre as quais deverão se estabelecer as novas fronteiras entre o Estado e a Sociedade Civil.

A inadequação do Estado às atuais exigências das novas circunstâncias internacionais de política e de economia, decorrentes da Globalização, bem como da incapacidade de atender as necessidades das sociedades contemporâneas, cada vez mais complexas e heterogêneas, levam, necessariamente, a uma reformulação do Estado.

Surge, assim, uma tendência na linha do Princípio da Subsidiariedade, de um modelo de Estado Subsidiário.”

GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 195.

28 TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da transparência no direito financeiro*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 5 jul. 2005.

Roberto Grau, em posição oposta, divergindo, argumentou que “vigentes os artigos 1º e 3º da CF, haver-se-ia de exigir um Estado forte e apto a garantir a todos uma existência digna, sendo incompatível com a Constituição a proposta de substituição do Estado pela sociedade civil”.²⁹

Por fim, no contexto da evolução do ordenamento jurídico brasileiro para comportar a racionalização de recursos públicos, insere-se o fato de a sociedade brasileira, após a EC 19/98, ter optado pelo Estado-Administração menos custoso, mais eficiente e responsável com o equilíbrio fiscal, como forma de diminuir o dispêndio dos escassos recursos públicos brasileiros com a própria máquina administrativa, pretendendo aumentar, assim, a quantidade de recursos disponíveis para alocação em demandas sociais mais prioritárias para a população brasileira. Importante, assim, expormos a evolução de nosso ordenamento decorrente da concretização da positivação da eficiência administrativa como princípio da Administração Pública brasileira e da responsabilidade fiscal como marco da gestão dos recursos públicos de acordo com as regras orçamentárias previstas na Constituição de 1988.

4 A eficiência administrativa como norma imposta ao Estado brasileiro

A eficiência, no âmbito do Estado-Administração, pode ser definida, segundo Hely Lopes Meirelles, como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”.³⁰ Já para Alexandre de Moraes, a Administração Pública eficiente é aquela “que produz o efeito desejado, que dá bom resultado.”³¹

29 Informativo de Jurisprudência STF, n. 392, de 22/06/2005. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 jun. 2005. O processo em epígrafe encontra-se sob pedido de vista da Min. Ellen Gracie.

30 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 90.

31 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 319.

Além das características anteriormente mencionadas, a eficiência administrativa, como corolário da economicidade³², tem uma vertente de maximização do recurso público a ser despendido pelo Estado-Administração, pelo que, para ser eficiente, a atividade estatal administrativa empreendida deverá trazer benefícios para a coletividade compatíveis com o montante de recursos públicos despendidos.

Antes de adentrarmos à eficiência administrativa como princípio do Estado-Administração brasileiro, será necessário tecermos breves, mas importantes considerações sobre a moderna concepção dos princípios de direito como espécie de norma com preponderância axiológica sobre as demais.

4.1 Os princípios do direito e sua normatividade

4.1.1 Fases de evolução do Direito

O positivismo jurídico, sistema calcado no pensamento kelseniano de que um ordenamento jurídico apenas precisa de regras devidamente escalonadas em ordem hierárquica, sem qualquer consideração de ordem metajurídica, possibilitou, em países europeus sob orientação nazifacista, a existência de Estados de Direito nos quais se praticou, sob a égide da lei, o extermínio de milhares de vidas. Chocado, o pensamento jurídico hodierno passou a rejeitar a ideia de um ordenamento que tivesse como única fonte de validade uma norma jurídica de maior hierarquia, pressupostamente, elaborada pelo Estado.

Após muito esforço intelectual de juristas e jusfilósofos do porte de Chaim Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy, chega-se à conclusão de que os valores socialmente reconhecidos

32 BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 78, p.41-45, out./dez. 1998. Ressalte-se que, também, o Supremo Tribunal Federal utiliza o termo "economicidade" ao se referir à eficiência, prevista como princípio no art. 37, *caput*, da Constituição da República. No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada contra lei estadual do Rio Grande do Sul, que estabelecia normas sobre publicidade dos atos do Poder Executivo estadual, o relator da ADI 2.472/RS, Min. Maurício Côrrea votou pela inconstitucionalidade de dispositivo que determinava a exposição do custo da veiculação e publicação da peça publicitária governamental, sob o fundamento de falta de razoabilidade e desproporcionalidade da norma, "sobretudo por obrigar apenas um dos Poderes, impondo mais custos ao Erário e ofendendo, em consequência, o princípio da economicidade previsto no *caput* do art. 37." Veja-se o *Informativo de Jurisprudência STF*, n. 342, de 29/03 a 09/04/2004. Disponível em: www.stf.gov.br.

não poderiam ficar de fora da aplicação do Direito, devendo este levar em consideração os princípios orientadores da conexão entre si e a moral. Surge, então, a fase denominada pós-positivismo, denominação dada a um ideário jurídico pelo qual se pretende, sem desconsiderar a necessidade da segurança jurídica propiciada por um ordenamento positivamente estabelecido, interpretar a norma jurídica sob a égide de juízos de valor, tais como justiça e dignidade da pessoa humana, entre outros. Nessa fase do Direito, promove-se uma reaproximação entre ele e os valores socialmente reconhecidos, materializando-se estes nos princípios reconhecidos pela Constituição da República, na qual sua normatividade é devidamente assegurada ³³.

O reconhecimento da normatividade da Constituição no Brasil é recente, pois somente após o texto constitucional de 1988 deixou-se de entendê-la como um mero “programa” político, passando o texto fundamental a ser considerado como marco da ordem política, social e jurídica fixada para a República Federativa do Brasil. A Constituição passa a ser, efetivamente, considerada a ordem jurídica máxima à qual todo o ordenamento deve obediência e sob a qual este deve ser interpretado. Os mandamentos constitucionais passam a ser a “lente” sob a qual os “olhos” de qualquer intérprete devem “enxergar” a norma.

E sendo o texto constitucional a ordem jurídica que une agentes sociais tão distintos – o Estado e os cidadãos, a Administração Pública e os administrados, o empresário e o trabalhador, o índio, o branco, o negro, entre outros – a sua efetividade pressupõe a interpretação, tanto das próprias normas constitucionais como das relativas à legislação infraconstitucional, não como mera atividade de revelação do conteúdo da norma, mas sim como atividade de desenvolvimento de papel criativo no sentido de concretizar-se os valores reconhecidos pela Constituição, por meio dos princípios de direito nela estabelecidos.

33 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29

4.1.2 *Princípios e regras*

Com base na nova forma de interpretar o Direito – no Brasil, após a Constituição de 1988 – fixou-se na doutrina o entendimento de que um ordenamento jurídico balanceado deve ser constituído tanto de regras quanto de princípios. Àquelas cabe a realização da função de segurança jurídica, enquanto a estes incumbe-se a função de realização de Justiça no caso concreto. Essa função dos princípios dá-se devido à sua maior flexibilidade e à influência da carga valorativa que os informa, bem como a sua imperatividade, haja vista serem os mesmos espécie de norma, a qual tem como uma de suas principais características condicionar a atividade hermenêutica do intérprete. Mas, em que pese a unanimidade em dotar os princípios de caráter normativo, a moderna doutrina ainda vem fixando os critérios para a configuração dos princípios de direito e, especialmente, quanto à sua distinção em relação às regras jurídicas.

Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva³⁴, Ronald Dworkin prega a distinção dos princípios e regras a partir de um aspecto lógico:

Ambos (regras e princípios) estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que nada contribuirá para a decisão.

Robert Alexy – embora o faça em contexto teórico diverso de Ronald Dworkin – também diferencia regras e princípios, sob o aspecto lógico ou qualitativo. Para o autor alemão, a distinção entre princípios e regras é melhor evidenciada a partir dos casos de colisão entre as normas, já que os conflitos entre regras são solucionados com base nos aspectos de validade da norma, conside-

34 A estrutura normativa das normas jurídicas. In: MAIA, Antônio Cavalcanti (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 3 - 24.

rando-se os critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade, enquanto os conflitos entre princípios são solucionados a partir da ponderação quanto ao peso de cada princípio, consideradas as circunstâncias do caso concreto. Significa dizer que, no conflito entre princípios, não há extinção do princípio de menor adequação valorativa à hipótese do caso concreto, mas tão-somente o seu afastamento, continuando o mesmo inserto no ordenamento jurídico vigente, podendo ser aplicado em outro caso concreto em que sua carga valorativa seja mais adequada.

Com base em tais posicionamentos, pode-se evidenciar dois critérios para a distinção entre princípios e regras, quais sejam: a forma de aplicação e o conflito de normas e sua solução. Quanto à forma de aplicação, considerando-se o ensinamento de Robert Alexy de que os princípios podem ser caracterizados como *mandados de otimização*, verifica-se que os mesmos podem ser implementados segundo várias escalas de concretização, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvam o caso concreto. Já as regras impõem uma exigência que é ou não cumprida, não se permitindo a sua concretização em diversos graus, tal como ocorre com os princípios.

Quanto ao conflito de normas e sua solução, verifica-se que a distinção feita entre princípios e regras diz respeito à convivência entre princípios de maior ou de menor peso, que sejam opostos em dado caso concreto, enquanto as regras antinômicas excluem-se do ordenamento jurídico, face à perda de validade da regra não aplicável ao caso concreto.

Diante da distinção entre regras e princípios, a moderna doutrina tem encontrado subsídios para reconhecer que a norma jurídica é gênero constituído de duas espécies: regras e princípios, congregando estes as funções de dar unidade ao sistema jurídico, condensar os valores aceitos pela sociedade e servir de vetor à atividade de interpretação do ordenamento vigente.

4.1.3 *A importância dos princípios para o intérprete do Direito*

A importância do moderno pensamento doutrinário acima exposto mostra-se evidente, à medida que o juspublicista atuante

no Direito administrativo – ramo do Direito de contradições pela sua própria essência de pretender ser o regramento constituidor do Estado moderno ao mesmo tempo em que limita o exercício do poder estatal – deverá posicionar-se ante os diversos conflitos normativos que normalmente surgem na consecução da atividade administrativa do Estado, valendo-se da preponderância axiológica dos princípios reconhecidos pela Constituição da República, entre eles, após a EC 19/98, o da eficiência administrativa.

Em que pese sobre outro foco – o da ocasionalidade da legislação administrativista, característica própria não só do direito administrativo espanhol, mas também do brasileiro –, ensinava Garcia De Enterría que o Direito administrativo não se sustenta sem se recorrer aos princípios de direito:

El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico. Hay que decir que en parte alguna del Ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; sobre lo cual tendremos más tarde ocasión de reflexionar. Ante ello no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de ciencia estrictamente exegética, ni por verdadera reducción al absurdo, por inesperado ‘embarras de richesse’, es posible sostener que el Derecho Administrativo sea la suma de todo esse conjunto inacabable de normas en perpetuo fieri, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a compensarse (antes bien, resultan potenciadas) por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido esse caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible.³⁵

35 ENTERRÍA, García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995. p. 44 - 45.

Mas em que pese a importância dos princípios de direito para o juspublicismo, tal como acima ilustrado, o Direito administrativo é um dos ramos do Direito brasileiro que mais resiste à nova hermenêutica à luz da Constituição da República, devido, entre outros fatores, à forma equivocada de interpretar-se o princípio da legalidade administrativa.

É que a generalidade dos gestores públicos brasileiros – fato que pode ser observado na atividade de consultor jurídico da Administração Pública Federal – e grande parcela dos operadores do Direito ainda acham que devem irrestrita observância à legislação infraconstitucional, sem considerar os valores constitucionalmente reconhecidos. De fato, qualquer intérprete do Direito deve fiel e irrestrita observância à lei, mas somente àquela que não esteja em conflito com os ditames constitucionais³⁶, pois a Constituição prevalece sobre todas as demais normas – princípio da supremacia da Constituição³⁷.

Caracterizada a atividade administrativa *ex officio* da lei pelo cotidiano conflito entre interesses dos cidadãos e do Estado, devem todos os que precisam interpretar o Direito administrativo – o cidadão, o administrador público, o consultor jurídico, o doutrinador, o magistrado e todos os outros intérpretes – procurar, no exercício de sua atividade, delimitar os princípios e as regras incidentes sobre as situações sob seus cuidados, a fim de interpretar o ordenamento jurídico vigente com base na Constituição da República, na qual foram fixados, como norma, os valores adotados pela sociedade brasileira, entre eles a eficiência administrativa.

36 “A Constituição vigente, ao contrário das anteriores, dedicou um capítulo à Administração Pública (capítulo VII do Título III) e, no art. 37, deixou expressos os princípios a serem observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos. Convencionamos denominá-los de princípios expressos exatamente pela menção constitucional. Revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.”

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 13 - 14.

37 “A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 329.

4.2 A eficiência administrativa como princípio do Estado-Administração brasileira

Rosimeire Ventura Leite³⁸ expõe, com muita didática, que a eficiência, antes da EC 19/98, já era princípio implícito da Administração Pública. Para fundamentar tal entendimento, utiliza-se da previsão da eficiência como quesito de avaliação da gestão administrativa pelos órgãos de controle interno ao art. 74, II, da Constituição da República, das referências do Decreto-Lei 200/67 sobre controle de resultados da atividade administrativa e de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁹.

A eficiência como norma ao Estado-Administração é realidade nos Direitos americano e europeu. No primeiro, devido à temática do Estado “custo-benefício” que, iniciada nos anos 80 e em vigor até hoje nos Estados Unidos, teve, ainda que sob o manto da justificativa de adequar os enormes custos da atividade regulatória, como real finalidade, propiciar maior liberdade de atuação aos diversos agentes americanos atuantes no mercado. Já no Direito europeu, conforme informa Maria Paula Dallari Bucci, o princípio da eficiência é “responsável por um esforço de superação do formalismo característico da maioria dos ordenamentos jurídico-administrativos. Como sintetizam comentaristas italianos: “a tantos controles inúteis previstos hoje se deve substituir a verificação do atingimento efetivo dos fins e objetivos.”⁴⁰

Influenciado pela presença da eficiência como norma à Administração Pública no Direito das principais nações do planeta, o poder constituinte reformador brasileiro, conforme bem exposto por Alexandre de Moraes, através da EC 19/98, “(...) no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que a

38 LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 226, out./dez. 2001.

39 “Administrativo. Funcionário. Estágio probatório. Dispensa. Sindicância. Legalidade. I - Servidora pública em estágio probatório pode ser dispensada por não convir à Administração a sua permanência, após ter sido apurado em sindicância regular, com a ampla defesa assegurada, que praticou atos incompatíveis com a função do cargo em que se encontra investida. O estágio probatório tem por escopo verificar se a pessoa habilitada no concurso preenche os requisitos legais exigidos, sua idoneidade moral, a disciplina, a eficiência, a aptidão e a assiduidade. II - A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. Art. 37). Outros evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.”

40 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 180 - 181.

Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência.”⁴¹

Tal pretensão de impor agilidade à atuação do Estado-Administração é o que se pode depreender da justificativa da Mensagem Presidencial 886/95 – convertida na Proposta de Emenda Constitucional 173/95, a qual deu origem à EC 19/98 – em que o Poder Executivo federal expõe que a necessidade de mudança no texto constitucional deveria dar-se para “incorporar a dimensão de eficiência na administração pública; o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão-contribuinte”, bem como para “ênfatar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade no cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.” Veja-se que, consoante a tradição de sistema híbrido do Direito público brasileiro, a mudança proposta e encampada pelo poder constituinte reformador brasileiro abarca características próprias tanto do princípio da eficiência adotado pelo Direito administrativo americano – relação custo-benefício da atividade administrativa – quanto pelo seu congênere europeu – superação de exageros no formalismo e no controle da atividade administrativa.

Portanto, com a inclusão expressa da eficiência como princípio do Estado-Administração brasileiro no art. 37, *caput*, da Constituição da República, a partir da EC 19/98 inaugura-se um novo parâmetro jurídico para a interpretação das normas do Direito brasileiro, conforme será exposto a seguir. Ressalte-se que tal evolução de nosso Direito público pode propiciar a adequação do juspublicismo brasileiro aos seus avançados congêneres estrangeiros, em espe-

41 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 318.

cial, quanto à necessidade de considerar-se os custos não mais como meros óbices às atividades do Estado-Administração, mas sim como elemento integrante da mesma, que precisa ser previamente analisado antes de movimentar-se o Estado.

4.3 O novo paradigma de interpretação do Direito brasileiro após a Emenda Constitucional (EC) 19/98

4.3.1 O ambiente normativo gerado pela EC 19/98

Antes de incidirmos sobre a nova forma de interpretar a eficiência administrativa, após a sua fixação como princípio expresso do Estado-Administração pela EC 19/98, é preciso tecer considerações genéricas sobre o conjunto de modificações constitucionais promovidas pela referida emenda constitucional e o significado que as mesmas tiveram para o cotidiano do Estado brasileiro.

Ressalte-se, preliminarmente, que a EC 19/98 não tem unanimidade na doutrina como instrumento jurídico de modernização do Estado-Administração, havendo autores que a consideram como inócua nesse sentido, e outros que a consideram como violadora dos princípios em que estava assentada a ordem jurídica brasileira à época.

Veja-se a ferina opinião de Ivan Barbosa Rigolin sobre a EC 19/98:

A grande sensação do brasileiro quanto à EC 19 é de indisfarçada fraude, farsa teatral do governo para dar satisfação à sociedade, circo de cavalinhos, grossa empulhação oficial que apenas engana a quem nasceu ontem ou anteontem, embuste jurídico tão grosseiro quanto seus autores, trapaça que não dá sinal de se resolver, molecagem ou travessura inconseqüente – ou algo pior, se puder existir em direito.⁴²

42 RIGOLIN, Ivan Barbosa. O servidor público na EC 19/98: a reforma administrativa. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *Lei de responsabilidade fiscal*: teoria e prática. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 69.

Já para Luiz Alberto dos Santos, a EC 19/98 “(...) *implica em radical mudança no paradigma constitucional da Administração Pública brasileira, jogando por terra princípios e regras que foram construídos, na Carta de 1988, com o propósito de moralizar e profissionalizar a função pública e a administração estatal em nosso país.*”⁴³

Expõe, ainda, o mesmo autor que:

A irracionalidade desse processo de pseudo-reforma é agravada pelo viés alienado dos que não conseguem superar o formalismo e se apegam à mudança das normas – flexibilizando a Constituição – ou de estatutos jurídicos como condição suficiente para tornar o Estado mais eficaz, efetivo ou eficiente.⁴⁴

Em que pese a opinião dos referidos autores, verifica-se, por um exame menos superficial das alterações produzidas pela EC 19/98⁴⁵ no cenário jurídico do Estado brasileiro, que houve um considerável avanço no campo da atuação estatal brasileira.

Considerando-se a expansão da atuação estatal para a sociedade civil organizada, movimento de tendência comum no juspublicismo moderno, conforme observado por Sabino Casseese, citado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o “Direito Administrativo se vai ampliando, além desta conexão, sobre o espaço do público não estatal”⁴⁶, modificou-se o art. 70, parágrafo único, da Constituição, obrigando à prestação de contas do dinheiro público qualquer pessoa que o utilize, inclusive, as jurídicas de direito privado, permitindo-se, assim, a edição da Lei 9.790, de 23/03/1999, pela qual se dispôs sobre as “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público”, propiciando ferramental jurídico⁴⁷ para a implementação daquela tendência

43 *Reforma administrativa: efeitos imediatos e alternativas para sua efetivação*. Disponível em: www.pt.org.br/assessor/refton.htm. Acesso em: 9 jun. 2004.

44 *Reforma, ufanismo e retórica*. Disponível em: www.pt.org.br/assessor/refton.htm. Acesso em: 9 jun. 2004.

45 A EC 19/98, dentre outros dispositivos constitucionais, produziu alterações nos artigos 37, XI, XIII a XVII, §§§ 3º, 8º e 9º, 39, § 1º, 41, §§§§ 1º a 4º, 70, parágrafo único, 169, § 4º e 247 da Constituição da República em vigor à época.

46 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, abr./jun. 2000.

47 *De lege ferranda*, deve-se, urgentemente, instaurar mecanismo legal que disponha sobre seleção técnica, imparcial, isonômica e comprometida com o interesse público às instituições deste tipo que firmem parceria com o Poder Público, a fim de evitar a atual forma de seleção que, conforme informa a imprensa falada e escrita, recal, constantemente, sobre os chamados “apaniguados do poder”.

acima mencionada, sem, diga-se de passagem, perder o controle dos recursos públicos aí investidos, haja vista os mecanismos de controle previsto na referida lei⁴⁸.

Com o fim de propiciar modalidade de licitação que, além de observar os demais critérios do procedimento de seleção pública, fosse mais ágil, além de estabelecer regime jurídico diferenciado aos entes de Direito privado integrantes da Administração Pública Indireta, propiciando-lhes atuação mais adequada ao mercado privado em que atuam, a EC 19/98 produziu alterações nos artigos 22, XXVII, e 173, § 1º, da Constituição, tendo o legislador infraconstitucional, a fim de suprir a primeira demanda acima citada, criado a modalidade de licitação denominada “pregão”⁴⁹, através da Medida Provisória 2.026/00, convertida na Lei

48 Lei 9.790/99

“Art. 4º - Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre : I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; (...) VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo : (...) d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.(...)”

Art. 11 - A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo. (...) § 3º - Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Art. 12 - Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 13 - Sem prejuízo da medida a que se refere o art. 12 desta Lei, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou de terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990. § 1º - O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil. § 2º - Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, como contas bancárias e aplicação mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e tratados internacionais. § 3º - Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da organização parceira. (...)

Art. 15 - Caso a organização adquira bem imóvel com recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade. (...)

Art. 17 - O Ministério da Justiça permitirá, mediante requerimento dos interessados, livre acesso público a todas as informações pertinentes às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.”

49 “As modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação. Atendendo a tais reclamos, foi editada a Lei 10.520, de 17/7/2002, na qual foi instituído o pregão como nova modalidade de licitação, com disciplina e procedimento próprios, visando acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas.”
CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 250 - 251.

10.520/02, e do Decreto 3.555/00, inclusive com adequação da modalidade ao atual uso cotidiano da *internet*, o chamado “preço eletrônico” regulamentado pelo Decreto 5.450/05.

Verifica-se, portanto, que a EC 19/98 modificou o ordenamento jurídico brasileiro permitindo a criação de diversos instrumentos jurídicos, por meio dos quais a expansão da atuação estatal para a sociedade civil organizada e a agilização dos procedimentos de licitação adotados pela Administração Pública, entre outros mecanismos para propiciar uma atuação estatal mais ágil e menos custosa.

Ante a evolução do Direito público brasileiro propiciada pela EC 19/98, somos obrigados a distoar de Ivan Barbosa Rigolin e de Luiz Alberto dos Santos, e a concordar com Diogo de Figueiredo Moreira Neto no sentido de que “ (...) para o profissional de Direito, enquanto tal, não cabe nem fechar os olhos às novas instituições, porque não lhe agradem, nem, muito menos, contra elas vociferar, mas desenvolver uma atitude positiva, em que a crítica científica, necessária e desejada, guarde um sentido construtivo e, se possível criativo.”⁵⁰

4.3.2 *O princípio da eficiência como vetor interpretativo do Direito brasileiro*

Considerando-se que a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso do Estado-Administração brasileiro foi um dos cerne da EC 19/98, pretende-se, à luz do ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, acima exposto, desenvolver uma análise construtiva sobre tal atitude do legislador constituinte reformador, expondo, além dos entendimentos contrários à importância de tal inovação constitucional, o entendimento de que a fixação da eficiência como princípio constitucional expresso importa em nova forma de interpretar o Direito brasileiro, gerando, inclusive, sindicabilidade pelo Estado-Juiz sobre a eficiência ou não da atividade administrativa do Estado.

50 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, abr./jun. 2000.

Como dissemos anteriormente, o Direito administrativo brasileiro é um dos ramos que mais apresenta resistências à moderna interpretação do Direito público sob a “lente” da principiológica constitucional. Talvez, devido a isso, a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional exposto encontre tanta resistência entre ilustres e doutos juristas brasileiros, como a seguir se expõe.

Para Jessé Torres Pereira Júnior, a inclusão da eficiência administrativa como princípio exposto da Administração Pública na Carta Magna representa um mero reforço de linguagem, sem qualquer outro efeito:

No que tange ao arrolamento da eficiência entre os princípios reitores da atividade administrativa estatal, só se pode compreender como uma figura de estilo, um reforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à Administração Pública e é dela reclamado pelos administrados, justificadamente. A sociedade não organiza e mantém o Estado para ser ineficiente, embora ineficiências podem ser, e são, encontráveis em setores de qualquer empreendimento privado.⁵¹

Maurício Antônio Ribeiro Lopes opõe-se, radicalmente, ao caráter principiológico da eficiência administrativa:

Inicialmente cabe referir que eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão pública – finalidade da mesma Administração Pública. Nada é eficiente por princípio, mas por consequência (...).

Trata-se de princípio retórico imaginado e ousado legislativamente pelo constituinte reformador, sem qualquer critério e sem nenhuma relevância jurídica no apêndice ao elenco dos princípios constitucionais já consagrados sobre Administração Pública.⁵²

51 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 41 - 42.

52 LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa*: de acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. p. 108-109.

No mesmo caminho segue Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto.⁵³

Na mesma linha de descrédito quanto à fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso do Estado-Administração posiciona-se Lúcia Valle Figueiredo, para quem:

É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência administrativa para seus cometimentos.⁵⁴

Ouso discordar de vozes tão importantes do Direito brasileiro para afirmar que a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso, após a EC 19/98, representou vultosa inovação do nosso Direito, em especial, se considerarmos a nova hermenêutica à luz dos princípios de direito fixados na Constituição da República. Como diz Flávio Galdino, “as ideias evoluem, em especial, as ideias acerca dos direitos”.⁵⁵

Talvez como fruto da influência francesa na gênese de nosso Direito administrativo, sempre se deu, no âmbito do Estado-Administração brasileiro, mais importância à formalidade do que à materialidade da atuação administrativa, em especial, quanto ao alcance, em si, do fim de interesse público que deve, sempre, ser pretendido por aquela atuação. A fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso do Estado-Administração, nos termos da alteração produzida pela EC 19/98,

53 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 92.

54 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 60.

55 GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-222.

no art. 37, *caput*, da Constituição da República, vem mudar de uma vez por todas este errôneo paradigma, não só pela necessidade de observância da eficiência, após a referida emenda constitucional, como norma pelo administrador público, como também pela consequente sindicabilidade judicial da existência ou não de eficiência na atividade administrativa do Estado.

Conforme já exposto anteriormente, estamos numa fase do Direito em que os princípios são devidamente reconhecidos como espécies de norma, com grau hierárquico superior a todas as demais normas, especialmente, quando reconhecidas constitucionalmente. É a lição de Paulo Bonavides:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional os princípios se convertem igualmente em norma *normarum*, ou seja, norma das normas.⁵⁶

Assim, se antes a eficiência era qualidade desejável à atuação do Estado-Administração, após a sua fixação como princípio constitucional expresso pela EC 19/98, e, portanto, como norma constitucional dotada das características de imperatividade, coercibilidade e precedência, passa a ser oponível ao gestor público a sua observância, tanto em relação ao trato com a coletividade, para quem os serviços públicos são prestados, como nas atividades organizacionais internas do Estado brasileiro.⁵⁷

Ademais, a eficiência administrativa passa a ser vetor de interpretação de todas as demais normas de direito vigentes em nosso ordenamento jurídico, pois essa é uma das funções primordiais dos princípios de direito, ante sua impregnação por

56 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 261.

57 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 20.

valores socialmente reconhecidos como mais importantes em determinado tempo e lugar.

Portanto, se está inserto no texto da Constituição que o Estado deverá desempenhar as suas atividades administrativas no sentido de produzir resultados os mais satisfatórios possíveis ao atendimento das necessidades da coletividade e da própria máquina administrativa⁵⁸, dispendendo o mínimo possível de recursos públicos para tanto, deverá o gestor público, no exercício *ex lege* da atividade administrativa, interpretar as normas a que está sujeito sob o prisma da legalidade material, em detrimento de um exacerbado formalismo que eventualmente seja exigido pela legislação vigente.⁵⁹

Pode-se exemplificar a proposição acima exposta por meio de caso concreto enfrentado por este autor no exercício da atividade de consultor jurídico da Administração Pública federal. Determinada instituição pública federal tinha em seu patrimônio certos bens que, através de comissão própria para tanto, foram classificados como irrecuperáveis e, por isso, segundo permissão legal, poderiam ser alienados, mediante doação, a “entidade filantrópica, reconhecida de utilidade pública pelo governo federal.”⁶⁰

O administrador público regional responsável pelos referidos bens manifestou-se no sentido de que os mesmos estavam em estado lastimável, sem qualquer possibilidade de uso e gerando despesa para o seu armazenamento. Mesmo tendo a instituição de assistência social que se propôs a ser donatária dos bens, cumprido todos os demais requisitos legais para

58 “Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.”

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 145.

59 “As normas administrativas, os legisladores e os tribunais de controle têm de olhar o custo da inércia, evitando procedimentos e disposições que inibam iniciativas e soluções. Hoje, na maioria dos organismos estatais, é mais fácil encontrar um parecer que proíba do que um que torne viável determinada empreitada. Em suma, é preciso substituir preliminarmente a cultura da interdição por cautela pela cultura da responsabilização pelos erros cometidos. Impunidade e excesso de zelo são duas faces da mesma moeda.” *Leis dificultam o gerenciamento de estatais*. Artigo de Telmo Giolito Porto. Estado de São Paulo de 22/04/1998. Apud BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 181.

60 Art. 15, III do Decreto 99.658/90.

a doação, a Administração Central, em vista do “certificado de fins filantrópicos” da instituição estar vencido – foi apresentado um protocolo de renovação do referido certificado, junto ao Conselho Nacional de Assistência Social, o qual ainda não havia apreciado o requerimento – fez consulta sobre a legalidade do ajuste administrativo pretendido, mostrando-se inclinada em sentido contrário à doação.

O posicionamento deste autor, naquela oportunidade parecerista⁶¹, foi de que, além de ser necessária a interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal que exigia a comprovação da condição de entidade filantrópica, deveria se atentar para os princípios constitucionais incidentes sobre a hipótese fática apresentada pela Administração.

Tal espécie de posicionamento jurídico, ante a busca pelo Estado-Administração que, além de observador das formali-

61 Eis o exposto no parecer proferido no Processo Administrativo IBGE nº 03641.000414/2003-32, datado de 20/05/2004, aprovado pela Procuradoria Federal na Fundação IBGE, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal / Advocacia-Geral da União:

“Na hipótese fática apresentada pela Administração temos a seguinte situação: de um lado a Administração que, para melhor exercício de suas atividades administrativas (otimização e continuidade dos serviços públicos), precisa desfazer-se de bens classificados como irrecuperáveis, os quais têm tirado-lhe espaço físico (preservação do erário público, à medida que a guarda dos bens implica no gasto de recursos públicos), e a entidade de fins filantrópicos que se propôs a receber os referidos bens para com eles exercer sua atividade de assistência social (princípio da dignidade da pessoa humana – artigos 1º, III e 3º, I e III e 193 da Constituição Federal). De outro lado, a impedir o normal transcurso da doação tem-se a ausência de certificado já solicitado ao órgão competente para tanto (princípio do formalismo).

Ressalte-se que o próprio decreto 99.658/90, ao seu art. 16, dispõe que verificada a não alienação do material classificado como irrecuperável a autoridade competente determinará a sua inutilização ou seu abandono, providência administrativa esta que, por evidente, implicará em outros gastos de recursos públicos (preservação do erário público).

Portanto, no presente caso concreto temos um conflito normativo entre os vários princípios acima elencados e o princípio do formalismo. Considerando-se os interesses presentes na hipótese dos autos, entendemos que, dentro da lógica do razoável e de acordo com os ditames constitucionalmente fixados, deva prevalecer não só o interesse da Administração em otimizar a sua atividade administrativa, através da doação dos bens irrecuperáveis, impedindo assim outros dispêndios de recursos públicos com a inutilização ou abandono do material irrecuperável, mas também o de incentivar a assistência social, fomentando, assim, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual segundo o art. 1º, III da Constituição da República, é fundamento da República Federativa do Brasil.

Ademais, na consecução de suas atividades deve sempre estar ciente o administrador de que deve obediência não só ao princípio estrito da legalidade administrativa, mas também a todos os demais princípios estabelecidos na Constituição da República, tal como o princípio da eficiência administrativa, segundo o qual não é juridicamente aceitável que a adoção de uma providência administrativa resulte gastos públicos sem equivalentes benefícios sociais, pois conforme já asseverado pelo próprio Tribunal de Contas da União não se pode dar prevalência desmedida à formalidade em detrimento de preservar-se o erário público.

Neste sentido:

“Esta, alias, tem sido a tendência moderna deste Tribunal: evitar as preocupações excessivas com formalidades e cuidar mais da correta aplicação dos recursos públicos, combatendo o desperdício e a corrupção.”

Tribunal de Contas da União, rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU de 09/12/92, p. 26.244. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 174.

dades a que está jungido, seja mais ágil, com foco na busca por melhores resultados de interesse público com o menor dispêndio possível de erário, somente é possível ante o moderno entendimento de que o princípio é espécie de norma, dotado de imperatividade, coercibilidade e precedência, bem como, por consequência, devido ao fato da eficiência administrativa estar atualmente fixada como princípio do Estado-Administração. Isso demonstra a importância da alteração constitucional feita pelo legislador constituinte reformador, por meio da EC 19/98, no art. 37, *caput*, da Constituição da República, elevando a eficiência administrativa ao degrau de vetor interpretativo do Direito brasileiro, na busca de um Estado-Administração ágil e comprometido com o alcance dos interesses materiais da sociedade, tal como ensina Maria Paula Dallari Bucci.⁶²

4.3.3 *A sindicabilidade judicial da eficiência administrativa*

Há posicionamentos doutrinários afirmativos da total insindicalidade da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário, posicionamento este que, em nosso entender, não resiste ao moderno entendimento sobre os princípios de direito aqui já expostos.

É que se a eficiência administrativa está fixada na Constituição da República como princípio expresso do Estado-Administração brasileiro e se os princípios de direito são espécie de norma – no presente caso de grau constitucional e, portanto, como ensina Paulo Bonavides, constituindo-se em “norma das normas” – como pode a eficiência ser insindicável ao Poder Judiciário, o qual tem como missão a guarda da Constituição e da ordem jurídica?

O que ocorre, nesse caso, é que somente a verificação da existência ou não da eficiência na atividade administrativa é sindicável pelo Estado-Juiz (Poder Judiciário), haja vista que

62 “O princípio da eficiência, positivado no texto constitucional, é o vetor jurídico-axiológico que habilita os operadores do direito a buscar o cumprimento da legalidade material, em detrimento da interpretação formalística que perverta o seu sentido.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 188.

tal critério qualitativo no exercício da atividade administrativa é norma constitucional imposta ao Estado-Administração. O que não é possível ao Estado-Juiz é substituir-se à Administração Pública na aferição de qual conduta administrativa é mais eficiente, em vista das condicionantes factuais e técnicas que moldam a execução da tarefa administrativa em cada caso concreto e dos próprios limites de recursos orçamentário-financeiros a que está sujeito o gestor público. Ou seja, no campo da discricionariedade administrativa, a qual recai sobre a escolha de qual a atuação mais eficiente a ser adotada pelo Estado-Administração, “o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência.”⁶³, pois tal atribuição, por evidente, restringe-se à esfera de atribuições do gestor público, o qual, ante às inúmeras demandas pela atuação administrativa e à escassez de recursos orçamentários a que está sujeita a Administração Pública, estará sujeito às chamadas “escolhas trágicas”.

Isto posto, se “o total controle jurisdicional da eficiência implicaria numa intervenção inaceitável do Poder Judiciário na competência administrativa, usurpando as atribuições constitucionais da administração pública”⁶⁴, por outro lado não se pode desconsiderar que “o exercício de faculdades discricionárias não só não dispensa a administração pública do respeito à principiologia constitucional como ainda a obriga a consagrá-la em todos os seus atos. Não há, portanto, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador nem a pretensa imunidade a seu controle.”⁶⁵

Assim, em nosso entendimento, a questão da sindicabilidade judicial da eficiência administrativa resolver-se-á pelo exame de cada caso concreto, considerando-se que, se de um lado a discricionariedade administrativa impede um controle absoluto da eficiência administrativa pelo Estado-Juiz, de outro tem-se a

63 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, p. 175, abr./jun. 2000.

64 *Ibid.*, p. 175

65 COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 52.

necessidade de observância ao princípio constitucional previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, a qual, caso não ocorra espontaneamente, dar-se-á mediante imposição do Poder Judiciário, em cumprimento de sua missão institucional de guardião da Constituição da República.

5 A responsabilidade fiscal

No início dos anos 2000, percebeu-se, no Brasil, que seria medida emergencial ao Estado equilibrar as finanças públicas governamentais, as quais, com o controle inflacionário promovido a partir de 1995, expuseram-se como desastrosas, revelando o descaso, quase que absoluto, dos administradores públicos brasileiros com a boa gestão dos recursos sob sua responsabilidade. Nesse sentido, a EC 19/98 promoveu alterações, principalmente, no art. 169, da Constituição, tendo o legislador infraconstitucional editado a Lei Complementar 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e a Lei 10.028/00, instituidora de normas penais no descumprimento das normas da LRF.

Indiscutíveis são os benefícios que a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe às contas do Estado brasileiro, conforme testemunham Carlos Maurício Figueiredo e Marcos Antônio Rios da Nóbrega:

Com o fim da inflação, diante do advento do Plano Real, a realidade das finanças públicas veio à tona e o diagnóstico foi cruel: a necessidade imperiosa do estabelecimento do equilíbrio fiscal. Equilíbrio este que transcendia a simples imposição de regras, mas exigia dos gestores públicos uma nova forma de conduta, um compromisso e, para dizer mais, uma responsabilização pela gestão da coisa pública.

A Lei de Responsabilidade Fiscal vem estabelecer esse novo padrão. Não só impondo regras, que são importantes, é verdade, mas sim, determinando compromissos e padrões de conduta que devem ser seguidos. Esses padrões se consubstanciam sobretudo nos princípios elencados na LRF e, entre eles, o princípio que chama muito nossa atenção é o princípio

da prudência que caracteriza a cautela, a ponderação, na consecução fiscal.⁶⁶

Fato é que, no início dos anos 2000, instaurou-se no Estado brasileiro a responsabilidade fiscal⁶⁷, com o fim de manter-se o equilíbrio das contas públicas, por meio da fixação de regras e de princípios oponíveis ao gestor de recursos do erário, bem como de sua adequada responsabilização em caso de descumprimento das referidas normas.

Portanto, conforme visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição da República de 1988, sofreu uma série de modificações para adequar o Estado brasileiro à realidade econômica, política e social em que o mesmo deveria atuar. Justamente no contexto de tais modificações do Direito brasileiro, decorrentes da necessidade brasileira em “migrar de um paradigma de Estado barateador do custo da produção do capital e gerador de emprego e renda para o de um Estado prestador de serviços e fomentador do desenvolvimento”⁶⁸, é que surge a necessidade imperiosa de dar-se maior atenção, sob o aspecto jurídico, à temática dos custos da atuação estatal, conforme será visto a seguir.

6 Os custos da atuação estatal como fator de hermenêutica juspublicista

6.1 A limitação da atuação estatal à existência de recursos públicos disponíveis

Se toda atuação estatal depende de recursos públicos e estes são, pública e notoriamente, finitos, o limite daquela esta-

66 NÓBREGA, Marcos Antônio Rios; FIGUEIREDO, Carlos Maurício. A lei de responsabilidade fiscal e os limites máximos transitórios. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Lei de responsabilidade fiscal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 6.

67 Grata surpresa, inclusive, foi não só a manutenção, mas o incentivo ao estabelecimento da cultura de responsabilidade fiscal pelo Governo do Presidente Luís Ignácio Lula da Silva que, contrariando o discurso que o levou a vencer a eleição para o período de 2002/2006, manteve a política econômica estabelecida anteriormente no Governo de Fernando Henrique Cardoso, baseado no controle da inflação, na estabilização monetária e no equilíbrio das contas públicas.

68 COSTIN, Cláudia. Ética e administração pública. *O Globo*, Rio de Janeiro, 02 ago. 2000.

rá sempre na quantidade de recursos públicos disponibilizados para tanto pela própria sociedade.

Como ensina Eros Roberto Grau⁶⁹, com base em posicionamento de Konrad Hesse, nem mesmo a força normativa superior da Constituição, garantida pelo próprio Estado-Juiz, pode superar a condicionante natural, representada pela inexistência de recursos públicos, para obrigar o Estado-Administração a realizar despesa pública sob situação de exaustão dos recursos públicos disponíveis para sua atuação.

No mesmo sentido, há recente julgado do Supremo Tribunal Federal reconhecendo que mesmo os direitos garantidos constitucionalmente submetem-se à capacidade econômico-financeira do Estado, a chamada “reserva do possível”:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (...) depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.⁷⁰

69 “25 A compreensão de tudo isso, reclama, na situação considerada – de exaustão da capacidade orçamentária – a análise do tema da força normativa da Constituição e da concepção, desenvolvida por Konrad Hesse, da *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. Essa força normativa se manifesta quando se assenta na natureza singular do presente, quando o conteúdo corresponde a essa natureza singular. Diz Hesse: “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica estará condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Estes limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade da Constituição *não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais.*” (destaquei)

É dizer de outra forma, que não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas sim, pelo contrário, seu ser social é que determina a sua consciência. Assim, perece a sua força normativa quando a Constituição já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se a frustração material da finalidade de suas normas que estejam em conflito com a realidade e ela se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais.

26 É precisamente isso o que se dá quando, verificada efetiva situação de “exaustão da capacidade orçamentária”, se imponha à Administração o princípio da sua sujeição às decisões judiciais que a condenem a realizar despesa pública. Verifica-se, neste caso, a frustração material da finalidade do princípio da sujeição da Administração às decisões judiciais.”

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas, o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, Rio de Janeiro: Malheiros, n.2, p. 145, 1993.

70 Supremo Tribunal Federal. ADPF/MC 45 - DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. *Informativo de Jurisprudência STF*, n. 345, de 26 a 30/04/2004. Disponível em: www.stf.gov.br.

A “reserva do possível” é a constatação doutrinária⁷¹, segundo a qual, havendo a fixação de um direito subjetivo passível de sindicabilidade judicial, estará a sua implementação limitada às reservas materiais existentes, ou seja, às possibilidades econômicas e financeiras do Estado para tanto:

Hoy, como ayer, los derechos económicos, sociales y culturales plantean incuestionable: custean dinero, custean mucho dinero. Por ello, em los comienzos de la década de los setenta, P. Häberle fórmula la idea de ‘la reserva de las cajas financieras’ para expresar la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado (...).⁷²

A referida constatação doutrinária é devidamente reconhecida pela Suprema Corte brasileira, conforme se verifica por voto do ministro-relator no julgamento da ADPF/MC 45 no Supremo Tribunal Federal:

(...). Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão mais disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁷³

71 Veja-se TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 155 - 156. e BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 111.

72 CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales e culturales. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Apud BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 237.

73 Supremo Tribunal Federal. ADPF/MC 45 - DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. *Informativo de Jurisprudência STF*, n. 345, de 26 a 30/04/2004. Disponível em: www.stf.gov.br.

No mesmo sentido, recente julgado⁷⁴, também, do Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Gilmar Mendes Ferreira aduz como fundamentação de seu voto:

Um caso paradigmático (...) em que a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus*” de vagas nas Universidades (*“numerus clausus Entscheidung”*), reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à *“reserva do financeiramente possível”* (*“Vorbehalt des finanziellen Möglichen”*). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vagas a qualquer tempo e a qualquer um que as pleiteie, exigindo altos investimentos destinados a suprir demandas individuais sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo. (*BverfGE* 33. 303 (333)).

Percebe-se, portanto, que a atuação estatal estará sempre limitada à existência de recursos públicos disponibilizados pela própria sociedade, tendo a doutrina denominado este axioma de *“reserva do possível”*, a qual, conforme será visto adiante, recai não somente sobre os chamados direitos positivos – sociais, econômicos e culturais – mas também sobre os ditos direitos negativos ou *“de liberdade”*.

6.2 As fases de evolução dos custos da atuação estatal

Flávio Galdino, em que pese a tradicional formulação geracional dos direitos, opta por expor interessante modelo teórico de evolução dos direitos, de acordo com a importância dada ou não pelo pensamento jurídico à questão dos custos dos direitos, fixando as seguintes fases: a) *“Indiferença”*: aqui o caráter

74 “INTERVENÇÃO FEDERAL. 2 Precatórios judiciais. 3 Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4 Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5 A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6 Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7 Pedido de intervenção indeferido.”
Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. IF 2926 / SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira

positivo da prestação jurisdicional e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico; b) “Reconhecimento”: reconhece-se, institucionalmente, que há direitos, positivamente fixados, a prestações estatais (sociais), afastando-se, entretanto, a exigibilidade de implementação de tais direitos; c) “Utopia”: a crença ideológica – baseada na influência da doutrina econômica keynesiana – em despesas sem limite iguala direitos negativos e positivos, reconhecendo-se a positividade dos direitos ditos sociais, mas desprezando-se o elemento custo; e, d) “Limitação de recursos”: com a superação dos paradigmas keynesianos, traça-se o equilíbrio orçamentário como objetivo, sustentando-se que as despesas públicas devem limitar-se à receita do Estado.

Segundo o autor, nessa última fase, se o pensamento jurídico ainda não consegue “incluir a realidade em seu espectro de considerações, passa a ter em conta, ao menos, as impossibilidades materiais de prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações, sejam objeto de reconhecimento em sede judicial.”⁷⁵

Tal como se pode verificar pelo modelo teórico acima exposto e pelo reconhecimento da “reserva do possível” pela nossa mais alta Corte Judicial, o Direito brasileiro ainda está na fase da “limitação dos recursos”, em que o custo dos direitos e, conseqüentemente, da atuação estatal que os resguarda são meramente um limite às prestações estatais positivas, criando-se uma falsa impressão quanto à inexistência de limites financeiros às ditas atuações estatais negativas.⁷⁶

6.3 O custo da atuação estatal garantidora dos direitos

O Estado moderno caracteriza-se, principalmente, por ser garantidor da vida em coletividade, pois ele é indispensável ao reconhecimento e à efetivação dos direitos existentes, caracteri-

75 GALDINO, Flávio. Os custos do direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 174.

76 *Ibid.*, p. 181- 182.

zando-se estes como as situações a que o ordenamento jurídico concede determinados remédios jurídicos para sua proteção.

Como a atuação estatal depende de recursos econômico-financeiros captados junto à sociedade, os direitos só existirão se houver recursos públicos suficientes para a sua implementação pelo Estado, sendo, então, o seu custo econômico indispensável à caracterização dos direitos, mesmo àqueles ditos negativos, já que, em última instância, todos os direitos são positivos e dependem de atuação estatal para a sua existência.

Para demonstrar o acima exposto, utilizaremos o ensinamento de Flávio Galdino acerca da obra norte-americana intitulada *The Cost of Rights*⁷⁷, da autoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein.

Nesse contexto, busca-se no mais privado dos direitos um exemplo cabal para demonstrar a tese de que todos os direitos são positivos, por não prescindirem de uma prestação estatal para serem assegurados: a invasão de uma propriedade privada por outro particular. O direito de propriedade e seus elementos – no referido caso, a posse –, em que pesem sua gênese de direito privado e a característica particular da contenda, serão, em última instância, resguardados pelo Estado, à medida que o proprietário esbulhado, normalmente, precisa recorrer ao Estado-Juiz (Poder Judiciário) para que este o reintegre na sua posse. Portanto, se o particular, mesmo numa contenda com outro particular e sobre um direito considerado de natureza privada, precisa recorrer ao Estado-Juiz – o qual é inteiramente custeado pelos recursos públicos obtidos mediante a atividade tributária estatal –, aquilo que normalmente é visto pela doutrina tradicional como um dever de abstenção do Estado torna-se, na verdade, uma prestação estatal positiva indispensável à garantia do direito de propriedade do particular.

O mesmo se dá com outros direitos – como a liberdade de expressão, a liberdade de contratar e liberdade de ir e vir –, que, ditos negativos, se violados acabam por serem garantidos por uma

77 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University, 1999.

atuação positiva do Estado-Juiz.⁷⁸ Daí, talvez, numa adaptação simplória da tese a nossa realidade brasileira, decorra, em parte, a tão propalada situação de lentidão e ineficiência da Justiça brasileira – e não do emprego adequado do sistema recursal pelas procuraturas públicas –, pois o atual avanço na fixação de novos direitos suplanta, e muito, a capacidade material de aparelhamento do Estado-Juiz⁷⁹, o qual, frise-se, também depende dos recursos públicos disponibilizados pela própria sociedade para bem atuar no sentido de assegurar, efetivamente, a tutela jurisdicional àqueles que dela precisam.

Reforçando-se o exposto anteriormente, é fácil verificar que qualquer direito, até mesmo o mais simples, importa em custos para o Estado e para a sociedade. Veja-se o simplório direito constitucional de petição ao Poder Público⁸⁰. Estando o Estado jungido a responder qualquer petição que lhe for endereçada, deverá adotar as providências administrativas pertinentes ao referido, dependendo, no mínimo, recursos materiais e humanos necessários ao cumprimento de todas as fases de processa-

78 “ (...) Enquanto os direitos civis são direitos freqüentemente considerados “negativos”, no sentido de que o que se quer, principalmente em relação aos direitos civis, é que a liberdade e a propriedade da cidadão não sejam feridas, no caso dos direitos políticos e dos direitos sociais é necessária uma “atuação positiva” do Estado. O conceito negativo de liberdade está associado aos direitos civis e ao liberalismo, enquanto o conceito de liberdade positiva, associada à democracia no caso dos direitos políticos, ao socialismo, no caso dos direitos sociais, e à cidadania plena no caso dos direitos republicanos. A liberdade negativa é uma liberdade ‘de’, enquanto a positiva é uma liberdade ‘para’. O cidadão tem a liberdade negativa de não sofrer restrições ou interferências em relação a seus desejos legítimos; tem a liberdade positiva para participar do governo, partilhar a riqueza social, e garantir que o que foi decidido ser público de fato o seja.

Essa distinção, que na sua formulação contemporânea se deve a Isaiah Berlin (1958), embora atrativa, é, na verdade, relativa. *Para se garantirem os direitos civis é também necessária uma ação positiva do Estado, implicando, inclusive, em custos administrativos: afinal, todo o aparato clássico do Estado - poder legislativo, poder judiciário, polícia, forças armadas – existe para garantir positivamente os direitos civis, da mesma forma que o aparato social do Estado, expresso nos ministérios da educação, da saúde, da cultura, etc., além do poder judiciário e do poder legislativo, existem para garantir os direitos sociais.*” (destaquei)

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 208, p. 157- 158, abr./jun. 1997.

79 “ (...) E o retrato do juiz é o do cidadão comum, cujo grande pecado tem sido a dificuldade de comunicação e a natural adaptação ao novo contexto social. Ele incorpora a figura de um profissional, ser humano, que busca, justamente, se afeiçoar às mudanças contemporâneas, sem estar, em muitos casos, equipado material e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas. *Freqüentemente, se vêem as invasões de terra, movimentos políticos organizados, as greves, as reivindicações de massa, tudo desaguando no Judiciário. E, para essa realidade, os magistrados necessitam se qualificar. Indispensável o investimento no aperfeiçoamento. Não se pode exigir do juiz-homem além de suas possibilidades. Como organização humana, carece de constante aprimoramento. E isso tem um custo. (...)*” (destaquei)

CAMARGO, José Aquino Flores de. A Legitimação democrática e a figura do juiz. Disponível em: www.ajuris.org.br/sharewords/?org=AJURIS&depto=Dep.ComunicacaoSocial. Consulta em: 10 set. 2004.

80 CR/88 : “ Art. 5º (...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)”.

mento do requerimento administrativo, tais como a manutenção de setor de protocolo, a autuação do processo administrativo que formaliza a petição, a instrução do feito, a manifestação da assessoria jurídica e a decisão da autoridade competente, dentre outras.⁸¹ E tudo isso, por evidente, custa dinheiro.

Isto posto, os direitos – sejam de que espécie for (público ou privado; individual, coletivo ou difuso; civil, político, econômico, social ou cultural) – são implementados mediante a atuação do Estado, mesmo nos ditos direitos negativos, em que o Estado deve manter-se inerte, já que aí, em eventual e última instância, a atuação estatal positiva dar-se-á por meio da prestação jurisdicional do Estado-Juiz, representando esta dispêndio de recursos públicos disponíveis, pois como dizem os americanos, “não existe almoço grátis”.⁸²

É de concluir-se, portanto, que toda e qualquer atuação estatal – em especial, a atividade administrativa, por meio da qual o Estado executa as políticas públicas garantidoras da vida em coletividade – despende recursos públicos, ou melhor, custa dinheiro. E como tudo que custa dinheiro não é absoluto, não é possível formular uma definição de direito, e conseqüentemente, da atuação estatal necessária à sua implementação, abstraindo-se da concreta realidade financeira vivenciada pelo Estado e pela sociedade, sob pena de incorrer-se no que Luís Roberto Barroso chama de “insinceridade normativa”.⁸³

81 Ver disposições da Lei 9.784/99 sobre processo administrativo, na esfera federal.

82 NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. et al. A lei de responsabilidade fiscal e os limites máximos transitórios. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Lei de responsabilidade fiscal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 4.

83 “Por mais de uma razão determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. (...) No primeiro caso – em que o preceito já nasce condenado à ineficácia – sua inviabilidade pode decorrer da intrínseca deficiência do texto, da manifesta ausência de condições materiais para o seu cumprimento ou da impossibilidade de jurisdição do bem ou interesse que pretendeu tutelar. (...) Iguamente irrealizável é o preceptivo constitucional que padeça de excesso de ambição, colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, ainda que aferidas por critério generoso. Assim, v.g., o art. 368 do Anteprojeto elaborado em 1986 pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo Professor Afonso Arinos de Mello Franco, segundo o qual “é garantido a todos o direito, para si e para sua família, de moradia digna e adequada, que lhes preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.” (destaquei)
BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 62.

6.4 A necessidade de superação do modelo vigente

É preciso ultrapassar aquela fase da compreensão jurídica na qual os custos econômicos são visualizados como meros óbices à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, tal como se apregoa na “reserva do possível”, em busca de modelo de pensamento no qual se entenda que todos os direitos representam custo para o Estado e, portanto, dependendo todos eles de prestação estatal positiva ou negativa, devem ser submetidos às escolhas trágicas a que está sujeito o Estado a todo momento, pois “na sua essência, *administrar* compreende o reconhecimento e o diagnóstico [das] necessidades públicas, a obtenção e afetação de recursos necessários à sua satisfação e a *definição de prioridades, no caso de inexistência de recursos suficientes.*”⁸⁴ (destaquei)

É que, como os recursos públicos são finitos e as demandas da sociedade pela prestação estatal são infinitas, a análise dos custos – e, por evidente, dos benefícios da atividade estatal a ser desempenhada – é de fundamental importância para o Direito, pois o Estado estará sempre jungido, numa clara alusão à obra de Calabresi e Bobbit⁸⁵, às chamadas “escolhas trágicas”. Ou seja, numa realidade de escassos recursos públicos, o Estado, e conseqüentemente, a Administração Pública, detentora da missão de produzir a atividade administrativa necessária à atuação estatal, devem valorar quais são as providências mais prioritárias, a fim de com elas gastar os recursos públicos disponibilizados pela sociedade. Nesse contexto, parametrizando o ensinamento da obra dos autores estrangeiros mencionados, as decisões ou “escolhas trágicas” do Estado sobre a alocação de recursos públicos para a tutela de determinados direitos – considerados como mais prioritários, enquanto outros, por evidente, restarão desprotegidos – espelha os valores da sociedade em questão.

84 TAVARES, José. *Administração pública e direito administrativo*: guia de estudo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 28.

85 CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton, 1978.

Nesse ínterim, conforme ensina Flávio Galdino, dá-se a opinião de Stephen Holmes e Cass Sustein de que, ao invés de considerar direito uma situação ideal e não raro absoluta, melhor seria considerá-lo como poder de invocar parcela dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade. O tempo e o lugar e, porque não dizê-lo, as condições econômicas e financeiras, segundo os referidos autores norte-americanos, definem as prioridades das comunidades, estatuindo o que seja direito. Portanto, mais do que uma situação meramente factual, os custos da atuação estatal e sua limitação aos recursos públicos disponibilizados pela sociedade são requisitos de ordem jurídica, necessários à interpretação do Direito brasileiro.

Na particularidade brasileira, é possível afirmar que o nosso Direito já iniciou sua caminhada rumo à fase em que a análise prévia do custo de certa atuação estatal será elemento da fixação de certa pretensão da sociedade como direito passível de exigibilidade, inclusive, em sede judicial. Veja que tal evolução já pode ser notada, de forma incipiente, em nosso ordenamento vigente pela leitura do art. 195, § 5º, da Constituição da República, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Ou seja, não seria possível à sociedade brasileira, mesmo por meio de seus representantes, componentes do Estado-Legislativo, pleitear a criação de novo benefício previdenciário ou a majoração/extensão de outro já existente, salvo se indicar os recursos que pretenda disponibilizar para tal prestação estatal.

Ressalte-se que não temos qualquer pretensão de incentivar a ideia de um Estado mínimo, primeiro porque este debate melhor se atém ao âmbito da ciência política, segundo porque tal pretensão de cunho liberal já se mostrou utópica⁸⁶ e inviável. Nossa pretensão, na linha de pensamento da moderna doutrina juspublicista citada neste trabalho, é contribuir para o debate acerca da proposição de que o custo dos direitos e seu respectivo impacto nas contas do Estado, melhor dizendo, o custo da

86 PEREIRA, Luiz Carlos BRESSER. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 208, p. 160, abr./jun. 1997.

atuação estatal necessária à implementação de qualquer direito, não é argumento de natureza metajurídica, mas sim de ordem jurídica⁸⁷, pois tal questão sempre influirá na interpretação das normas que obrigam o Estado a quaisquer espécies de prestações à sociedade.

Foi exatamente neste íterim que o Ministro Gilmar Mendes Ferreira prolatou seu voto vencedor, no julgamento da Intervenção Federal 2.926-1/SP⁸⁸, aduzindo que “não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o presente pedido de intervenção”.

Tratava-se de requerimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, devido ao não-cumprimento de precatórios de natureza alimentícia pelo referido ente federativo. Em suas razões de defesa, o Estado justificou que, deduzidas as despesas legais e constitucionais com pessoal (58% das receitas correntes líquidas), com o serviço da dívida junto à União (12%), com o custeio do aparato administrativo, que incluem saúde e educação (19%), com investimentos mínimos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos essenciais (9%), sobrariam apenas 2% das receitas correntes líquidas para o pagamento dos precatórios, receita esta que estava sendo efetivamente gasta com o pagamento de obrigações decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes Ferreira, o exame de dados concretos como os expostos pelo ente federativo não pode deixar de ser realizado, sob pena de interpretar-se inadequadamente o ordenamento vigente, haja vista que “no âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais

87 Entendimento diverso apresenta o mestre HUMBERTO ÁVILA, o qual classifica tais argumentos como “não-institucionais”, devido a “ não ... fazerem referência ao modo institucional de existência do Direito” e “serem argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos”.

ÁVILA, Humberto. A argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Nova Prova, n. 19, p. 157 - 180, 2001.

88 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. IF 2926 / SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira

necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca do seu impacto.”

E, continuando o exame da questão sob o prisma da proporcionalidade de decretar-se a intervenção federal no referido caso, entendeu que não haveria proporcionalidade para a medida drástica, pois o ônus imposto ao Estado-membro, e à sociedade que lá vive, seria maior do que os benefícios decorrentes da intervenção, além do que, diante do quadro de impossibilidade financeira de pagamento integral e imediato dos precatórios de natureza alimentícia, tal como demonstrado pelo Estado-membro, estaria o próprio interventor nomeado sujeito às mesmas disponibilidades financeiras que a Administração do ente federativo.

Invocando citação de Nelson Hungria – “*Onde não há, até rei perde.*” – e considerando a intrincada relação custo das atividades estatais *versus* limitação de recursos disponíveis, concluiu o ministro em seu voto vencedor afirmando que, enquanto o Estado-membro mantiver-se “diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, não estarão presentes os pressupostos para a intervenção federal solicitada.”⁸⁹

Verifica-se, portanto, do exposto, que tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira, em especial a do Supremo Tribunal Federal, têm se inclinado à superação do modelo vigente de hermenêutica jurídica, acerca dos custos da atuação estatal, pois se antes os considerava como um mero fator de natureza metajurídica ao esforço interpretativo, atualmente os vêm considerando como um importante fator de hermenêutica, que não pode ser desconsiderado pelo intérprete do Direito brasileiro.

Óbvio que o posicionamento aqui defendido é ainda minoritário no Direito público brasileiro, à medida que a maioria dos doutrinadores brasileiros confunde dar-se importância interpretativa ao fator econômico da atuação estatal com a submissão

89 No mesmo sentido: IF- 2772/ SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno; IF 164/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 13/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-14-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02132-01 PP-00010; IF 2127/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 08/05/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-01 PP-00044.

do Estado Constitucional, única e exclusivamente, à esfera das relações econômicas.

Nesse contexto, por mais que se demonstre que o Estado brasileiro, apesar de ter adotado conceitos jurídicos de origem econômica, tais como a eficiência administrativa, a responsabilidade fiscal e a estabilidade monetária, continua sendo um típico Estado do Bem-Estar Social – veja-se a ampla rede estatal de proteção social⁹⁰ que, não considerando benefícios previdenciários e de assistência social, consome bilhões de reais do orçamento público federal – há autores entendendo que a crise do Estado Social decorre, justamente, por dar-se importância ao aspecto econômico que envolve o próprio Estado.

Nesse sentido, Elísio Augusto Velloso Bastos, segundo o qual:

Outro aspecto relevante que, a nosso ver, justifica o insucesso do Estado Social é o fato de que os gastos públicos, especialmente em países como o Brasil, além de serem cada vez mais reduzidos, ainda são efetuados de forma bastante equivocada. Isso acaba favorecendo, em várias ocasiões, como vimos supra, os mais ricos, não realizando, pois, por suas políticas, a necessária transferência para os mais pobres; o que se deve muito ao fato de que os responsáveis pelas políticas com os gastos públicos estão mais preocupados em resolver problemas das contas públicas e do *superavit* primário do que com a efetiva distribuição de renda e a conseqüente redução das desigualdades.(...)

Outro fator merecedor de destaque é o fato de que a esfera econômica é cada vez menos controlada pela esfera política, razão pela qual, freqüentemente, o Estado já não pode controlar o poder econômico. O verdadeiro poder político encontra-se, cada vez mais, dissociado do Estado, que não só deixou de ter seu monopólio, mas, o que é pior, deixou de ter até mesmo sua prevalência.⁹¹

90 “Durante o Governo Lula (2003-2006) foram mantidos todos os programas de benefícios sociais em execução e criados 2 (dois) novos Programas de Transferência de renda, a saber, Cartão Alimentação e Bolsa Família que acabou por consolidar e unificar em outubro de 2003 os Programas Auxílio-Gás, Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Cartão Alimentação.”

COUTINHO, Aldacy Rachid. Pobreza e fome: discursos no Governo Lula. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 23.

91 O constitucionalismo social: a Constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. In: CASTARDO, Hamilton et al. *Lições de direito constitucional em homenagem a Prof. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium, 2007. p. 50-53.

Em que pese a respeitabilidade da opinião colacionada, trata-se de evidente desconhecimento da realidade que nos cerca. Primeiro, porque a fixação jurídica da responsabilidade fiscal revelou-se como essencial ao ciclo de crescimento da economia brasileira⁹² – bem verdade, incrementado pelo bom período vivido pela economia mundial – iniciado justamente no início dos anos 2000, pois o equilíbrio fiscal adotado pelo Estado brasileiro encerrou eficácia à política brasileira de estabilização monetária, o que, conseqüentemente, contribuiu para a redução da dívida pública e para o aumento do PIB e da arrecadação de tributos, fatores que deram, especialmente o último, sustentabilidade às políticas de inclusão social⁹³ que, iniciadas no Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) e incrementadas pelo Governo Luís Ignácio Lula da Silva (Lula), apontam para o seguinte retrato recente da sociedade brasileira:

Desde 1995, no segundo ano do Plano Real, a pobreza não caía tanto no Brasil, e 2004 foi o ano menos desigual dos últimos 20 anos. Mas o índice de Gini, que mede a concentração de renda nos países, vem mostrando uma tendência permanente de melhoria nos últimos anos.

A redução da miséria brasileira, que começou com o Plano Real, se acentuou em 2001, com expressiva distribuição de renda, resultado da permanência das políticas econômicas e sociais. Pesquisa do Instituto Datafolha mostrou que, de outubro de 2002 a novembro deste ano (2007), cerca de 20 milhões de brasileiros saíram das classes D e E, aumentando a classe C, que tem 49% da população.⁹⁴

92 PALLOCI, Antônio. A mãe de todas as batalhas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 dez. 2007.

93 “O Governo Lula, com efeito, manteve os Programas criados no Governo FHC, apenas ampliando a denominada “*Rede de Proteção Social*”, que se compõe de programas de “*Assistência Social*” e de “*Transferência de Renda*”, além de outros benefícios sociais. Durante os governos FHC (1995-2002) integravam intitulada “*Rede de Proteção Social*”, como se verifica no documento “*Brasil 1994-2002 – A Era do Real*”, um total de 15 programas ou benefícios, sendo 4 (quatro) Programas de Transferência de Renda e 6 (seis) Programas de Assistência Social, além de 4 (quatro) Benefícios Sociais. Em realidade alguns desses programas ou benefícios já existiam até mesmo antes do início do Governo FHC, tais como o Abono Salarial (1970), Benefício de Prestação Continuada (1986), Previdência Rural (1960), Seguro Desemprego (1986).” (destaques do autor)
COUTINHO, Aldacy Rachid. Pobreza e fome: discursos no Governo Lula. In: MIRANDA, Jacinto Nelson de et al. (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 23.

94 PEREIRA, Merval. Um bom ano: o País. *O Globo*. 23 dez. 2007.

Ou seja, mesmo em se considerando os inúmeros problemas a serem resolvidos, típicos de um país em construção⁹⁵ como o Brasil, certo é que o equilíbrio fiscal e a estabilização monetária são fatores essenciais não só para o crescimento econômico, como pensam alguns juristas fechados à realidade que nos cerca, mas também para o crescimento social, contribuindo, assim, para a implementação dos direitos sociais estabelecidos no texto da Constituição da República.

Segundo, porque é evidente que o Direito de um Estado moderno, principalmente o de um país em construção como o Brasil, não tem como esquivar-se de fatores políticos, culturais e econômicos que influenciam todas as nações do planeta, tais como a integração regional⁹⁶, através da formação de poderosos blocos econômicos, a revolução tecnológica e a globalização da economia.

É o que se vê da lição de Boaventura de Sousa Santos, citado por Marcos Augusto Maliska:

A desregulação dos mercados financeiros e a revolução das comunicações reduziram a muito pouco o privilégio que até há pouco o Estado detinha sobre dois aspectos da vida nacional – a moeda e a comunicação considerados atributos da soberania nacional e vistos como peças estratégicas da segurança nacional. (...).⁹⁷

Nesse contexto, como bem acentua Jürgen Habermas, citado por Agassiz Almeida Filho⁹⁸, o Estado no qual se baseia o

95 Optamos pelo termo "Estado em construção", pois, como é típico em países periféricos como os que compõem a América Latina, somente recentemente – no caso do Brasil, após a Constituição de 1988 – vem-se construindo a estabilidade democrática e o fortalecimento das instituições, as quais já ocorreram há longa data em países de centro desenvolvidos, como Estados Unidos e Europa.

96 "(...) a interdependência não apenas econômica, mas também política, dos dias atuais, restringe o poder de decisão de países tradicionalmente portadores de Soberania, em sentido real, atrelando-os tanto a organismos supranacionais regionais como a instituições internacionais. Esses países não atuam mais sozinhos e soberanamente, no plano global, como outrora, mas em cooperação e vinculação com outros países."

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

97 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 290 - 291. *Apud* MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64 - 65.

98 HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. *Apud* ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Constituição e estado constitucional: ruptura ou continuidade dos paradigmas liberais?* In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 34

capitalismo tardio, o Estado Constitucional contemporâneo, não tem como se afastar das leis econômicas vigentes, já que a noção de Estado encerra, necessariamente, o reflexo histórico das diversas sociedades que lhe compõe ao longo do tempo.

Por evidente que, conforme dito anteriormente, a abordagem do presente trabalho não pretende reduzir o Direito, e em especial a Constituição, que necessariamente envolvem fenômenos políticos e sociais, à consideração exclusiva do aspecto econômico pelo operador do Direito. Pelo contrário, segundo determina a própria Constituição da República de 1988, devem ter primazia axiológica sobre as regras orçamentárias os direitos fundamentais, vez que os mesmos foram estipulados como cláusula pétrea do Direito brasileiro, por meio do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República de 1988. Entretanto, isto não significa dizer que o intérprete do Direito brasileiro deva desconsiderar o custo econômico da atuação do Estado, pois desconsiderar tal aspecto, durante o processo de hermenêutica, mesmo nos casos que envolvem direitos fundamentais, seria desconsiderar a própria finalidade do Direito, qual seja a de moldar a realidade fática para promover a regulação pacífica da convivência social.

É que aquele principal objetivo do Direito pode ser obtido, também, mediante a adoção de normas que tenham por objetivo regular o critério econômico da atuação estatal garantidora de direitos, conforme se verifica, modernamente, em nosso Direito pela edição de normas, inclusive constitucionais, que regram a eficiência do Estado-Administração, a responsabilidade fiscal e a estabilização monetária, as quais, conforme visto anteriormente, deram sustentabilidade às políticas públicas de inclusão social que levaram ao quadro recente de redução da miséria e da desigualdade na sociedade brasileira.

7 Conclusões

Se o Direito brasileiro ainda está na fase da “limitação dos recursos”, em que o custo dos direitos – e conseqüentemente da atuação estatal que o resguarda – é meramente um limite às prestações estatais positivas, verifica-se, também, que aqui já se iniciou a caminhada rumo à fase em que a análise prévia do

custo de certa atuação estatal será elemento para a fixação ou não de certa pretensão como direito passível de exigibilidade, bem como da interpretação da norma que a estabelece.

É que a adequação do Direito brasileiro à nova realidade mundial, que deve ser enfrentada por nosso Estado, tal como exposto anteriormente, reflete-se, também, no fato da sociedade brasileira, após a Emenda Constitucional 19/98, ter optado por um Estado menos dispendioso, mais eficiente e responsável com o equilíbrio fiscal, como forma de diminuir o desperdício de escassos recursos públicos brasileiros com a própria máquina estatal, aumentando, assim, a quantidade de erário disponível para aplicação nas demandas sociais mais prioritárias à população brasileira. É o que se vê, sem desconsiderar todo o contexto das alterações produzidas pela referida emenda constitucional, pela fixação da eficiência como princípio constitucional expresso do Estado-Administração brasileiro.

Em que pese a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso ter encontrado tanta resistência entre juristas brasileiros, é indiscutível que, tendo a mesma a condição de norma constitucional dotada das características da imperatividade e da coercibilidade, é oponível ao gestor público a sua observância tanto em relação ao trato com a coletividade, para quem os serviços públicos são prestados, como às atividades organizacionais internas do próprio Estado.

Portanto, a passagem da eficiência ao grau de princípio constitucional expresso torna-lhe vetor de interpretação de todas as demais normas vigentes em nosso ordenamento jurídico, já que esta é uma das funções primordiais dos princípios de direito, ante sua impregnação por valores socialmente reconhecidos como mais importantes em determinado tempo e lugar.

Com isso, o Estado brasileiro está, juridicamente, obrigado⁹⁹ a desempenhar suas atividades administrativas no sentido de produzir resultados, os mais satisfatórios possíveis ao atendi-

99 Em relação à sindicabilidade da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário, a questão resolver-se-á pela análise de cada caso concreto, considerando-se que se de um lado a discricionariedade administrativa impede um controle absoluto da eficiência administrativa pelo Estado-Juiz, de outro tem-se a necessidade de observância ao princípio constitucional previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, a qual se dará, em última análise, por imposição do Poder Judiciário.

mento das necessidades da coletividade e da própria máquina administrativa, despendendo o mínimo possível de recursos públicos para tanto, devendo o gestor público, no exercício *ex lege* da atividade administrativa, interpretar as normas a que está sujeito sob o prisma da legalidade material, em detrimento de um exacerbado formalismo que eventualmente seja exigido pela legislação vigente.

É que, sendo tantas as demandas da sociedade e finitos os recursos disponibilizados por esta mesma para a atuação do Estado brasileiro, torna-se evidente que esta estará sempre limitada à existência daqueles, ou seja, a atuação estatal está sempre jungida à “*reserva do financeiramente possível*”, mesmo naquelas situações em que se pretenda resguardar os chamados direitos negativos ou de “liberdade de”.

Diante de tão insofismável quadro de coisas e da moderna concepção de Estado Democrático de Direito, sob a qual somente seria válida a atuação estatal baseada nas disposições normativas que regulam a vida em sociedade – artigos 1º, *caput*, e 37, *caput*, da Constituição da República – não podem os custos das atividades desempenhadas pelo Estado passarem ao largo do Direito. Ou melhor, serem considerados meros argumentos de natureza metajurídica, sem qualquer relação com a ordem jurídica vigente, até porque esta pretende, com a instituição de normas com evidente caráter de adequação do Estado à realidade econômica que o cerca, tais como a própria eficiência administrativa, como a responsabilidade fiscal, como as pertinentes à estabilização monetária, entre outras, permitir a sustentabilidade de políticas públicas com evidente cunho social, objetivando, assim, implementar os direitos sociais previstos na Constituição da República.

E assim o deve ser porque a efetividade da própria Constituição da República – a instituição e a manutenção de tal efetividade são deveres não só do Estado, mas de toda a sociedade – passa pela consideração dos custos dos direitos e da consequente atuação estatal que os resguarda, como requisito de natureza jurídica, diante do qual deve, também, ser realizada a interpretação de nosso ordenamento jurídico,

sob pena de divorciar-se o operador do Direito da realidade¹⁰⁰ que o cerca.

Isso posto, à guisa de conclusão última, somos levados a inclinar-nos no sentido de que a incipiente evolução do Direito brasileiro – acerca da necessidade de considerar-se o custo da atuação estatal como requisito de hermenêutica jurídica encontra-se na linha de pensamento de Gastón Jèze, segundo o qual “(...) o direito não é um jogo do espírito, um exercício de lógica para teóricos de gabinete. Trata-se, antes de tudo, de encontrar soluções práticas para um problema social, conciliando do modo mais adequado possível os interesses opostos.”¹⁰¹

8 Referências

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O estado brasileiro contemporâneo. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=55>. Acesso em: 01 jul. 2004.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e estado constitucional: ruptura ou continuidade dos paradigmas liberais? In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. (Orgs.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-47.

ÁVILA, Humberto. A argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Nova Prova, n. 19, p.157-180, 2001.

100* Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade do fato. Isto seria sua negação. De outra parte, é certo que o Direito se forma com elementos colhidos na realidade e seria condenada ao insucesso a legislação que estivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz.”

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 60.

101 *Principios generales del derecho administrativo*... p. 35. Apud BUCCI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula et al. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

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, 2003. p. 1-48.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O constitucionalismo social: a Constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. In: CASTARDO, Hamilton et. al. *Lições de direito constitucional em homenagem a Prof. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium, 2007. p. 27-70.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 78, out./dez. 1998.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W.W Norton e Company, 1978.

CAMARGO, José Aquino Flores de. *A legitimação democrática e a figura do juiz*. Disponível em: www.ajuris.org.br/sharewords/?org=A JURIS&depto=Dep.ComunicacaoSocial. Acesso em: 10 set. 2004.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTIN, Cláudia. Ética e administração pública. *O Globo*, Rio de Janeiro, 02 ago. 2000.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Pobreza e fome: discursos no Governo Lula. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-24.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ENTERRÍA, García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FUKUYAMA, Francis. *Construção de estados: governo e organização mundial no século XXI*. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-222.

GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOVERNO realiza hoje leilão de rodovias federais. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,MUL147016-9356,00.html>. Acesso em: 27 dez. 2007.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas, o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, Rio de Janeiro: Malheiros, n. 2, p. 130-148, 1993.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 226, p. 251-263, out./dez. 2001.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa: de acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 237, p. 165-196, jul./set. 2004

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 179-182, abr./jun. 2000.

_____. A globalização e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 226, p. 265-280, out./dez. 2001.

_____. Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 211, p. 1-20, jan./mar. 1998.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da et al. A lei de responsabilidade fiscal e o limite prudencial: os limites máximos transitórios. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Lei de responsabilidade fiscal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NONA rodada tem arrecadação recorde de R\$ 2,1 bilhões. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em: 27 dez. 2007.

PALLOCI, Antônio. A mãe de todas as batalhas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 dez. 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves et al. A estrutura normativa das normas jurídicas. In: MAIA, Antônio Cavalcanti (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 208, p. 147-181, abr./jun. 1997.

PEREIRA, Merval. Um bom ano: o País. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 dez. 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. O servidor público na EC 19/98: a reforma administrativa. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Lei de responsabilidade fiscal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *Reforma administrativa: efeitos imediatos e alternativas para sua efetivação*. Disponível em: <www.pt.org.br/assessor/refton.htm>. Acesso em: 05 jul. 2004.

_____. *Reforma, ufanismo e retórica*. Disponível em: <www.pt.org.br/assessor/refton.htm>. Acesso em: 05 jul. 2004.

SANTOS FILHO, José dos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TÁCITO, Caio. Evolução histórica do direito administrativo. In: _____. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.1.

TAVARES, José. *Administração pública e direito administrativo: guia de estudo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *Curso de direito financeiro e tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *O princípio da transparência no direito financeiro*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 05 jul. 2005.

YSERN, Enrique Rivero. El principio de subsidiariedad. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 483-490.

1.6

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 PRESIDÁRIOS*

*(...) O pensamento pragmático considera que as normas, as idéias, e os saberes só têm interesse verdadeiro pelos efeitos que podem produzir na realidade social. Julga que uma idéia é verdadeira se for útil ou fecunda.***

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA***

SUMÁRIO: 1 A hipótese. 2 Pré-compreensão do tema. 3 A previsão em exame à luz da Constituição da República de 1988. 3.1 Revisitando o conceito constitucional implícito de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, decorrente do princípio jurídico da licitação, à luz do modelo de Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*). 3.2 A licitação como instrumento de concretização do princípio constitucional fundamental da cidadania (CR/88, art. 1º, II). 3.3 A licitação como instrumento de concretização do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana do presidiário (CR/88, art. 1º, III). 3.4 A licitação como instrumento de concretização de outras normas constitucionais fundamentais relacionadas à gestão dos serviços penitenciários (CR/88, arts. 1º, IV, parágrafo único, 3º, I, II, III, IV, 5º, XXII, XLIX e parágrafos 2º, 6º, *caput*, 23, I e X, 37, *caput*, 70, *caput*, 144, *caput*, 170, III e 193, *caput*). 4 A previsão em

* A conclusão desse estudo coincide com o começo de uma nova etapa da vida profissional do ex-colega de Procuradoria Geral do Estado e membro, à época, da Comissão de Avaliação do meu estágio probatório, Dr. Namy Carlos de Souza. Assim, dedico este trabalho, ao agora Desembargador Namy Carlos de Souza, um dos mais expressivos exemplos de competência e humildade, que certamente abrilhantarão o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Registro o meu especial agradecimento à colaboração do Ilustre Advogado, pesquisador e ex-aluno Leonardo Almeida Bastos, pelas relevantes pesquisas empreendidas e que subsidiaram o presente estudo.

** NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Tradução Jaime A. Clasen. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 495.

*** Procurador do Estado do Espírito Santo, em exercício funcional na Procuradoria da Consultoria Administrativa (PCA). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes - RJ. Professor de Direito Econômico e Administrativo da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

exame à luz da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84). 5 A previsão em exame à luz do marco regulatório das Licitações e Contratações da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, Lei nº 8.987/95, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 11.079/04 e Lei 11.107/05). 6 O tratamento conferido pela Lei nº 8.666/93. 7 O tratamento conferido pelas Leis nºs 8.987/95, 10.520/2002, 11.079/04 e 11.107/05. 8 O edital de licitação como a via regulatória legítima, razoável, adequada e proporcional à disciplina da matéria: afastando algumas objeções (possíveis) à iniciativa administrativa em exame. 9 Proposições conclusivas. 10 ANEXO I: Proposta de Decreto, a ser expedido pelo Exmo. Sr. Chefe do Poder Executivo estadual, concretizando a Lei de Execução Penal e disciplinando a organização e funcionamento da Administração Pública, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e conveniais da Administração Pública estadual, pertinentes às obras e serviços. 11 ANEXO II: Proposta de Portaria, a ser expedida pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado, alteradora dos editais e instrumentos contratuais e conveniais padronizados, pertinentes às obras e serviços, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e conveniais da Administração Pública estadual.

1 A hipótese

O presente exame consiste na investigação a respeito da possibilidade constitucional e legal de fixação, nos editais das licitações para obras e serviços promovidos pela Administração Pública estadual, da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por presidiários.

A investigação da temática supõe, sob o prisma metodológico, a fixação de algumas premissas para a compreensão do problema, avançando-se, posteriormente, para a verificação da conformidade, à luz da Constituição da República de 1988, da previsão editalícia em tela, seguindo-se do exame da compatibilidade da disciplina com o ordenamento infraconstitucional, notadamente a Lei de Execuções Penais e o marco regulatório das Licitações e Contratações da Administração Pública, para, ao final, verificar a legitimidade do edital como instrumento para a regulação jurídico-econômica pretendida.

É o rumo metodológico que se pretende percorrer.

2 Pré-compreensão do tema

A pré-compreensão pode ser entendida como a valoração exegética e analítica da normatividade, pelo intérprete, a partir de certas premissas fáticas de índole histórica, política, econômica, jurídica e moral que ele, o intérprete, adquire, a partir da observância e vivência em sociedade¹.

Cuida-se, pois, da atividade de captação da inteligência e finalidade da normatividade sob investigação, a partir de determinados dados da realidade e de problemas concretos.

Nesse sentido, a abordagem da questão ora submetida a exame parte das seguintes premissas:

- 1) O século XXI, sem sombra de dúvidas, vem consolidar todo o progresso e revolução das Ciências, das Tecnologias e das Informações, em nível planetário, fazendo com que o homem e a mulher contemporâneos avancem em direção à plenitude da vida nas sociedades.
- 2) Nada obstante, por mais paradoxal que possa parecer, o Estado, a sociedade organizada, por meio dos seus diversos grupos intermédios, e também, os indivíduos, não conseguiram solucionar o estigma do cárcere e seus reflexos na vida social.
- 3) É cediço que o sistema prisional brasileiro, consoante assevera, de longa data, Roberto Lyra, não ressocializa o cidadão e contribui para o seu embrutecimento e perversão, muitas vezes agravando o seu quadro bio-psíquico-sócio-econômico e dos seus familiares, comprometendo a sua condição de pessoa humana dotada de dignidade.
- 4) Há, pois, uma inegável crise no sistema penitenciário, entendida esta, em sentido amplo, como um processo agudo de contradições estruturais e de conflitos sociais nesse específico processo histórico, correspondendo à

1 Na lição de Luís Roberto Barroso, a interpretação a ser empreendida "(...) é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de pré-compreensão". BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito constitucional*: Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2, p. 5.

disfuncionalidade, à falta de eficácia e ao esgotamento do modelo².

- 5) Independentemente dessas premissas, é incontrovertida a importância da adequada prestação dos serviços penitenciários, como forma de garantir a eficiência do Estado na gestão dos aludidos cometimentos e de promover a dignidade da pessoa humana, enquanto presidiária, concretizando o modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro.
- 6) A relevância da temática, no âmbito do Estado, é da mesma forma incontestável, notadamente pela opção político-administrativa, ora em curso na Administração Pública estadual, em efetivar parcerias administrativas com a iniciativa privada, visando à descentralização de algumas atividades inerentes à gestão administrativa e instrumental do sistema penitenciário.
- 7) Nesse contexto, o momento é oportuno e conveniente para a discussão e reflexão a respeito dos limites e das possibilidades do Estado enquanto gestor da prestação privada dos serviços penitenciários, de modo a aprimorar o modelo em transição, a partir dos quadrantes constitucionais e legais aplicáveis na espécie.
- 8) Diante dessa realidade, deve o Estado, na formulação e na 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.
- 9) Ademais, como adverte o sociólogo Amitai Etzioni, o Direito que a sociedade concede a um indivíduo – ou às sociedades empresárias – só tem sentido se for acompanhado, em troca, por uma responsabilidade ético-solidária dos beneficiários com essa mesma sociedade.³

2 Nesse sentido, WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-2.

3 NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Tradução Jaime A. Clasen. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 512-515.

Fixadas essas premissas, passa-se à análise da temática sob investigação.

3 A previsão em exame à luz da Constituição da República de 1988

Nesta ordem de ideias, cabe verificar se a previsão, constante dos editais de licitação, para obras e serviços, no âmbito da Administração Pública, de absorção de mão de obra carcerária, pelos parceiros contratuais do Estado, se amolda à Constituição da República de 1988.

E, desde logo, adiantamo-nos em ressaltar que a resposta deve ser positiva, pelas razões que adiante passamos a explicitar, a partir da dicção sistemática e teleológica da matriz constitucional.

Para tanto, é necessário revisitar o conceito constitucional implícito de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, decorrente do princípio jurídico da licitação, à luz do modelo de Estado Democrático de Direito.

3.1 Revisitando o conceito constitucional implícito de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, decorrente do princípio jurídico da licitação, à luz do modelo de Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, caput)

Nesse contexto, deve-se revisitar, inicialmente, o princípio constitucional da licitação consagrado no art. 37, XXI, da Constituição da República de 1988.

No ponto, assevera a matriz constitucional, em norma principiológica, fundamentalmente direcionada ao administrador público, embora, também, extensível aos parceiros privados do Estado, que:

(...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condi-

ções efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Do exame da norma constitucional aludida, é possível extrair algumas considerações relevantes.

Em primeiro lugar, a matriz constitucional impõe a obrigação de realizar licitação para a seleção de parceiros contratuais privados.

Em segundo lugar, a licitação corresponde a um devido processo legal administrativo (CR/88, art. 5º, LIV).

Em terceiro lugar, esse devido processo legal será pautado, fundamentalmente, pelos princípios jurídicos constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), sem prejuízo de outros princípios jurídicos aplicáveis.

Em quarto lugar, como decorrência da observância dos princípios constitucionais regentes da licitação, o processo licitatório deve garantir a igualdade entre os licitantes na disputa e o justo e proporcional equilíbrio entre os encargos do particular e os benefícios socioeconômicos obtidos pelo Estado com a parceria contratual.

Em quinto lugar, a Constituição da República de 1988, ao alinhar as bases fundamentais do princípio constitucional da licitação, não define expressamente a finalidade do processo licitatório.

Nada obstante isso, a dicção sistemática da matriz constitucional, à luz do princípio constitucional da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), permite o entendimento de que a licitação destina-se à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública⁴.

Em sexto lugar, da mesma maneira, não há uma definição precisa, nem na matriz constitucional, nem em sede infraconstitucional, a respeito do conteúdo jurídico da expressão proposta mais vantajosa, que se apresenta, pois, como um conceito jurídi-

4 Nesse sentido, aliás, o ordenamento infraconstitucional, consoante se infere do art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

co impreciso ou indeterminado, embora passível de determinação, diante da realidade fático-administrativa.

Assim, a proposta mais vantajosa, sob o prisma estrito da economicidade, corresponde ao menor preço obtido pela Administração Pública, após a disputa licitatória⁵.

Todavia, ainda aqui, para a obtenção do conteúdo jus-econômico-constitucional da proposta mais vantajosa, podem e devem os intérpretes constitucionais se utilizar dos limites e possibilidades fixados pela própria matriz constitucional.

Nesse sentido, a proposta mais vantajosa, no modelo de Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, é aquela que, uma vez formulada e aceita pela Administração Pública, atende, simultaneamente, ao maior número de interesses públicos, primários e secundários, previamente demarcados na Constituição da República de 1988.

É dizer, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública é aquela que, uma vez obtida, por meio do devido processo legal licitatório, realiza o maior número de interesses públicos, inclusive, mas não se limitando, à necessária economicidade da futura contratação, como regra, associada ao menor preço ofertado ao Estado.

Em sentido semelhante, admitindo concepções variáveis e amplas de interesses públicos a serem atendidos por meio da licitação, vale conferir o magistério doutrinário de Marçal Justen Filho:

(...) Um problema reside na identificação, na vida real, daquilo em que consiste a “vantagem” da Administração. *As dúvidas sobre esse tema retratam a pluralidade de facetas do próprio conceito de “interesse público”.* (...) *Em regra, a vantagem se relaciona com a questão econômica.* O Estado dispõe de recursos escassos para custeio de suas atividades e realização de investimento. Portanto, e sem qualquer exceção, a vantagem para o Estado se relaciona com a maior otimização na gestão de seus recursos econômico-financei-

5 Tanto é assim que o critério fundamental e comum para a seleção das melhores propostas é o menor preço, consoante se infere do art. 45, da Lei nº 8.666/93, assim como do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002.

ros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo-benefício. A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. (...) *A vantagem não se relaciona apenas e exclusivamente com a questão financeira. O Estado necessita receber prestações satisfatórias, de qualidade adequada. (...) Muitas vezes, a vantagem técnica apresenta relevância tamanha que o Estado tem de deixar a preocupação financeira em segundo plano. (...) Mas a vantagem da contratação não se restringe a isso. Há outras configurações para o interesse público*⁶.

Mais adiante, aprofundando o raciocínio e examinando a hipótese de contratação direta de instituições dedicadas à recuperação dos presos e à promoção dos direitos fundamentais dos portadores de deficiências, o mesmo autor assevera:

(...) O dispositivo relaciona-se diretamente com o previsto no inc. XIII. A proximidade entre as disposições dos dois incisos é evidente. *Em ambos os casos, trata-se de uma modalidade indireta de fomento. Os recursos públicos são aplicados de modo a produzir efeitos indiretos relevantes. O objetivo imediato reside na satisfação de uma necessidade pública, objeto da contratação. No entanto e conjuntamente, há outro intento. Trata-se de incentivar a atividade de certas entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, mas cuja atuação relaciona-se com o bem comum. Produz-se uma espécie de “função social do contrato administrativo”, no sentido de que a contratação é instrumento de realização de outros valores sociais.*⁷

E assim, em sétimo lugar, as exigências de qualificação técnica e econômica exigíveis dos licitantes e parceiros privados do Estado, sem fugir aos parâmetros constitucionais e legais, de-

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 51-52. Destacamos.

7 *Ibid.*, p. 259. Destacamos.

vem ser finalisticamente voltadas à realização do maior número de interesses públicos possíveis.

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que a fixação de cláusula, nos editais das licitações, para obras e serviços, promovidos pela Administração Pública estadual, da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por presidiários, realiza, pela licitação, um inegável, complexo e amplo conjunto de interesses públicos – primários e secundários – pretendidos pela Constituição da República de 1988, quando do desempenho das atividades administrativas estatais.

É o que se passa a demonstrar, a partir do já mencionado exame sistemático e teleológico da matriz constitucional.

3.2 A licitação como instrumento de concretização do princípio constitucional fundamental da cidadania (CR/88, art. 1º, II)

Destarte, 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.

Em sua acepção ampla, a cidadania significa um conjunto de atributos, direitos e obrigações da pessoa humana, que pode ser sintetizado na possibilidade de participação e influência amplas do cidadão em relação às decisões fundamentais da sociedade em que se insere. Para José Afonso da Silva, a cidadania se apresenta como qualidade da pessoa humana participante da vida em sociedade ou, no preciso magistério de Nicola Abbagnano, a cidadania corresponde ao exercício dos direitos humanos⁸.

Nesse contexto, a cidadania foi elevada ao patamar de princípio constitucional fundamental da República Federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, II). Em matéria de ordenação econômica, pode ser considerada como princípio constitucional de organi-

8 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 156-157. Em sentido semelhante, também, SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 162-163 e ALMEIDA, Dean Fábio Bueno de. *Direito constitucional econômico: elementos para um direito econômico brasileiro de alteridade*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 117-118.

zação da Economia brasileira. Nessa perspectiva, significa um conjunto de atributos, direitos e obrigações do homem econômico – *homo oeconomicus* – que pode ser sintetizado na possibilidade de participar e influenciar amplamente as relações e os processos jurídico-socioeconômicos ocorridos na vida em sociedade.

Comporta diferentes angulações e concretizações, seja sob a perspectiva do direito subjetivo do cidadão ao desenvolvimento de atividades econômicas, sob a forma empresarial, seja sob o prisma do direito subjetivo do cidadão ao consumo e trabalho adequados, enquanto destinatários dos bens e serviços colocados no mercado de consumo, seja, também, sob a ótica do Estado, apresentando-se como vetor principiológico, de observância obrigatória, pelo Poder Público, na formulação e na concretização de políticas públicas socioeconômicas.

Ademais, bem se percebe que o princípio em tela vai se relacionar visceralmente com outros princípios inerentes à ordem econômica, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização socioeconômica do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político-socioeconômico e do desenvolvimento socioeconômico. Por tal razão, aliás, é que o princípio da cidadania socioeconômica funciona como princípio constitucional de organização da ordem econômica, pois nele se inserem as bases valorativas fundamentais para a concepção e a concretização harmônica do sistema jurídico-socioeconômico.

Todavia, para que haja a concretude do princípio em exame, é fundamental que o homem econômico tenha assegurado o mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa humana, notadamente os direitos fundamentais à saúde, à educação básica e ao trabalho. Sem o preenchimento desses pressupostos mínimos existenciais, não poderemos falar em efetividade do princípio da cidadania socioeconômica, na medida em que o homem econômico, despido de tais direitos fundamentais, não terá a possibilidade efetiva de influenciar processos e tomar decisões essenciais quando da participação de uma relação jurídica-socioeconômica. É dizer, não se pode falar em concretização do princípio da cidadania socioeconômica sem a concretização do

direito fundamental ao mínimo necessário à sobrevivência do homem, como ensina Ricardo Lobo Torres⁹.

Não é por outra razão, aliás, que o ordenamento jurídico reconhece, em determinadas relações jurídicas de natureza socioeconômicas, a hipossuficiência do cidadão, seja enquanto trabalhador, frente ao empregador, seja enquanto consumidor, frente ao fornecedor, seja, ainda, enquanto pequeno empresário em face de um grupo econômico empresarial gigante. Daí, por exemplo, os sistemas de proteção ao homem econômico decorrentes da legislação do trabalho e de consumo (Consolidação das Leis do Trabalho e Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

É certo, também, que o princípio da cidadania socioeconômica é extremamente aberto e indeterminado, mas passível de determinação no caso concreto, seja a partir da interpretação sistemática e teleológica da própria matriz constitucional, seja por meio da fixação, na lei, dos valores, das diretrizes e dos objetivos concretizadores do princípio em estudo.

Assim, por exemplo, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de invocar o princípio da cidadania como fundamento idôneo a legitimar a gratuidade nos serviços públicos econômicos de transporte rodoviário de passageiros aos portadores de deficiência, garantido por meio de lei, em típica densificação do princípio em exame¹⁰.

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

9 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 42, p. 69-78, 1990.

10 Confira-se: (...) Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição da República): improcedência. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei nº 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. In: ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 08.05.08, Plenário, DJE de 17.10.08.

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, nesse 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, por meio do trabalho, apresentando-se a licitação e o contrato da Administração Pública, neste particular, como instrumentos legítimos para a concretização de políticas públicas penitenciárias, voltadas ao resgate da cidadania do preso.

3.3 A licitação como instrumento de concretização do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana do presidiário (CR/88, art. 1º, III)

Da mesma forma, percorrendo a matriz constitucional, pode-se dizer que 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.

Como se sabe, a dignidade da pessoa humana está prevista como princípio constitucional de organização da Economia da República Federativa do Brasil e como princípio constitucional setorial da ordem econômica, na medida em que a ordenação jurídica da Economia deve proporcionar a todos a existência digna (CR/88, art. 1º, III, *c/c* art. 170, *caput*).

Do latim, *dignus*, significa aquele que merece estima e honra, aquele que é importante. É, também, a consideração do homem como fim em si mesmo, como o centro valorativo fundamental e finalístico de todo o ordenamento jurídico¹¹, como o valor essencial atrativo do conteúdo de todos os direitos fundamentais¹²,

11 Em sentido semelhante, por todos, confira-se ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 327.

12 Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 109. Em sentido semelhante, GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 221.

como o fundamento de legitimação da República, a partir da efetiva possibilidade do homem traçar livremente o seu projeto espiritual particular¹³. A dignidade humana, pois, é a substância única qualificadora do homem¹⁴.

O princípio em foco, consoante o abalizado magistério doutrinário de Maria Celina Bodin de Moraes, tem origem no Cristianismo, em que as suas bases fundamentais foram lançadas, para, mais adiante, notadamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), como reação às desumanidades perpetradas sob o signo do nazifascismo, ser positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, posteriormente, nas principais Constituições mundo afora, entre elas, a Alemã, a Lei Fundamental de Bonn (1949), expressando, em seu art. 1º, que “a dignidade do homem é intangível”, sendo obrigação, de todos os Poderes do Estado, respeitá-la e protegê-la.¹⁵

Na lição de Luís Roberto Barroso, o princípio corresponde a um “espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência,” relacionando-se com a liberdade na opção por valores pessoais, bem como na garantia de condições mínimas materiais de subsistência.¹⁶ Ana Paula de Barcellos assevera, com maestria, que o princípio da dignidade da pessoa humana, embora seja de conteúdo aberto, tem um núcleo essencial que se traduz na ideia do mínimo existencial, que é o conjunto de prestações positivas e materiais sem as quais a pessoa humana se encontrará abaixo da dignidade. Para a autora, essas prestações estariam ligadas aos serviços públicos de saúde básica, de educação fundamental, de assistência social e de acesso à justiça¹⁷.

Como características marcantes e múltiplas, vale dizer, na linha da jurisprudência do E. STF, que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição central no ordenamento jurí-

13 Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 199.

14 Nesse sentido é o magistério de MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

15 *Ibid.*, p. 77-83.

16 Prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 5.

17 *Ibid.*, p. 303-308.

dico, constituindo valor e fonte de conformação e inspiração de todo o ordenamento infraconstitucional, assim como dos atos e condutas administrativas do Estado e da iniciativa econômica privada¹⁸.

Destaque-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana pode ser concebida em três planos dimensionais. É dizer, ora como dimensão interna ou intrínseca do ser humano, ora como dimensão externa, aberta e carecedora de prestações, ora como expressão de reconhecimento de reciprocidade de uns com os outros¹⁹, de modo a ser aplicado tanto nas relações entre o cidadão e o Estado quanto nas relações entre os cidadãos, traduzindo as suas eficácias vertical e horizontal, respectivamente²⁰.

Avançando, cabe dizer, na linha da doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que o princípio em exame se decompõe em quatro elementos fundamentais, ou seja, o direito à igualdade, o direito à liberdade, o direito à integridade psíquica e física e o direito à solidariedade. Esses elementos, ainda na dicção da autora, decorrem da elaboração de postulados fundamentais, entre os quais, a consideração do homem enquanto sujeito ético-moral que reconhece, no outro, um sujeito de iguais direitos, dentre eles, a integridade psíquica e física, a partir da manifestação livre da vontade, diante do grupo social, “em relação ao qual tem o direito de não vir a ser marginalizado.”²¹

É certo, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana é extremamente aberto e indeterminado, alcançando todos os setores da ordem jurídica socioeconômica²², mas passível de determinação no caso concreto, seja a partir da interpre-

18 Confira-se: (...) A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. In: HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-05, DJ de 29.04.05.

19 Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 199.

20 Em sentido semelhante, PETTER, Josué Lafayete. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 191.

21 Neste sentido é o magistério de MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

22 *Ibid.*, p. 84.

tação sistemática e teleológica da própria matriz constitucional, seja por meio da fixação, na lei, dos valores, das diretrizes e dos objetivos concretizadores do princípio estudo.

Assim, por exemplo, o E. STF já teve a oportunidade de invocar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento idôneo a legitimar a gratuidade nos serviços públicos econômicos de transporte rodoviário de passageiros aos portadores de deficiência, garantido por meio de lei, em típica densificação do princípio em exame²³.

Do breve quadro exposto, bem se percebe que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio de organização da sociedade brasileira, vai se apresentar como baliza fundamental para a formulação e a implementação de políticas públicas em matéria socioeconômica. Direcionada à sua eficácia normativa ao Estado, significa o poder-dever de todos os núcleos orgânicos de Poderes de República brasileira de buscarem a concretização da dignidade socioeconômica do cidadão, seja na elaboração das leis, seja na Administração Pública de interesses concretizadores do princípio em tela, seja nas atuações e decisões proferidas pelo Poder Judiciário, com reflexos diretos nos processos socioeconômicos.

É, sem dúvida alguma, o postulado principiológico mais relevante de organização da atuação do Estado na ordenação das atividades e processos econômicos, muito embora necessite de acomodação aos demais valores e princípios regentes da Economia brasileira, a partir da adequada ponderação principiológica pertinente, nos limites e possibilidades econômico-financeiras de atuação estatal.

23 Confira-se: (...) Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição da República): improcedência. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei nº 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. In: ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 08.05.08, Plenário, DJE de 17. 10.08.

Numa outra perspectiva, a dignidade da pessoa humana se apresenta como princípio constitucional setorial da ordem econômica, na medida em que a ordenação jurídica da Economia deve proporcionar a todos a existência digna (CR/88 art. 170, *caput*). Assim, nesta angulação específica, significa dizer que o desenvolvimento das atividades econômicas no Brasil, embora livres à iniciativa privada, devem se operar sem perder de vista a importância da empresa para a concretização da dignidade socioeconômica do cidadão, seja enquanto trabalhador, seja enquanto consumidor, não podendo se afastar desse paradigma principiológico. Na precisa dicção de Eros Roberto Grau, o desenvolvimento das atividades econômicas deve ser dinamizado em vista da concretização do princípio aludido²⁴.

Cuida-se, pois, da iniciativa econômica privada, inclusive incentivada pelo Estado, por meio da atividade de fomento econômico, viabilizar processos econômicos de produção, distribuição, comercialização e consumo de bens e serviços colocados no mercado, a partir da necessidade de existência da dignidade do cidadão, em qualquer papel socioeconômico que ocupe nas relações jurídico-econômicas firmadas na sociedade. Na precisa síntese de José Afonso da Silva, a existência digna, enquanto norma determinante da ordenação da Economia, concretiza-se na possibilidade de cada ser humano dispor dos meios materiais, espirituais e políticos, sem desigualdades, pobreza e misérias substanciais.²⁵

É claro que a iniciativa econômica privada tem por finalidade, no desempenho das suas atividades empresariais, o lucro justo e razoável. Essa meta empresarial, legítima e lícita, não é incompatível com a dignidade socioeconômica do cidadão. Todavia, o alcance desse eficiente resultado econômico não poderá ocorrer sem a observância da dignidade da pessoa humana e, muito menos, com vulneração a esse postulado principiológico. É dizer, não é admissível um processo socioeconômico que equivalha ao desempenho de atividade econômica empresarial

24 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 222.

25 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 767.

sem a dignidade humana como pedra fundamental da processualidade econômica²⁶.

Nesse contexto, por exemplo, a dignidade da pessoa humana pode importar em divisão de custos econômicos da iniciativa econômica privada com a sociedade e o próprio Estado. Assim, por exemplo, como mencionado anteriormente, o E. STF já teve a oportunidade de invocar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento idôneo a legitimar a gratuidade nos serviços públicos econômicos de transporte rodoviário de passageiros aos portadores de deficiência, garantido por meio de lei, e prestado por sociedades empresárias privadas²⁷.

Frise-se, em respeito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que também deve ser preservado, que a modificação dos custos dos insumos, como regra geral, é sempre repassada às tarifas cobradas dos usuários ou, então, custeada diretamente pelo Poder Concedente. Cuidam-se, pois, de riscos plenamente mensuráveis e, portanto, previsíveis, e, muitas vezes, repassados, de imediato, à sociedade ou ao Estado.

Tanto é assim que o E. STF, em recente pronunciamento, entendeu que a gratuidade no transporte rodoviário de passageiros prevista no art. 39, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), é constitucional, pois concretiza a norma de gratuidade prevista no art. 230, § 2º, da CR/88, que é de eficácia plena e aplicabilidade imediata. No caso, consoante a acertada dicção da Suprema Corte, o legislador infraconstitucional deu efetividade ao comando constitucional, de modo a garantir a qualidade

26 Em sentido semelhante, embora contextualizando a dignidade humana como vetor para qualquer processo de convivência em sociedade, confira-se ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 327.

27 Confira-se: (...) Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição da República): improcedência. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei nº 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. In: ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 08.05.08, Plenário, DJE de 17.10.08.

de vida digna ao idoso, devendo a sociedade custear o incentivo social, na impossibilidade econômica do idoso.

Sob o prisma do prestador do serviço de transporte, entendeu o E. STF que a compensação pela gratuidade de transporte coletivo urbano aos idosos só seria admitida se fosse comprovado prejuízo real, o que não ocorreria, haja vista ser habitual, entre concessionários e permissionários, a previsão dos custos e dos lucros²⁸. É nesse contexto, portanto, que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como vetor fundamental do desenvolvimento das atividades econômicas empresariais lícitas.

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 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.

Ainda nesse contexto, a reinserção gradual do cidadão condenado criminalmente, na sociedade, concretiza a solidariedade, enquanto perspectiva da dignidade humana.

Nessa 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, apresentando-se a licitação e o contrato da Administração Pública, neste particular, como instrumentos legítimos para a concretização de políticas

28 In: ADI 3768 - DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 19.9.2007, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, n. 480, set. 2007.

públicas penitenciárias, voltadas ao resgate da dignidade humana do preso.

3.4 A licitação como instrumento de concretização de outras normas constitucionais fundamentais relacionadas à gestão dos serviços penitenciários (CR/88, arts. 1º, IV, parágrafo único, 3º, I, II, III, IV, 5º, XXII, XLIX e parágrafos 2º, 6º, caput, 23, I e X, 37, caput, 70, caput, 144, caput, 170, III e 193, caput)

Além da cidadania e da dignidade da pessoa humana do presidiário, estudadas acima, a previsão licitatória em exame concretiza outros valores e normas constitucionais fundamentais, relacionados, direta ou indiretamente, com a gestão dos serviços penitenciários, aqui agrupadas, num único item, tendo em vista os limites e os objetivos deste trabalho.

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 autoressocialização, em bases dignas.

Ainda nesse contexto, a previsão viabiliza a concretização do princípio da participação da sociedade organizada e do próprio cidadão, nas decisões relevantes da Administração Pública (CR/88, art. 1º, parágrafo único), em matéria de gestão dos serviços penitenciários.

A propósito do princípio da participação, vale dizer que, embora a Constituição da República não o mencione expressamente, a norma é uma decorrência lógica do princípio do Estado Democrático de Direito brasileiro (CR/88, art. 1º, *caput*), cuidando-se de princípio constitucional implícito no ordenamento constitucional pátrio²⁹.

29 Com o mesmo entendimento, PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 83. Destacando-o como princípio constitucional fundamental, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 159.

O princípio da participação, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em trabalhos pioneiros sobre o tema, condiciona-se ao atendimento do binômio motivação para participar (pressuposto subjetivo)³⁰ e a admissão à participação (pressuposto objetivo). O primeiro requisito é ligado à atitude do homem diante do poder, ao passo que o segundo é vinculado à existência de instituições que garantam a participação³¹. Significa dizer que, para que haja participação, deve o cidadão ter desenvolvida a sua consciência cívica a respeito da relevância da sua manifestação, o que se opera pela educação adequada. Da mesma forma, os canais de acesso participativo junto ao Estado devem ser eficientes.

Nesse contexto, entre as variáveis do princípio da participação, merece destaque, como nos ensina J. J. Gomes Canotilho, a democracia participativa, entendida como o conjunto de estruturas processuais que oferecem aos cidadãos reais possibilidades de compreender a democracia e participar ativamente dos processos decisórios, na medida em que “(...) o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política”³².

Como bem destacado por Caio Tácito, o Direito Público contemporâneo vem se modificando para aproveitar e absorver as manifestações participativas dos cidadãos, realçando o princípio da cidadania e projetando o indivíduo e as sociedades empresárias – entendam-se aí, também, outros grupos econômicos organizados – como colaboradores fundamentais para o atendimento dos diversos interesses públicos, com vistas à realização plena da democracia³³.

Na didática síntese de Odete Medauar³⁴, o princípio da participação viabiliza a identificação dos interesses públicos, de

30 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O homem e a política*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 3-58.

31 Id. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 11-13.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 282-283.

33 TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: _____. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3, p. 17-24.

34 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 230.

maneira compartilhada, entre o Estado e a sociedade, relacionando-se com as práticas administrativas ligadas ao consenso, à negociação e à conciliação de interesses.

Nesse sentido, consoante nos ensina Diogo de Figueireido Moreira Neto, o princípio da participação da sociedade nas escolhas públicas relevantes pode se concretizar por meio de uma atuação direta, indireta e semidireta dos cidadãos e dos grupos sociais³⁵.

Na participação direta, ocorre o exercício das decisões sociais relevantes adotadas pela própria sociedade, em face dela mesma. Esse modelo teórico é praticamente irrealizável, dada a natural dificuldade de se encontrar um mecanismo de decisão e gestão direta e harmônica por todos os cidadãos.

Na participação indireta, as escolhas públicas relevantes se operam, de regra, por meio da representação, a partir das eleições periódicas dos representantes legais dos grupos sociais. Essa espécie de participação se diz mediata e mais estática, porque a atuação dos cidadãos praticamente se limita ao sufrágio (votação), distanciando-se da formulação, controle e execução das decisões públicas relevantes (CR/88, art. 14 e ss.).

Com efeito, a doutrina que tratou especificamente do tema é firme no entendimento a respeito da insuficiência dos mecanismos convencionais inerentes à democracia representativa, notadamente porque a representação política, na realidade, constitui-se em representação de interesses, em especial dos grupos sociais e economicamente mais organizados³⁶.

Avançando, a participação cidadã pode ser semidireta, em que a formulação, a execução e o controle das decisões públicas relevantes são acompanhados, de maneira mais próxima, pelos indivíduos interessados, em nome próprio ou por meio dos grupos intermédios sociais organizados.

Destarte, vem se formando o consenso doutrinário a respeito da necessidade de efetivo envolvimento dos agentes privados

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueireido. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 34-39.

36 Neste sentido, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120-123.

nos processos estatais decisórios, por meio de estruturas processuais fundadas no diálogo, de modo a incrementar a carga de legitimidade das decisões públicas relevantes³⁷.

Essa modalidade de participação, imediata e mais dinâmica, cujos formatos participativos ainda se encontram em construção no ordenamento jurídico, vem merecendo profundos estudos e se consubstancia na necessária aproximação entre a vontade dinâmica do cidadão e a escolha pública relevante.

E a participação direta cidadã é necessária por uma série de razões. Em primeiro lugar, porque ela confere legitimidade à decisão pública relevante, no sentido de concretizar um interesse público efetivamente desejado pelo grupo social, numa sociedade de recursos escassos, realizando o princípio da legitimidade (CR/88, art. 1º, *caput* c/c art. 70, *caput*)³⁸.

Em segundo lugar, porque ela atende à necessidade de uma sociedade plural, que tem como nota uma pluralidade de interesses e valores relevantes, muitas vezes divergentes e contrapostos (CR/88, art. 1º, V)³⁹. Por tais razões, esses interesses devem ser colhidos, ordenados, ponderados e priorizados pelo aparato estatal, de modo a otimizá-los, alcançando a justiça social possível.

Em terceiro lugar, porque a participação nas decisões públicas relevantes é uma expressão do valor de liberdade consagrado, em diversificadas passagens, na matriz constitucional, e que se traduz na escolha das necessidades, dos meios e dos fins públicos a serem atendidos (por exemplo, CR/88, art. 1º, IV, art. 3º, I, art. 5º, *caput*). Cuida-se, portanto, da liberdade de participação dos processos estatais de escolhas públicas relevantes, decorrência da própria dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III).

37 Nesse sentido, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128.

38 Em sentido semelhante, *Ibid.*, p. 129-130.

39 No magistério doutrinário de Carlos Ayres Britto: (...) Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que *ninguém é cópia fiel de ninguém*, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra os seres humanos é negar suas individualizadas preferências. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216-217.

Em quarto lugar, porque participação é um mecanismo viabilizador da eficiência e da concretude da decisão pública relevante, na medida em que conta, na sua concepção, com a intervenção dos grupos sociais que serão afetados pela decisão, possibilitando-se a eficácia da deliberação social (CR/88, art. 5º, LXXVIII, *c/c* art. 37, *caput*).

Na Constituição da República, por exemplo, pode-se compendiar como projeções específicas do princípio da participação direta cidadã, além das normas constitucionais aludidas, a previsão fundamental de que todo poder emana do povo, que pode e deve exercê-lo de maneira direta (CR/88, art. 1º, parágrafo único), por meio de grupos sociais intermédios (CR/88, art. 5º, XVII a XXI), a participação na atividade processual estatal (CR/88, art. 5º, LV), na condução das relações econômicas de trabalho (CR/88, art. 8º e ss.), na organização do Estado (CR/88, art. 18, §§ 3º e 4º), no controle da atividade financeira estatal (CR/88, arts. 31, § 3º e 74, § 2º), nas atividades administrativas estatais (CR/88, art. 37, § 3º), no processo legislativo (CR/88, art. 61), nas relações tributárias (CR/88, art. 150, § 5º), bem como nos serviços públicos de saúde, assistência social, educação (CR/88, arts. 198, III, 204, II, 205, 206).

Por tal razão, há em doutrina quem sustente a existência de um direito constitucional genérico de participação, de modo que a ausência de normatividade infraconstitucional não pode constituir obstáculo à efetividade da participação nas decisões estatais relevantes⁴⁰.

Nesse contexto, costuma-se apontar a previsão acima citada e constante do art. 37, § 3º, da CR/88, com a redação dada pela EC nº 19/98, que teve por finalidade incrementar a ideia participativa e aproximar o cidadão das atividades administrativas do Estado, cabendo a cada uma das entidades políticas da Federação editar as suas normas concretizadoras do princípio da participação, a partir das respectivas realidades⁴¹. Cabe

40 Nesse sentido, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154-155.

41 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 64.

remarcar, ainda, que a previsão constitucional em exame não esgota as possibilidades participativas dos administrados⁴².

A Ordem Constitucional Econômica, ao estabelecer como fundamentos a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, supõe que essa estruturação constitucional da Economia se opere num ambiente de participação efetiva de trabalhadores e empresários na formulação, controle e execução de decisões públicas relevantes em matéria econômica (CR/88, art. 170, *caput*). Isto porque, a ausência de participação nas decisões econômicas tem como efeito nefasto o desconhecimento econômico, causando, por conseguinte, desequilíbrio nas relações econômicas⁴³.

No mesmo sentido é a doutrina de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao averbarem que a Constituição Econômica abrange a democracia econômica, de modo que o sistema constitucional é estruturado para fazer prevalecer o poder democrático sobre o poder econômico, sendo a participação dos segmentos econômicos, em especial, os trabalhadores e empresários, fundamental na definição das decisões públicas relevantes em matéria econômica⁴⁴.

Ademais, o planejamento econômico governamental, a atividade regulatória e o fomento ao desenvolvimento das atividades econômicas supõem, também, a participação dos agentes eco-

42 Em sentido semelhante, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 162. No que tange às parcerias negociais, especialmente a participação popular na prestação de serviços públicos, via concessões e permissões, confira-se a acertada dicção de JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 447. Ver, também, SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 249-251.

43 Nesse sentido, averba Calixto Salomão Filho: (...) O que se quer dizer é que em matéria econômica só a democracia direta e não representativa não é eficaz. Torna-se fundamental, então, que o processo de decisão econômica se expanda pela sociedade. É preciso permitir e incentivar a difusão do conhecimento econômico. Ora, se assim é, então, destaques devem ter os princípios constitucionais que permitam essa difusão. Esses princípios serão instrumentais à escolha de quaisquer outros dos princípios do mesmo artigo 170 da CF, escolha que poderá ser feita desde que haja democracia econômica garantida por esses princípios. (...) Na forma de tentativa, pode-se afirmar que aqueles ligados diretamente à consecução desse objetivo instrumental são a redistribuição (art. 170, inciso VII) a difusão do conhecimento econômico (concorrência e defesa do consumidor – art. 170, incisos, IV e V) e a cooperação art. 114, § 2º). Todos eles, de diversos pontos de vista, incluindo cidadãos na escolha econômica, impedindo que uns possam, unilateralmente, determinar a escolha econômica de outrem (...). Em *Regulação e Desenvolvimento*, texto constante da obra coletiva intitulada SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 40-41. Do mesmo autor, *Direito como instrumento de transformação social e econômica*. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, p. 16-44, jan./mar. 2003.

44 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 956-961.

nômicos diretamente interessados e afetados pela intervenção estatal na Economia, sob pena de ineficiência das medidas econômicas formuladas, razão pela qual é indispensável à audiência direta da sociedade (CR/88, art. 174)⁴⁵.

Da mesma maneira, na exploração direta das atividades econômicas pelo Estado, destaque-se a previsão do relacionamento entre as empresas estatais e a sociedade (CR/88, art. 173, § 3º).

Em sede infraconstitucional, vale citar como exemplos de normas que consagram a participação direta dos agentes econômicos interessados nos processos decisórios estatais, a Lei nº 9.427/96, art. 4º, § 3º, a Lei nº 9.472/97, art. 42, a Lei nº 9.478/97, art. 19, a Lei nº 9.784/99, arts. 31 a 35, e a Lei nº 10.233/2001, entre outras.

No campo da prestação dos serviços penitenciários, como será visto adiante, destaque-se a previsão do princípio da participação da sociedade em busca da execução mais humanitária da pena (Lei nº 7210/84, art. 4º), em concretização ao princípio constitucional da participação ora em exame (CR/88, art. 1º, parágrafo único c/c art. 3º, I).

É certo que a efetividade do princípio da participação pode ensejar um agravo no tempo e no custo da decisão pública relevante, eventualmente sacrificando a própria eficiência e legitimidade da manifestação estatal. Da mesma maneira, a participação pode trazer outros efeitos negativos, como a captura pelo Estado de grupos sociais, notadamente aqueles dotados de grande carga de hipossuficiência, o aumento da corrupção, com o favorecimento, pelo Estado, de grupos econômicos mais fortes e estruturados, com maior poder de influência, a captura da Administração Pública pelos agentes econômicos do mercado e a deficiência no planejamento econômico governamental,

45 Como bem destaca Marcos Augusto Perez: (...) O próprio mercado, há que se reconhecer, é bastante ativo na formulação de políticas públicas. Caso pensemos na regulação econômica como uma das vertentes do conceito de política pública, vamos localizar na auto-regulação de alguns setores econômicos ou de algumas profissões uma forma do mercado não só de contribuir para a formação ou execução de políticas públicas, mas um meio de este conduzir de modo autônomo e desvinculado organicamente da Administração Pública a realização de uma política pública. Podemos pensar, ainda, nos *lobbies* no Legislativo, no governo ou nas agências reguladoras para que as políticas públicas tornem-se adequadas aos interesses do mercado. PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 225-226.

bem como na coordenação entre os diversos níveis federativos de poder⁴⁶.

Todavia, para atenuar ou mesmo evitar esses efeitos possíveis e indesejados, entra em cena o princípio da ponderação dos valores e interesses públicos em tensão, que se efetivará por meio de uma processualidade administrativa transparente, racional, célere e consensual, equalizadora das forças dos grupos sociais e econômicos com maior ou menor poder de influência, de modo a alcançar a melhor solução para o caso concreto⁴⁷.

Maria Paula Dallari Bucci, ao tratar do relacionamento entre o Direito Administrativo e as políticas públicas destaca, com propriedade, a dimensão processual participativa dos programas governamentais voltados ao atendimento de interesses da sociedade, cujo resultado é a definição racional e coletiva das prioridades⁴⁸.

Do marco regulatório constitucional e infraconstitucional aludidos, bem se percebe que a participação popular direta deve ser

46 Sobre o tema, consulte-se PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 226-231.

47 Sobre o tema, em sentido semelhante, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 156-167. A propósito do relacionamento entre o processo administrativo como instrumento de aproximação democrática entre o Estado e os cidadãos, confira-se a lição de Odete Medauar: (...) Mediante colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado. O processo administrativo estende as superfícies de contato entre sujeito público e sujeito privado, instrumentalizando, assim, as exigências pluralistas do contexto sócio-político do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa. (...) Hoje o esquema processual representa um dos meios para que a vontade do administrador e a vontade dos administrados se encontrem na fase de decisão. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67-68. Ver, também OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. (Coords.) *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 401-427.

48 No magistério doutrinário da citada autora: (...) A locução *conjunto de processos* conota os procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre os sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório. No processo explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração. (...) Para isso é necessário o conceito de processualidade e que este se abra em três momentos: o da formação, o da execução e o da avaliação. O primeiro momento é o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos, de mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam não-coincidentes com aqueles. O segundo momento compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa. E finalmente o terceiro momento no processo de atuação da política pública é o da apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados. (...) Nesse sentido, o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja "qualidade decisória", no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na raiz direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 264-269.

incentivada, de modo a conferir efetiva transparência e legitimidade das decisões públicas relevantes em matéria econômica. Contudo, a participação direta da sociedade deve ser ponderada com os demais valores e princípios que a própria sociedade, por meio da Constituição e das leis, entendeu como fundamentais ao alcance dos objetivos da República (CR/88, art. 3º).

Nesse caminho de ponderações de valores e interesses em jogo, deve o Estado não só canalizar as pretensões em jogo, como mero ator da processualidade participativa, mas, sobretudo, fixar os interesses públicos que devem ser atendidos na situação concreta, caso não haja um consenso entre os grupos sociais e econômicos envolvidos. Na abalizada lição de Patrícia Baptista:

(...) Para afastar o risco da monopolização da vontade administrativa por interesses corporativos, é indispensável, antes de tudo, que a Administração não seja considerada apenas mais um dentre os participantes do processo. Ao contrário, mostra-se necessário que esteja em condições de 'captar interesses públicos e de eventualmente impô-los'. Na verdade, à Administração Pública redirecionada para o momento participativo deve ser atribuído um papel atuante e interventor. Mais do que a simples mediação de interesses contrapostos, cabe-lhe garantir e estimular a atuação dos interesses menos organizados, assim como realizar uma filtragem adequada de todas as manifestações colhidas no processo participativo⁴⁹.

Logo, deve o Estado, a partir de um juízo de ponderação dos interesses e valores em jogo, buscar uma solução otimizada, que garanta a eficiência da prestação dos serviços penitenciários, sem sacrifício dos demais valores, princípios e objetivos que a Constituição da República de 1988 busca tutelar, contando, para tanto, com a relevante participação da sociedade nos processos decisórios, notadamente pelo fato de que as decisões públicas, no que tange à gestão dos presídios e do cumprimento humanitário das penas, trarão inegáveis reflexos sobre a vida em sociedade, daí, pois, a relevância do princípio em tela.

49 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 164-165.

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).

Ainda nesse 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 sociedade 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.

No mesmo sentido, essa possibilidade também já foi defendida pela Ilustre Procuradora do Estado da Bahia, Mariana Cavalcante Tannus Freitas, em trabalho aprovado no Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado no Estado da Bahia, em setembro de 2007. Confira-se:

(...) A sociedade como um todo (Estado + comunidade) tem sua parcela de responsabilidade na reinserção social do sentenciado. Este problema não pode ser visto como única e exclusivamente da responsabilidade do ente estatal, tendo em vista as suas limitações organizacionais para implementar de modo efetivo e total a reinserção social. Por mais que o Estado efetue, por exemplo, cursos profissionalizantes dentro do cárcere, sua reintegração à vida social não será efetiva se não tiver oportunidade no mercado de trabalho. Somente a título de exemplo, é comum que os empregadores exijam de seus candidatos ficha de antecedentes criminais. É evidente que existindo dois candidatos, um com a 'ficha limpa' e outro com antecedentes, o empregador escolherá o primeiro. É inegável, pois, o *estigma social negativo* que acompanha o

sentenciado, até mesmo após o cumprimento da sua pena imposta pelo Poder Judiciário. Este é mais um diferencial em relação aos demais homens: o preconceito sofrido pelos condenados. E a importância da reintegração social do preso para toda a sociedade exsurge na medida em que é um dos principais meios de impedir a *reincidência*.⁵⁰

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.

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).

Como realça Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Estado contemporâneo tem como uma das suas mais relevantes missões estimular a sociedade ao progresso, auxiliando cada indivíduo e grupo social a maximizar as suas potencialidades de desenvolvimento⁵¹.

Nessa sede, é importante ressaltar que ele desdobra-se, no plano da realidade e, na matriz constitucional, em diversificados campos, em especial, o político (por exemplo, CR/88, art. 1º, parágrafo único), o social (por exemplo, CR/88, art. 203), o cultural (por exemplo, CR/88, art. 205) e o tecnológico (por exemplo, CR/88, 218), cuja abordagem extrapolaria os limites deste trabalho⁵².

Significa dizer, para que haja efetividade do princípio do desenvolvimento, que é fundamental a sua realização prática e conjunta em todos os campos de preocupação constitucional

50 FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. *A reintegração do preso na sociedade por meio de obras públicas: o papel do Estado na promoção do direito social ao trabalho*. Tese apresentada no Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado no Estado da Bahia, em setembro de 2007 – destaques no original.

51 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 523.

52 Destacando a abrangência da ideia de desenvolvimento, confira-se RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 56.

mencionados, de modo que o desenvolvimento econômico do País seja instrumento para o progresso dos indivíduos e dos grupos sociais⁵³, em última análise, um mecanismo de concretização da cidadania socioeconômica antes aludida⁵⁴.

Assim, à luz do sistema decorrente da Constituição da República de 1988, o desenvolvimento econômico assume uma tríplice configuração, seja como princípio implícito da ordem econômica (CR/88, art. 170, *caput*), seja como objetivo fundamental da República (CR/88, art. 3º, I e II) seja, ainda, como direito fundamental do cidadão (art. 5º, *caput* e § 2º).

Consoante registra Eros Roberto Grau, o princípio do desenvolvimento deve corresponder a uma ascensão social, econômica, cultural e intelectual da comunidade, por meio da realização de políticas públicas fundadas na pauta de valores previstos na Constituição da República e que constituem seus objetivos fundamentais⁵⁵.

Parte da doutrina divide o princípio do desenvolvimento em objetivo, também chamado direito do desenvolvimento, e subjetivo ou direito ao desenvolvimento. O primeiro se constituía no conjunto de normas que orientam a atuação do Estado em busca do desenvolvimento, ao passo que, o segundo, seria o conjunto de posições jurídicas de vantagem (por exemplo, interesses legítimos e direitos subjetivos) que decorrem da existência do princípio em exame, voltadas para a garantia do homem, dos grupos e das sociedades de participarem do progresso⁵⁶.

Sob outro prisma, o princípio em exame se traduz no dever estatal de garantir a participação dos cidadãos nos processos decisórios de desenvolvimento econômico, já que o indivíduo e os grupos sociais são os destinatários fundamentais das atividades desenvolvimentistas realizadas ou incentivadas pelo Estado.

53 Em sentido semelhante, TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 65 e 134.

54 Relacionando o desenvolvimento econômico à cidadania, confira-se ALMEIDA, Dean Fábio Bueno de. *Direito constitucional econômico*: elementos para um direito econômico brasileiro de alteridade. Curitiba: Juruá, 2006. p. 122.

55 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 242-243.

56 Em sentido assemelhado, confira-se: RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento*: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 83 e SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 401.

Bem por isso, Calixto Salomão Filho vê o desenvolvimento como processo de autoconhecimento da própria sociedade, que leve à maior inclusão social possível, em que todos os indivíduos conheçam as suas preferências e tenham iguais direitos de escolha no campo econômico (democracia econômica).

Para tanto, sustenta o autor a necessidade de incentivo ao conhecimento econômico, em que o Estado exerce papel relevante. Esse fomento ao desenvolvimento pressupõe a efetiva redistribuição de renda, a difusão do poder econômico e político por toda a sociedade e a cooperação econômica entre os indivíduos e os grupos sociais, superando-se o individualismo econômico exagerado.

Não custa lembrar que o desenvolvimento deve ser sustentável, contínuo e intergeracional, pois que se cuida de uma meta permanente da sociedade e do Estado. Como exemplo, cite-se a recente lei nacional de Parcerias Público-Privadas – PPPs, que previu como diretrizes para os contratos administrativos das parcerias a necessária sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos (Lei nº 11070/2004, art. 4º, VII).

Nesse contexto, a medida administrativa vislumbrada no presente trabalho também viabiliza o desenvolvimento socioeconômico do cidadão condenado penalmente, mas, sobretudo, e como reflexo do seu autodesenvolvimento, o progresso do corpo social como um todo.

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).

Ademais, não se pode negar que a medida também concretiza a função social da propriedade, na perspectiva da função social da atividade empresarial (CR/88, art. 5º, XXII c/c art. 170, III), pois confere um significado especial à atividade empresarial consubstanciada na execução de obras e na prestação de serviços para a Administração Pública com a absorção de mão de obra de cidadãos condenados, sem qualquer sacrifício ou

prejuízo ao lucro justo e razoável devido às sociedades empresárias, pelo desempenho das atividades econômicas lícitas, por ocasião da execução dos contratos firmados com a Administração Pública.

Remarque-se, ainda, que a medida se constitui em mecanismo concretizador do direito ao respeito à integridade física e moral do preso (CR/88, art. 5º, XLIX) e do direito ao trabalho (CR/88, art. 6º, *caput*), sem prejuízo de outros direitos e garantias fundamentais decorrentes do sistema constitucional ou dos pactos internacionais que o Brasil seja parte (CR/88, art. 5º, par. 2º).

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).

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, na perspectiva empregada no presente trabalho, consoante visto acima (CR/88, art. 37, *caput*).

Ainda aqui, na perspectiva restrita do princípio da economicidade dos atos e das parcerias da Administração Pública, a medida se legitima, pois é cediço que o custo econômico da contratação da mão de obra carcerária é menor, consoante o marco regulatório disciplinador da temática (Lei de Execução Penal), adiante examinado. Ademais, a possibilidade de abatimento dos dias trabalhados no cumprimento das penas – remissão – enseja, naturalmente, que o cidadão condenado permaneça menos tempo no sistema penitenciário, reduzindo os custos do Estado, neste particular, em atendimento ao princípio em tela (CR/88, art. 70, *caput* c/c Lei nº 7.210/84, art. 126).

Por derradeiro, a medida também se harmoniza com as bases e os objetivos constitucionais gerais do ordenamento social, é dizer, o primado do trabalho e o bem-estar e justiça sociais (CR/88, art. 193, *caput*).

Essa leitura, inclusive, coaduna-se com a proteção constitucional conferida ao mercado interno, enquanto bem imaterial complexo, integrante do patrimônio nacional e instrumento viabilizador do desenvolvimento cultural, tecnológico e socioeconômico, em última análise, do bem-estar da população (CR/88, art. 219).

Logo, pode-se dizer que é plenamente válida, à luz da Constituição da República de 1988, a fixação, nos editais das licitações para obras e serviços, promovidas pela Administração Pública, da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por presidiários.

Cabe, nos itens seguintes, verificar o tratamento da temática conferido pelo ordenamento infraconstitucional, à luz do Direito Administrativo, começando pela Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal), sem a pretensão de abordagem das questões inerentes ao processo penal, cujos contornos refugiriam ao exame jus-administrativo inerente ao presente estudo.

4 A previsão em exame à luz da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84)

Como se sabe, a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – concentra, em nível infraconstitucional, a disciplina fundamental a respeito das atividades administrativas do Estado, voltadas para o cumprimento da pena criminal, com vistas à criação de condições para a harmônica integração social do cidadão condenado (Lei nº 7210/84, art. 1º, *caput*). Não é por outra razão, aliás, que a execução penal se constitui em atividade mista, de natureza jurisdicional e administrativa.

Assim, 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 República 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 5º, XLVII).

Para tanto, 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 empresárias, 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, parágrafo único c/c art. 3º, I), acima comentados.

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 7210/84, 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 condenatória transitada em julgado (Lei nº 7.210/84, art. 3º).

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)⁵⁷.

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

57 Com efeito, essa individualização não se dá por ato administrativo discricionário, mas sim, vinculado, notadamente à personalidade e aos antecedentes do condenado, em razão de um exame criminológico fundado em parâmetros objetivos. Portanto, há de ser expedido um ato administrativo de natureza técnica, a partir da multidisciplinariedade exigida das manifestações da comissão técnica de classificação, que deve elaborar um programa individualizador de cumprimento da pena, lastreado em conjunto probatório consubstanciado em entrevistas, dados a respeito do condenado e outras diligências (Lei nº 7.210/84, arts. 6º, 7º, 8º e 9º). Cuidando-se de atividade processual administrativa, deve prevalecer o princípio da verdade real, de modo a individualizar adequadamente a execução da pena do condenado.

o retorno à vida em sociedade, e, por conseguinte, a prevenção da infração criminal. No conceito jurídico de assistência devida pelo Estado, incluem-se a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (Lei nº 7210/84, arts. 10 a 27).

Nesse particular, merece destaque a disciplina pertinente à assistência ao egresso, consubstanciada 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)⁵⁸, podendo a licitação servir de relevante instrumento de apoio para o cumprimento da norma em tela.

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 as 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).

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).

Assim, merecem destaque, com especial relevo para o presente exame, as principais características da condição jurídico-econômica de trabalho do condenado, assim como a relevância do papel do Estado enquanto promotor da reinserção socioeconômica laboral do condenado.

58 Confira-se a dicção legal: (...) Art. 25. A assistência ao egresso consiste: I – na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; II – na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses. Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego. Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei: I – o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; II – o liberado condicional, durante o período de prova. Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

Em primeiro lugar, 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, comprometeu-se com a concretização, entre 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 7.210/84, arts. 4º e 10 a 28).

Cuida-se, pois, de direito subjetivo do condenado, oponível ao Estado (Lei nº 7.210/84, 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 7.210/84, arts. 112, 113, 114, I, 115, II, 126, 132, 149, 168 e 169).

Em segundo lugar, 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.

Em terceiro lugar, 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 re-

ferida norma, de acordo com os limites e as possibilidades conferidas à Administração Pública, enquanto gestora de interesses públicos primários e secundários da sociedade.

Significa dizer, ao aproximar o socioassistencial do econômico, que o ordenamento abre um caminho para que o Estado, no desempenho da sua atividade administrativa, concretize, com o menor esforço administrativo possível, o maior número de interesses públicos, no caso, por meio da licitação, com a previsão, no edital, da absorção da mão de obra carcerária pelos parceiros privados contratados do Estado.

É de se lembrar que a licitação e a respectiva proposta mais vantajosa, como visto anteriormente, no modelo de Estado Democrático de Direito, são aquelas que, uma vez formuladas e aceitas pela Administração Pública, atendem, simultaneamente, ao maior número de interesses públicos, primários e secundários, previamente demarcados na Constituição da República de 1988 e na Lei de Execução Penal, como no caso vertente.

Adiante, em quarto lugar, 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. Frise-se que a jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados (Lei nº 7.210/84, art. 33).

Além disso, essa parcela remuneratória será destinada à indenização dos danos causados pelo crime, quando não reparados por outro meio, à assistência da família, às pequenas despesas pessoais e ao ressarcimento, ao Estado, das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo das destinações mencionadas e de outras destinações legais. Efetivadas essas destinações, o restante será depositado, visando à constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança que será entregue ao condenado quando posto em liberdade (Lei nº 7.210/84, arts. 28, par. 2º e 29, parágrafos 1º e 2º).

Merece relevo, ainda, que o trabalho do condenado se dará, por força do princípio da razoabilidade (CR/88, art. 5º. LIV), na

proporção das suas aptidões e capacidade, devendo ser levado em conta a sua habilitação, a sua condição pessoal, as suas necessidades futuras e as oportunidades oferecidas pelo mercado (Lei nº 7.210/84, arts. 31 e 32).

Assim, o Estado, ao prever no edital de licitação para obras e serviços a absorção contratual de mão de obra presidiária, na realidade, estará regulando e viabilizando uma oportunidade oferecida pelo mercado, de acordo, pois, com as diretrizes legais voltadas para o trabalho do condenado.

Na forma do marco regulatório em exame, o trabalho do condenado poderá ser gerenciado por entidade da Administração Pública Indireta, com vistas à formação profissional do condenado. Para tanto, deverá a entidade administrativa, entre outras competências, promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada (Lei nº 7.210/84, art. 34).

Nada obsta, todavia, que essa gestão seja feita pela própria Administração Pública centralizada, de modo a não criar mais uma entidade administrativa, com todos os custos e procedimentos burocráticos daí decorrentes.

Essa produção econômica decorrente do trabalho do condenado poderá ser adquirida por todas as Administrações Públicas, sem licitação, sempre que não for possível ou recomendável o fornecimento aos particulares, sendo a arrecadação direcionada ao próprio Estado gerenciador ou entidade da Administração Pública Indireta criada para tanto (Lei nº 7.210/84, art. 35 e parágrafo único).

Em quinto lugar, a confirmar o que foi dito até aqui, a normatividade infraconstitucional contempla textualmente a possibilidade de trabalho externo do condenado, seja em obras e serviços públicos executados pelo próprio Estado, seja quando executados pela iniciativa privada, o que é mais comum, na medida em que a Administração Pública, com raríssimas exceções, executa diretamente as suas obras públicas, contratando, como regra, mediante licitação, sociedades empresárias privadas para tanto.

E a própria normatividade demarca os contornos jus-econômicos fundamentais para essa possibilidade contratual, seja fixando o patamar máximo de 10% (dez por cento) de condenados do total de empregados de cada obra, seja direcionando a obrigação remuneratória à própria iniciativa privada, seja, ainda, fixando os condicionantes subjetivos do condenado necessários à admissão no trabalho (Lei nº 7.210/84, arts. 36, 37 e 86, par. 2º). Pela pertinência, confira-se a dicção legal:

(...) Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

(...) § 2º Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas.

Assim, pode-se dizer que a normatividade em exame constitui um dos respaldos legais mais expressivos e legitimatórios da previsão nos editais de licitação do Estado para a absorção,

nas obras e serviços contratados pelo Estado, da mão de obra advinda dos presídios.

Em sexto lugar, não se pode negar, também, que esse regime jurídico-econômico laboral acaba por minimizar o custo econômico da mão de obra necessária à execução do contrato firmado com a Administração Pública, ensejando, assim, a redução dos custos econômico-empresariais na formulação de proposta ao Estado, por ocasião da licitação, gerando, pois, uma proposta socioeconomicamente mais vantajosa para o Estado. Daí porque a previsão aludida vai ao encontro da eficiência, vantajosidade e economicidade também pretendidas com a disputa licitatória (CR/88, arts. 37, *caput*, XXI e 70, *caput*).

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, um direito subjetivo do condenado, com amplos reflexos na sua vida e de seus familiares.

No mesmo sentido, essa possibilidade também já foi defendida pela Ilustre Procuradora do Estado da Bahia, Mariana Cavalcante Tannus Freitas, em trabalho aprovado no Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado no Estado da Bahia, em setembro de 2007. Confira-se:

(...) Extrai-se, então, a QUARTA PREMISSA para as conclusões desta tese, segundo a qual *o trabalho do recluso é direito e dever social garantido pelo nosso ordenamento jurídico, como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, que tem por objetivo garantir o cumprimento da finalidade da pena de reinserção social do condenado*. Entretanto, existe uma diferença crucial entre o direito social ao trabalho dos condenados em relação ao dos homens livres: tendo em vista que o condenado não está livre para exercer este direito social, sem ter oportunidade que é dada aos homens livres de procurar uma vaga no mercado de trabalho, cabe ao Estado oferecer ao condenado os meios para exercer o direito social ao trabalho. (...) Logo, se de um lado existe o direito social do condenado ao trabalho (arts. 1º, 3º, 6º, 170 e 193 da C.F. c/c arts. 28 e 41 da Lei nº

7.210/84), há a obrigação do Estado de garantir os meios para o exercício deste direito e perseguir a finalidade ressocializadora da pena.⁵⁹

Nesse contexto, a licitação, por meio do respectivo edital, ao prever a absorção, nos contratos da Administração Pública, de mão de obra carcerária, constitui-se em relevante instrumento jurídico-econômico para a concretização dessas específicas diretrizes político-legislativa-administrativas voltadas ao resgate da cidadania, da humanidade, da valorização socioeconômica do trabalho do condenado e da eficiência e economicidade nas contratações administrativas.

Cabe, no próximo item, verificar o tratamento conferido pelas normas infraconstitucionais regulatórias das licitações e contratações da Administração Pública.

5 A previsão em exame à luz do marco regulatório das Licitações e Contratações da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, Lei nº 8.987/95, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 11.079/04 e Lei nº 11.107/05)

Assim, passa-se ao exame do marco regulatório nacional das licitações e contratações da Administração Pública, de modo a verificar a compatibilidade da previsão em exame com a normatividade infraconstitucional em tela.

6 O tratamento conferido pela Lei nº 8.666/93

Cabe dizer que a previsão em exame, além de ostentar plena adequação à Constituição da República de 1988 e às diretrizes político-jurídico-administrativas fixadas na Lei de Execução Penal, vai ao encontro da sistemática da Lei Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública (Lei nº 8.666/93), rumo

59 FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. *A reintegração do preso na sociedade por meio de obras públicas: o papel do Estado na promoção do direito social ao trabalho*. Tese apresentada no Congresso Nacional de Procuradores do Estado realizado no Estado da Bahia, em setembro de 2007 – grifos no original.

à seleção de proposta mais vantajosa para o Estado, consoante se passa a demonstrar.

Em primeiro lugar, já foi visto anteriormente que a licitação tem a natureza de processo administrativo finalisticamente voltado para a seleção de melhor proposta para a Administração Pública. Essa proposta mais vantajosa, no modelo de Estado Democrático de Direito, é aquela que, uma vez obtida, por meio do devido processo legal licitatório, realiza, simultaneamente, o maior número de interesses públicos primários e secundários.

É o que se pode inferir da dicção sistemática da normatividade em exame, ao averbar que a licitação destina-se a garantir a eficácia concreta de um conjunto de princípios, tais como a isonomia, a legalidade, a impessoalidade, a igualdade, a moralidade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo e os que lhe são correlatos, notadamente a celeridade, a eficiência e a economicidade, tudo com vistas à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Nesse modo de pensar, é certo que essa vantajosidade começa pela realização prática dos princípios mencionados e tem o seu momento culminante na verificação da proposta que, no plano da realidade concreta administrativa, captada e concretizada no edital de licitação, atende, de maneira mais efetiva, os interesses públicos do Estado licitador (Lei nº 8.666/93, art. 3º, *caput*).

Assim, a Lei de Licitações, na norma aludida, não fixa os interesses públicos a serem concretizados pelo Estado a partir da licitação. Nada obstante, assevera que esses interesses públicos devem ser efetivados por meio da principiologia mencionada, obtendo-se, então, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Se é assim, não há óbice, sob o ponto de vista da normatividade aludida, da previsão, no edital da licitação, da absorção pelo parceiro privado do Estado da mão de obra dos presidiários visando à execução dos contratos da Administração Pública.

Em segundo lugar, é de se frisar que a previsão aludida não está vedada pelo sistema de licitações e contratações administrativas, mas decorre dele.

Com efeito, a normatividade em tela proíbe a inserção de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame licitatório (Lei nº 8.666/93, art. 3º, par. 1º, I), o que não ocorre no caso vertente, na medida em que, como demonstrado acima, a previsão de absorção de mão de obra dos presidiários, disponível a todos os licitantes, desonera, sob o ponto de vista econômico, a proposta a ser formulada pelos licitantes, incrementando, neste particular, a competição licitatória.

A rigor, cuida-se de previsão pertinente e relevante, seja para o Estado, que poderá concretizar, simultaneamente, os interesses públicos consubstanciados na mais eficiente e econômica contratação administrativa, além da inserção socioeconômica dos presidiários no mercado de trabalho, seja para os licitantes e parceiros privados do Estado, que terão reduzidos os seus custos na contratação com a Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 3º, par. 1º, I, *a contrario sensu*).

Ademais, a previsão reforça a igualdade de tratamento jurídico-econômico entre os licitantes, na medida em que, independentemente do licitante vencedor, todos poderão se utilizar de mão de obra dos presidiários (Lei nº 8.666/93, art. 3º, par. 1º, II, *a contrario sensu*).

Em terceiro lugar, a norma também reforça o princípio da padronização nas compras, obras e serviços da Administração Pública, que impõe a compatibilidade de desempenho nas contratações do Estado, que serão muito mais eficientes se e quando executadas por sociedades empresárias que se utilizem da mão de obra presidiária, em vista da própria experiência adquirida pelos empregados em contratações anteriores no âmbito da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 15)⁶⁰.

Em quarto lugar, o próprio sistema normativo afasta o dever de licitar diante de situações em que estejam configurados interesses públicos sensíveis e relevantes, como na maioria

60 Sobre o princípio da padronização e sua aplicabilidade às obras e serviços, ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61-71.

dos casos previstos para a alienação dos bens públicos (Lei nº 8.666/93, art. 17).

Aliás, neste contexto, relembre-se a previsão legal da hipótese de afastamento da obrigação de licitar para a contratação de instituição brasileira incumbida, regimental ou estatutariamente, da recuperação socioeconômica do preso, desde que comprovados, dentre outros requisitos, a inquestionável reputação ético-profissional e a ausência de fins lucrativos (Lei nº 8.666/93, art. 24, XIII).

Ora, pois, se o Estado pode até efetivar contratação direta, sem licitação, para a parceria com entidade privada, visando à recuperação dos presos, com maior razão ele pode fixar, no edital de licitação, a absorção de mão de obra carcerária, quando não há o afastamento da obrigação de licitar e a Administração Pública ainda viabiliza a implementação de política pública voltada para a recuperação socioeconômica do preso, por meio do trabalho, a partir da parceria contratual a ser firmada com a iniciativa privada.

Essa sistemática normativa, entre outras previsões, como aquela pertinente à contratação direta, pelo Estado, dos serviços de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos, recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda (Lei nº 8.666/93, art. 24, XIII), bem demonstra as finalidades nitidamente transcendentais da licitação, indo muito além do restrito e salutar objetivo de seleção da melhor proposta, sob o ponto de vista exclusivamente econômico.

Em quinto lugar, não se pode negar que os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, decorrentes da matriz constitucional e disciplinados, em sede infraconstitucional, notadamente no Código Civil Brasileiro (CCB/2002, arts. 421 e 422), impondo o dever de cooperação e colaboração entre as partes contratantes, aplicam-se aos contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 54)⁶¹, sendo, pois, a previsão em tela, mais

61 Sobre o tema da boa-fé e sua aplicabilidade aos contratos da Administração Pública, ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 179-215.

uma medida de concretização dos aludidos princípios e das diretrizes constitucionais e infraconstitucionais dos contratos em que o Estado seja parte.

Em sexto lugar, o ordenamento jurídico-licitatório confere à Administração Pública o poder-dever de instituir cláusulas contratuais visando à melhor adequação do contrato às finalidades de interesse público, seja unilateralmente, seja com maior razão, previamente à celebração do contrato, por ocasião da publicação do edital de licitação (Lei nº 8.666/93, art. 58, I).

Em sétimo lugar, a Administração Pública pode veicular normas operacionais das licitações, no âmbito das suas respectivas competências e realidades, por meio de normatividade administrativa própria, constante de edital de licitação previamente aprovado pela autoridade competente e publicado na imprensa oficial (Lei nº 8.666/93, art. 115).

Em oitavo lugar, como já mencionado, a previsão em tela vai ao encontro das diretrizes político-jurídico-administrativas fixadas na Lei de Execução Penal, notadamente em relação ao tratamento diferenciado para os bens e serviços produzidos com a colaboração dos condenados, como no caso das obras e serviços prestados pela iniciativa privada ao Estado, não havendo qualquer conflito entre os ordenamentos setoriais mencionados (Lei nº 8.666/93, art. 124 c/c Lei nº 7.210/84, art. 35)⁶².

Assim, pode-se dizer que a Lei Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública respalda integralmente a possibilidade jurídica de inserção, na licitação, por meio do respectivo edital, da absorção, nos contratos da Administração Pública, de mão de obra presidiária.

62 Embora, sob o ponto de vista jurídico, sejam obras e serviços prestados pela iniciativa privada, como regra, sociedades empresárias, não se pode negar a colaboração dos empregados na execução das atividades empresariais. Confira-se a dicção legal: (...) Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares. Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal.

7 O tratamento conferido pelas Leis nºs 8.987/95, 10.520/2002, 11.079/04 e 11.107/05

A proposição em exame também se coaduna com o marco regulatório nacional das concessões comuns (Lei nº 8.987/95), na medida em que as licitações são processadas, em sua estrutura básica, na forma da Lei nº 8666/93 (Lei nº 8.987/95, arts. 14 e 18), cujo sistema, como visto, respalda e legitima a previsão, no edital de licitação, da absorção de mão de obra carcerária nos contratos de obras e serviços firmados com o Estado.

Da mesma maneira, a proposição se conforma com o marco regulatório nacional da licitação na modalidade pregão (Lei nº 10.520/2002), notadamente pela circunstância de que se aplicam ao pregão as disposições da Lei geral de Licitações e Contratos da Administração Pública que não conflitem com o seu sistema, como no caso vertente.

Com efeito, vale registrar, ainda, que os serviços comuns, objeto do pregão, prestados ao Estado, talvez correspondam ao campo, por excelência, da absorção da mão de obra carcerária, dada a simplicidade dos aludidos serviços, muitas vezes compatíveis com a habilitação profissional do condenado. Daí, pois, a maior facilidade na empregabilidade dessa específica mão de obra.

No campo das parcerias público-privadas disciplinadas pela Lei nº 11.079/04 – e respectivas normas estaduais e municipais que venham a disciplinar as suas parcerias regionais e locais, de acordo com as suas específicas realidades – também não se vislumbra qualquer óbice à empregabilidade da mão de obra carcerária nos contratos caracterizados como concessões patrocinadas ou administrativas (Lei nº 11.079/04, art. 2º).

Ao revés, as parcerias público-privadas disciplinadas pela aludida normatividade têm como diretriz geral a eficiência no cumprimento das missões de interesse público do Estado, entre as quais se inclui a concretização do direito fundamental do condenado à ressocialização (Lei nº 11.079/04, art. 4º, I).

Ademais, os projetos e as contratações pertinentes às parcerias público-privadas devem ser fundados em efetivas vantagens socioeconômicas, tanto para o Estado quanto para o parceiro privado (Lei nº 11.079/04, art. 4º, VII).

Sob a ótica do Estado, é inegável a vantagem socioeconômica do pacto, pois, como visto, viabiliza-se a implementação, por meio da parceria contratual, dentre outras políticas públicas, daquela pertinente à ressocialização do condenado. Para o parceiro privado, a proposição é igualmente vantajosa, seja pela redução dos custos decorrentes da mão de obra carcerária, que é mais barata, seja, ao menos, pelo resultado positivo consubstanciado na boa imagem corporativa do parceiro privado, junto ao mercado e à sociedade, ao empregar a mão de obra mencionada, concretizando, também sob esse prisma, a sua função social empresarial (CR/88, art. 170, III).

Também não se vislumbra qualquer óbice no emprego da mão de obra carcerária nas parcerias público-públicas decorrentes dos consórcios públicos disciplinados pela Lei nº 11.107/05, notadamente porque a essência dessas parcerias contratuais é a atuação cooperativa e coordenada dos entes políticos da Federação, visando à execução legítima e eficiente de serviços e atividades que constituam e concretizem interesses públicos comuns (CR/88, art. 241 c/c Lei nº 11.107/05, art. 1º).

E, assim, não se pode negar que a questão penitenciária, notadamente a problemática da ressocialização dos presos e condenados, constitui um fundamental e relevante interesse público comum, que afeta a todos os entes políticos da Federação, a demandar, também, muitas vezes, soluções compartilhadas para a solução de questões inerentes à gestão do sistema penitenciário. Significa dizer, na contratação de obras e serviços pelos consórcios públicos, que seria possível nesses empreendimentos a absorção da mão de obra carcerária.

Nesse contexto sistemático, é correto afirmar que a proposição em exame também se respalda e se legitima no marco regulatório infraconstitucional das licitações e parcerias da Administração Pública trazidas pelas Leis nºs 8.987/95, 10.520/2002, 11.079/04 e 11.107/05, sem qualquer comprometimento das parcerias contratuais disciplinadas pelas aludidas normatividades.

8 O edital de licitação como a via regulatória legítima, razoável, adequada e proporcional à disciplina da matéria: afastando algumas objeções (possíveis) à iniciativa administrativa em exame

Avançando, entre os instrumentos jurídicos possíveis para a efetivação da medida pretendida, pode-se dizer que o edital de licitação – e o respectivo contrato da Administração Pública, assim como o convênio – se apresenta como a via regulatória legítima, razoável, adequada e proporcional à disciplina da matéria.

Com efeito, na ordenação jurídica da Economia estadual (regional), o Estado-membro dispõe de um conjunto de instrumentos constitucionais e legais, visando à construção de uma sociedade regional livre, justa e solidária, à promoção do desenvolvimento regional, à erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades existentes, com a finalidade de promoção do bem-estar de todos, sem discriminações, no âmbito do seu respectivo território (CR/88, art. 3º, I a IV c/c art. 25, par. 1º).

Nesse sentido, o Estado tem, a seu dispor, as técnicas gerais de intervenção estatal na Economia.

Assim, cabe situar a intervenção do Estado na Economia, também, como específica função constitucional de natureza administrativa, ou seja, o ordenamento econômico (CR/88, art. 170 e ss.). Este pode ser entendido como o conjunto de técnicas do Estado de intervenção na ordem econômica.

Nesse caso, a atividade estatal interventiva na Economia se subdivide em 04 (quatro) categorias. Em primeiro lugar, o planejamento econômico (CR/88, art. 174), que é a atividade estatal de previsão de metas e resultados eficientes, em determinado setor ou região.

Em segundo lugar, o fomento econômico (CR/88, art. 174), que se constitui em técnica de incentivo pelo Estado, aos particulares, para que estes venham a aderir ao plano econômico estatal, decorrente do planejamento, e, assim, desenvolvam atividades em setores e regiões consideradas relevantes.

Em terceiro lugar, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado (CR/88, art. 173, *caput* c/c art. 37, XIX) caracterizada, tal técnica, pela criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, excluindo ou competindo com a iniciativa privada.

Em quarto lugar, a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico (CR/88, art. 173, § 4º), que se caracteriza como a técnica de intervenção do Estado na Economia visando a prevenir, impedir ou afastar os efeitos nocivos da referida manifestação de poder ao regular o funcionamento do mercado. Revela a obrigação estatal de submeter o exercício da liberdade de concorrência a limitações legitimamente fixadas pelo próprio Estado⁶³.

Para a correta utilização dessas técnicas, o Estado desenvolve intensa atividade regulatória (CR/88, art. 174), de modo a suprir, na maior medida possível, as falhas e as inoperacionalidades do mercado regional.

Essa atividade regulatória, por seu turno, vai se desenvolver pela prática de atos administrativos unilaterais, bilaterais e plurilaterais, entre eles, o edital de licitação, o contrato e o convênio firmados da Administração Pública.

Se é assim, nada impede que o marco regulatório constitucional e infraconstitucional acima delineado seja concretizado administrativamente, por meio do edital de licitação, do contrato e do respectivo convênio firmados pela Administração Pública, prevendo-se a absorção, pelos parceiros privados do Estado, da mão de obra proveniente do sistema prisional.

Destarte, é inegável que as contratações de bens, obras e serviços pelo Estado constituem incontroverso ambiente de mercado, criado pelo próprio Poder Público, a partir de suas necessidades inerentes à Administração Pública dos interesses públicos.

Assim, se o Estado pode legitimamente criar um mercado de bens, obras e serviços, em benefício direto das sociedades empresárias que se candidatem a celebrar parcerias com a Administração Pública, pode, também, criar um mercado de trabalho que beneficie um segmento socioeconômico fragilizado, qual seja, a população carcerária.

63 Essa classificação adotada é didaticamente sugerida por SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.16. Ver, também, SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coords.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 45-88.

Com efeito, a previsão em estudo é idônea a suprir uma falha do mercado regional – a ausência de empregabilidade dos presos – além de viabilizar uma parceria administrativa mais vantajosa para o Poder Público, consubstanciada na obtenção de proposta mais econômica, e, simultaneamente, concretizadora de uma específica política pública asseguradora do direito fundamental do preso à ressocialização, pelo trabalho, como visto, obrigação do Estado.

Essas finalidades regulatórias da licitação e seu respectivo edital, dos contratos, convênios e demais parcerias da Administração Pública são reconhecidas pela doutrina administrativista que se debruçou sobre o tema, consoante o magistério de Marcos Juruena Villela Souto. Confira-se:

(...) A licitação é processo administrativo que busca a seleção de proposta mais vantajosa no *mercado*. (...) A existência de *falhas de mercado* justifica a intervenção do Estado na economia. (...) A estrutura federal de defesa da concorrência não inibe Estados e Municípios de promoverem e preservarem a competição nos respectivos territórios. Afinal, todos têm o dever de eficiência e economicidade (que decorrem de um processo de escolha livre, sem cerceamento de mercado) e o *dever de promoverem o desenvolvimento econômico em seus respectivos espaços geográficos*. A regulação é instrumento *mais amplo* de defesa da concorrência, envolvendo uma função quase-legislativa, quase-executiva e quase-judicial. (...) *A regulação pode se desenvolver por meios de atos administrativos bilaterais*; a concessão é um exemplo clássico, mas não exclui outros. *Para implementar políticas econômicas e regular mercados autoriza-se, até mesmo, a possibilidade de contratação direta e um sistema de preferências*. (...) *Cite-se como exemplos o fomento social ao Terceiro Setor pela via da contratação de instituição de recuperação de presos, de portadores de deficiência e com organizações sociais*. (...) *Com muito mais razão o princípio da proporcionalidade autoriza medida menos drástica para formatar o mercado por meio da licitação (sem, portanto, dispensá-la)*.⁶⁴

64 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86-89 (destaquei).

Adiante, o mesmo autor citado colaciona interessante exemplo colhido em sua experiência como Procurador do Estado do Rio de Janeiro, no contexto da gestão dos presídios. Na hipótese, a promoção da concorrência, por meio da licitação, para fins de fornecimento da alimentação nos presídios, consistia, exatamente, na proibição de participação de sociedade empresária que, de forma reiterada, vencia as licitações voltadas para o dito fornecimento, impedindo o ingresso, em bases competitivas, de novos concorrentes, sendo eloquente exemplo da licitação como instrumento da regulação do mercado estadual. Vale conferir:

(...) Essa prevenção da dominação ocorreu também no caso do fornecimento de alimentação preparada aos presídios do Estado do Rio de Janeiro. Como sempre só uma empresa se sagrava vencedora, não permitindo que as demais se estruturassem para competir em larga escala, deu-se a vedação de participação dessa empresa que já vinha fornecendo no mercado. O objetivo foi viabilizar o ingresso de novas empresas. (...) *A vedação constante do art. 3º da Lei nº 8.666/93 é apenas para exigências que frustrem o caráter competitivo da licitação. Ora, quando o objetivo for, exatamente, o de preservar ou restaurar esse caráter competitivo e o próprio mercado onde a competição se desenvolve, é lícito aplicar a idéia de função regulatória da licitação. (...) Assim, o objetivo da licitação não é, necessariamente, contratar pelo menor preço; a melhor proposta pode ser aquela que preserva ou faz ressurgir um mercado livre. Do contrário, não há licitação séria, porque não há livre competição num mercado dominado ou inexistente.*⁶⁵

No mesmo sentido, essa possibilidade regulatória também já foi defendida pela Ilustre Procuradora do Estado da Bahia, Mariana Cavalcante Tannus Freitas, em trabalho aprovado no Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado no Estado da Bahia, em setembro de 2007. Confira-se:

(...) *Assim, a previsão editalícia terá por fim reduzir as desigualdades sociais que afligem os presos, assegurando o tra-*

65 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86-89.

balho ao recluso, que é direito e dever social garantido pelo nosso ordenamento jurídico, como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, que tem por objetivo garantir o cumprimento da finalidade da pena de reinserção social do condenado (SEXTA PREMISSE). Justifica-se o tratamento diferenciado dispensado ao condenado, sem violar o princípio da igualdade, pois incumbe ao Estado e à comunidade dar efetividade ao direito social ao trabalho do condenado, tendo-se em mente as dificuldades enfrentadas pelo condenado: inexistência de liberdade para procurar emprego e o preconceito, que impede a sua reinserção social (SÉTIMA PREMISSE). E com relação às Leis Federal e Baiana de Licitações e Contratos (nº 8.666/93 e nº 9.433/05), não vislumbramos óbice para que os editais de licitações de obras incluam cláusula determinando, como condição de contratação, que a empresa vencedora do certame se comprometa a empregar na obra determinado percentual de presos. De acordo com a Lei nº 7.210/84, este percentual máximo será de 10% do total de empregados da obra. Esta previsão do edital estará dando efetividade ao direito social ao trabalho dos presos, matéria enfocada ao longo desta tese (OITAVA PREMISSE). Diante do exposto, chegamos à SEGUNDA CONCLUSÃO: em face do ordenamento jurídico vigente, especialmente a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, o Código Penal e as Leis de Licitações e Contratos, o Estado da Bahia, assim como outros Estados da Federação, não apenas podem, como devem, implementar ações afirmativas com o fito de garantir o direito social ao trabalho do preso, tal como ocorrerá com a inserção de cláusula editalícia estabelecendo percentual para contratação de condenados do sistema penal.⁶⁶

É de se frisar, também, que a medida nem mesmo requer lei estadual sobre o tema (CR/88, art. 1º, *caput* c/c art. 5º, II c/c art. 37, *caput*), pois o respaldo da atuação do Estado, no caso, como demonstrado nos itens precedentes, além de decorrer di-

66 FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. *A reintegração do preso na sociedade por meio de obras públicas*: o papel do Estado na promoção do direito social ao trabalho. Tese apresentada no Congresso Nacional de Procuradores do Estado realizado no Estado da Bahia, em setembro de 2007 - destaques no original.

retamente da Constituição da República de 1988, concretiza as diretrizes infraconstitucionais nacionais fixadas pela União Federal, na Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, confira-se o magistério doutrinário de José Roberto Pimenta Oliveira:

(...) A possibilidade de *trabalho interno* (art. 31 da Lei de Execução Penal) em favor de pessoa de direito privado somente é legalmente prevista quando se tratar de fundação ou empresa pública (art. 34), no âmbito federal. Somente no caso de autorização em legislação supletiva, por se tratar de matéria não afeta a regramento geral federal (encartada, como está, na disciplina da organização administrativa respectiva, em vista da autonomia administrativa dos entes federativos), a utilização *privada* do trabalho interno torna-se juridicamente viável. *No tocante ao trabalho externo (art. 36 da Lei de Execução Penal) encontra-se sustentação em norma geral: o art. 36 da Lei de Execução Penal, que o admite apenas em serviço ou obras públicas, e mesmo assim dependendo de consentimento expresso do preso (art. 36, par. 2º).*⁶⁷

É dizer, havendo lei geral sobre o tema, com expressivo detalhamento da matéria, cabe ao Estado aplicá-la, definindo administrativamente os contornos práticos da sua aplicabilidade, o que pode ser feito, num primeiro momento, pela via do Decreto, expedido pelo Chefe do Poder Executivo estadual, disciplinando a organização e funcionamento da Administração Pública do Estado para a absorção da mão de obra prisional (CR/88, art. 84, VI, “a”). Num segundo momento, concretizando a matéria nos editais de licitações e instrumentos contratuais e convenientes, nos termos adiante propostos.

Também não se pode falar em violação ao princípio constitucional da livre iniciativa econômica (CR/88, art. 1º, IV c/c art. 5º, XIII, c/c art. 170, *caput*).

Em primeiro lugar, porque não há prejuízo à liberdade no mercado regional, na medida em que a contratação de mão de

67 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 406-432.

obra dos presos reduz os custos empresariais envolvidos, não havendo, pois, sacrifício à liberdade econômica.

Em segundo lugar, porque tal princípio não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder, na hipótese vertente, pela via da ponderação, em especial, diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização socioeconômica do trabalho, da solidariedade e do desenvolvimento socioeconômico do preso (CR/88, art. 1º, III, IV, c/c art. 3º, I, II).

Em terceiro lugar, o princípio da livre iniciativa deve ser mitigado quando um dos polos da relação jurídico-econômica é o Estado, em vista dos interesses públicos envolvidos, captados e demonstrados diante do caso concreto. Com efeito, aquele que pretende firmar parcerias com a Administração Pública deve se sujeitar às normas administrativas – regulamentares e regulatórias – do Estado, concretizadoras de disposições constitucionais e legais (CR/88, art. 5º, II), como na hipótese vertente. Consoante o magistério doutrinário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

(...) Se, por um lado, a todos é livre escolher ofício, profissão, trabalho, ocupação etc., por outro lado, o seu *desempenho* em setores econômicos e sociais sensíveis, que apresentem riscos que possam comprometer o equilíbrio e a harmonia da sociedade, a Constituição pode fazer depender de *condicionantes*, legisladas pelo Congresso Nacional, pelas assembleias legislativas estaduais e pelas câmaras municipais, conforme a competência atribuída a cada um deles. É evidente que a satisfação dessas reservas só pode caber à *lei*, emanada desses corpos políticos, pois apenas eles têm *legitimidade* para disporem tanto sobre *interesses públicos específicos* quanto sobre *direitos e obrigações* dos particulares. Há, todavia, *duas distintas formas de satisfazer a reserva legal*, conforme o legislador opte ou pela *imposição direta de condutas*, predefinidas por ele próprio, ou pela *disposição direta* apenas de *finalidades*, que deverão ser detalhadas por uma *fonte normativa derivada*, por via da deslegalização, o que corresponde, em conseqüência, a uma *disposição indireta*, por meio da *regulação* que vier a ser produzida pela fonte secundária legitimada. Ora, as pessoas, quando optam por *desenvolverem atividades nos referidos setores sensí-*

*veis, como tal caracterizados por lei em razão da existência de uma alta concentração de interesses gerais, submetem-se livremente à ordem jurídica que as rege, entendida em sua integralidade, tanto compreendendo aqueles comandos dispostos imediatamente pelos legisladores, como os comandos elaborados pelos órgãos legitimados para dispor imediatamente sobre os setores que foram deslegalizados, de modo que, em ambos os casos, resta igualmente respeitada a reserva constitucional.*⁶⁸

Também não há qualquer violação à competência privativa da União Federal para legislar sobre o Direito do Trabalho (CR/88, art. 22, I), na medida em que essa específica disciplina da relação de trabalho do preso já foi tratada pela própria União, quando da edição da Lei de Execução Penal. No caso, o próprio legislador nacional entendeu por bem afastar a disciplina da CLT na relação jurídica de emprego em que o condenado seja o trabalhador, conferindo um tratamento específico, dada a singularidade da sua condição fático-jurídico-econômica, na aludida relação, a justificar um tratamento diferenciado do trabalhador livre.

Do mesmo modo, não há qualquer violação à autonomia municipal (CR/88, 1º, *caput* art. 18, *caput* c/c art. 30, *caput*), na hipótese da exigência de absorção de mão de obra prisional recair sobre os contratos firmados pelos Municípios e parceiros privados, em que os recursos a serem utilizados pelos entes políticos municipais, para as respectivas obras e serviços, advenham, integral ou parcialmente, do Erário estadual, desde que essa obrigação conste do prévio convênio firmado entre o Estado e Município (Lei nº 8.666/93, art. 116).

Isto porque, sendo o convênio espécie de pacto administrativo consensual, nada impede que o Estado, visando à efetivação de política pública estadual concretizadora do direito fundamental do preso à ressocialização, imponha, na forma da Constituição da República de 1988 e das Leis, obrigações específicas a serem atendidas pelos Municípios que recebam os recursos

68 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127-128.

públicos estaduais, que poderão ou não firmar as parcerias conveniais aludidas.

Aliás, as previsões conveniais desta natureza são corriqueiras, como, por exemplo, a possibilidade de fixação, nos instrumentos e convênios firmados entre Estados e Municípios, com repasse de recursos estaduais, da utilização, pelos entes políticos municipais, da licitação na modalidade pregão, como já tivemos a oportunidade de sugerir em estudo específico anterior sobre as licitações e contratações da Administração Pública⁶⁹.

Por derradeiro, também não procede o argumento no sentido de que a licitação não é sede para o atendimento de políticas públicas distanciadas da melhor proposta, sob o prisma estritamente econômico (CR/88, art. 37, XXI).

Como já demonstrado, a licitação, no Estado Democrático de Direito, destina-se à seleção da melhor proposta, não só sob o ponto de vista estritamente econômico, mas, sobretudo, considerando a oferta privada que atenda ao maior número de interesses públicos primários e secundários passíveis de concreção pelo certame licitatório, como na hipótese vertente.

Em sentido semelhante, embora referindo-se à previsão de contratação de empregados portadores de deficiência física pe-

69 Confira-se: (...) Como regra geral, tem sido bem-sucedida a utilização do pregão, pelos Estados-membros da federação. Com efeito, na disciplina regulamentar da matéria, tem-se buscado concretizar o princípio da celeridade processual administrativa licitatória, muitas vezes se estabelecendo a obrigatoriedade da adoção do pregão, salvo motivada impossibilidade. O mesmo não se pode dizer da experiência no âmbito da grande maioria dos Municípios brasileiros. Os administradores municipais pretendem justificar a não utilização do pregão, como regra geral, com a falta de pessoal qualificado e a ausência de sistema adequado de tecnologia da informação. Com o devido respeito, nenhuma das duas objeções apresentadas merece acolhimento. No que tange à falta de pessoal preparado para tanto, a alegação não procede, na medida em que as funções desempenhadas pelo pregoeiro e equipe de apoio nada mais são do que um aprimoramento das funções desenvolvidas pelo presidente da comissão de licitações e respectivos membros. Ademais, é certo e sabido que algumas entidades federativas, tendo em vista a freqüente gama de parcerias firmadas com os Municípios, disponibilizam os necessários treinamentos de pessoal e os recursos de tecnologia da informação para a implementação do pregão no âmbito municipal. Aliás, aproveitando tal quadro de parcerias público-públicas, decorrência do federalismo cooperativo brasileiro, em que se opera a transferência voluntária de recursos para os Municípios, visando, muitas vezes, à aquisição de bens e serviços comuns, bem poderia a União Federal, assim como os Estados-membros, fixarem, nos respectivos instrumentos conveniais firmados com os Municípios, a obrigação dos entes federativos municipais adotarem o pregão em seus respectivos âmbitos, sendo medida consentânea com os princípios da celeridade processual, eficiência e economicidade das parcerias e contratações administrativas. Neste sentido, embora a lei tenha atribuído certa margem de valoração aos administradores públicos municipais na aplicação do pregão, a experiência demonstra as vantagens na sua adoção. Logo, recomenda-se o seu uso pelos Municípios, atendidas as suas respectivas realidades locais, pois, como mencionado, tal disciplina processual licitatória se encontra em harmonia com o princípio constitucional da celeridade processual administrativa, eficiência e economicidade das contratações administrativas estatais. SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 41.

las sociedades empresárias contratadas pelo Estado, confira-se o magistério de Marcos Juruena Villela Souto:

(...) Trata-se, pois, de dar aplicação prática à ponderação para solução do aparente conflito entre o princípio da economicidade, almejado pela Administração, e o princípio da dignidade da pessoa humana; este atende o interesse público primário, da sociedade, fruto do dever de observância do princípio da solidariedade, contido no mesmo art. 3º, CF; aquele atende o interesse público secundário, do Erário, que sucumbe ante o primeiro. *Nesse passo, reafirma-se a idéia já sustentada em outra oportunidade acerca da função regulatória da licitação, com vistas à formatação do mercado, de modo a que a livre iniciativa se preste a ser instrumento do bem-estar geral e não apenas do empresário (já que não mais se vive sob a égide do Estado Liberal).*⁷⁰

Ademais, a contratação de mão de obra carcerária, como já visto acima, reduz os custos econômicos empresariais e, conseqüentemente, minimiza os valores ofertados pelos parceiros privados ao Estado, o que, reforça, ainda mais, a legitimidade da proposição.

Cabe dizer, ainda, que a absorção da mão de obra dos presos pressupõe, sob a ótica do aparato da Administração Pública, em primeiro lugar, a necessária organização do Estado, por meio dos órgãos e entidades competentes, no sentido de saber, exatamente, a qualificação dos presos para o desempenho das tarefas nas obras e serviços contratados pela Administração Pública, assim como a célere disponibilização dessa mão de obra.

Em segundo lugar, a compatibilidade do objeto contratual (obra ou serviço) com a aptidão da mão de obra presidiária a ser empregada, sob pena de desvirtuamento da licitação, do contrato e do convênio respectivos.

Logo, a licitação, o edital respectivo, o conseqüente contrato da Administração Pública e o convênio se apresentam como vias regulatórias legítimas, razoáveis, adequadas e proporcionais à

70 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100. (destaquei).

disciplina da matéria pertinente à absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e conveniais da Administração Pública.

Cabe, no item seguinte, ofertar proposições conclusivas, de modo a operacionalizar e conferir exequibilidade ao entendimento aqui exposto.

9 Proposições conclusivas

À luz de tudo quanto foi exposto, é possível compendiar as seguintes ideias centrais e proposições conclusivas:

- 1) É plenamente válida, à luz da Constituição da República de 1988, a fixação, nos editais das licitações para obras e serviços, promovidas pela Administração Pública, da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por presidiários;
- 2) A fixação de cláusula, nos editais das licitações, para obras e serviços, promovidas pela Administração Pública estadual, da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por presidiários, realiza, pela licitação, um inegável, complexo e amplo conjunto de interesses públicos – primários e secundários – pretendidos pela Constituição da República de 1988, quando do desempenho das atividades administrativas estatais, efetivando, em plenitude, a ideia de proposta mais vantajosa para a Administração Pública;
- 3) 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 familiares;
- 4) Nesse contexto, a licitação, por meio do respectivo edital, ao prever a absorção, nos contratos da Administração Pública, de mão de obra carcerária, constitui-se em relevante instrumento jurídico-econômico para a concretização dessas específicas diretrizes político-legislativas-administrativas voltadas ao resgate da cidadania, da dignidade

humana, da valorização socioeconômica do trabalho do condenado e da eficiência e economicidade nas contratações administrativas;

- 5) A Lei Geral de Licitações e Contratações da Administração Pública respalda integralmente a possibilidade jurídica de inserção, na licitação, por meio do respectivo edital, da absorção, nos contratos da Administração Pública, de mão de obra presidiária;
- 6) A proposição em exame também se respalda e se legitima no marco regulatório infraconstitucional das licitações e parcerias da Administração Pública trazidas pelas Leis nºs 8.987/95, 10.520/2002, 11.079/04 e 11.107/05, sem qualquer comprometimento das parcerias contratuais disciplinadas pelas aludidas normatividades;
- 7) Não só a licitação e o edital respectivo, assim como o consequente contrato da Administração Pública, mas, também, o convênio, apresentam-se como vias regulatórias legítimas, razoáveis, adequadas e proporcionais à disciplina da matéria pertinente à absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e conveniais da Administração Pública;
- 8) Nesse contexto, sugere-se a edição dos seguintes atos administrativos normativos, a partir das propostas adiante apresentadas: i) Decreto, a ser expedido pelo Exmo. Sr. Chefe do Poder Executivo estadual, concretizando a Lei de Execução Penal e disciplinando a organização e funcionamento da Administração Pública, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e conveniais da Administração Pública estadual, pertinentes às obras e serviços e ii) Portaria, a ser expedida pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, alteradora dos editais e instrumentos contratuais e conveniais padronizados, pertinentes às obras e serviços, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e conveniais da Administração Pública estadual, conforme proposições constantes dos anexos ao presente estudo;
- 9) As proposições conclusivas e respectivas medidas sugeridas, além de encontrarem plena conformação ao orde-

namento constitucional e infraconstitucional vigorantes no Brasil, trazem a necessária repercussão no plano da realidade, o que é fundamental para o êxito de qualquer ideia socialmente útil e relevante, como ensina Olivier Nay, citado na epígrafe deste modesto trabalho, tudo, pois, com o potencial de concretizar, de maneira efetiva e substancial, a tão almejada dignidade da pessoa humana, valor fundamental que deve ser perseguido incessantemente pela Administração Pública contemporânea, que deve ser efetivamente comprometida com valores substanciais do homem, ainda que sob o estigma do cárcere.

Estas as considerações que, na atual quadra de evolução da sociedade, do Estado e do pensamento jurídico, me pareciam oportunas.

Vila Velha, Inverno de 2009.

10 ANEXO I: Proposta de Decreto, a ser expedido pelo Exmo. Sr. Chefe do Poder Executivo estadual, concretizando a Lei de Execução Penal e disciplinando a organização e o funcionamento da Administração Pública, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e convenientes da Administração Pública estadual, pertinentes a obras e serviços

DECRETO nº XX /2009

Dá cumprimento à Lei de Execução Penal e disciplina a organização e o funcionamento da Administração Pública, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e convenientes da Administração Pública estadual, pertinentes a obras e serviços.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 91, inciso III e V, “a”, da Constituição Estadual, e,

Considerando a importância da adequada prestação dos serviços penitenciários, como forma de garantir a eficiência do Estado na gestão dos aludidos serviços;

Considerando a necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana, enquanto presidiária, concretizando o modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro;

Considerando a importância do trabalho para o presidiário, como forma de garantir o seu direito fundamental à ressocialização;

Considerando que o Estado, na formulação e na concretização das suas respectivas políticas públicas penitenciárias, além de empreender melhorias e adequações na prestação dos serviços aludidos, deve buscar alternativas consentâneas com a Constituição da República de 1988 e com as leis;

Considerando as disposições da Lei de Execução Penal, notadamente àquelas pertinentes ao trabalho dos presos;

DECRETA:

Art. 1º - Visando o regular cumprimento do contrato firmado com a Administração Pública estadual, Direta e Indireta, o CONTRATADO se obriga a efetivar a contratação de mão de obra necessária à execução da obra ou serviço advindo do sistema penitenciário estadual, no percentual de 10% (dez por cento) da mão de obra total para a execução do objeto contratual, nos termos do art. 36, da Lei nº 7.210/84.

Art. 2º - Para o cumprimento da obrigação acima mencionada, deverá o CONTRATADO, no prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato, formular pedido por escrito ao CONTRATANTE, no qual especificará a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados.

Art. 3º - No prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir do requerimento formulado pelo CONTRATADO, no qual especificará a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados, o CONTRATANTE se obriga a apresentar a relação dos trabalhadores aptos à contratação.

Art. 4º - Para o cumprimento da obrigação acima mencionada, o CONTRATANTE, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, contados do requerimento formulado pelo CONTRATADO, solicitará à SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA – SEJUS – a relação dos trabalhadores aptos à contratação, considerando a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados, devendo a SEJUS fornecer por escrito a relação solicitada, assim como as respectivas contas para os depósitos dos salários dos trabalhadores, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, a contar da solicitação, nos termos do art. 37, da Lei nº 7210/84.

Art. 5º - O atraso na formalização da contratação da mão de obra mencionada, por culpa exclusiva do CONTRATANTE, não ensejará qualquer gravame ou penalidade ao CONTRATADO. O não-cumprimento dessa obrigação, por parte do CONTRATADO, importará em rescisão do contrato firmado com a Administração Pública, com as consequências previstas na Lei nº 8.666/93 e no contrato firmado com a Administração Pública.

Art. 6º - Visando o regular cumprimento do convênio firmado com a Administração Pública estadual, Direta e Indireta, o CONVENIENTE, ao realizar o procedimento licitatório, de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a contratação da obra e/ou serviço, objeto da parceria convencional, obriga-se a prever, no edital de licitação ou instrumento convocatório, e respectivo contrato, a obrigação do contratado de efetivar a contratação de mão de obra necessária à execução da obra ou serviço advinda do sistema penitenciário estadual, no percentual de 10% (dez por cento) da mão de obra total para a execução do objeto contratual, nos termos do art. 36, da Lei nº 7.210/84.

Art. 7º - Para o cumprimento da obrigação acima mencionada, deverá o CONTRATADO, no prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato, formular pedido por escrito ao CONVENIENTE, no qual especificará a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados.

Art. 8º - No prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir do requerimento formulado pelo CONTRATADO, no qual especificará a quantidade e a aptidão necessária dos

trabalhadores a serem contratados, o CONVENENTE se obriga a apresentar a relação dos trabalhadores aptos à contratação.

Art. 9º - Visando ao cumprimento da obrigação acima mencionada, o CONVENENTE, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, contados do requerimento formulado pelo CONTRATADO, solicitará à SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA – SEJUS – a relação dos trabalhadores aptos à contratação, considerando a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados, devendo a SEJUS fornecer por escrito a relação solicitada, assim como as respectivas contas para os depósitos dos salários dos trabalhadores, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, a contar da solicitação, nos termos do art. 37, da Lei nº 7.210/84.

Art. 10 - O atraso na formalização da contratação da mão de obra mencionada, por culpa exclusiva do CONVENENTE, importará em rescisão do convênio firmado com a Administração Pública estadual, com as consequências previstas na Lei nº 8.666/93 e nas normas estaduais regentes dos convênios firmados com a Administração Pública estadual.

Art. 11 – Caberá à Procuradoria Geral do Estado adequar as redações das cláusulas a serem inseridas nos instrumentos padronizados de licitações, contratos e convênios no âmbito deste Estado às previsões referidas por este Decreto.

Art. 12 – Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação.

11 ANEXO II: Proposta de Portaria, a ser expedida pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, alteradora dos editais e instrumentos contratuais e convencionais padronizados, pertinentes às obras e serviços, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e convencionais da Administração Pública estadual

Portaria PGE nº XXX/2009

Altera os editais, instrumentos contratuais e convencionais padronizados, pertinentes às obras e serviços, para fins de ab-

sorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e convenientes da Administração Pública estadual.

O *PROCURADOR-GERAL DO ESTADO*, nos uso das atribuições conferidas pelo art. 6º da LC nº 88/96 e,

Considerando a necessidade de adequação das redações das cláusulas a serem inseridas nos instrumentos padronizados de licitações, contratos e convênios, no âmbito deste Estado, às previsões referidas pelo Decreto nº XX/2009;

Considerando que a Procuradoria Geral do Estado tem por missão institucional examinar e aprovar previamente as minutas dos editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e quaisquer outros instrumentos em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo obrigacional, oneroso ou não, qualquer que seja a denominação dada aos mesmos, celebrados por quaisquer órgãos ou entidades integrantes da Administração do Estado do Espírito Santo, inclusive seus aditamentos, nos termos do art. 3º, VII, da LC nº 88/96;

Considerando que a Procuradoria Geral do Estado tem por missão institucional estabelecer a padronização de minutas dos editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e quaisquer outros instrumentos similares, que servirão de modelo de observação obrigatória pela Administração Direta e Indireta na operacionalização dos procedimentos licitatórios, nos termos do art. 3º, par. 2º, da LC nº 88/96;

RESOLVE:

Art. 1º - As minutas padronizadas de editais e contratos da Administração Pública, Direta e Indireta, assim como dos convênios firmados com os Municípios, pertinentes às obras e serviços, em que o Estado seja repassador de recursos, passam a vigorar acrescidas das seguintes cláusulas:

DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO

Visando o regular cumprimento do contrato firmado com a Administração Pública, o CONTRATADO se obriga a efetivar a contratação de mão de obra necessária à execução da obra ou serviço advindo do sistema penitenciário estadual,

no percentual de 10% (dez por cento) da mão de obra total para a execução do objeto contratual, nos termos do art. 36, da Lei nº 7.210/84. Para tanto, deverá o CONTRATADO, no prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato, formular pedido por escrito ao CONTRATANTE, onde especificará a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados.

No prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir do requerimento formulado pelo CONTRATADO, no qual especificará a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados, o CONTRATANTE se obriga a apresentar a relação dos trabalhadores aptos à contratação.

Visando ao cumprimento da obrigação acima mencionada, o CONTRATANTE, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, contados do requerimento formulado pelo CONTRATADO, solicitará à SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA – SEJUS – a relação dos trabalhadores aptos à contratação, considerando a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados, devendo a SEJUS fornecer por escrito a relação solicitada, assim como as respectivas contas para os depósitos dos salários dos trabalhadores, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, contados da solicitação, nos termos do art. 37, da Lei nº 7.210/84.

O atraso na formalização da contratação da mão de obra mencionada, por culpa exclusiva do CONTRATANTE, não ensejará qualquer gravame ou penalidade ao CONTRATADO. O não-cumprimento dessa obrigação, por parte do CONTRATADO, importará em rescisão do contrato firmado com a Administração Pública, sem prejuízo das demais consequências previstas na Lei nº 8.666/93.

DAS OBRIGAÇÕES DO CONVENENTE

Visando ao regular cumprimento do convênio firmado com a Administração Pública estadual, o CONVENENTE, ao realizar o procedimento licitatório, de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a contratação da obra e/ou serviço, objeto da parceria convenial, se obriga a prever, no edital de licitação ou instrumento convocatório, e respectivo contrato, a obrigação do contratado de efetivar a contratação de mão de obra necessária à execução da obra ou serviço advindo do

sistema penitenciário estadual, no percentual de 10% (dez por cento) da mão de obra total para a execução do objeto contratual, nos termos do art. 36, da Lei nº 7.210/84.

Para tanto, deverá o CONTRATADO, no prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato, formular pedido por escrito ao CONVENENTE, no qual especificará a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados.

No prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir do requerimento formulado pelo CONTRATADO, no qual especificará a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados, o CONVENENTE se obriga a apresentar a relação dos trabalhadores aptos à contratação.

Visando o cumprimento da obrigação acima mencionada, o CONVENENTE, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, contados do requerimento formulado pelo CONTRATADO, solicitará à SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA – SEJUS – a relação dos trabalhadores aptos à contratação, considerando a quantidade e a aptidão necessária dos trabalhadores a serem contratados, devendo a SEJUS fornecer por escrito a relação solicitada, assim como as respectivas contas para os depósitos dos salários dos trabalhadores, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, a contar da solicitação, nos termos do art. 37, da Lei nº 7.210/84.

O atraso na formalização da contratação da mão de obra mencionada, por culpa exclusiva do CONVENENTE, importará em rescisão do convênio firmado com a Administração Pública estadual, com as consequências previstas na Lei nº 8.666/93 e nas normas estaduais regentes dos convênios firmados com a Administração Pública estadual.

Art. 2º - Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação.

1.7

A “EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE” E O NOVO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL

MARCIO MELHEM*
RUBENS CAMPANA TRISTÃO**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breves considerações acerca da defesa do executado no processo de execução. 3 A “*exceção de pré-executividade*”. 4 A sobrevivência da “*exceção de pré-executividade*” após as reformas introduzidas pelas Leis nº 11.232/05 e nº 11.382/06. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Na última década, relevantes alterações foram introduzidas no Código de Processo Civil e, quanto a este particular, não escapou à reforma o modelo previsto para o processo de execução. Nesse aspecto, têm-se as modificações introduzidas pelas Leis nº 11.232/05 e nº 11.382/06, as quais alteraram de forma substancial o rito previsto no Código para o processo executivo, notadamente no que cerne aos meios de defesa conferidos ao executado.

Em apertada síntese, estão agora as oposições do executado previstas nos artigos 475-J, 475-L, 475-M e 736 e seguintes do Código de Processo, dispondo que o demandado poderá defender-se por meio de *impugnação*, quando se tratar de execução fundada em título executivo judicial, e de *embargos*, quando for a execução lastreada em título executivo extrajudicial.¹

Tais modificações, entretanto, nada disseram a respeito de outros meios que o executado já dispunha para opor-se à execução contra ele intentada, os quais, como se observava no cotidiano forense, eram já há muito utilizados e admitidos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

** Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo. Advogado.

1 Ainda, é válido lembrar que, na forma do art. 741 do CPC, tal regra não se aplica à Fazenda Pública, vez que seus entes ainda utilizam os embargos como meio de defesa, mesmo para execuções fundadas em título executivo judicial.

Entre esses meios atípicos de oposição encontra-se o instrumento que a jurisprudência convencionou denominar de “exceção de pré-executividade”, medida utilizada pelo devedor para obstar de maneira precoce o prosseguimento de uma execução manifestamente irregular ou injusta, a qual era apresentada dentro dos próprios autos da execução e antes de ocorrida qualquer constrição no patrimônio daquele.

Contudo, como as citadas alterações legislativas simplificaram o rito das oposições típicas, muito se passou a questionar acerca da sobrevivência de referido meio atípico de defesa no processo de execução, ponto nodal que ora se pretende abordar por meio deste breve ensaio.

2 Breves considerações acerca da defesa do executado no processo de execução

Historicamente, sabe-se que o processo de execução, de origem romano-germânica, foi concebido sob o prisma da inexistência de cognição.² Era, pois, apenas método destinado à satisfação do direito já reconhecido em demanda precedente, o chamado processo de conhecimento.

A redação original dos dispositivos que tratavam do processo de execução, constantes até então exclusivamente no Livro II, do Código de Processo Civil de 1973, transpareciam um modelo de tutela executiva inspirado no antigo Direito Romano – o início da execução forçada dependida da instauração de novo processo.³

2 Para melhor compreensão dessa concepção e evolução histórica do processo de execução, consultar a brilhante obra: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Campinas: M. E., 2000.

3 “Nas origens do direito de tradição romanística, só se chegava à prestação jurisdicional executiva depois de acertado o direito do credor por meio da sentença. Esta autorizava a intromissão do credor no patrimônio do devedor, mas isto reclamava o exercício de uma nova ação – a *actio iudicati*. O exercício do direito de ação fazia-se, primeiramente, perante o *praetor* (agente detentor do *imperium*), e prosseguia em face do *iudex* (um jurista, a quem o *praetor* delegava o julgamento da controvérsia – *iudicium*). A *sententia* do *iudex* dava solução definitiva ao litígio (*res iudicata*), mas seu prolator não dispunha de poder suficiente para dar-lhe execução. Na verdade, a relação entre as partes e o *iudex* era regida por um modelo contratual, pois entendia-se que, ao ser nomeado o delegado do *praetor*, os litigantes se comprometiam a se submeter à sua *sententia* (parecer). Esse sistema judiciário era dominado por uma configuração privatística, inspirada em verdadeiro negócio jurídico. Falava-se, portanto, na Roma antiga, numa *ordo iudiciorum privatorum*, ou seja, numa ordem judiciária privada. Dentro desse prisma, somente por meio de outra ação se tornava possível obter a tutela da autoridade pública (*imperium*) para levar a cabo a execução do crédito reconhecido pelo *iudex*, quando o devedor não se dispunha a realizá-lo voluntariamente. Daí a existência da *actio iudicati*, por meio da qual se alcançava a via executiva.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 289-290).

A ciência jurídica fazia plena distinção entre os meios de tutela, em que a atividade exercida no processo de conhecimento tinha por objetivo revelar uma regra concreta posta em juízo, enquanto que a atividade executiva visava externar esse comando no mundo fático. Nessa perspectiva, não era permitido ao magistrado o exercício de atividade cognitiva no processo de execução, fato este que acabava por reservar ao devedor uma posição de sujeição em relação ao credor no citado procedimento.

Este, para impugnar a execução contra si intentada, teria de buscar outros meios, jamais podendo realizá-la dentro daquele processo executivo já em curso.

O direito processual brasileiro, notadamente influenciado e, porque não dizer, derivado da citada cultura jurídica, não deixou seu procedimento executivo escapar a tal modelo teórico.⁴ Da forma como fora concebido, não se reconhecia ao demandado, dentro do processo de execução, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Como salienta Marcelo Abelha Rodrigues:

Por razões de opção legislativa, que visava a privilegiar a eficácia abstrata do título executivo, adotou-se como técnica processual a regra de que a cadeia de atos de execução seria uniforme, constante e retilínea, evitando que durante o seu percurso o demandado pudesse defender-se (contraditório) com o mesmo dinamismo e dialeticidade que marcam e caracterizam a tutela justamente para permitir essa modalidade de tutela. Mas aí ficava a pergunta: como deveria o executado defender-se contra a injustiça ou irregularidade da execução, ou seja, como poderia o executado obstar, impedir, ou simplesmente retardar a entrega da tutela jurisdicional executiva se, por opção de técnica legislativa, o procedimento executivo não seria afeto ou propício às discussões e de-

4 "O Código de Processo Civil, desde sua entrada em vigor, adotava um modelo teórico que, como é notório, se baseava nas lições do eminente processualista italiano Enrico Tullio Liebman. Segundo esse autor, cognição e execução, atividades jurisdicionais ontologicamente distintas, deveriam ser desenvolvidas em processos distintos. Assim, haveria um processo de conhecimento, dirigido à produção da sentença e, sendo esta condenatória, haveria um segundo processo, autônomo em relação ao primeiro, destinado à execução do comando contido naquele provimento jurisdicional." (CÂMARA, Alexandre Freitas. A execução contra a Fazenda Pública e a Lei 11.232/05. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Juspodvim, 2007. p. 33)

bates que envolvessem a dialeticidade de uma atividade cognitiva?.⁵

Nessa seara, para que fosse possível exercer sua defesa em juízo, o executado tinha de promover uma nova ação, de caráter cognitivo.⁶ Assim, previa o Código apenas o caminho da *ação de embargos à execução*⁷ como único meio de defesa para o executado se opor à demanda executiva, independentemente do título em que se fundava.

Sobremaneira, o procedimento previsto era sabidamente prejudicial ao devedor, como bem resume Leonardo José Carneiro da Cunha:

Independentemente de estar fundada em título judicial ou em título extrajudicial, a execução submetia-se ao mesmo procedimento: o executado era citado para, em vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora, daí se seguindo as medidas executivas destinadas à expropriação, com prioridade para a arrematação em hasta pública.⁸

Não obstante, as matérias alegáveis dependiam da espécie do título que fundamentava a execução. Segundo a antiga reda-

5 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 519-520.

6 "No regime anterior a defesa do executado era apresentada através do ajuizamento de uma demanda cognitiva autônoma, chamada de embargos do executado (modelo que continua válido para as execuções fundadas em título extrajudicial). Isto era assim porque ao apresentar sua defesa o executado provocava o exercício, pelo órgão jurisdicional, de atividade cognitiva, o que – segundo o modelo teórico então adotado – não poderia se dar em um processo de execução. Instaurava-se, então, outro processo, de conhecimento, a que se dava – na tradição do direito brasileiro – o nome de embargos." (CÂMARA, Alexandre Freitas. A execução contra a Fazenda Pública e a Lei 11.232/05. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Juspodvím, 2007. p. 36)

7 A melhor Doutrina pacificou o entendimento de que esses Embargos possuíam verdadeira natureza de ação, oposta de forma incidental à execução. Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. Campinas: M.E., 2000. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v.11, p. 4; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 84; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1079; É válida, nesse mister, a transcrição da ressalva feita por Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar que "embora a técnica processual configure os embargos como uma ação, ou como um processo em si mesmo (não mero incidente do processo executivo), nem por isso eles deixam de ser um meio de defesa do executado. Quem embarga a execução está a resistir a ela, ou seja, a defender-se, no exercício das faculdades inerentes ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente assegurados. Opor embargos a uma execução não significa vir a juízo espontaneamente buscar um bem da vida negado por outrem, mas resistir à pretensão de alguém que pretende haver um bem da vida à custa do patrimônio do embargante. Isso é defender-se." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 639).

8 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As mudanças no processo de execução e seus reflexos na execução fiscal. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Juspodvím, 2007. p. 265.

ção do art. 741, do CPC, conferida ainda pela Lei nº 8.953/94, na execução fundada em título executivo judicial, os embargos apenas poderiam versar sobre falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação correu à revelia; inexigibilidade do título; ilegitimidade das partes; cumulação indevida de execuções; excesso de execução ou nulidade desta até a penhora; qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença; e incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Já no que cerne à execução fundada em título executivo extrajudicial, segundo a anterior redação prevista pelo art. 745, do CPC, além das citadas matérias do art. 741, poderia o devedor suscitar qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Todavia, com o passar do tempo, verificou-se que tanto o procedimento previsto como o rol de matérias alegáveis não propiciavam ao executado o exercício de seu amplo direito de defesa, constitucionalmente garantido.⁹ Isto porque, como visto, para manejar tal ação, aquele teria de oferecer bens à penhora ou depositar a coisa perquirida pelo credor, ou seja, teria de efetuar modificações físicas no estado de seu patrimônio, hábeis a promover a denominada segurança do juízo.¹⁰

Mais do que isso, durante o lapso temporal transcorrido da oposição até o conhecimento dos Embargos poderiam ocorrer novos atos constitutivos em face do devedor. Também por este

9 "Ter ampla defesa, não é, evidentemente, possuir uma possibilidade de defesa que supere o limite da dimensão de participação que se deve dar ao réu para que ele possa efetivamente influir sobre o juízo e evitar que a sua esfera jurídica seja invadida de forma não adequada ou necessária. Por ampla defesa se deve entender o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor à pretensão de tutela do direito (à sentença de procedência) e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso.". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.316).

10 "A expressão 'segurança do juízo' pode ser vista sob duas diferentes faces. Visto pela ótica do exequente, o instituto nada mais é do que a efetivação de ato preparatório da execução, ou seja, penhora ou depósito do bem, que lhe traz segurança de que a execução tem grandes possibilidades de satisfazê-lo (frutífera). Essa efetivação tanto poderia ser feita por ato espontâneo do executado como por ato coativo do Estado. Todavia, sob a ótica do executado, a segurança do juízo sempre foi vista ora como certeza de que não sofreria constrição maior do que a penhora ou o depósito, ora como um requisito necessário à interposição da ação de embargos do executado, como pode ser lido no texto revogado nos incisos do art. 737 do CPC.". (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 553-554).

aspecto, apenas o meio de defesa típico dos embargos não se demonstrava apto e suficiente para evitar danos causados por execuções intentadas de forma irregular ou até mesmo ilegal.

Somado a tal constatação, paulatinamente, doutrina e jurisprudência foram concebendo o entendimento de que as funções jurisdicionais reconhecidas (conhecimento, execução e cautelar) não eram estáticas dentro do processo¹¹, o que possibilitaria ao magistrado exercer certa atividade cognitiva no procedimento executivo.

A situação também propiciava ao executado exercer o contraditório e a ampla defesa dentro da execução já instaurada, ainda que por meios atípicos. Como bem asseveram os professores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

O fato do CPC 736 prever que o devedor pode opor-se na execução por meio de embargos não significa que não possa valer-se de outros meios de defesa, além dos embargos, quando isso for possível pelo sistema processual, como, por exemplo, quando o credor for parte ilegítima para ajuizar execução. Neste caso pode opor objeção de executividade, pois na matéria, atinente às condições da ação, como a legitimidade das partes, o juiz deve conhecer ex-officio, independentemente de alegação da parte (CPC 267, VI, e § 3º). Se o juiz deve conhecê-la por que o devedor não poderia alegá-la, antes de seguro o juízo? Há outros casos, ainda, em que o não cabimento ou ilegalidade da ação de execução são flagrantes, de sorte que não se nos afigura justo invadir o patrimônio do devedor para que, somente depois disso, possa ele valer-se do contraditório e defender-se.¹²

No mesmo diapasão, a lição de Sérgio Seiji Shimura, que fundado numa análise sistemática do direito processual brasileiro, reconhecia como perfeitamente possível o reconhecimen-

11 "Limitar as funções da jurisdição àquelas estruturas concebidas pelo CPC "prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações", assertoa Pontes de Miranda. Tão artificial se afigura a divisão triconômica dos "processos", e postiga a pureza funcional dessas estruturas, que acaba sem explicações, e insatisfatoriamente compreendido o motivo por que há cognição no "processo" executivo ou cautelar, e por qual insondável motivo atos executórios ocorrem no "processo" de conhecimento.". (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73).

12 NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*: atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1050.

to e oferecimento de defesas antes da realização da penhora, notadamente quando se tratasse de matérias cognoscíveis de ofício pelo magistrado ou de matérias que não necessitavam de dilação probatória para a sua comprovação.¹³

Assim, sob o pálio de tais premissas, surgem outros meios para que o devedor pudesse se opor à Execução contra ele intentada.¹⁴ E, neste mister, um dos mais relevantes é o instrumento denominado (ainda que de forma equivocada) de “*exceção de pré-executividade*”.

3 A “exceção de pré-executividade”

Historicamente, sabe-se que foi o grande doutrinador Pontes de Miranda quem introduziu a denominada “*exceção de pré-executividade*” no ordenamento processual civil brasileiro, trazendo um conceito e procedimento para tal modalidade endoprocessual de defesa prévia do executado no Parecer nº 95, elaborado em 30 de julho de 1966, a pedido da Companhia Siderúrgica Mannesmann.

Em síntese, estava a empresa sendo executada com base em títulos extrajudiciais, nos quais constavam assinaturas falsas de um de seus diretores, fatos estes que poderiam acarretar a paralisação de suas atividades e até mesmo a decretação de sua falência. Diante da situação fática apresentada, reconheceu o notável jurista a possibilidade de apresentação de defesa no interior do próprio processo de execução, ou seja, independentemente de penhora. Serviria o instituto, portanto, para bloquear o procedimento de uma execução anormal fundada em título inexistente.¹⁵

13 SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 70-71.

14 Entre estes meios heterotópicos de defesa, poderia o devedor, na tentativa de obstar o prosseguimento da execução, interpor ações autônomas, de caráter cognitivo, em processos apartados dos autos da execução. Entre tais ações, podemos citar: ação de *querela nullitatis insanabilis*, por meio da qual busca-se a declaração de inexistência da relação processual que deu origem ao título executivo judicial, em decorrência da falta de citação; ação declaratória, que tem por objetivo declarar a inexistência da relação jurídica de direito material que dá suporte ao título executivo extrajudicial; a ação desconstitutiva, que tem por escopo anular o título executivo, seja judicial ou extrajudicial; e a ação rescisória, com fundamento nas hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil, capaz de anular tanto a execução fundada em título judicial quanto extrajudicial.

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez anos de pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Entretanto, cabe ressaltar que convencionou a Jurisprudência em denominar o novel instituto de *exceção de pré-executividade*, não obstante as discussões doutrinárias quanto ao *nomen iuris* mais adequado para este tipo de defesa.¹⁶

De toda a sorte, possibilitou-se ao executado suscitar, dentro do próprio processo de execução, questões aptas a extingui-lo em sua raiz.¹⁷ A grande vantagem da utilização da *exceção* residia no fato de que o instituto era capaz de eliminar a ação de execução, sem apreciação de mérito, antes de haver segurança do juízo e sem a necessidade de propositura de uma nova demanda cognitiva. Argumentava-se, também, que o instituto acabava por se tornar uma extensão do art. 620 do Código de Processo Civil, segundo o qual a execução deve correr de forma menos onerosa para o devedor.

16 Apesar de haver-se convencionado na prática forense denominar o instituto em apreço de *exceção de pré-executividade*, seguindo o posicionamento do renomado doutrinador Pontes de Miranda, vários doutrinadores de escol se opuseram à tal denominação. Sob esse prisma, José Carlos Barbosa Moreira considera o termo erroneamente empregado, visto que não possui sentido lógico nem gramatical. Para maiores considerações, consultar: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 199-121. Nessa toada, alguns autores propõem uma nomenclatura genérica para o instituto: "De nossa parte, propomos, então – e passaremos a dela usar nesses comentários –, a denominação genérica de defesa intraprocessual, que pode ser considerada simples e abrangente, não traduzindo senão a ideia de que se trata de qualquer meio de defesa do executado, exercido no próprio processo de execução, contra a própria ação executiva." (ASSIS, Araken de; MALACHINI, Edson Ribas. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 188-189).

17 Segundo Humberto Theodoro Júnior: "Entre os casos que podem ser cogitados na exceção de preexecutividade figuram todos aqueles que impedem a configuração do título executivo ou que o privam da força executiva, como por exemplo, as questões ligadas à falta de liquidez ou exibibilidade da obrigação, ou ainda à inadequação do meio escolhido para obter a tutela jurisdicional executiva. É uma questão de lógica e bom senso. Se o processo de execução somente pode ter curso dentro da fiel observância de suas condições legais, evidente é que não pode o juiz condicionar a objeção pertinente a estas preliminares à realização dos atos executivos." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 284). Na mesma esteira, Alexandre de Freitas Câmara afirma que "Os atos executivos, todavia, só podem ser praticados quando estão presentes os requisitos de admissibilidade da execução forçada. Soa, no mínimo, como um contra-senso exigir que o demandado se submeta a um ato executivo para poder afirmar que aquele ato não poderia ser praticado". (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 442). Não é diferente o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier: "Sejam reputados condições da ação ou pressupostos do processo de execução, o essencial é que a falta de qualquer desses requisitos é questão de ordem pública, a ser examinada de ofício pelo juiz (independentemente de provocação pelo executado), a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art. 598 c/c os arts. 267, §3º, e 301, § 4º)". (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.2, p. 67). Em suma, justifica-se o cabimento da medida: "na faculdade atribuída ao devedor de submeter ao conhecimento do juízo, nos próprios atos de execução e independentemente de penhora ou embargos, em qualquer fase de procedimento, determinadas matérias suscetíveis de apreciação de ofício ou relativas à nulidade do título executivo, que desponte evidente e flagrante." (FANTONI JÚNIOR, Neyton. *Exceção de pré-executividade: limites e possibilidades*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Rio de Janeiro, n. 8, p.18, nov./dez. 2000.).

A jurisprudência, atendendo aos reclames da doutrina, passou também a reconhecer o manejo do instituto dentro do próprio processo de execução, mesmo que inexistente base legal específica para tanto.¹⁸

Entrementes, com o advento das reformas legislativas iniciadas em 2005, que alteraram substancialmente o processo de execução civil brasileiro, passou-se a discutir no âmbito jurídico a possibilidade de se continuar manejando a *exceção de pré-executividade*.

4 A sobrevivência da exceção de pré-executividade após as reformas introduzidas pelas Leis nº 11.232/05 e nº 11.382/06

A grande questão que se impõe é saber se a exceção de pré-executividade sobrevive em face das recentes reformas introduzidas no procedimento executivo previsto no diploma processual civil.

Com a vigência das Leis nº 11.232/05 e nº 11.382/06 ocorreram significativas mudanças nos meios de defesa típicos conferidos ao demandado no processo de execução. Como já salientado alhures, ressalvado o caso especial da Fazenda Pública, contra a qual sempre se oporá à execução por meio de embargos à execução, poderá o executado defender-se por meio de *impugnação*¹⁹, quando se tratar de execução fundada em título

18 Não obstante, o professor Edson Ribas Malachini defende que o instituto possui *sedes materiae* no art. 303, II e III c/c o art. 598, ambos do CPC, reforçando-se também num fundamento constitucional. (MALACHINI, Edson Ribas. A defesa intraprocessual no processo de execução "exceção de pré-executividade". In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 309-310).

19 Em suma, o Código de Processo Civil, diante da nova redação conferida pela Lei nº 11.232, de 2005, prevê no art. 475-J que 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. Desse auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. Já o rol de matérias alegáveis pelo executado nessa impugnação encontra-se descrito no art. 475-L, restando ao art. 475-M dizer que a impugnação, em regra, não terá efeito suspensivo, podendo, todavia, tal atribuição ser conferida pelo juiz diante da presença dos requisitos previsto na mesma norma.

executivo judicial, e de *embargos*²⁰, quando for a execução lastreada em título executivo extrajudicial.

O que se pode observar agora são duas situações distintas: quando o executado tiver que se defender por meio de impugnação, isto se dará nos mesmos autos do processo de execução, contudo, somente após segurança do juízo. E, quando tiver que se defender por meio de embargos, poderá fazê-lo antes de realizar a segurança do juízo, porém em autos apartados.

Dessa forma, considerando-se que uma das principais funções da *exceção de pré-executividade* é possibilitar o exercício de direito de defesa do devedor no próprio processo de execução e antes de ocorrida a penhora, poder-se-ia afirmar que o instrumento perdera sua força e utilidade, diante da nova sistemática conferida.

Poderia ser sustentado, também, que o instrumento atípico seria, agora, apenas um artifício do devedor recalcitrante para procrastinar os efeitos práticos da execução contra ele movida.²¹

Tais premissas, contudo, não são capazes de confirmar as hipóteses que visam justificar. Verificar-se-á que a exceção de pré-executividade, da maneira como foi concebida pela doutrina e jurisprudência, ainda possui a sua utilidade.

Como é cediço, há muito buscam os legisladores imprimir maior efetividade²² ao processo de execução no intuito de, como já ensinara a doutrina²³, proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter. To-

20 Ante a nova redação conferida pela Lei nº 11.382, de 2006, prevê o Código em seu art. 736 que o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. Todo o procedimento dos embargos, bem como a possibilidade de concessão de efeito suspensivo, estão descritos nos artigos subsequentes, até o parágrafo único do art. 740.

21 Na própria exposição de motivos da proposta da Lei 11.382/06 colhe-se que: "nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado – que não mais dependerá da segurança do juízo, far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem postos nos quinze dias subsequentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) Exceção de Pré-executividade, de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa no andamento das execuções." (Lei nº 11.382, de 6.12.2006, alterando, entre outros, o artigo 736, do CPC.).

22 Há muito já asseverava o Professor Araken de Assis que das três funções reconhecidas da atividade jurisdicional – cognição, execução e cautelar –, não há menor dúvida de que a executiva, voltada à realização forçada de direitos, reconhecidos ou não em sentenças, ostenta a maior importância. É que, na sociedade de massas, a principal aspiração do cidadão respeita à efetividade dos seus direitos, e disto se ocupa a execução. (ASSIS, Araken de. Reforma do processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, p. 9, jan./mar. 1996).

23 "Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire". (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.).

davia, não se pode admitir, como ressaltado, que esta busca seja levada às últimas consequências, sem observar os dogmas constitucionais.²⁴

Cabe frisar, aliás, que não se visa discutir neste breve ensaio a constatação de Marinoni, no sentido de que *“quanto maior a duração do processo mais ele se presta a prejudicar o autor que tem razão e premiar o réu que não a tem.”*²⁵ Ou, de mesma forma, objetar os preciosos ensinamentos de Ovídio Baptista, quando assevera que:

O ‘devido processo legal’ é um privilégio processual reconhecido apenas ao demandado? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo igualmente ‘devido’, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas teórica – de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um ‘devido processo legal’, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o ‘devido processo legal’ com ‘plenitude de defesa’?²⁶

O que se tem a pretensão de afirmar neste singelo trabalho é que a resolução para o problema reside no equilíbrio da condução do processo de execução.²⁷ Indubitavelmente, observa-se

24 “O desejo de atribuir maior efetividade à execução não pode ser causa de menosprezo à igualdade das partes e ao devido processo. Seja no caso das execuções que ocorrem extrajudicialmente, seja no das que acontecem no processo judicial, os litigantes não pode ser privados das garantias que a constituição outorga. Não se alcança a efetividade do processo com o sacrifício de direitos”. (ARAGÃO, E. D. Moniz de. Efetividade do processo de execução. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.18, n. 72, p. 21, out./dez. 1993).

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 208-210.

26 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.118.

27 Acerca desse equilíbrio, necessária a lição de Barbosa Moreira: “De um lado, porém, não deve a execução ter curso, se o crédito atribuído ao exequente no título porventura não subsiste; e, de outro, fica a sua realização, em qualquer caso, sujeita a minuciosa disciplina, da qual não há de se afastar. Cuida o ordenamento de dispensar ao executado a proteção imprescindível, resguardando o seu legítimo interesse de não se submeter à atividade executiva, quando tenha deixado de haver razão para que ela se desenvolva, ou quando o seu desenvolvimento porventura transborde os estritos limites em que deve conter-se. É natural que se abra ao executado, em semelhantes hipóteses, o ensino de impugnar a execução; não propriamente defendendo-se, mas contra-atacando, com o fito de tirar eficácia ao título, e portanto deter a atividade executiva, desfazendo a que já se houve realizado ou, pelo menos, reduzi-la às justas proporções.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 2, p. 352.).

que o legislador não logrou prever uma técnica de defesa ágil, barata e apta a solucionar “*as situações de evidente irregularidade de tutela executiva, que não ensejem uma dilação probatória e que permitam uma decisão judicial imediata*”.²⁸

Como sabido, a ação de embargos possui um custo elevado e também pode acarretar situações de gravame em face do executado, devido ao seu procedimento. Já a impugnação depende, como já dito, de garantia prévia do juízo. Soma-se a isso o fato de que citadas modalidades típicas de defesa não possuem efeito suspensivo *ope legis*, o que pode dar azo à ocorrência de situações prejudiciais ao executado para o caso de execuções infundadas.

Sob essa óptica, não admitir que o executado oponha-se à execução por meio de uma defesa endoprocessual antes de realizada qualquer constrição em seu patrimônio, seja qual for a espécie de título em que se baseia, possibilitando o prosseguimento de uma execução nula, é o mesmo que conferir extremo rigor à norma, posicionamento não mais albergado pela novel realidade processual.²⁹

Sobremaneira, não se pode olvidar que a *exceção de pré-executividade* ainda serve como meio de garantir aos litigantes o amplo acesso à justiça, de forma célere e, muitas vezes, eficaz no combate de atos violadores das garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Mormente diante da nova visão conferida a tais princípios pela atual ciência proces-

28 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 529.

29 Sobre essa mudança de paradigma, explica o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “no transcurso do século XX, outros valores passaram a influenciar a conformação da garantia, especialmente a necessidade de um maior ativismo judicial, a ânsia de efetividade – a exigir mais do que a simples proclamação formal das garantias processuais – e a revitalização do caráter problemático do direito. Realmente, a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avanços – dos sistemas legais de nosso século. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar a tradicionais liberdades “individuais” – incluindo aquelas de natureza processual – com direitos e garantias de caráter “social”, que em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos como também assegurar uma real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual. Tal modo de ver reflete-se, indiscutivelmente, no alcance do princípio do contraditório, pois obra com que este ultrapasse o momento inicial de contraposição à demanda e comece a constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo. Determina, assim, uma mudança de sentido, que de modo nenhum pode ser ignorada, instando a que o princípio deixe de ser meramente formal, no intuito de atender aos standards necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não essencial.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 20, 1998.).

sual civil.³⁰ Sob esse novo panorama, a argumentação jurídica, por meio da promoção do diálogo entre os atores do processo (sob o viés da cooperação), passa a integrar todo o procedimento. Nesse sentido, Hermes Zaneti Junior:

Nesse novo modelo constitucional do processo civil, o contraditório se revela 'valor-fonte' do direito processual democrático. As características e particularidades desse contraditório renovado apresentam-se como: a participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória do mesmo; a simétrica paridade da sua posição frente ao iter procedimental (posição de cooperação e lealdade com os demais 'atores' processuais); a relevância da participação das partes para o autor do provimento (nos processos jurisdicionais: o Estado-Juiz), de modo que cada um dos contraditores possa exercer um conjunto de escolhas, de reações e de controles, e deva considerar as reações dos outros. Dessarte, o autor do ato deve ter presente os resultados dessas condutas e submeter qualquer inovação relevante ao crivo desse controle. Daí sobressai um identificável conteúdo sintético do novo contraditório como: direito de influência e dever de debate.³¹

Sobre o tema, Cássio Scarpinella Bueno assevera que o plano técnico do processo deriva da Constituição, sendo seu reflexo e forma de concretização e realização. Ressalta, porém, que tal constatação não pode levar à conclusão de que o processo cumpre seu papel pela mera circunstância de bem cumprir as formas que a Constituição lhe impõe, pois não pode ser esquecido que o processo não vale por si próprio e que sua finalidade ainda é aplicar o direito material corretamente, informado pelos valores que a própria Constituição prevê expressamente. É nesse sentido, conclui o doutrinador,

30 "Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório antes de decidir. Eis o dever de consultar. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia" (DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n.127, p.77, set. 2005).

31 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 266-267.

que se deve entender a já clássica afirmação de que o processo é mero instrumento do direito material; que ele não é meio, mas fim.³²

No mesmo sentido, arremata Cleanto Guimarães Siqueira:

Para o processo, as garantias constitucionais cumprem o mister de conduzir o pensamento do usuário (seja enquanto sujeito dos interesses, juiz, advogado ou auxiliar da justiça), na direção de uma constante preocupação em adequar seus instrumentos a essa nova finalidade: fazer do processo um instrumento para a realização do elenco de garantias constitucionais. Posiciono-me na direção de uma radical mudança de perspectiva: o conteúdo dos dispositivos da Constituição de 1988, referentes ao processo, não se presta à definição das garantias constitucionais *do* processo. Na verdade, dos ditames do Código Maior, referentes ao cidadão e à coletividade organizada, alguns deles são reservados para encontrar o seu habitat natural em uma dada relação processual. Não se trata, pois, de cercar o processo de um sem-número de garantias esculpidas na Constituição; ao contrário, estarão o processo e seus usuários a serviço daquelas mesmas garantias, devendo ser manuseado com a lembrança de que, *nele e através dele*, serão concretizadas algumas das mais importantes conquistas do cidadão e da coletividade. Prefiro, assim, me referir às garantias constitucionais feitas efetivas no processo.³³

Como obtempera Dinamarco, *“embora destinado a produzir resultados práticos e não julgamentos, nem por isso o processo executivo é um conjunto de atividades cegas ou regidas por um automatismo irracional, sem qualquer controle de justiça ou regularidade.”*³⁴

Desta feita, possibilitar uma maior cognição dentro do procedimento executivo passa a ser, mais do que uma realidade,

32 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44-45.

33 SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 20.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 711.

uma necessidade.³⁵ Não se deve aceitar apenas uma visão estritamente pragmática e instrumentalista³⁶, ainda mais no âmbito do processo de execução, que se demonstra capaz de afetar de forma prática e significativa o patrimônio do executado.³⁷ Partindo-se dessas premissas, obviamente, deve-se concluir que o incidente, se utilizado de forma eficaz, acaba por se tornar verdadeira extensão do princípio da menor onerosidade.³⁸

Assim, inadmitir tal mecanismo de defesa sob a alegação de ser um entrave ao andamento normal do processo ou um modo de procrastinar o feito são argumentos que não possuem veracidade absoluta. Decerto, caberá ao magistrado, no exercício da função cognitiva dentro da execução, verificar e decidir,

-
- 35 "Explica-se o ponto, contudo, de maneira assaz singela. Toda demanda exige cognição do órgão jurisdicional. Ele conhecerá do próprio processo, em primeiro lugar, e também do *thema decidendum* trazido pelo demandante, ainda quando se limite a emitir comando transitório e emergencial (função cautelar), ou a atuar o comando definitivo (função executiva)." (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 74); "O que se tem atualmente, portanto, é a reunião das duas atividades jurisdicionais tradicionalmente reconhecidas pela doutrina, cognição e execução, em um só processo, ainda que em duas fases distintas" (CÂMARA, Alexandre Freitas. A execução contra a Fazenda Pública e a Lei 11.232/05. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Juspodvim, 2007. p.35); "O juiz é seguidamente chamado, na realidade, a proferir juízos de valor no processo de execução, seja acerca dos pressupostos processuais, condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos levados ou a levar a efeito." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 1197).
- 36 "Hoje, a instrumentalidade técnica do processo requer mais do que a garantia de participação das partes. Requer que essa participação se dê em contraditório, com igualdade de oportunidades, e que dela resulte essa consequência cujo alcance necessita ser apreendido em toda sua extensão, que é a participação dos destinatários da sentença em sua própria formação. Entre uma decisão "justa", tomada autoritariamente, e uma decisão "justa", construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se cre que a dignidade humana se realiza através da liberdade." (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 472)
- 37 "A penhora é um gravíssimo ato de constrição judicial, que, ao concentrar a responsabilidade patrimonial sobre determinado bem e assim afetá-lo à satisfação do crédito, exclui a posse do devedor sobre ele e predispõe as coisas para que, mediante a alienação em hasta pública, no futuro o próprio domínio seja perdido. Embora em si mesma não altere o direito de propriedade do bem, obviamente a penhora dificulta sobremaneira a sua alienação, na realidade do mercado, reduz-lhe brutalmente o preço." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 1199-1200).
- 38 Não se pode esquecer da equalização que se deve fazer entre os princípios previstos na norma do art. 620 com o art. 612 do CPC, ou seja, que o processo executivo se desenvolve nos interesses do credor. Por esse raciocínio, o que se pretende afirmar é que não pode o devedor contumaz, valendo-se do princípio da menor onerosidade, utilizar a exceção de pré-executividade para enganar o exequente, fazendo do processo de execução um balcão de negócios. Na mesma linha, válidas as ponderações de Sérgio Shimura: "Desde logo, imperioso deixar claro que o princípio em estudo, aliás, como outro qualquer, jamais pode servir de pretexto para encobrir ilegalidades, para proteger o devedor inescrupuloso, que se vale do processo para ludibriar o credor em sua boa-fé ou postergar irregularmente o cumprimento de sua obrigação. Menor onerosidade não significa abrigo para chicanice, muito menos desculpa para incidentes infundados ou protelatórios, vez que tal princípio há de estar atrelado à boa-fé e lealdade processual, como exposto anteriormente. A previsão do princípio da menor gravosidade se deve a razões humanitárias, de equidade, em respeito a valores fundamentais do ser humano, como a vida, a saúde e moradia, evitando o abuso ou o mero capricho do credor." (SHIMURA, Sérgio. O princípio da menor gravosidade ao executado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007. v. 2, p. 542).

fundamentadamente, acerca do cabimento, no caso concreto, da objeção proposta. Nesse mister, orienta o mestre Marinoni:

“A ampliação do poder de execução do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui, como contrapartida, a necessidade de que o controle da atividade executiva seja feita pela regra hermenêutica da proporcionalidade e pelo seu indispensável complemento, a justificação judicial. Em outros termos: pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por conseqüência, a justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.”³⁹

Como bem conclui o processualista capixaba Cleanto Guimarães Siqueira, *“a defesa, como garantia constitucional, não pode sofrer limitações pela técnica do processo.”*⁴⁰. Dinamarco vai além e afirma que a consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes (due process of law), manda que elas não sejam tratadas como fins em si mesmas, senão como instrumentos a serviço de um fim. Saliencia, ainda, que cada ato processual tem um fim, ou escopo específico, e todos eles em conjunto têm o escopo de produzir uma tutela jurisdicional justa, mediante um processo seguro.⁴¹

39 MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do Poder Executivo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.30, n.127, p.73-74, set. 2005. Na mesma linha, o pensamento de Dinamarco: “Mas é dever do jurista, e principalmente do juiz a busca de um equilíbrio razoável e constitucionalmente legítimo entre a abertura para esses meios defensivos em prol do executado e o empenho em não permitir que eles sirvam de instrumento a manipulações e manobras mal-intencionadas. Sabido que o grande drama da execução no sistema da atuação dos direitos é a demora na produção dos resultados desejados, a empolgação pelas novidades defensivas cultuadas na atualidade não deve ir ao ponto de enfraquecer a tutela jurisdicional devida àqueles que realmente tenham um direito transgredido pelo mau pagador.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 711).

Vai além, ainda, a lição do mestre Ovídio Baptista: “Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de ‘modernização’ de nosso processo civil, todas elas, como já o dissemos, serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária; sem uma profunda e corajosa revisão de nosso paradigma, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões.” (SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 10.).

40 SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 267.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 596.

Ante tais premissas, considerando-se a finalidade primordial a que se propõe o processo, como realização da justiça⁴², não se pode olvidar que o instituto em análise configura-se em importante instrumento para o exercício das garantias constitucionais do processo, pois, como visto, se utilizado de forma plausível, é extremamente útil para impugnar atos executivos ocorridos até mesmo após a apresentação da impugnação e/ou Embargos, tais como, nulidades de penhora e irregularidades nos atos posteriores ou, ainda, para alertar o juízo a respeito de matéria cognoscível *ex officio* que não foi suscitada.

A jurisprudência, apesar de alguns posicionamentos contrários, valendo-se das premissas acima expostas, vem admitindo, mesmo após as reformas, a utilização desse meio de defesa pelo executado, desde que sua oposição não importe em dilação probatória no processo executivo. Nesse diapasão, os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS. MATÉRIA DE DEFESA. PRESCRIÇÃO. DISPENSA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. “EXCEÇÃO” DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a “exceção” de pré-executividade, como defesa excepcional, que não tem o condão de substituir os embargos, ação própria para o executado formular sua impugnação, desde que não haja necessidade de dilação probatória. Precedente da Corte Especial (ERESP 388.000/RS). 3. Recurso Especial não provido.⁴³

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MAJO-

42 Nesse diapasão, o Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma categoricamente que “o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria. Processualmente, visa-se a atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à idéia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n.137, jul. 2006).

43 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.041.004. Proc. 2008/0059687-8/RS. Relatora: Min^a Eliana Calmon Alves. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da Publicação/Fonte: DJ 01/07/2009.

RAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO OFERECIMENTO DE EMBARGOS. REALIZAÇÃO DE PENHORA E LEILÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA A QUO. 1. A exceção de pré-executividade é passível de dedução, ainda que esgotado o prazo para a oposição de embargos à execução, quando a alegação do executado pertine a vício do processo de execução ou do título executivo relativo à matéria cognoscível ex officio pelo julgador. 2. Isto porque, não se encontrando findo o processo de execução, é lícito ao executado argüir nulidades de natureza absoluta, que porventura maculem o respectivo título exequendo, posto configurarem matéria de ordem pública, não se operando sobre elas a preclusão (Precedentes: RESP 419376/MS, DJ 19.08.2002; RESP 220100/RJ, DJ 25.10.1999; RESP 160107/ES, DJ 03.05.1999). 3. A interposição do Recurso Especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à sua admissão, atraindo a incidência dos Enunciados N° 282 e 356 das Súmulas do STF. 4. Precedentes desta Corte: RESP 754145/PR, Desta Relatoria, publicado em 01/09/2005; AGA 438802/RS, Min. Rel. José DELGADO, DJ: 19/08/2002; AGA 401958/MG, Min. Rel. GILSON Dipp, DJ: 04/02/2002. 5. Descabe o Recurso Especial quanto à suposta violação a dispositivos da Constituição Federal. 6. Recurso Especial provido, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para análise da exceção de pré-executividade.⁴⁴

Seguindo a mesma linha, observa-se também que no âmbito do Tribunal de Justiça do nosso Estado o entendimento sobre o cabimento da exceção de pré-executividade não tem se demonstrado diferente, como se pode inferir dos seguintes Arestos:

44 Superior Tribunal de Justiça. REsp 888.676. Proc. 2006/0209120-0/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da Publicação/Fonte: DJ 18/06/2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - DECISÃO DENEGANDO A OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTORIEDADE - MATÉRIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. O Colendo STJ consolidou entendimento no sentido de que "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória". AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.⁴⁵

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1) Exceção de pré-executividade só é cabível quando as questões suscitadas não dependem de prova. 2) Dependendo de dilação probatória, a matéria deverá ser debatida em embargos à execução e não em exceção de pré-executividade, uma vez que esta não comporta dilação probatória ampla, devendo o fato ser provado de plano 3) Negado provimento ao recurso.⁴⁶

Tais constatações vêm também a demonstrar que, apesar dos argumentos sustentados em contrário, a exceção de pré-executividade, mesmo após as reformas, ainda possui relevância para o procedimento executivo.

5 Conclusão

A nova realidade evidenciada pelo Estado Democrático de Direito não permite a prevalência de uma visão meramente formalista do processo como ordenador e disciplinador das atividades exercidas em juízo.

45 Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 35099002335. Relator: Ronaldo Gonçalves de Souza. Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Data de Publicação/Fonte: DJES 02/12/2009.

46 Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 030059001187. Relator: Des. Alinaldo Faria de Souza. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Data de Publicação/Fonte: DJES 02/06/2006.

Sob esse prisma, uma visão sistemática e integral de todo o ordenamento jurídico é medida necessária e indispensável para agilizar a prestação jurisdicional, no intuito de fazer com que o processo seja efetivamente um instrumento útil e adequado ao jurisdicionado, não mais visto como um mero repositório de formalidades, destinado a burocratizar ainda mais a materialização dos direitos.

Decerto, um dos maiores problemas que ainda afligem a ciência processual é a falta de uma hermenêutica unitária quanto aos dispositivos do Código de Processo. Invariavelmente, os intérpretes limitam a aplicação das novas técnicas processuais a hipóteses restritas, o que, no atual estágio do Direito, não se pode admitir.

Nessa toada, quanto ao processo de execução civil, é inegável que as alterações legislativas visaram modificar esse paradigma para propiciar uma tutela executiva capaz de produzir resultados práticos de forma célere e eficaz, como determinado pela Constituição Federal. Os valores e princípios já consagrados na Constituição, por tal razão, devem informar todos os atos processuais.

Considerando-se, pois, que a cognição é atividade inerente a todo o procedimento judicial, salutar se demonstra a manutenção da *Exceção de Pré-Executividade*, para que o devedor tenha a oportunidade de arguir a irregularidade do processo executivo contra ele intentado, evitando a realização de atos desnecessários por parte do Judiciário, o que, em reflexo, atrasaria a prestação jurisdicional.

Esse debate ganhou novamente relevância com as recentes reformas processuais introduzidas pelas Leis nº 11.232/05 e nº 11.382/06, que suscitaram dúvidas na Comunidade Jurídica.

Em verdade, têm surgido vozes e já há até decisões isoladas, que, com o advento da Lei nº 11.382/2006, sustentam inadmissível a exceção de pré-executividade, a sua eliminação ou, ao menos, o esvaziamento, ante a possibilidade da oposição à execução por meio de embargos, independentemente de penhora (art. 736 do Código de Processo Civil). Todavia, esse posicionamento, como visto, não tem sido encampado pelos Tribunais.

Ante tais razões, em nosso singelo pensar, o instituto em apreço sobreviveu às alterações legislativas levadas a efeito no novo processo brasileiro de execução, eis que seu correto manejo é relevante forma de concretização dos objetivos visados pela Constituição Federal dentro do processo.

Conclui-se, por fim, que o instituto comumente denominado de exceção de pré-executividade continuará útil para evitar danos causados por execuções intentadas de forma irregular ou ilegal, seja para impedir a obrigatória constrição de bens no caso da impugnação, seja para evitar que se instaure nova e custosa demanda no caso de embargos à execução.

6 Referências

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Efetividade do processo de execução. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.18, n. 72, p. 16-24, out./dez. 1993.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Reforma do processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 81, p. 9-23, jan./mar.1996.

ASSIS, Araken de; MALACHINI, Edson Ribas. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de pré-executividade: alcance e limites*. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A execução contra a Fazenda Pública e a Lei 11.232/05. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodri-

go da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Juspodvim, 2007.

_____. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. rev. e atual. segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As mudanças no processo de execução e seus reflexos na execução fiscal. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Juspodvim, 2007.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2 .

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

FANTONI JÚNIOR, Neyton. Exceção de pré-executividade: limites e possibilidades. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Rio de Janeiro, n. 8, nov./dez 2000.

FEU ROSA, Marcos Valls. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. 3. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.1.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Embargos do executado*: oposições de mérito no processo de execução. Campinas: M. E., 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAGISTER, repositório de legislação e jurisprudência autorizado On-Line do STF nº 41/2009, do STJ nº 67/2008 e do TST nº 35/2009. Disponível em: <<http://www.editoramagister.com/>>. Porto Alegre: Magister. Acesso em: 18 jan. 2010.

MALACHINI, Edson Ribas. A defesa intraprocessual no processo de execução “exceção de pré-executividade”. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do Poder Executivo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais v.30, n. 127, p. 54-74, set. 2005.

_____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 2.

NERY JR., Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*: atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, 1998.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v 31, n.137, jul. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t.11.

_____. *Dez anos de pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de execução civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

SHIMURA, Sérgio. O princípio da menor gravosidade ao executado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

_____. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Welington Luzia. A instrumentalidade técnica do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte: Fórum, v. 15, n. 60, out./dez. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado. In: WAMBIER, Teresa

Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

1.8

POR QUE AINDA DEVEMOS FALAR DE CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE NO BRASIL?*

NELSON CAMATTA MOREIRA**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Constituição Brasileira como ordem de valores substantivos. 2 Os direitos fundamentais e a democracia como pilares da Constituição Dirigente. 3 O constitucionalismo dirigente e a busca das promessas descumpridas. 4 Cidadania e Constituição Dirigente. 5 Síntese final. 6 Referências.

Introdução

O ideal de um constitucionalismo dirigente consiste numa construção interpretativa, que teve como principal base normativa o texto da Constituição portuguesa de 1976, elaborada por Canotilho (2001, p. 487) que, por sua vez, defende, em síntese, a superação da noção da existência de normas meramente programáticas advindas do texto constitucional, pregando a importância dos princípios e da materialidade da Constituição.

Transportando para a realidade periférica brasileira, alguns autores, como Streck (2004a), por exemplo, sugerem a sedimentação, no campo jurídico, de um “constitucionalismo dirigente adequado a países de modernidade tardia”: como tentativa de defesa diante dos devastadores “ataques neoliberais” ao Estado brasileiro e de luta pela proteção dos direitos fundamentais – previstos na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – e pela contínua construção da democracia.

* O tema proposto neste texto repercute parcialmente alguns resultados da pesquisa desenvolvida para a elaboração de tese de Doutorado na UNISINOS-RS (Brasil), com estágio anual (2007) na UNIVERSIDADE DE COIMBRA (Portugal) apoiado pelo Centro de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES).

** Doutor em Direito pela UNISINOS (RS), com estágio anual (2006/7), com bolsa de estudos da CAPES, na UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Ciências Sociais da UVV. Professor da FDV. Advogado.

É importante frisar que, no paradigma que antecede à noção de Constituição programático-dirigente, o texto constitucional era entendido como uma terceira coisa que se interpunha entre o sujeito (filosofia da consciência) e o objeto (a sociedade). A linguagem constituinte da busca do novo, da emancipação da sociedade, da busca da afirmação da dignidade – defendendo-se/implementando-se direitos fundamentais –, “do resgate de promessas da modernidade, dramaticamente sonegadas em países periféricos como o Brasil, passa a ser, no interior do novo paradigma, condição de possibilidade desse novo”, pois, na tradição engendradora pela noção de Estado Democrático de Direito, não se configura mais um constitucionalismo de cariz liberal, mas sim, um constitucionalismo hermeneuticamente construído em um “novo-modo-de-ser, instituído pelo pacto constituinte, que estabelece os limites do mundo jurídico-social” (STRECK, 2004a, p. 127).

Na verdade, “não há uma Teoria da Constituição, mas várias Teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta.” (BERCOVICI, 2004, p. 265) Daí, então, exsurge a noção acerca da continuidade do projeto de um constitucionalismo dirigente (e não de *o constitucionalismo dirigente*) moldado – a partir do movimento constituinte pós-ditadura militar no Brasil – de acordo com as características/necessidades pátrias, logicamente inseridas também num contexto de transformações globais.

A ideia é, então, trabalhar-se uma teoria da constituição adequada a um país periférico, como o Brasil – no qual o Estado social foi um simulacro –, e que sofre com o impacto da globalização neoliberal. Ou seja, é preciso assegurar, ainda que com grandes dificuldades, um núcleo mínimo valorativo, construído/reconhecido sócio-historicamente, a fim de se evitar aquilo que Marcelo Neves chama de “desconstitucionalização fática” ou “concretização desconstitucionalizante” que,

(...) nos âmbitos das ‘Constituições nominalistas’ dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do *status quo* social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de

Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais. (NEVES, 1995, p. 158)

A partir de um viés hermenêutico-filosófico, a Constituição pode ser entendida como um conjunto de valores compartilhados por determinada comunidade política, cabendo ao intérprete revelar à sociedade o seu existir comunitário. E esse processo de revelação não se faz possível, no campo jurídico, principalmente, quando não há a devida adaptação de teorias importadas de modelos centrais.

Esse é o grande desafio, portanto, que se segue enfrentado pelo texto subsequente: a discussão acerca dos pressupostos da teoria constitucional-dirigente, com fundamentação filosófica, inserida num contexto global extremamente complexo.

1 A Constituição Brasileira como ordem de valores substantivos

Considerando-se a função reguladora assumida pelo Estado moderno, o Direito – como ordem jurídica (im)posta – acaba se tornando sinônimo de lei, que, por sua vez, passa a ser considerada simplesmente um comando do soberano. Ela é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo seu conteúdo. Ou seja, ela pode ser “justa” ou “injusta” sem que isso afete a sua qualificação jurídica. Daí a noção Weberiana de que, no Positivismo Jurídico, qualquer direito pode criar-se e modificar-se por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. (ROTH, 1998, p. 17) Assim,

Um sistema de regras é formal na medida em que permite que seus intérpretes, oficiais ou não, justifiquem as suas decisões mediante referência às próprias regras e à presença ou ausência dos fatos enumerados pelas regras, sem consideração de quaisquer argumentos de justiça ou utilidade. (UNGER, 1979, p. 214)

Habermas (1992, p. 14), analisando Weber, aduz, então, que o Direito passa a ser, precisamente, aquilo que um legislador político (independente de ele ser ou não, democraticamente,

legitimado) delibera como direito, de acordo com um procedimento legalmente institucionalizado.

O Positivismo, nessa fase, parte das leis ou, subsidiariamente, de outras tantas normas sociais da ordem estatuída numa espécie de hierarquia que culmina em ordenamento único, pleno, hermético e consagrado sob a égide estatal. As raízes sociais, a dinâmica dos grupos e das classes, ou não entram em linha de conta, ou ficam atadas e limitadas, pois, em todo caso, prevalece a voz do Estado. Nessa perspectiva, o Direito não existe antes do Estado e não paira acima dele. (WOLKMER, 1995, p. 152)

Em Kelsen (1984), já no século XX, esse modelo liberal-positivista vai encontrar a sua proposta mais avançada, na medida em que se concebe que o Direito deve ser definido como norma que, por sua vez, constitui-se no objeto da ciência do Direito. Para esta, o estudo da lei deve se dar em “sua pureza”, separado de qualquer influência moral, sociológica, psicológica ou filosófica. O neopositivismo lógico kelseniano¹ nasce, no campo jurídico, do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas e naturais.

Na busca pela segurança e previsibilidade nas relações sociais, conceitua-se o fenômeno jurídico em relação à moral e à política de maneira “autônoma”, recusando-se a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, de modo que o Positivismo deverá elaborar o seu próprio critério do que é jurídico. Esse será a “validade”. (UNGER, 1979, p. 213-231)

Destarte, no âmbito da interpretação e da aplicação da norma jurídica, as possibilidades de discussões acerca da justiça ou da ética são expurgadas na medida em que a tarefa do jurista, em especial a do juiz, consiste na mera aplicação da lei ao caso concreto. Não se discutem, portanto, requisitos éticos de validade da lei ou, mesmo, a justiça no caso concreto. Sobre isso, Bobbio afirma:

1 Kelsen pode ser considerado um neopositivista, “pois postula uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto do Direito. Trata-se de uma metateoria do Direito, que, ao contrário do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do Direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto.” Cf. ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes teóricas do direito. In: _____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003. p. 96.

A *validade* de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade. (BOBBIO, 1995, p. 136-7)

Dentre os mitos compartilhados pelo positivismo jurídico, os mais aceitos e consolidados são os dogmas da coerência, da completude e da unidade do ordenamento jurídico, vetores para a consolidação dos propósitos da segurança e de certezas jurídicas exigidos pela sociedade de mercado. O Direito Positivo é pressuposto como autossuficiente, preciso e claro; nele todos os conflitos e fatos ocorrentes no mundo da vida encontram a possibilidade de um enquadramento lógico-dedutivo.

Quanto à atividade interpretativa, tanto em seu momento teórico quanto decisório, seria uma atividade dedutiva, que revelaria caminhos lógicos tendentes a explicitar a racionalidade profunda do sistema de Direito Positivo. “Criam, pois, uma ilusão, ou uma aparência de realidade, em relação a duas afirmações fictícias: a de que a ordem jurídica oferece segurança e, depois, que o legislador é sempre racional em suas determinações e prescrições”. (WARAT, 1994, p. 53)

Todavia, deve-se registrar que esse modelo liberal-individualista-normativista² sofreu algumas alterações, no âmbito da teoria do Direito, que *acompanharam as transformações estatais*. Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, dois tipos de influência imediata podem ser destacadas. O primeiro tipo refere-se à “rápida expansão do uso de normas ilimitadas e de cláusulas gerais na legislação, administração e jurisdição”, como se pode identificar na reaproximação entre Estado e Sociedade (garantias de direito sociais, interferência mais intensa do Estado na economia, etc.). O segundo tipo de impacto do Estado Social sobre o Direito é a “transição de estilos de raciocí-

2 Termo empregado por Lenio Luiz Streck como alusão ao modelo de racionalidade jurídica difundido a partir do movimento liberal europeu do século XVIII. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63-64.

nio legais formalistas para estilos teleológicos ou prudenciais, da preocupação com a justiça formal para um interesse na justiça processual e substantiva”. (UNGER, 1979, p. 204)

O Estado Social identificado a partir do século XIX trouxe, principalmente em países como, por exemplo, Alemanha e México, uma proposta de (re)discussão do Direito no qual prevaleceria o raciocínio jurídico-teleológico e as preocupações com a justiça distributiva. Com isso, “o estilo do discurso jurídico passa a se assemelhar ao do argumento comum da política ou da economia. Todos se caracterizam pelo predomínio do racionalismo instrumental sobre outras formas de pensamento.” (UNGER, 1979, p. 209)

Mas, apesar dessas propostas, a maneira de se operacionalizar o Direito no convívio social ou, dito de outra forma, *o modo de produção do Direito*³ segue influenciado preponderantemente pelo modelo liberal-individual-normativista, o que, por sua vez, acaba gerando – juntamente com outros fatores, como, por exemplo, a globalização e seus efeitos deletérios – uma dificuldade de efetivação dos direitos humanos em sua plenitude *polidimensional* (direitos civis, políticos, econômicos, sociais, comunicacionais, entre outros).

O que se verificou ao longo da modernidade, principalmente no século XX, foi uma espécie de “vitória” de ideologias forjadas sob discursos formalistas⁴ sobre dois dos principais ideais do Estado Social, quais sejam, a *equidade* e a *solidariedade*.

Dizia Orwell, citado na epígrafe da obra de Bauman:

Enquanto escrevo, seres humanos altamente civilizados estão sobrevoando, tentando matar-me. Não sentem qualquer inimizade por mim como indivíduo, nem eu por eles. Estão

3 Segundo Dezalay e Trubek, *o modo de produção do direito* inclui: “a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizadas; b) a localização de papéis entre as várias posições no campo jurídico (praticantes, aplicadores da lei, acadêmicos, etc.); c) o modo com que o campo produz o *habitus*, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para recrutamento no campo; d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições; e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais representam num dado campo jurídico; f) a relação entre regulação e proteção; g) o modo dominante de legitimação. DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39-40.

4 “A idéia de formalismo põe em relevo os motivos mais profundos que inspiram esta busca de governo sob a lei. Para o formalismo, o cerne do direito é um sistema de regras gerais, autônomas, públicas e positivas que limitam, ainda que não determinem inteiramente, aquilo que um indivíduo pode fazer como autoridade ou como pessoa privada.” UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 213-214.

apenas ‘cumprindo o seu dever’, como se diz. Na maioria, não tenho dúvida, são homens bondosos e cumpridores das leis, que na vida privada nunca sonhariam em cometer assassinato. Por outro lado, se um deles conseguir me fazer em pedaços com uma bomba bem lançada não vai dormir mal por causa disso. Está servindo ao seu país, que tem o poder de absolvê-lo do mal.(BAUMAN, 1998)

O exemplo da Guerra moderna, em especial da Segunda, serve apenas para reforçar o panorama de domínio da técnica e do formalismo que marcaram a racionalidade do século XX. Essa ideologia, paradoxalmente, acompanhou o processo de afirmação (e de negação) dos direitos fundamentais, bem como do constitucionalismo no século passado.

Questões envolvendo a ética com a política e o direito – a partir da segunda metade do século XX – tornaram-se objeto de investigação de juristas e filósofos do Direito, no intento de superar o hermetismo positivista delimitado alhures. No âmbito jurídico, dois fatores marcaram esse resgate ético: a expansão da proteção normativa internacional dos direitos humanos, no pós-Segunda Guerra, e a difusão de Constituições impregnadas de ideais democráticos, principalmente em países marcados pelo autoritarismo como foram, por exemplo, os casos de Portugal e Espanha, na Europa, e o Brasil, juntamente com os demais países latino-americanos, todos na segunda metade do século XX. Esses dois fatores jurídicos (Tratados e Constituições), na verdade, são apenas espelhos das preocupações contemporâneas com fenômenos que vêm marcando um novo período do convívio humano – iniciado aproximadamente a partir da segunda metade do século XX e que ainda se encontra em aberto.

Tais fenômenos deveram-se ao reconhecimento de tormentosa complexidade das relações sociais, principalmente, a partir da segunda metade do século XX. Nesse período, o convívio humano foi abalado por diversos impactos, tais como: o avanço tecnológico em todas as áreas de conhecimento; a insurgência de novos valores e direitos que se tornaram parte integrante do receituário axiológico da democracia de massas; e, ainda, as transformações do processo político “permeável às condicionan-

tes de uma nova ordem internacional que, longe de estabilizar o convívio das nações e melhorar a qualidade de vida dos povos do planeta, apresenta novos desafios e angústias para a humanidade.” (CASTRO, 1999, p. 103)

Tudo isso, com a presença de um ingrediente complexo que é a globalização⁵, em suas diferentes feições, acaba levando

à perda de autonomia, com reflexos negativos na capacidade de ação democrática, sob a forma de: a) perda de competências de controle (ou seja de defesa do cidadão contra efeitos de ações de agentes externos, sejam empresas, outros governos ou organismos intergovernamentais); b) déficit de legitimação (pois o círculo dos que participam das decisões democráticas não corresponde aos afetados pelas decisões) e c) incapacidade de realizar políticas sociais com eficácia legitimadora (efeito da competição por capitais e da substituição do processo político de decisão pela dinâmica do mercado). (HABERMAS, 1999)

Atentos às insuficiências notadamente geradas ao longo da história dos direitos humanos, todos os que se preocupam com a política e o direito buscam discutir aqueles sob a orientação de um novo paradigma, voltado para a superação de um modelo positivista que ao longo da história se mostrou insuficiente. Esse novo paradigma não abre mão da presença do Estado, ainda como a mais importante das instituições modernas, todavia, reconhece a necessidade de uma revisão dos pressupostos intersubjetivos de convivência sustentável, em especial a interação equânime entre Estado, democracia e direitos humanos.

5 Octávio Ianni, apresentando “metáforas da globalização”, comenta que “A fábrica global instala-se além de toda e qualquer fronteira, articulando capital, tecnologia, força de trabalho, divisão do trabalho social e outras forças produtivas. Acompanhada pela publicidade, a mídia impressa e eletrônica, a indústria cultural, misturadas em jornais, revistas, livros, programas de rádio, emissões de televisão, videoclipe, fax, redes de computadores e outros meios de comunicação, informação e fabulação, dissolve fronteiras, agiliza os mercados, generaliza o consumismo. Provoca a desterritorialização e a reterritorialização das coisas, gentes e idéias. Promove o redimensionamento de espaços e tempos.” (IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 19). Não é o propósito principal deste trabalho aprofundar a discussão sobre os efeitos e as perspectivas da globalização em relação aos direitos humanos, todavia, partindo-se dessa observação de Octávio Ianni, é necessário reforçar que a globalização, justamente por proporcionar o desmanche de fronteiras, impondo, assim, uma revisão sobre o conceito de soberania absoluta e cidadania, sugere uma (re)visão da possibilidade de universalidade dos direitos humanos, para além da perspectiva da jurisdição doméstica.

Eis aí, então, a necessidade de se re-inserir a discussão ética no Direito, pois essa discussão, assim chamada em virtude de estar vinculada à concepção da democracia como regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana, permite que se incorpore à interpretação da lei no caso concreto as finalidades do regime democrático. O sentido da leitura do Direito, em especial no que tange à aplicação de direitos humanos, torna-se ético na medida em que valores como liberdade, igualdade e fraternidade são encarados não como simples arranjos político-institucionais, mas sim como dimensões morais do cidadão a serem implementadas na sociedade política.

2 Os direitos fundamentais e a democracia como pilares da Constituição Dirigente

Para a implementação de um discurso eficientemente democrático, Claude Lefort parece ter ofertado importante pista para uma adequada visão dos direitos humanos em tempos de crise do Estado e do direito modernos. Em sua obra, na qual intenta dialogar com aqueles que desferiram duras críticas aos direitos humanos – taxando-os de artifícios, que servem como verdadeiro “véu” utilizado para “mascarar as relações estabelecidas nas sociedades burguesas” –, como foi o caso, em especial, de Karl Marx (2002), Lefort defende a ideia de que “os direitos do homem não são um véu”, pois “longe de terem por função mascarar a dissolução dos liames sociais – fazendo de cada um, uma mônada –, os direitos do homem atestam e, ao mesmo tempo, suscitam uma nova rede de relações entre os homens.” (LEFORT, 1991, p. 50)

E assim, para se sustentar essa rede de relações, deve-se buscar num viés democrático original um duplo fenômeno que acompanha as diversas declarações de direitos humanos, quais sejam:

- (a) um poder destinado doravante a permanecer em busca de seu fundamento, porque a lei e o saber não são mais incorporados na pessoa daquele ou daqueles que o exercem, e (b) uma sociedade acolhendo o conflito de opiniões e o debate dos direitos, porque se dissolveram os marcos de referência da certeza

que permitiam aos homens situarem-se de uma maneira determinada, uns em relação aos outros. (LEFORT, 1991, p. 52)

O raciocínio moderno, portanto, da soberania que opunha Estado e sociedade civil, não pode ser desenvolvido mais hegemonicamente, principalmente em relação aos direitos humanos, pois, diante da complexidade que envolve o aparelho de Estado, percebe-se cotidianamente o quanto este é impotente para garantir as políticas internas de implementação e garantia dos direitos fundamentais, bem como também é insuficiente para defesa dos direitos humanos em face do choque provocado pela globalização neoliberal.

Em síntese, ainda com Lefort, entende-se que “assim como o Estado não pode fechar-se em si mesmo para tornar-se o grande órgão que comanda todos os movimentos do corpo social, assim também os detentores da autoridade política permanecem obrigados a repor em causa o princípio de conduta dos assuntos públicos.” (LEFORT, 1991, p. 54)

Isso reforça a própria ideia Lefortiana de que se deve constantemente reinventar e atualizar a democracia, porque esta, como afirma Chauí, “trata da criação ininterrupta de direitos, da subversão contínua de estabelecidos, da reinstituição permanente do social e do político”. (CHAUÍ, 1983)

Essa assertiva, que traz o viés politizador do Direito,

(...) ultrapassa não só o sentido conservador do liberalismo que reduz os direitos humanos ao seu caráter de direito natural, vistos como questão puramente ética, como também as críticas marxistas que reduzem o ideário democrático à pura ideologia. Para o marxismo, a democracia não possui força política, sendo no máximo uma relação de forças. Na verdade, a democracia é uma forma política articulada a partir do princípio da enunciação de direitos, onde o princípio maior é o direito de enunciá-los. (ROCHA, 2003, p. 180)

Não se pode deixar de registrar o cenário (acelerado) *globalizante*, que obriga a reflexão acerca da necessidade de que

(...) percebamos que o *espaço da democracia*, em razão de um processo conjunto de *desterritorialização e reterritoriali-*

zação conseqüente da complexidade das relações contemporâneas, se multiplica, *não ficando mais restrito aos limites geográficos do Estado-Nação, mas incluindo o espaço internacional, comunitário, além das experiências locais* – como, e.g., no caso dos projetos de democracia participativa. (MORAIS, 2001, p. 71) (destacou-se)

Essa temática – que envolve a atuação do Estado em prol dos Direitos Humanos sob o impacto da globalização neoliberal – será retomada mais à frente, quando será analisada tal atuação a partir de uma postura constitucional-dirigente. Por hora, é válido registrar a relação existente entre os direitos fundamentais e a democracia como pressuposto para a implementação do projeto constitucional de 1988.

Analisando-se o movimento de redemocratização do Estado brasileiro, iniciado na década de 80, percebe-se que o intuito daqueles que se reuniram no movimento constituinte não foi apenas o de participar do processo de reconstrução do Estado de Direito, após anos de autoritarismo militar, mas também – em oposição ao positivismo e revelando um compromisso com os ideais do pensamento comunitário – dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta. Nessa perspectiva, “os representantes deste constitucionalismo ‘comunitário’ se contrapõem à ideia de que a tarefa primordial da Constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, por meio da criação de um sistema fechado de garantias da vida privada.” (CITTADINO, 2004, p. 73)

A atuação decisiva dos constitucionalistas “comunitários” no processo constituinte dos anos 80 foi fundamental para a incorporação, por parte da Constituição de 1988, de todos esses compromissos, podendo-se enumerar várias ‘marcas comunitárias’ no ordenamento constitucional:

em seu preâmbulo, quando identifica a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira; ao definir os objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro, destacando a dignidade da pessoa humana e a construção de uma socie-

dade justa e solidária; ao adotar diversos institutos processuais que asseguram o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, revelando um compromisso com a soberania popular e com a democracia participativa; e finalmente quando confere ao Supremo Tribunal Federal atribuições jurídico-políticas de uma Corte Constitucional. (CITTADINO, 2004, p. 228)

É importante notar que o traço marcante do comunitarismo identificado na postura assumida pela Constituição de 1988, qual seja, a equiparação de princípios e normas constitucionais a *valores*, não encontra inspiração em um movimento ou em uma teoria específica, mas em diversas concepções de comunitaristas.

A noção de Estado, portanto, é acoplada ao *conteúdo material das constituições*, mediante seus *valores substantivos* compartilhados historicamente, numa tradição, pois a teoria dos direitos humanos

não proíbe de maneira alguma que os cidadãos do Estado Democrático de Direito, no âmbito de uma ordem estatal conjunta, validem uma concepção do que seja bom, advenha ela da própria origem cultural, ou de um consenso alcançado em discursos de natureza política; entretanto, essa mesma teoria proíbe sim, *no interior do Estado*, que se privilegie uma forma de vida em detrimento de outra. (HABERMAS, 2002, p. 248)

E parece que, mesmo estando definidos, democraticamente, os *valores* – entre eles, o mais importante que é a dignidade humana⁶ – e suas prioridades na Constituição, as possibilidades que são constantemente abertas para a aplicação (*applicatio*, no sentido empregado por Gadamer, 1994) do direito exigem do jurista, em especial do juiz, a devida postura hermenêutica em cada caso concreto. Por isso, no Estado Democrático de Direito,

6 No âmbito normativo, a preocupação com o princípio da igualdade humana encontra inspiração em diversos textos constitucionais do século XX, como, por exemplo, a *Constituição do México de 1917*, art. 3º, II, "c", a *da Itália de 1947*, art. 3º e *de Portugal de 1976*, art. 1º, bem como nos instrumentos normativos internacionais, como, por exemplo, na *Declaração dos Direitos do Homem de 1948*, art. 1º.

a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo “dirigente-valorativo-principiológico” (STRECK, 2004^a, p. 148).

Nessa perspectiva, Siqueira Castro, inspirado nas obras de comunitaristas como Walzer (2003) e Taylor (1995), edificou a sua tese acerca do *constitucionalismo societário e comunitário*, que toma a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. De onde se verifica, portanto, a conexão entre os valores “compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela Constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva.” (CASTRO, 2005, p. 21)

Assim, a Constituição de 1988, inserida num momento histórico brasileiro, surge como uma Constituição-compromisso, pois “além de descortinar um roteiro extensivo para o atingimento das renovadas metas sociais-democráticas, sua missão mais notória foi, sem dúvida, a de coroar e dar fecho ao processo de transição lenta e gradual projetado pelos arquitetos do declínio da ditadura militar.” (CASTRO, 2005, p. 117)

Em suma, as preocupações do texto constitucional, assentam-se em dois princípios basilares que são a proteção e efetivação dos *direitos humanos* e a sedimentação da *democracia*. O primeiro inspirado no movimento protetivo iniciado, principalmente, no âmbito internacional, após a Segunda Guerra, com a Carta da ONU de 1948, juntamente com os demais tratados internacionais de direitos humanos que a sucederam, e, no plano intra-estatal, com as Constituições garantidoras do século XX. E ambos como respostas ao Estado autoritário militar brasileiro e à ausência de reconhecimento e respeito ético-culturais.

3 O constitucionalismo dirigente e a busca das promessas descumpridas

Como uma típica Carta-compromissária, a atual Constituição encarnou a síntese das contradições brasileiras juntamente com o desejo de mudança. Da mescla ideológica do Poder

Constituinte (BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, 1989), traduz-se o embate entre as diversas forças que compuseram a Assembleia Nacional (1986-1988). Com inspiração em postulados humanistas, em que radicam a efetivação de direitos sociais e a sedimentação da democracia, a Constituição reúne

um magnânime e humanitário projeto de pacificação nacional ao lado de um elenco de direitos à esperança, a serem efetivados segundo a capacidade transformadora da sociedade e da classe política brasileira, do que propriamente uma solução acabada de organização social e política para um país marcado por impenitentes contrastes classistas e regionais. (CASTRO, 2005, p. 125-6)

Os compromissos assumidos pela Constituição brasileira de 1988 – especialmente aqueles previstos em seus três primeiros artigos – faz com que esta seja classificada, segundo a sua estruturação como *Constituição Dirigente*, por não se resumir a um mero ordenamento político, mas também como ordenamento econômico e social. A tese do constitucionalismo dirigente foi amplamente divulgada no Brasil a partir da obra de J. J. Gomes Canotilho (2001) – inspirada inicialmente em diferentes obras como a de Vezio Crisafulli e Peter Lerche –, que, tendo como enfoque privilegiado a Constituição portuguesa de 1976, buscava afastar de vez qualquer dúvida em relação à aplicabilidade das normas programáticas. Nessa visão, em síntese, desvaloriza-se a ideia clássica de Constituição como estatuto delimitador do Poder, para que se confira um grande valor às normas programáticas e aos objetivos de mudança econômica e social, que na ótica da Constituição portuguesa visariam à *transição gradativa para o socialismo* (era o que dispunha o art. 1º, atualmente revogado, da Constituição portuguesa de 1976).

O modelo de Constituição Dirigente inspirou diversos membros da Assembleia Constituinte brasileira. Por isso, a presente Constituição não almeja simplesmente retratar a realidade política vigente, como em modelos ultrapassados do século XX, mas também cuida da inserção de objetivos programáticos que não poderiam ser aplicados no momento da elaboração do texto constitucional. Em simples termos, os agentes do Poder Cons-

tituinte originário submetem os futuros governos e a sociedade à realização de princípios constitucionalmente aventados para a transformação da realidade social. Assim, nas palavras de Canotilho, o “*programa constitucional de governo* concebe-se também como programa em conformidade com a Constituição, devendo distinguir-se de outras figuras afins com as quais anda sistematicamente confundido (programa eleitoral e partidário, acordo partidário-governamental e acordo programático-governamental)” (CANOTILHO, 2001, p. 487).

Canotilho, com isso, propõe “a reconstrução da teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, concebida também como teoria social. A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.” (BERCOVICI, 2006, p. 243)

É interessante registrar que a publicação de um artigo numa revista espanhola em 1995 acerca do *dirigismo constitucional* causou um enorme frisson em todos aqueles que se preocupavam com a efetivação do texto constitucional, tendo em vista que o próprio Canotilho (1995), “pai” de tal teoria, teria decretado a morte da Constituição Dirigente. Todavia, o próprio autor encarregou-se de acalmar os nervos dos *(neo)constitucionalistas* brasileiros ao afirmar que “a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias” (CANOTILHO, 2001, p. XXIX). Assim, após inclusive as discussões entre juristas brasileiros e o próprio autor português no seminário intitulado “Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho”, perceberam que a morte apresentada pelo autor era *relativa*, pois tal teoria não teria falecido e sim amadurecido, emancipado e alcançado novos horizontes significativos. (GRAU, 2005)

A partir disso, Streck afirma que

para uma melhor compreensão da problemática relacionada à sobrevivência ou morte da assim denominada Constituição Dirigente, é necessário que se entenda a Teoria da Constituição enquanto *uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional*. Desse modo, a teoria

da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à sociedade, no binômio democracia e direitos-fundamentais-sociais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. *Já os demais substratos constitucionais aptos a conformar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.* (STRECK, 2004, p. 332)

Com essa concepção, alcança-se a convicção que a Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à realidade concreta. A Constituição não deve estar apenas adequada ao tempo, mas também ao espaço. Afora o núcleo universal, capaz de ensejar “a” teoria geral da Constituição, “há um núcleo específico” – que se amolda historicamente e espelha anseios variados em diversos Estados – e se pode chamar de *núcleo de direitos sociais fundamentais plasmados em cada texto que atenda ao cumprimento das promessas da modernidade.* Assim,

O preenchimento do *déficit* resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia* (TCDA-PMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade tardia, que também pode ser entendida como uma *teoria da Constituição Dirigente-compromissária adequada a países periféricos*, deve, assim, cuidar da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*, as quais, como

se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2004, p. 332-3)⁷

Todavia, a implementação das promessas da modernidade por meio de um Estado Democrático de Direito interage com outros fatores complicadores. Entre estes, destaca-se o fenômeno recente, das últimas décadas, cuja análise se torna inafastável quando o assunto é atuação estatal e efetivação de direitos. Trata-se da globalização neoliberal que impactou e segue impactando o Estado na modernidade, impedindo, inclusive a efetivação de direitos sociais, prejudicando, conseqüentemente, o outro pilar do Estado Democrático de Direito, que é a democracia.

Considerando-se que a legitimidade e a atuação do Estado na modernidade pautam-se pela noção de Soberania, entendida como um *ponto de referência necessário para as teorias políticas e jurídicas*, cuja finalidade básica é justificar o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população, com a globalização, especialmente em suas facetas econômica e tecnológica, aduz Bauman, citando Paul Virilio,

a soberania territorial perdeu quase toda a substância e boa parte de sua atração, pois, na medida em que cada ponto pode ser alcançado e abandonado no mesmo instante, a posse permanente de um território, com seus deveres e compromissos de longo prazo, transforma-se em um passivo e se torna um peso e não mais um recurso na luta pelo poder. (BAUMAN, 2003, p. 100)

Assim, pode-se afirmar que a união entre a Nação e o Estado, sustentáculo fundante da soberania, não pode ser mais vista

7 Acerca da modernidade tardia e duas conseqüências no campo jurídico, vide, em especial o capítulo 1, de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Sobre a necessidade de adequação temporal e espacial da Constituição, Bercovici afirma que "Fechando os olhos para a realidade constitucional, o pensamento jurídico positivista absolutizou as soluções constitucionais históricas do liberalismo como atemporais. Para não cair neste equívoco, a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica." Cf. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 131-132.

como um conceito sólido. Talvez, Bauman esteja com a razão quando afirma:

O romance secular da nação com o Estado está chegando ao fim; não exatamente um divórcio, mas um arranjo de 'viver juntos' está substituindo a consagrada união conjugal fundada na lealdade incondicional. Os parceiros estão agora livres para procurar e entrar em outras alianças; sua parceria não é mais o padrão obrigatório de uma conduta própria e aceitável. (...) Parece haver pouca esperança de resgatar os serviços de certeza, segurança e garantias do Estado. A liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da *extraterritorialidade*, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga. (BAUMAN, 2001, p. 212)

'A economia' – o capital, que significa dinheiro e outros recursos necessários para fazer as coisas, para fazer dinheiro e mais coisas – move-se rápido; rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial, como sempre) que possa tentar conter e redirecionar suas viagens. (...) A 'globalização' nada mais é que a extensão totalitária de sua lógica a todos os aspectos da vida. Os Estados não têm recursos suficientes nem liberdade de manobra para suportar a pressão – pela simples razão de que 'alguns minutos bastam para que empresas e até Estados entrem em colapso'. (BAUMAN, 1999, p. 63 e 73)

Com as afirmações apresentadas acima, não se quer induzir à conclusão de que o Estado-Nação não desempenhe mais funções relevantes na nova ordem internacional, nem que a soberania estatal, na sua face voltada para o plano interno, tenha deixado de existir, mas o que, seguramente, pode-se afirmar é que o modelo tradicional apresentado a partir do século XVI sofreu impactos altamente contundentes e deformadores em seu percurso histórico, em especial, a partir da segunda metade do século XX. Em outras palavras, resume-se a crise como um fenômeno que não pode ser ignorado, mas que, ao mesmo tempo, não faz desaparecer o poder, e sim, uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de soberania.

O Estado-providência (assistencial) com sua promessa de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade entrou em crise. Como diagnostica Ost,

a sociedade assistencial desagrega-se, a ciência e a lei são atingidas pela dúvida, o mercado e a privatização triunfam, ao mesmo tempo em que o medo regressa. A 'sociedade do risco' toma então o lugar do Estado-providência, e volta-se a falar de segurança em vez de solidariedade. É que o risco assume um outro rosto e uma outra escala, iludindo os instrumentos clássicos de prevenção. (OST, 1999, p. 337)

O modelo de sociedade solidária, que deveria interagir com o Estado-providência, para que este pudesse cumprir com as suas promessas, não se sustentou (ou, na verdade, sequer foi implementado) na modernidade ocidental.⁸ Vale agora a lógica de uma sociedade individualista e, paradoxalmente, globalizada. De acordo com Rocha,

a transnacionalização é a união de dois pólos espaciais conciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal. Para muitos, pareceria a recuperação da dialética, porém não se trata da possibilidade de nenhuma síntese. Trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência que somente é possível devido a sua impossibilidade. Este paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, é um convite a reinventar, uma vez mais, o político e o Direito. (ROCHA, 2004, p. 45)

E quando se ingressa numa sociedade globalizada (transnacionalizada ou pós-moderna), “o problema é o fato que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada. Não se pode assim continu-

8 Como mostra Juremir Machado da Silva: “A solidariedade, mostra Lipovetsky, toma novas formas e ganha o planeta em campanhas humanitárias transmitidas pela televisão. Mesmo o humanitário, esse pensar nos outros, acontece sob a forma de espetáculo. Por que não? Já não se quer ser santo pela prática de boas ações. Pode-se admirar Madre Teresa de Calcutá sem querer viver como ela. Acabou a época da devoção absolutamente desinteressada. Nesta era da solidariedade espetacularizada, cada um faz da sua doação uma forma de ganho, de vibração, de visibilidade, talvez até de marketing.”. Em LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Armando B. Ara. Barueri: Manole, 2005. p. 18.

ar mantendo uma noção de racionalidade no Direito ao se insistir no ideal kelseniano.”⁹

A perspectiva normativista, delineada nos itens anteriores, engessa as possibilidades de decisão numa sociedade extremamente complexa, marcada pela incerteza e pela ausência de definições absolutas. O problema do Direito, conforme esclarece Rocha, “é que ele é uma estratégia de imposição de certos valores consagrados que se quer que se repitam empiricamente em situações semelhantes no futuro.”¹⁰ A dogmática jurídica, com esse arcabouço teórico construído desde o passado, tem a pretensão de alcançar soluções para todos os conflitos a partir da institucionalização de valores.

O direito possui sua existência vinculada ao tempo, estando ambos relacionados com a sociedade. O problema está na falta de sincronia entre o tempo do direito *estatista* em face dos acontecimentos de uma sociedade globalizada. O paradigma jurídico moderno não é capaz de atender às inúmeras contingências dessa forma de sociedade.

Porém, “o Estado ainda detém o monopólio em muitas questões-chaves da sociedade, dificultando as análises simplistas que afirmam o seu desaparecimento. O Estado continua existindo, ao lado de outras organizações, caracterizando mais um paradoxo, é soberano e não-soberano.”¹¹

Como conseqüência da crise da soberania estatal, na contemporaneidade – associada às crises *estrutural, funcional e política*¹², que vêm induzindo aos “desmontes de Estados”¹³ –,

9 ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001. p. 117-137.

10 *Ibid.*, p. 130.

11 ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 46.

12 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 40-57.

13 Em relação ao Brasil e a todos os países periféricos e semi-periféricos, a crise é ainda mais dramática porque, como já se afirmou anteriormente, o Estado social foi um simulacro na medida em que sua implementação foi altamente precária e insuficiente. Contudo, as medidas tomadas, principalmente na última década do século XX, apontam para o “desmonte do Estado”, numa tentativa de reduzi-lo a um modelo “minimizado”, “enxuto”, sem nunca ter sido, de fato, generoso socialmente, tal qual o modelo francês, por exemplo. Como nota Bercovici, “O Estado brasileiro, constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais.” Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Teoria do Estado e Teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas*. In: AVELÁS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 275.

aparece a *crise constitucional*, que se manifesta por meio do chamado *processo de desconstitucionalização* promovido pelo dito neoliberalismo.¹⁴ Nesse sentido, a Constituição – considerada o *locus privilegiado* na modernidade, em que, num primeiro momento, instalaram-se conteúdos de um Estado burocrático e de um sistema que, apertadamente, definiu o perfil do poder soberano e assegurou os direitos individuais, transformando-se, posteriormente, num terreno de intermediação e negociação entre interesses e valores conflitantes (tendo como resultado mais sintomático o reconhecimento de valores socioeconômicos) – aparece, neste fim do século XX e início do século XXI, como um verdadeiro entrave para o funcionamento do mercado, como um freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo da expansão da economia.¹⁵

4 Cidadania e Constituição Dirigente

Se a *democracia* foi sintetizada anteriormente como a *possibilidade de se enunciar direitos*, numa perspectiva garantidora da constante atualização dos direitos humanos, a *cidadania*, agora na visão Arendtiana, deve ser celebrada, na perspectiva democrática, como o *direito a ter direitos*¹⁶, máxima alcançada após detida preocupação com a questão dos apátridas, mas que acabou contribuindo para uma revisão político-jurídico-filosófica dos direitos humanos, bem como para o rompimento com a noção estrita de cidadania.

As implicações jusfilosóficas da concepção da cidadania como direito a ter direitos, captada por Lafer, em sua obra, ex-

14 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 48. Sobre este assunto, Streck defende a necessidade de uma "resistência constitucional", adotando uma postura *substancialista*, capaz de contribuir para o cumprimento de promessas adotadas na Carta Magna brasileira, que foram pouco (ou nada!) cumpridas na realidade tupiniquim. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 66-77. Nesse sentido, cf., também: BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44-46.

15 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 149; FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 15.

16 LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 203. Cap. V.

trapolam os incidentes totalitários que chocaram a humanidade no século XX, com destaque para o nazismo, e alcançam o ponto de vista sobre os direitos humanos que se relacionam com a cidadania, considerando-se a igualdade e a diferença como paradoxos indissociáveis da existência humana. As pessoas necessitam da diferença para se afirmarem em suas esferas privadas e, ao mesmo tempo, encontram a igualdade na participação política desde a *polis* até o Estado-Nação.¹⁷

Todavia, a participação política e o reconhecimento do indivíduo como cidadão que *tem direito* não podem ser atrelados apenas ao Estado-Nação, segundo a teoria da internacionalização da defesa dos direitos humanos¹⁸. Se as transformações impactaram o Estado, que não se afirma mais soberanamente, na perspectiva moderna, e se a preocupação com os direitos humanos expandiu-se para além das fronteiras territoriais, principalmente a partir de 1948, o conceito de cidadania também pode ser *revisitado*,

(...) não apenas em seus conteúdos – mas, e particularmente, em seus espaços de expressão, embora hoje prevaleça, ainda, *uma noção de cidadania identificada com um elenco conhecido de liberdades civis e políticas*, assim como de instituições e comportamentos políticos altamente padronizados, que possibilitam a participação formal dos membros de uma comunidade política nacional, especialmente na escolha de autoridades que ocupam os mais elevados cargos e funções de governo, estando, também ela, indissociável da idéia moderna de território.¹⁹

Os direitos fundamentais são um repertório comum que a comunidade, não mais apenas nacional, mas global, compartilha

17 Cf. ARENDT, Hannah. *O que é política?* Tradução Reinaldo Guarany. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 21-134. ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Therezinha Monteiro Deutsch; Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004. Livros I e II.

18 Na doutrina nacional, entre outros: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1 e 2; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

19 GOMES, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 90; V. também MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos humanos "globais (universais)": de todos, em todos os lugares! In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001. p. 71.

simbolicamente, seja como transformação de situações aviltantes à dignidade humana, seja como mecanismos de contestação (e resistência) em face dos efeitos negativos provocados pelo fenômeno da globalização. Se o *direito a ter direitos* significa “pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões (...)”²⁰, e se a comunidade juridicamente organizada passou (e continua passando) por transformações, logo a noção de cidadania deve ser pensada para além da soberania nacional.

Em virtude disso, ao atualizar a noção acerca da cidadania, as palavras de Lafer, na trilha de pensamento de Arendt, servem para sintetizar a presente exposição, na medida em que afirma que:

Num mundo único a cidadania, como base para o direito a ter direitos e como condição para o indivíduo beneficiar-se do princípio da legalidade, evidenciando-se dessa maneira o surgimento de um novo ‘estado totalitário de natureza’, não pode ser examinada apenas no âmbito interno de uma comunidade política. Em verdade, só pode ser assegurada por um acordo da *comitas gentium*, pois este só pode existir, observa Hannah Arendt em artigo publicado em 1949, por meio de acordo e garantias mútuas, pois não se trata de algo dado, mas construído, e este construído, no caso, requer um entendimento de alcance internacional. A relevância desta conclusão não é hoje contestada em Direito Internacional Público, que *ratione materiae* necessariamente inclui no seu objeto a repartição legal da população mundial.²¹

Assim, reconhece-se, hodiernamente, cada vez mais a implementação da defesa dos direitos humanos para além das fronteiras estatais, numa tentativa de construção de um *sistema integrado internacional de proteção dos direitos humanos*, formado essencialmente pela interseção normativa entre tratados internacionais e textos constitucionais. E o ponto central desse

20 LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 154.

21 *Ibid.*, p. 154.

sistema consiste justamente na ideia de dignidade humana, capaz de gerar

novas pautas hermenêuticas para a interpretação da realidade social, econômica, política e cultural, as concepções de direitos humanos de natureza não jurisdicista vão além da simples denúncia das ilusões homogeneizadoras que permitem à sociedade representar-se sob a imagem de uma ordem integrada, unívoca e coesa, sob a égide de um texto constitucional absolutizado em sua soberania. Elas, por exemplo, recolocam a ideia de justiça no centro das discussões – não uma justiça abstrata, fundada em critérios metafísicos ou transcendentais, mas uma justiça *in fieri*, pensada com base em situações concretas e perspectivas históricas específicas.²²

Portanto, em relação à defesa dos direitos fundamentais, o ponto convergente, tanto do discurso constante no texto constitucional brasileiro quanto no DIDH, é a dignidade humana. É essa, inclusive, além da própria previsão normativa (art. 5º, §§ 1º ao 3º), que possibilita a leitura diferenciada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos demais tratados. Essa conclusão advém de uma análise sistemática do próprio texto constitucional que eleva à categoria de princípio a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), sugerindo ainda a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II) para, mais à frente, no art. 5º, §§ 1º e 2º, garantir a aplicabilidade imediata aos tratados internacionais.

O princípio “da dignidade da pessoa humana” ainda segue fortemente ancorado na concepção filosófica kantiana no sentido de que a pessoa (ser humano) deve ser sempre considerada como um fim e não como um meio, repudiando, assim, qualquer pretensão de coisificação ou instrumentalização do homem. Todavia, refutando a noção ontológica de dignidade, Hegel defende a necessidade de assunção da condição de cidadão para o ser humano atingir tal qualidade (dignidade), consubstanciando,

22 FARIA, José Eduardo. Apresentação. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 12.

desse modo, a máxima de que cada um deve respeitar os outros como pessoas, ou seja, a dignidade é (também) o resultado do *reconhecimento*. A partir desses aportes filosóficos, Sarlet aduz que a dignidade humana pode ser concebida como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (parâmetros da Organização Mundial da Saúde), além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²³

No surgimento dessa concepção, segundo Charles Taylor, as sociedades pré-modernas eram marcadas por uma forte divisão em castas, cujas hierarquias sociais se baseavam na *honra* – que é uma questão de preferências. Para que alguns a detenham, é essencial que outros não a possuam. Desse modo, quem a detém usufruía, na “pré-modernidade”, de privilégios que outros não tinham acesso. Dessa maneira, para Taylor, a substituição da noção antiga de honra pela noção de *dignidade* estendeu a possibilidade do reconhecimento a um nível muito mais abrangente:

Opõe-se a essa noção de honra a noção moderna de dignidade, agora usada num sentido universalista e igualitário que nos permite falar da ‘dignidade [inerente] dos seres humanos’ ou de dignidade dos cidadãos. A premissa de base aqui é de que todos partilham dela. É óbvio que esse conceito de dignidade é o único compatível com uma sociedade democrática (...).²⁴

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-60. Cf., também, BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*, p. 474-476.

24 TAYLOR, Charles D. The politics of recognition. In: _____. *Philosophical arguments*. Massachusetts: Harvard University Press, 1995. p. 226-227. Versão traduzida. A política do reconhecimento. In: _____. *Argumentos filosóficos*. Tradução Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. p. 242-243.

É dessa ideia inicial de amplitude da dignidade humana que a leitura hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 deve considerar o valor da disposição topográfica de tal princípio, pois, como se nota, o legislador constituinte se encarregou de prever tal princípio logo na parte inaugural do texto, juntamente com os demais fundamentos da “Carta Cidadã”. Dito de outra forma, com as palavras de Sarlet, entende-se que

o Constituinte deixou transparecer de forma inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente), das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.²⁵

Da mesma forma, ineditamente na história do constitucionalismo brasileiro, a dignidade humana foi reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição de 1988), sendo ainda citada em vários outros capítulos do texto constitucional,

seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana (...) (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*).²⁶

Sintetizando, com Carlos Roberto Siqueira Castro, entende-se que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio do ser

25 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61. No mesmo sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* - (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p. 89-92.

26 SARLET, op. cit., p. 62.

humano.²⁷ Neste momento, cabe aclarar que a noção apresentada alhures não se reduz a uma exposição metafísica daquilo que seja a “dignidade da pessoa humana”, para utilizar a terminologia empregada pelo constituinte.

Isso porque, ao considerar o ser humano como pessoa (art. 1º, inciso III; 17, *caput*; 34, inciso VII, b; 226, par. 7º), a Constituição – inserida na tradição ocidental (conforme se verificou na abordagem de Sarlet, com Kant e Hegel) – atribui-lhe traços constitutivos determinados: concretude/historicidade, individualidade, racionalidade, sociabilidade. Essas dimensões da pessoa estabelecem alguns recursos como necessários para o pleno desenvolvimento ou para a vida digna do ser humano (liberdade, saúde, segurança, educação, etc.). Com isso, ao afirmar, no texto constitucional, a dignidade humana, o constituinte buscou colocar o ser humano como um credor de “bens” necessários para que ele alcance uma vida digna como pessoa, isto é, como ser concreto, individual, racional e social. A busca desses “bens” estabelece deveres de justiça para o Estado, para a sociedade e para a própria pessoa.

Assim, esses recursos necessários à vida digna, quando considerados na perspectiva da comunidade, são chamados de *valores*. Os valores integram o “bem comum”, o conjunto de condições que permite a todos os membros da comunidade alcançarem a vida digna. Os valores formam o conteúdo dos deveres de justiça social. Assim, o desenvolvimento, enquanto valor, deve orientar a atividade econômica pública e privada. Na medida em que a atividade econômica persegue o valor “desenvolvimento”, ela é justa, isto é, atende às exigências da justiça social.

Contudo, o salutar processo de expansão da defesa dos direitos humanos no ambiente internacional, iniciado, conforme já se afirmou, principalmente a partir do pós-Segunda Guerra, a precariedade do cenário social de civilizações periféricas – como a brasileira, marcadas por um quadro geral de “cidadanias precárias” – ainda sugere intervenções estatais *básicas*, nos moldes previstos pelo constitucionalismo dirigente, até porque a efetiva-

27 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15-28.

ção de direitos sociais passa, primordialmente, pelo Estado que, paradoxalmente, conforme afirma Rocha, ainda é soberano.

Por isso, retornando-se à relação que deve se manter inextinguível entre cidadania e *atuação estatal dirigida pela Constituição*, assume-se a tese de que, tão importante quanto a atuação da jurisdição constitucional – referida alhures – é o fomento de uma tradição hermenêutico-social de um *sentimento constitucional*, para a implementação dos “compromissos modernos” do Estado brasileiro, materializados nas promessas de garantias dos direitos sociais e nos objetivos expostos no texto constitucional.

Sobre o *sentimento constitucional*, Pablo Lucas Verdú – amparado pela teoria de Pellegrino Rossi – entende que este atua como um verdadeiro liame moral entre as instituições e os homens e, se essa vinculação moral falha, “resulta que a) nada é sólido nem regular, b) não há cuidado na defesa da ordem estabelecida, e c) nem espírito de continuidade nas reformas.” Não há como negar que a ideia de um sentimento constitucional remonta, em seu nascedouro, à visão burguesa liberal do século XVIII, mais especificamente datada de 1789, ocasião da *Declaração do Direito do Homem e do Cidadão*: “Toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”. O *ter* (anseios populares veemente demonstrados) e o *estar em* (ordenação racional da convivência política) *Constituição*, foram sentimentos patentes de países que lutaram por independência.²⁸

Para países recém-saídos de experiências institucionais autoritárias, com Estados Sociais omissos, uma concepção da Constituição Dirigente, condizente com os valores de um Estado Democrático de Direito, deve se fundamentar numa teoria que, por sua vez,

já não pode ser só fruto da inteligência constitucional, senão, ademais, e em alguns momentos e casos muito significativamente, resultado da sensibilidade constitucional, de modo que a explicação das conexões normativo-institucionais do ‘estar-em-Constituição’ nunca hão de perder de vista motiva-

28 VERDÚ, Pablo Lucas. *Sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz A. F.. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 73-74.

ções emocionais do 'ter-Constituição' e de conviver conforme a Constituição.

A princípio, *o sentimento constitucional consiste na adesão interna a normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estimula-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.*²⁹ (destacou-se)

Por isso, além da noção da sua força normativa – legado da tradição constitucional europeia do século XX (pós-Segunda Guerra) –, a compreensão da Constituição como dirigente, programática e compromissária é fundamental para se atribuir sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade³⁰ para se alcançar a finalidade maior desse “trinômio” que é o *bem comum*.

5 Síntese final

Com base nos argumentos desenvolvidos na pesquisa, ora materializada no presente projeto, logram-se alguns apontamentos conclusivos:

- a) Com o advento da Constituição de 1988, inaugura-se um novo momento do constitucionalismo no Brasil na medida em que, em face do conteúdo altamente comprometido com os ideais democráticos e com a defesa dos direitos humanos, promove-se uma verdadeira revolução no campo jurídico brasileiro. Essa revolução pode ser resumida na proposta de um resgate ético do direito como um todo, capitaneado pelo direito constitucional;
- b) A partir do Estado Democrático de Direito sugerido pelo texto supracitado, a cidadania no Brasil deve ser reestru-

29 VERDÚ, Pablo Lucas. *Sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz A. F.. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 73-74.

30 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 209.

turada, principalmente à luz dos ideais transformadores desse modelo de Estado, que sugere, principalmente, a melhoria das condições sociais no Brasil. Para tanto, a Carta assume uma postura compromissária-dirigente, com metas bem definidas principalmente a favor daqueles que sempre se viram alijados de qualquer possibilidade de participação materialmente democrática no Estado e na sociedade;

- c) Todavia, há dificuldades para a materialização da democracia num modelo de sociedade em que boa parte dos “cidadãos” não é *reconhecida* como integrante do jogo democrático. Como consequência disso, percebe-se que falta no Brasil um *sentimento constitucional* que, inevitavelmente, acaba por comprometer a efetivação da própria Constituição Dirigente, na medida em que este texto depende diretamente de uma *cidadania ativista*, capaz de, ao lado da própria Jurisdição constitucional, implementar as promessas descumpridas da modernidade.
- d) Por fim, como proposta diferenciada para a leitura da problemática exposta acima, sugere-se no presente texto uma leitura hermenêutica das ações políticas que viabilize sair-se dos impasses deixados pelas concepções filosóficas de cunho hegemônico no que se refere à identidade dos agentes morais e políticos.

6 Referências

ARENDRT, Hannah. *O que é política?* Tradução Reinaldo Guarany. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Julian Marias e Maria Araújo. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1999.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Leitura ética da Constituição*. Porto Alegre: Unisinos, 2004. (Texto disponibilizado na disciplina Ética e Fundamentação do Direito do Curso de Mestrado em Direito da UNISINOS-RS)

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na periferia do capitalismo. In: AVELÃS NUNES, Antônio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Constituição econômica e Constituição dirigente. In: BONAVIDES, Paulo et al. *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1 e 2.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Revisar o romper com la constitucion dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 15, n. 43, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *1988 – 1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHAUÍ, Marilena. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. Tradução Isabel M. Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____; AVELÃS NUNES, Antônio José. *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29-80.

FARIA, José Eduardo. Apresentação. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.1-13.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I*. Salamanca: Sígueme, 1994.

GOMES, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Resenha do prefácio segunda edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GUEDES, Néviton. In: COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Direito e moral*. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. Eurocentrismo, Europa dos Mercados ou Europa dos Cidadãos (do Mundo). *Tempo Brasileiro*, jul./set. 1999.

IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-Providência. Tradução Eliana M. Souza. In: _____. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARX, Karl. *A questão judaica*. Tradução Silvio Donizete Chagas. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: EdUNB, 2000. p. 1179-1188.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Direitos humanos “globais (universais)”. De todos, em todos os lugares! *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: EdUnisinós, 2001.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 156-167, 1995.

ORWELL, George. Inglaterra, tua Inglaterra. In: BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e holocausto*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p. 79-100.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinós, 2003.

_____. O direito na forma de sociedade globalizada. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001. p. 118.

_____ et al. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno?. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15-28.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Juremir Machado da. Apresentação. In: LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Armando B. Ara. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

_____. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b. p. 301-371.

TAYLOR, Charles D. A política do reconhecimento. In: _____. *Argumentos filosóficos*. Tradução Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. The politics of recognition. In: _____. *Philosophical arguments*. Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz A. F. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WALZER, Michael. *As esferas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

2

PARECERES



2.1

ALIMENTAÇÃO DE DETENTOS: POSSIBILIDADE DE CLASSIFICAÇÃO COMO SERVIÇO CONTÍNUO E CONTRATAÇÃO MEDIANTE PRÉVIO REGISTRO DE PREÇOS

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO

PROCESSO: 43637361. Parecer: PGE/SCA nº 0217/2009. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social - SESP.

EMENTA: Necessidade de prover alimentação a internos de presídios. Obrigatoriedade de prévio certame licitatório. Dúvida quanto à incidência do caput do art. 57, da Lei de Licitações, ou de seu inciso II. Dificuldades operacionais experimentadas com a tese da adstrição da vigência contratual à vigência do respectivo crédito orçamentário. Com isso, recorrente risco de solução de continuidade na satisfação do interesse público. Conquanto presentes correntes doutrinárias divergentes, ambas se mostram plausíveis, cabendo ao advogado público a escolha por aquela que, revestida de legalidade e plausibilidade, possibilita a prestação administrativa de forma mais eficiente. Portanto, possibilidade de configuração do objeto licitado como “serviço contínuo”, dadas as peculiaridades do seu atual *modus operandi*. “Obrigações de fazer” consubstanciadas em serviços de Nutrição e Administração que assumem relevância na execução do objeto, consoante especificações do projeto básico. Prorrogabilidade do contrato com fulcro no artigo 57, inciso II, da Lei de Licitações. Admissibilidade de sistema de registro de preços, não obstante tratar-se de serviço contínuo.

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DA SCA:

Trata-se de pretensão da Respeitável Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa Social – SESP – em proceder com licitação, na modalidade de pregão eletrônico, para fins de

registro de preços de serviços de nutrição e alimentação para os abrigados da Casa Abrigo “Maria Cândido Teixeira”.

Antes que se analise o aspecto procedimental do processo licitatório, há de se tecer considerações acerca da dicotomia “compra versus serviço”, recorrente em tema de licitações públicas e com efeito prático importante para o caso concreto.

A caracterização de um objeto contratual como compra ou como prestação de serviços, na esteira dos ensinamentos do mestre Marçal Justen Filho¹, depende inexoravelmente da aferição do núcleo obrigacional estabelecido em cada caso concreto. Assim, em se tratando de obrigação de dar, tratar-se-á de compra e, restando presente uma obrigação – essencialmente – de fazer, estaremos diante da hipótese de prestação de serviço.

A classificação transcende a mera discussão doutrinária, na medida em que influi sobre a correta delimitação do prazo de vigência do contrato administrativo a ser celebrado. A sistemática adotada pelo legislador, no artigo 57, da Lei de Licitações, impõe uma regra geral segundo a qual as contratações públicas devem ostentar vigência que não exceda a vigência de seus respectivos créditos orçamentários, ou seja, 31 de dezembro do ano então corrente. Apenas excepcionalmente, como nos casos de contratação de serviços de caráter contínuo (exemplo que importa para o caso vertente), é que se poderia, sob determinadas condições, extrapolar o limite temporal referido.

A importância prática da classificação assume ainda maior relevo seja porque (i) não são raras as situações em que o objeto licitado apresenta acentuada complexidade, contemplando em proporções muito próximas, tanto obrigações de fazer como de dar coisa certa (serviço e fornecimento de produtos), dificultando a atividade interpretativa do agente público; (ii) ou seja porque esses objetos licitados, comumente, representam uma *necessidade contínua do Estado*, sejam eles classificados como aquisição ou como serviço. Em outras palavras, nessa temática, o pano de fundo sempre é o risco de solução de continuidade na

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 96.

prestação estatal, que seria obviamente mitigado quando possível a prorrogação do contrato.

E, a par das sugestões de alteração legislativa, o fato é que o artigo 57 continua a determinar, cogentemente, que os contratos devem estar adstritos à vigência de seus créditos, não excepcionando as hipóteses de “compras contínuas” (medicamentos, material de expediente, etc.).

Perdurando esse cenário, não há alternativa senão a de aferir, em cada caso concreto, a ocorrência de hipótese de serviço contínuo (que autorizaria a prorrogação de vigência contratual), ou de mera compra contínua (modalidade para a qual o legislador não possibilitou a prorrogação contratual).

Ao menos no âmbito estadual, historicamente, é possível identificar que as contratações cujo objeto versava acerca de alimentação ofertada pela Administração Pública, em regra, ostentavam uma autêntica natureza de compra. É que a atividade desempenhada pelo particular limitava-se à entrega de marmitas aos comensais, sem maiores exigências nem especificidades nutricionais. A atividade de preparo do alimento assumia, nessas condições, uma feição claramente acessória e preliminar no que tange à atividade de fornecimento da marmita, de maneira que a obrigação de dar se apresentava como núcleo da avença firmada com o Estado.

Nessas condições, não há dúvida de que a obrigação de fazer (preparar o alimento) não se sobrepunha à obrigação de dar a coisa, eis que a finalidade estatal seria alcançada independentemente das especificidades do preparo que porventura fossem empreendidas pelo contratado. Bastava ao Estado a entrega da alimentação em condições de consumo, dentro do que se razoavelmente espera. A forma de preparação do alimento, portanto, não consistia em um ativo mensurável pela Administração.

É o que ocorre, a título de ilustração, quando a Administração pretende comprar pneus para suas viaturas. Nessas situações, o agente público descreve o bem almejado e busca a proposta mais vantajosa, não importando a forma como fora produzido o bem. Basta que o pneu seja compatível com a especificação constante do instrumento de convocação. É evidente que a entrega dos pneus (obrigação de dar) fora precedida de

sua produção (obrigação de fazer), mas essa parcela obrigacional equivale a um simples meio para que se atinja a obrigação contratual principal, haja vista que todo bem, para ser entregue, deve ser anteriormente produzido.

É dizer que em toda obrigação de dar, há sempre uma parcela de obrigação de fazer, motivo pelo qual é necessário se perquirir em cada caso concreto qual é a atividade que se mostra preponderante. Caso contrário, estaríamos a negar a existência da modalidade obrigacional “obrigação de dar”, pois ela não poderia existir sem uma prévia obrigação de fazer.

Ocorre que a política de alimentação estatal tem sofrido importante alteração no Estado, sobretudo com a demanda por tratamento digno estabelecida pela Carta Magna, o que vem resultando em aplicação de conhecimentos do campo da Nutrição e da Administração, em todas as etapas do processo produtivo.

Não se mostra possível, no atual contexto, estabelecer uma inequívoca dissociação entre a entrega do alimento e o seu preparo, definindo de forma tão clara a preponderância de um sobre o outro, porquanto a atividade de preparo, por ora, contempla a elaboração de cardápios especiais em função de datas ou de necessidades especiais dos destinatários, coleta e armazenagem de amostras para análises de qualidade, tratamento de resíduos sólidos, escolha e aquisição dos alimentos, complexa distribuição dos alimentos em horários e locais variados, fixação de logística para transporte, acondicionamento da refeição em condições que favoreçam a manutenção de segurança nos estabelecimentos, etc.

Na situação em tela não nos parece que o serviço absorvido na preparação da alimentação assumira mera função acessória, mas, ao contrário, integrara a essência e a expressão da atividade comercial. O *modus operandi* constitui elemento importante para a satisfação do interesse estatal: primeiro porque exerce substancial influência sobre a determinação do preço final a ser ofertado, e segundo porque exige a aplicação de conhecimentos específicos ostentados por nutricionistas que, em certos termos, poderiam ser comparados aos serviços de um médico em uma atividade de diagnóstico e tratamento, ou de um engenheiro quando da elaboração de seus projetos.

Não se pretende, por óbvio, adotar um entendimento simplista em relação ao tema. A presente consulta não comporta uma única tese.

A favor do entendimento de que a alimentação de presos constitui serviço, há o fato de que a Secretaria do Tesouro Nacional, ao editar a Portaria nº 448/2002, determina que a “alimentação de detentos” deve obter classificação orçamentária de *outros serviços de terceiros – pessoa jurídica*. A referida norma apresenta nítido caráter contábil-orçamentário e, somente por si, não teria o condão de alterar a natureza substancial do objeto licitado, ou seja, aquilo que materialmente ocorre no campo fático. Em contrapartida, subsistiria o argumento de que à União compete legislar concorrentemente acerca de Direito Financeiro e Orçamento (artigo 24, I e II, CF) e, à míngua de legislação suplementar do Estado, há de ser respeitada a regra estabelecida pela União, que classifica o objeto em questão como “serviço prestado a terceiros”.

Considerar que a alimentação ofertada pelo Estado constitui mera aquisição de produtos acarretaria dificuldades para operacionalização do pagamento, cujo crédito está inscrito sob a rubrica de serviço.

Em termos práticos, considere-se também que diversos entes federativos vêm adotando a tese de que se trata, na espécie, de serviços contínuos e não de compra, o que se pode identificar em seus editais de licitação. No Estado de São Paulo há, inclusive, a oferta de manual de orientação para elaboração de editais de alimentação para presos, do qual se extrai a instrução para que o objeto seja qualificado como serviço contínuo (<http://www.cadterc.sp.gov.br/>).

Se esse dado não constitui um elemento de argumentação jurídica, em termos pragmáticos é importante que se leve ao conhecimento do agente público a tendência que vem se estabelecendo, como forma de formação de seu juízo discricionário. Em contrapartida, há de se considerar a eventual parcialidade da escolha desses entes, uma vez que a possibilidade de prorrogação desses contratos socorre aos seus interesses operacionais e facilita a sua gestão.

Outrossim, em extensa pesquisa nos respectivos sítios na internet, este Procurador não identificou qualquer censura do

Tribunal de Contas da União ou do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo em classificar essa modalidade de alimentação como serviço contínuo. Não obstante, dadas as dificuldades práticas para a operação dessas pesquisas, sugere-se ao Eminentíssimo Secretário de Estado que, no uso de sua prerrogativa, encaminhe consulta formal ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em ordem a balizar a conduta da Administração Estadual, não somente no que tange ao controle jurídico interno (como ora se faz), mas também no que tange a eventual controle de contas externo.

A medida se mostra útil porque imprime segurança à atuação do administrador público e o resguarda no campo da responsabilidade pessoal.

Da mesma forma, não se identificou em obras doutrinárias uma explícita vedação à tese de que a alimentação pode ser qualificada, em certas condições, como serviço contínuo. Em campo acadêmico não há um tratamento casuístico acerca do tema, mesmo porque não seria essa a seara adequada.

Entretanto, o tratamento tributário conferido à questão pode indicar que a alimentação constitui fornecimento de mercadoria. Isso porque tanto o Supremo Tribunal Federal² como o Superior Tribunal de Justiça³ têm reafirmado a constitucionalidade das leis estaduais que estabelecem a incidência do ICMS sobre operação de fornecimento de bebidas e alimentação, muito embora somente se tenha analisado a hipótese de fornecimento em restaurantes e bares, e não em estabelecimentos prisionais.

Diante desse reticente cenário, vejo como legítima a qualificação do objeto ora licitado como serviço contínuo, restando possível a prorrogação do contrato com fulcro no artigo 57, inciso II, da Lei de Licitações. Esclareça-se que, embora sob o

2 TRIBUTÁRIO. LEI GAÚCHA N. 6.485/72. ICM INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES MISTAS. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO. FORNECIMENTO DA MERCADORIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, ao definir a base de cálculo do ICM nas operações de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares, a Lei nº 6.485/72 restringiu sua base de cálculo apenas às mercadorias, afastando, por conseguinte, a incidência da parcela de serviço que compõe aquelas operações.

3 Súmula 163 - STJ. O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação.

estrito enfoque da ciência jurídica, essa solução possa suscitar divergências técnicas, entendo que a razoabilidade da tese justifica sua adoção, sobretudo tendo-se em vista a satisfação do interesse público que, no caso, é a minimização dos riscos de solução de continuidade no que tange à alimentação dos abrigados sob a tutela do Estado.

Diante da concomitância de teses jurídicas divergentes, cabe ao advogado público – no exercício da assessoria jurídica – adotar aquela que, revestida de legalidade e plausibilidade, possibilite a prestação administrativa de forma mais eficiente. Há de se ter sob perspectiva que a argumentação jurídica deve ostentar natureza instrumental à satisfação do direito, sobretudo no âmbito da advocacia pública, em que o direito a ser satisfeito corresponde aos anseios metaindividuais da sociedade.

Impende notar, aliás, que a maior problemática que vem se experimentando em relação às contratações de empresas fornecedoras de alimentação reside na falha de fiscalização da execução do contrato, e não propriamente na sua prorrogabilidade. Assim, há de se *redobrar o dever de fiscalização*, seja no que tange à qualidade dos alimentos, ou seja, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, que causa notório prejuízo ao Erário nas hipóteses de responsabilização subsidiária reconhecida pela Justiça obreira.

Em análise de processo administrativo (39051749) cujo objeto era a terceirização dos serviços de nutrição escolar, tivemos a oportunidade de assinalar:

“É possível constatar – sem margem de dúvidas – que o limite entre o sucesso e o fracasso desse empreendimento estatal reside na capacidade da Administração em exigir aquilo que fora pactuado e sancionar o particular no caso de eventual descumprimento. Há de se ter sob perspectiva que o ônus administrativo não restará suprimido em virtude da terceirização. Trata-se, tão-somente, de uma mudança de foco: toda a capacidade executória atualmente implantada transpassará para a atividade fiscalizatória do Estado, não como desdobramento do dever de polícia, mas sim como mera conseqüência do vínculo obrigacional estatuído entre as partes.

E, considerando o montante dos recursos a serem desembolsados, bem como o complexo e extenso rol de obrigações do licitante contratado, não é difícil prever que a Administração Estadual experimentará um significativo implemento no seu poder-dever de fiscalização. Se o órgão Consulente não se qualificar para o exercício desse novo ônus burocrático, não há dúvidas de que o potencial de êxito do programa será sensivelmente mitigado.”

Por outro lado, identifica-se adequação na escolha operada pela Secretaria em adotar o sistema de registro de preços no caso vertente.

Com efeito, compulsando a descrição do objeto a ser licitado e considerando a natureza desses serviços, é possível presumir que a fixação dos quantitativos ostenta forte carga de variação, eis que dependente de eventos futuros e incertos.

Por mais eficiente que seja a memória administrativa do Órgão, é possível ocorrer uma variação de quantitativos que importará em sérias dificuldades procedimentais, principalmente no que tange aos limites de supressão e acréscimo do objeto contratado. Outrossim, deve-se sopesar o limite de vigência do crédito orçamentário corrente – 31 de dezembro de 2009, circunstância que poderia ocasionar uma indesejável solução de continuidade na execução dos serviços.

A necessidade recorrente de contratações e a impossibilidade de prévia fixação de quantitativos, ocasionada pela natureza do bem, demandam a adoção do sistema de registro de preços, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, regulamentada em âmbito estadual pelo Decreto Executivo nº 1.790/07.

É que a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir. Assim, a Respeitável Secretaria não restaria vinculada a quantitativos previamente determinados que, bem se diga, apresentam grande probabilidade de variação.

Resolvem-se, com a adoção do registro de preços, os problemas que certamente seriam experimentados com a impossibilidade de majoração ou supressão do objeto em mais de 25% do preço contratual, solucionando-se, ainda, questões afetas à

reserva orçamentária, uma vez que, no registro de preços, sua efetivação não ocorre antes da publicação do edital, mas tão-somente a partir da emissão da ordem de serviço, caso a caso.

Ademais, afasta-se o risco de solução de continuidade dos serviços, tendo em vista que a vigência do registro de preços não se limita à vigência do crédito orçamentário (31 de dezembro).

Passamos a analisar os aspectos essencialmente procedimentais da contratação, bem como a minuta do instrumento convocatório.

A justificativa da despesa estaria vinculada à necessidade de manutenção da alimentação dos detentos que, por óbvio, não pode sofrer solução de continuidade.

Há autorização formal para deflagração do certame (folha 162).

Não obstante, antes que se autorize a despesa (quando da emissão da ordem de serviço), deve ocorrer prévia e efetiva reserva de dotação orçamentária suficiente para suportar a demanda, bem como a certificação de que a despesa ostenta adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A especificação utilizada pelo Órgão possibilitou a coleta de preços e a fixação do preço médio (folha 91), sendo possível constatar que o objeto enquadra-se na classificação de serviço comum, nos termos da Lei Federal nº 10.520/02, circunstância que, aliás, deve ser ratificada por meio de declaração do agente público competente.

Quanto ao instrumento convocatório, deve ser excluída a exigência de localização da cozinha mantida pela Contratada em um raio de cinco quilômetros da Penitenciária. Trata-se de cláusula que limita a competitividade e, por consequência, mitiga o potencial de economicidade a ser experimentado pelo Estado, na medida em que afasta da competição as empresas que, embora não possuam cozinha em local próximo à Casa Abrigo, eventualmente apresentam condições de efetuar a entrega das alimentações de forma célere e em condições apropriadas ao consumo. Basta, para tanto, que tais empresas ostentem plano logístico adequado.

Eventual prestação ineficiente dos serviços deverá ser rechaçada ao tempo da fiscalização de execução do contrato, não sendo legítima a presunção, ainda na fase interna do certame, de que as licitantes que estejam localizadas além do raio de cinco quilômetros da Casa Abrigo não ostentam capacidade técnica para a celebração do ajuste. Aliás, a aferição do raio de cinco quilômetros traria dificuldades práticas de aferição para a própria Secretaria, sobretudo, se alguma licitante se localiza nas proximidades desse limite.

Ademais, a Secretaria deverá incluir exigência de capacidade técnica consistente em comprovação de que a empresa possui em seus quadros, na qualidade de sócio, empregado ou prestador de serviços, profissional detentor de título de nutricionista, devidamente inscrito no respectivo órgão de fiscalização profissional.

Por fim, constata-se que o edital proposto contempla uma minuta de instrumento contratual e não uma mera ordem de execução dos serviços (instrumento substitutivo), como vem sendo adotado comumente nas minutas padronizadas elaboradas por essa Procuradoria Geral.

A adoção de um instrumento de contrato vincula-se claramente à intenção da Secretaria de fixar o prazo de vigência dos ajustes de acordo com a regra prevista no artigo 57, inciso II, da Lei de Licitações. Ou seja, utilizando-se o instrumento de contrato, poder-se-ia prorrogar cada uma das contratações advindas da Ata de Registro por um período de até sessenta meses, por se tratar de serviço contínuo.

O artigo 15 da Lei de Licitações, ao tratar do registro de preços, o faz com menção explícita e exclusiva às hipóteses de compra. Nada obstante a essa omissão legislativa, há muito já não perduram dúvidas quanto ao cabimento do sistema de registro de preços para os casos de contratação de serviços. Afigura-se na doutrina, quanto ao tema, que não há qualquer característica inerente ao registro de preços ou ao contrato de prestação de serviços que impeça a expansão do sistema de registro de preços sobre situações diversas das meras hipóteses de compra. A autorização legal para a adoção do SRP nas contratações de serviços encontraria fundamento no sistema normativo, interpre-

tado segundo a sua unicidade, e não apenas na interpretação literal e isolada do artigo 15 supra mencionado⁴.

Há, no entanto, um problema relativo ao aspecto temporal dessas contratações, resultante da *conjugação entre o sistema de registro de preços e o mecanismo de prorrogações de contratos de serviços contínuos, previsto no artigo 57, inciso II*.

Para alguns, os serviços contínuos não seriam compatíveis com o registro de preços, eis que atendidos pelo instituto da prorrogação contratual (art. 57, II). Para nós, ao contrário, não subsiste essa alegada incompatibilidade, consoante lição do Professor Marçal Justen Filho:

“O grande problema do registro de preços é a ausência de definição precisa e exata das contratações futuras. Mas essa dificuldade não se põe apenas quanto a serviços. Trata-se de obstáculo que, se fosse insuperável, conduziria à vedação absoluta à utilização do sistema. Ou seja, o argumento prova demais porque conduz não apenas a impedir registro de preços para serviços e obras, mas também para compras.

Afasta-se, ademais, o argumento utilizado anteriormente. Dizia que o registro de preços era solução apropriada apenas para compras porque os serviços eram atendidos pela via da prorrogação contratual prevista no art. 57, inc. II. Deve-se reconhecer a debilidade da construção, eis que as necessidades enfrentadas por via do registro de preços nem sempre correspondem àquelas que produziram o instituto da prorrogação contratual. Algumas necessidades permanentes e contínuas podem ser satisfeitas através de prorrogação de contrato. Mas há situações diversas, em que a dimensão dos serviços é impossível de ser determinada de antemão e a aplicação da regra do art. 57, inc. II, não é suficiente para assegurar ao Estado o desempenho satisfatório e eficiente de suas funções. Assim, por exemplo, suponham-se serviços de manutenção de ruas ou limpeza de galerias pluviais. É impossível determinar, antecipadamente, a dimensão, a localização ou a intensidade de tais serviços. Se a Administração realizar licitação com indicação precisa a propósito do objeto,

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.148.

acabará deixando de atender necessidades relevantes para o interesse estatal. Será, inclusive, responsabilizável em face dos usuários pelos defeitos do serviço. Como decorrência, a Administração acabaria produzindo contratação direta, sob modalidade emergencial, por não dispor de registro de preços de serviços e obras. E ninguém negaria que a contratação direta por emergência é muito menos compatível com os princípios constitucionais que disciplinam a atividade administrativa do que o registro de preços”⁵.

De fato, no caso em apreço, o objeto a ser licitado apresenta caráter de serviço (não obstante às polêmicas interpretativas, como visto anteriormente). O núcleo obrigacional da avença configura-se como uma “obrigação de fazer”, vez que demanda a aplicação de conhecimentos intelectuais (nutricionismo) e habilidades manuais específicas. Outrossim, o objeto representa uma demanda contínua da Administração, cuja interrupção causaria transtornos à própria prestação do serviço aos administrados.

Não há dúvida, portanto, de se tratar de um serviço contínuo, hábil a atrair o instituto da prorrogação contratual prevista no art. 57, inc. II. De toda sorte, tal circunstância não afasta a aplicação do sistema de registro de preços.

Se for realizado um pregão convencional, haverá a celebração de um único contrato, limitado a limites de supressão e acréscimo quantitativo (25%) e sendo necessária a prévia reserva orçamentária, ainda na fase interna do certame. Ocorre que a natureza notoriamente imprevisível do serviço de alimentação – variável em função da quantidade de detentos em determinado período – não permite à Administração definir previamente qual será a dimensão dos serviços necessitados, o que pode acarretar até mesmo um potencial de litigiosidade com o particular contratado, que poderá não admitir uma supressão que exorbite do limite de 25% sobre a projeção de consumo.

Há implicâncias até mesmo orçamentárias, pois não se pode projetar o gasto, se não há certeza quanto à dimensão da necessidade estatal. Poder-se-ia assumir uma despesa maior que as ga-

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 148.

rantias orçamentárias disponíveis, ou seria ainda possível privar o Estado da aplicação de um recurso financeiro porque reservado para uma despesa que eventualmente pode não se consumir.

Daí porque afirmar, como o faz Marçal Justen Filho, que o serviço contínuo não é incompatível com o sistema de registro de preços. De qualquer maneira, há de se redobrar o dever de diligência dos gestores dos contratos, sobretudo quanto a aspectos temporais e quanto à economicidade dos preços registrados. Assim, deve se observar que:

- a) A Ata de Registro de Preços possuirá prazo de vigência de um ano;
- b) No período de vigência da Ata (um ano), a Administração poderá firmar tantos contratos quantos forem necessários ao atendimento da demanda prevista no edital, observada (i) a ordem de classificação para cada lote; (ii) os limites de acréscimo quantitativo; (iii) a projeção de consumo para todo o período (até 60 meses); e (iv) os requisitos para adesão à Ata (“carona no SRP”);
- c) Os contratos celebrados com as empresas (o que deve ocorrer antes do fim de vigência da Ata) poderão sofrer a prorrogação prevista no artigo 57, inciso II (até sessenta meses). A regra do artigo 57, II, aplicar-se-á aos contratos propriamente ditos, e não à Ata de Registro de Preços (cuja vigência é improrrogável);
- d) Uma vez expirada a vigência da Ata, a Administração deverá proceder com nova licitação para registro de preços, se assim for necessário;
- e) Os preços registrados devem sofrer ininterrupta monitoração pela Secretaria, assegurando-se que os contratos celebrados não apresentem preços inexequíveis ou superestimados, quando comparados com as condições atuais de mercado;
- f) Os preços registrados na Ata poderão sofrer alterações, desde que comprovada superveniente mudança nas

condições de mercado, conforme previsto na cláusula sexta da Ata (folha 131);

- g) Uma vez alterados os preços registrados na Ata, deverão ser também alterados os preços fixados nos contratos dela originados. Ou seja, a Ata deverá conter sempre os preços atuais de mercado, e os contratos devem apresentar preços condizentes com a Ata. A alteração do preço contratual se dará por meio do instituto do reequilíbrio da equação econômico-financeira;
- h) A Secretaria deve assinar o contrato com a empresa e, após isso, periodicamente, deve reavaliar as quantidades necessárias à alimentação dos abrigados.

Os autos deverão ser encaminhados previamente à Doutra Auditoria Geral do Estado para que se manifeste acerca das condições econômico-financeiras da licitação a ser instaurada, notadamente no que se refere:

- a) À fórmula de composição do preço de mercado adotada pela Secretaria (folha 91);
- b) Ao método de elaboração da proposta final, tal como previsto no edital, à folha 133. É que, da maneira como ora apresentado, há indícios de que o licitante vencedor poderá utilizar o recorrente “jogo de planilha”, atribuindo preços mais altos para as faixas etárias de maior demanda, e diminuindo os preços naquelas faixas etárias em que a demanda é menor. Parece-nos apropriado que a proposta comercial apresente um desconto percentual linear em todas as faixas etárias.

O Edital definitivo deverá ser devidamente preenchido, datado e assinado, antes de sua regular divulgação, sendo essa realizada nos termos do artigo 4º, inciso I, alínea “b”, da Lei 10.520/2002, cominado com o artigo 17, inciso I, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 1.527-R/2005, assim como deverá ser respeitado o prazo fixado para apresentação das propostas, que

será contado a partir da publicação do aviso, não sendo inferior a 08 (oito) dias úteis.

Após o cumprimento das diligências aqui solicitadas, poderá ser iniciada a fase externa do certame licitatório, sendo desnecessário o retorno dos autos para nova análise conclusiva.

A teor do que estabelece o artigo 5º, parágrafo primeiro, do Decreto Estadual nº 1.939/2007, o Órgão Licitante poderá deixar de remeter os autos à Procuradoria Geral do Estado ao tempo da celebração do ajuste com o licitante vencedor do certame, desde que restem cumpridas todas as diligências apontadas nesta manifestação prévia da Procuradoria e desde que sejam preenchidos os requisitos previstos no artigo 4º, parágrafo primeiro do mesmo Diploma, a saber: disputa transcorrida sem qualquer impugnação ou recurso dos particulares e sem a ocorrência de qualquer óbice apontado pelos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública.

É o parecer. À apreciação superior.

Vitória-ES, 11 de fevereiro de 2009.

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO
Procurador do Estado

2.2

CRITÉRIOS PARA TERCEIRIZAÇÃO REGULAR DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: ANÁLISE DO PROJETO DE IMPLANTAÇÃO DA CENTRAL FAÇA FÁCIL DE CARIACICA

LEANDRO MELLO FERREIRA

PROCESSO nº 44908939. Parecer PGE/SCA nº 961/2009. Origem: Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Análise jurídica dos aspectos inovadores do Projeto da Central Faça Fácil – Cariacica. 2.1 A contratação integrada dos serviços de implantação, manutenção e gerenciamento da Central Faça Fácil – Cariacica. 2.2 As relações público-privadas (terceirização) na prestação dos serviços públicos. 2.2.1 A forma de prestação dos serviços públicos na Constituição da República de 1988. 2.2.2 Direitos Fundamentais: fundamento da interpretação constitucional e, por conseguinte, da atuação da Administração Pública. 2.2.3 Critérios constitucionais que limitam as relações público-privadas na execução dos serviços públicos. 2.2.4 Análise da terceirização a ser implementada na Central Faça Fácil à luz dos critérios estabelecidos. 3 Análise da minuta de fls. 655-1.586. 4 Conclusão.

EMENTA: Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos (SEGER) – Pregão Presencial – Prestação dos serviços integrados de implantação, manutenção e gestão da Central Faça Fácil de Cariacica – Análise jurídica das inovações substanciais do projeto – Pendência de apresentação dos elementos que embasam a Justificativa no Projeto Básico – Adequações na minuta do edital – Observadas as recomendações expostas, ter-se-á a possibilidade de abertura do procedimento licitatório.

Sra. Procuradora-Chefe da SCA:

1 Relatório

Trata-se de procedimento administrativo encaminhado pela Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos (SEGER) no qual se pretende a realização de licitação na modalidade Pre-

ção Presencial para a contratação de empresa ou consórcio de empresas para a implantação, manutenção e gestão da Central de Atendimento Integrado Faça Fácil, prevista para se localizar no Município de Cariacica.

Segundo definição constante no Projeto Básico, a Central Faça Fácil – Cariacica *“visa a estabelecer um novo paradigma no serviço público no que diz respeito ao padrão de atendimento ao cidadão, oferecendo serviços públicos com eficiência, qualidade e rapidez. Para tanto, serão reunidos, no mesmo espaço físico, vários órgãos prestadores de serviços públicos, entidades da sociedade civil e empresas prestadoras de serviços de natureza pública”* (fl. 699).

A Douta Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) analisou os aspectos econômico-financeiros da contratação pretendida às fls. 1.592-96, traçando diversas considerações que exigiram as justificações da SEGER de fls. 1.658-60, enquanto algumas, por serem de natureza preponderantemente jurídica, serão objeto de nossa consideração oportunamente.

É o breve relatório.

2 Análise jurídica dos aspectos inovadores do Projeto da Central Faça Fácil – Cariacica

Analisando o Projeto Básico da Central Faça Fácil – Cariacica verifica-se que existem três aspectos que diferenciam a contratação pretendida das habitualmente praticadas no âmbito da Administração Pública Estadual: a) uma única empresa ou consórcio de empresas será responsável por diversos serviços distintos, normalmente contratados separadamente; b) o atendimento presencial aos cidadãos nos diversos órgãos públicos estabelecidos na Central será efetuado pela Contratada, sob a gerência dos representantes da respectiva entidade; c) o controle e a fiscalização da execução do contrato exigirão um estreito relacionamento da administração estadual com os demais órgãos públicos e privados parceiros do Projeto.

Quanto a esse último aspecto, que não diz respeito à regularidade da fase interna da licitação pretendida e, por isso, não será objeto da presente análise, cabe registrar, não obstante,

que deverá a Administra o Estadual desenvolver a regulamenta o das parcerias que serão firmadas, instrumentalizando-as, no intuito de se obter a devida segurança jurídica nessas rela o es.

Os outros dois aspectos são preliminares   contrata o pretendida, razão pela qual merecem tratamento individualizado.

2.1 A contrata o integrada dos serviços de implanta o, manuten o e gerenciamento da Central Faça Fácil – Cariacica

A forma da contrata o pretendida   justificada no Projeto Básico nos seguintes termos:

“Para a implementa o da Central, o Governo Estadual optou pela execu o de um único edital para a contrata o de presta o integrada de serviços de implanta o, opera o e manuten o. O motivo primordial que levou o Governo a esta op o foi a possibilidade de uma maior integra o de todas as etapas de implanta o e de gestão, viabilizando as diretrizes básicas do projeto. Além desse, pode se elencar ainda:

- O processo de implanta o   mais rápido e mais barato para o Governo considerando o custo x benefício em longo prazo;
- Uma única empresa ou consórcio fica responsável pela execu o da obra civil e pela posterior manuten o predial. Com essa modalidade de licita o evita-se a ocorrência de conflitos de responsabilidade para efetua o dos reparos, gerados por desgaste físico, tempo de uso, uso indevido ou erros na constru o, que comprometeriam a qualidade do atendimento da Central;
- O vencedor de uma licita o única terá obrigatoriamente de compatibilizar os prazos dessas diversas etapas;
- Menor custo para o Gsoverno na fase de implanta o: o investimento será diluído ao longo do contrato, de 60 meses.

Observa-se ainda que solu o es similares estão sendo adotadas por diversas administra o es estaduais. São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal, Pernambuco e Rio de Janeiro

já implantaram ou estão em fase de implantação. São Paulo implantou essa solução nas Unidades de Bauru, Osasco, Santos e São José do Rio Preto, e está em fase de implantação das unidades de Taubaté, Jundiaí e Piracicaba. Rio de Janeiro está em fase de implantação de unidades na Baixada Fluminense e na Zona Oeste. Minas Gerais está licitando a implantação de 6 unidades no modelo de Parceria Público-Privada.”

Percebe-se que o planejamento efetuado considerou os aspectos econômicos da modalidade da contratação; os objetivos em termos de qualidade dos serviços quando submetida à responsabilidade integral pelos diversos serviços a uma única contratada; além de apontar as experiências similares em outras unidades da Federação.

Não obstante, devem constar nos autos os elementos nos quais se basearam as conclusões acima indicadas. Não se pode afirmar a economicidade de certa modalidade de contratação sem apresentar os cálculos efetuados, assim como não cumpre seu desiderato apenas informar que experiências similares já estão sendo desenvolvidas em São Paulo, por exemplo, sem indicar os resultados técnicos e econômicos, ainda que parciais, que estão sendo colhidos.

É somente a plena demonstração das justificativas apresentadas que legitimará o afastamento da exigência do art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, nos termos do Acórdão nº 1.692/2004 do Colendo Tribunal de Contas da União, permitindo a unificação em uma única contratação de todos os serviços a serem executados.

No mesmo sentido, a regularidade da adoção do prazo de 60 meses de contratação estará vinculada à demonstração de sua necessidade para a plena obtenção dos resultados quantitativos e qualitativos estimados.

Por sua vez, a fiscalização dos resultados e das obrigações trabalhistas e fiscais decorrentes da contratação pretendida deverá assumir características apropriadas à magnitude do contrato, considerando-se ainda os diversos outros projetos da administração estadual, de modo que deverá o órgão consulente informar nos autos a estrutura administrativa, inclusive

de recursos humanos e metodologia de trabalho, que pretende disponibilizar para esse importante elemento para o atingimento da finalidade da contrataça3, que 3 a fiscalizaça3, seja desempenhada a contento.

2.2 As rela33es p3blico-privadas (terceirizaça3) na prestaça3 dos servi3os p3blicos

A obrigaça3 da contratada de efetuar por meio de seus funcion3rios, o atendimento presencial aos usu3rios dos diversos servi3os p3blicos que estar333 3 disposiça3 na Central Fa3a F3cil – Cariacica suscita o tema da terceirizaça3 no servi3o p3blico.

Essa tem3tica, segundo entendemos, ainda n3o obteve tratamento definitivo nem no 3mbito da doutrina administrativista nem dos Tribunais p3trios, muito embora seja pr3tica amplamente adotada na administraça3 p3blica nacional, nas tr3s esferas.

Certamente s3o os julgamentos dos Tribunais de Contas Estaduais e do Tribunal de Contas da Uni33o que melhor servem para orientar a atuaça3 da administraça3 p3blica em quest33es como essas, tormentosas, ainda pendentes de melhor clareza, muito porque esses 3rg3os possuem uma compreens3o aprofundada das dificuldades reais com as quais lidam o gestor p3blico, possibilitando-os, muitas vezes, transcender os limites da pura an3lise l3gico-jur3dica para alcan3arem a melhor soluça33o para o espec3fico caso concreto sob an3lise.

Entretanto, esse diferencial pr3tico no seu atuar, que representa uma significativa contribuiça3 para uma administraça3 p3blica de resultados, proporciona s3ria dificuldade ao operador do Direito que, naturalmente, tende a sistematizar os institutos jur3dicos.

Especialmente para os fins da Consultoria Jur3dica prestada no controle interno da administraça3 p3blica, constitucionalmente atribu3da com exclusividade 3s Procuradorias dos entes pol3ticos, a car3ncia de uma sistematizaça3 mais completa sobre a terceirizaça3 no servi3o p3blico dificulta o assessoramento demandado.

3 certo que o crit3rio atividades fim e meio constru3do pela jurisprud3ncia e pela doutrina para delimitar o 3mbito de uma

terceirização lícita se presta ao deslinde de muitas situações concretas, mas de uma perspectiva mais abrangente apresenta inúmeras contradições, que se refletem, sobretudo, na jurisprudência dos Tribunais de Contas.

Diante dessa situação, apresentaremos de forma sintética os principais parâmetros estabelecidos por essa jurisprudência, confrontando-os posteriormente, para então, estando demonstrada a insuficiência do binômio atividades fim e meio, propor novos critérios, fundados nos postulados essenciais do constitucionalismo moderno.

Toda essa empreitada tem por escopo único encontrar na ordem jurídica vigente critérios de juridicidade que permitam analisar de forma mais adequada e rigorosa as políticas públicas de gestão que estão sendo desenvolvidas pela Administração Estadual, entre as quais a contratação aqui pretendida se destaca.

Pesquisando a extensa jurisprudência dos Tribunais de Contas sobre a terceirização no serviço público, em sentido lato (relações público-privadas), pode-se traçar um painel, e assim o fazemos em seguida, contendo a posição normalmente adotada nas diferentes situações em que tem sido enfrentada a temática:

Terceirização das atividades típicas de Estado: cargos públicos cujo desempenho exige o exercício de poder decisório, de império ou de polícia – a terceirização dessas atividades é considerada, sem divergências, como afronta ao art. 37, II, da CR/88. Nesse sentido o Parecer Consulta TC-ES nº 02/2004: “*Advocacia pública é atividade própria, típica e fundamental do Estado*”.

Terceirização das atividades integrantes das atribuições dos cargos previstos na Lei que regulamenta o órgão (Plano de Cargos e Salários):

- i) cargos da atividade fim do órgão – afronta ao art. 37, II, da CR/88. Nesse sentido: TCU AC nº 1.520/2006 e AC 341/2009.
- ii) cargos das atividades meio – há divergência, mas a maior parte dos julgamentos e os mais recentes apontam a afronta ao art. 37, II da CR/88. Precedentes divergentes: TCU Decisão nº 885/97 e 25/2000; quando se tratar de cargos em extinção, a terceirização poderá ocorrer pro-

porcionalmente ao desaparecimento dos cargos (Parecer Consulta TC-ES nº 35/2005).

Terceirização da atividade fim do órgão mesmo sem existir cargos previstos em sua Lei de criação: afronta ao art. 37, II, da CR/88 (TCU AC nº 106/2009 – Secretaria de Aquicultura e Pesca da União criada pela Medida Provisória nº 103/03 sem nenhum cargo efetivo e com cerca de 200 estagiários, comissionados e servidores cedidos).

Terceirização da atividade fim da administração pública:

- i) possibilidade de contratação de serviços essenciais aos administrados com base na Lei de Licitações, como é o caso dos serviços de Limpeza Pública. Nesse sentido: Parecer Coletivo aprovado à unanimidade pelo Pleno do TC-RS em 1997; Parecer Consulta TC-ES nº 37/2005 e 04/2006, constando no primeiro, expressamente, o reconhecimento de que os serviços de Limpeza Pública integram o dever estatal de promoção da saúde pública (art. 197 da CR/88) e preservação do meio ambiente, sendo “*condições essenciais para vida humana digna*”.
- ii) possibilidade de contratualização com OSCIP (Lei Federal nº 9.790/99) e OS (Lei Federal nº 9.637/98 e Leis Estaduais) para prestação de serviços essenciais, não integrantes das carreiras de Estado, como os de Saúde. Nesse sentido, TCU AC nº 112/95, 1.146/03, 2.578/04, 1.840/05, e no Excelso Supremo Tribunal Federal o julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1.923-5/DF.

Facilmente se verifica a divergência essencial entre o fundamento das soluções encontradas em cada situação específica, pois não se pode conceber que, sob o mesmo critério (atividades fim e meio), a administração possa contratar uma entidade privada para executar, *v. g.*, o serviço essencial de limpeza pública e, ao mesmo tempo, não esteja autorizada a terceirizar algumas atividades ligadas à finalidade de um órgão secundário da administração.

Ou seja: podemos já consignar que a distinção entre atividades fim e meio não é o único critério utilizado pelos Tribunais

de Contas para definir os limites das terceirizações no serviço público.

Nem poderia ser diferente, porque esse binômio foi criado para os fins do Direito do Trabalho, no intuito de se impedir a subcontratação de mão de obra com a finalidade de burla à legislação trabalhista.

Ocorre que em sede de Direito Administrativo não há que falar em pretensão de fraudar o Direito do Trabalho. Não obstante, com frequência substituiu-se a referência à legislação trabalhista pela regra constitucional que prevê o concurso público para o ingresso nos cargos públicos efetivos como se fossem, *mutatis mutandis*, equivalentes.

Entretanto, a terceirização não pretende a ocupação de cargos públicos sem o prévio concurso público, mas, ao contrário, ela pretende substituir os serviços que seriam prestados diretamente pelo Estado, por seus servidores concursados, pelos fornecidos pela sociedade civil.

Então a questão não é se uma terceirização está ou não afrontando a regra do concurso público, o que é apenas uma consequência do problema realmente capital, mas se aquele serviço deve necessariamente ser prestado por servidores concursados.

Além disso, convém reconhecer que a eficácia da proibição do art. 37, II, da CR/88, impede que se forme vínculo jurídico entre a administração e os empregados da empresa contratada, salvo a eventual responsabilidade subsidiária, de modo que mesmo em terceirizações de carreiras típicas de Estado, por exemplo, não se trataria propriamente de ocupação de cargos públicos sem concurso público, pois não haveria a respectiva assunção dos atributos que lhe são inerentes, como a estabilidade, configurando apenas o exercício irregular de função exclusiva de servidor concursado.

Isto é, a terceirização irregular não frauda a exigência de concurso público, mas sim desrespeita a exigência constitucional de que determinado serviço seja prestado diretamente pelo Estado, por meio dos detentores de cargos públicos.

E aqui a referência à atividade fim já não possui nenhuma utilidade, pois sua invocação não contribui para a visualiza-

ção das funções públicas impassíveis de terceirização, servindo apenas para a formação de um verdadeiro círculo vicioso: quais são as atividades fim? Aquelas que devem ser prestadas por servidores concursados; mas quais são as atividades que devem ser prestadas por servidores concursados? As atividades fim...

No Direito do Trabalho basta se verificar o estatuto social da empresa ou o seu funcionamento *in loco* para se saber qual a atividade fim desempenhada.

Mas em sede constitucional, como visto, mesmo atividades consideradas essenciais aos cidadãos podem ser objeto de execução pela iniciativa privada, bem resumindo essa verdade a afirmativa do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1.923-5/DF de que “*a opção da Constituição Federal, de uma forma abrangente, foi pela homenagem à iniciativa privada*”.

Se o critério distintivo das atividades fim e meio não é capaz de por si só justificar em todos os casos as razões pelas quais a terceirização é lícita ou ilícita, talvez se pudesse somar a ele o requisito da permissão legislativa.

De fato, as contratualizações com OSCIP e OS para o desempenho de atividades essenciais decorrem de expressa previsão legal, assim como a contratação dos serviços de limpeza pública é referida no art. 2º da Lei Federal nº 9.074/1995.

Todavia, também não pode ser esse o critério decisivo, pois se estaria cometendo grave equívoco se se imputasse à legislação infraconstitucional o poder indiscriminado de dizer os serviços que podem ser terceirizados.

Afinal, como se poderia sustentar uma lei que previsse a terceirização do Ministério Público, em um singelo exemplo? Obviamente se estaria afrontando diretamente a Constituição da República.

Por outro lado, em lugar algum da Constituição se encontrará regra geral estabelecendo a prioridade da prestação direta dos serviços públicos se não houver legislação estabelecendo em sentido contrário – e mesmo se houvesse seria difícil visualizar sua consonância com os próprios fundamentos da República, como demonstraremos mais adiante.

Portanto, ainda que seja inegável a importância de legislação guiando a atividade administrativa, justamente para regulamentar o modo de proceder da Administração, não se pode buscar a solução de uma questão constitucional – quais os serviços que devem necessariamente ser prestados por servidores investidos em cargos públicos por meio de concurso público – na legislação, quando o que se deve almejar é justamente estabelecer os limites constitucionais da discricionariedade do legislador.

Não obstante, sobre esse ponto da legislação regulamentadora das terceirizações é importante registrar certo equívoco interpretativo muito comum e que tem causado bastante confusão sobre o tema.

O Decreto-Lei nº 200/67 ainda se encontra em vigor na parte que ora nos interessa, sendo reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina como Lei Ordinária de eficácia nacional – portanto de observância pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios – no que tange à estrutura da Administração Pública¹.

Merecem transcrição os dispositivos cruciais acerca da terceirização dos serviços públicos:

Princípios Fundamentais.

“Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V - Controle.”

Sobre a terceirização especificamente.

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

1 Sobre o ponto se manifestou o Eminentíssimo Professor Marçal Justen Filho: “A estrutura da Administração Pública foi objeto de disciplina pelo Decreto-lei n. 200/67, de 1967, que sofreu diversas alterações legislativas, mas que permanece em vigor. O diploma introduziu uma reforma administrativa e promoveu a sistematização quanto às pessoas integrantes da Administração Pública. [...] O Decreto-lei n. 200 faz referência à órbita federal. Reputa-se que os demais entes federativos estão obrigados a seguir o modelo federal, que contém normas gerais sobre a matéria. Ou seja, as inovações à disciplina do Decreto-lei nº 200 podem ser realizadas apenas pela lei federal. Já os demais entes federados estão sujeitos à competência federal sobre o tema.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.100-101).

- b) *da Administra o Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;*
- c) *da Administra o Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.*

  2  Em cada órgão da Administra o Federal, os serviços que compõem a estrutura central de dire o devem permanecer liberados das rotinas de execu o e das tarefas de mera formaliza o de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordena o e contr le. [...]

  7  Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordena o, supervisão e contr le e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administra o procurar  desobrigar-se da realiza o material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível,   execu o indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execu o.

  8  A aplica o desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.”

Verifica-se de pronto que não há nenhuma indica o de que a execu o dos serviços públicos deva ser prioritariamente efetuada por servidores públicos efetivos. E mesmo que a maioria dos dispositivos faça referência expressa   Administra o Federal não se pode negar o norte que aponta a toda Administra o Pública.

Essa dire o   corroborada pela reda o do   7 , do art. 10, que se direciona a toda Administra o, sem restringir   esfera federal.

A legisla o regulamentadora estabelece, portanto, que as tarefas exclusivas de execu o direta e que por isso mesmo devem ser priorizadas pela Administra o são as “*tarefas de planejamento, coordena o, supervisão e controle*”, devendo a execu o material ser efetuada preferencialmente por meio da

iniciativa privada, quando for *“suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”*.

Ocorre que a amplitude desse permissivo legal foi restringida pelo Decreto Federal nº 2.271/97, que estabeleceu em seu art. 1.º:

“Art . 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.”

Desde logo algumas premissas devem ser estabelecidas: i) o Decreto Federal pressupõe a vigência do art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67, o que é expressamente referido no seu preâmbulo; ii) pelo princípio federativo o Decreto Federal vincula apenas a Administração Federal; iii) o Decreto Federal não pode restringir a amplitude da legislação ordinária, sendo interessante notar que o próprio TCU já aderiu expressamente a esse entendimento (Acórdão nº 2.272/06), ademais pacífico em toda doutrina e jurisprudência, quando reconheceu a ineficácia dos dispositivos do Decreto Federal nº 3.555/2000 que restringiam os limites de aplicação do Pregão estabelecidos pela Lei Federal nº 10.520/2002.

Assim sendo, não há como sustentar, especialmente no âmbito da Administração Estadual, a interpretação do § 7º, do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67, à luz do art. 1º, do Decreto nº 2.271/2000, devendo, ao contrário, ser respeitada a hierarquia legislativa, de modo que a execução indireta dos serviços públicos só está limitada por exclusão das atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle, abrangendo integralmente sua execução material, não se aplicando a restrição às *“atividades acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”*.

É claro que mesmo os dispositivos do Decreto-Lei nº 200/67 deverão ser conformados aos critérios constitucionais. Mas por enquanto não pode restar dúvida que existe legislação vigente permitindo a terceirização das atividades de execução material dos serviços públicos.

Estando apresentado o marco legal das terceirizações e sua interpretação jurisprudencial juntamente com todas as dificuldades que oferecem, passaremos, em seguida, a expor os fundamentos para uma interpretação constitucional do tema.

2.2.1 *A forma² de prestação dos serviços públicos na Constituição da República de 1988*

Introdutoriamente, tudo recomenda examinar o texto constitucional para se verificar as determinações máximas que regem a prestação dos serviços públicos em geral.

Em verdade, não são muitas as indicações constitucionais sobre a forma de prestação dos serviços aos administrados³, destacando-se o seguinte dispositivo (art. 175):

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Vê-se que o dispositivo estabelece expressamente e sem condicionantes específicas a possibilidade de o Poder Público contratar com terceiros a execução dos serviços públicos. Mesmo que se considere a interpretação restritiva, cristalizada na re-

2 Adota-se aqui o termo “forma” em sentido análogo ao empregado no art. 10 da Lei Federal nº 8.666/93, sendo a execução direta aquela efetuada por servidores integrantes do quadro da administração pública e execução indireta a que terceiros, em especial da iniciativa privada, são contratados pelo poder público para execução da obra, bem ou serviço.

3 Comparativamente, a Constituição da República se ateu com muito maior atenção ao estabelecimento dos direitos a serem assegurados aos cidadãos – o que, como logo se verá, é inteiramente coerente com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º).

gulamentação dada pela Lei Federal nº 8.987/95, de que esses serviços seriam aqueles prestados aos usuários mediante tarifa, não se pode desconsiderar em absoluto o norte que aponta (possibilidade da Administração Pública contratar terceiros, iniciativa privada inclusa obviamente, para a execução de serviços públicos).

Merece referência, nesse passo, a determinação do art. 37, II, de que a investidura em cargos e empregos públicos dependerá de aprovação em concurso público. Não se pode, parece claro, extrair daí a necessidade de os serviços públicos serem prestados, seja exclusivamente ou preferencialmente, por ocupantes de cargos públicos⁴. Basta lembrar que no mesmo artigo há a previsão de serviços serem contratados pela Administração Pública, por meio de licitação (inciso XXI).

Vê-se, com esse singelo exemplo, que isolar os dispositivos constitucionais impossibilita qualquer interpretação segura e que se preste a nortear a atuação administrativa.

Imperioso, portanto, radicalizar a investigação e buscar os postulados fundamentais da Constituição que irão determinar o sentido da exegese de seus dispositivos.

2.2.2 *Direitos Fundamentais: fundamento da interpretação constitucional e, por conseguinte, da atuação da Administração Pública*

Ninguém desconhece que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir do texto da Constituição, de modo que esta influa e conforme a norma jurídica infraconstitucional a ser captada/construída pelo intérprete. Igualmente, nenhuma interpretação seria legítima se considerasse uma norma constitucional isoladamente.

4 O fato de a Constituição da República e a legislação infraconstitucional preverem a implantação de políticas que valorizem e qualifiquem os servidores públicos é sinal evidente do reconhecimento da importância dos recursos humanos na prestação dos serviços públicos. Trata-se de corolário lógico do princípio da eficiência. Se os serviços forem ser executados diretamente pelo Estado, com seus próprios servidores, necessariamente esses deverão estar submetidos a regime que garanta sua qualificação e eficiência. Mas tudo isso não indica a preferência constitucional generalizada pela forma direta de execução dos serviços públicos, tendo em vista que também a execução indireta está submetida ao referido princípio.

Tudo isso mesmo o positivismo jurídico mais extremado aceitaria, pois o próprio Hans Kelsen propôs em linhas gerais essa ordenação⁵.

Contudo, mais recentemente juristas pátrios e estrangeiros consagrados superaram as limitações desse modo interpretativo, que contribuía para um olhar estático e nivelado das normas constitucionais.

Estático porque propugnava a indiferença da Ciência do Direito para com a justiça e a dignidade humana, interessando-lhe primordialmente as relações normativas abstratas. Por sua vez, nivelado por não reconhecer a devida prioridade dos direitos fundamentais sobre as demais normas constitucionais e legais.

Inoportuna a descrição da evolução do pensamento jurídico, pois o que importa, aqui, é descrever como se apresenta hodiernamente o reconhecimento do axioma da dignidade da pessoa humana como alicerce dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico, inclusive da própria República.

O jusfilósofo Miguel Reale⁶, com autoridade ímpar, estabelece as seguintes conclusões:

“É que esse postulado da razão prático-jurídica legitima-se com base na necessidade da sobrevivência das comunidades interna e internacional, o que implica a existência de uma ordem jurídica isenta afinal de contradições. A bem ver, a preservação das comunidades não é senão consequência daquele que podemos considerar o modelo ético-jurídico supremo, que é o valor incondicionado da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores. [...]”

[...] Em geral, tais enunciados hermenêuticos ligam-se, directa ou indirectamente, à existência de determinados valores, como o da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidarie-

5 “A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma de escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida a norma de escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 388.

6 REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito. In: _____. *Teoria tridimensional do direito: teoria da justiça, fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003. p. 308-310.

dade, e, já agora, o do respeito aos bens da natureza (valor ecológico), valores esses que podemos considerar invariantes axiológicas, as quais vão adquirindo, ao longo do processo histórico, tamanha intangibilidade que chegam a parecer inatas.

Pelas mesmas razões podemos admitir a existência de invariantes axiológico-jurídicas, tais como as relativas aos <<direitos fundamentais do homem>>, em função dos quais são constituídos modelos hermenêuticos que disciplinam soberanamente a convivência social, sendo-lhes atribuída uma hierarquia valorativa em relação aos demais.”

Então o primado da dignidade da pessoa humana é pressuposto da sobrevivência de uma sociedade, dele derivando valores alçados à condição de direitos fundamentais do homem, com caráter universal e perene, sendo-lhes atribuída prioridade na hierarquia dos valores existentes (insta lembrar que para o Professor Miguel Reale todas as normas jurídicas são constituídas de um valor, nos termos da Teoria Tridimensional do Direito, de modo que à hierarquia de valores corresponderá uma hierarquia entre as normas).

Talvez o mais profundo estudioso da eficácia dos direitos fundamentais no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, apresenta oportunas considerações⁷:

“Importante, ainda, é a constatação de que o preceito em exame (art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988) fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas suas funções, razão pela qual – como assevera Gomes Canotilho – inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais. Neste sentido, é possível falar de uma dupla significação de eficácia vinculante dos direitos fundamentais. [...].

Por esse motivo é que se aponta para a necessidade de todos os poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerên-

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 389-393.

cias, a não ser que apresente justificativa que as autorize. Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. [...]

Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competências negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, nesse sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. [...]

No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais.

No âmbito do Direito Administrativo destaca-se a obra de Gustavo Binenbojm⁸, que colacionando lições de doutrinadores de escol assim se posiciona:

“Assim é que Clèmerson Merlin Clève, reconhecendo a primazia da dignidade humana sobre o Estado, afirma enfaticamente: ‘(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso

8 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 72.

ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando’.

No terreno específico do direito administrativo, coube a Marçal Justen Filho o papel pioneiro de redefinir não apenas alguns de seus institutos, mas a própria disciplina a partir da ótica dos direitos fundamentais. Confira-se: ‘O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho’.

Concorda-se plenamente com o fato de que a vinculação primeira e mais importante da Administração Pública diz respeito aos direitos fundamentais, expressão jurídica máxima da dignidade da pessoa humana.”

Mais à frente reafirma⁹:

“Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado Democrático de Direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.”

Recentemente, pronunciou-se com maestria o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre o que denomina ser uma mutação dos poderes estatais em funções:

“Com efeito, a legitimidade da ação Administrativa Pública é, sem dúvida, a grande conquista desta era, orientando a finalidade cada vez mais funcionalizada do aparelho do Estado, o que obriga, em consequência, a eficiência dos procedimentos de gestão.

9 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142-143.

Mas, sem que o resultado da atividade administrativa seja alcançado, o que vem a ser a efetiva entrega do serviço ou bem pela Administração Pública ao cidadão, o ciclo de eticidade e de praticidade não está fechado”¹⁰

“Como o Estado tem como razão de existir e como missão constitucional servir à proteção e à realização dos direitos fundamentais, é evidente que a teoria funcional do Direito Público se volta à obtenção de resultados que efetivamente e não apenas intencionalmente ou retoricamente satisfaçam a essa vocação.”¹¹

Portanto, os poderes, as competências e as atribuições estatais possuem seu fundamento na preservação da dignidade da pessoa humana – axiológico, portanto –, sendo instrumentos destinados a realizar os direitos fundamentais individuais e sociais¹², sempre com observância dos princípios de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual a Administração Pública deve direcionar sua atividade no intuito supremo de assegurá-los, pois, como afirmado pelo Professor Juarez Freitas, “*importa extrair os efeitos da premissa de que o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário*”¹³.

Diante dessas premissas verdadeiramente axiomáticas do moderno constitucionalismo, e aplicando-as ao objeto da presente análise, apresenta-se claro que nem mesmo de preceitos constitucionais devem ser extraídas normas que tenham por finalidade cultivar o poder estatal, isto é, garantir privilégios ao ente público sem relação com suas próprias finalidades, vale

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 29-30.

11 *Ibid.*, p. 111.

12 Sendo a atividade administrativa em essência um dos meios para concretização das normas constitucionais, considerá-la como um contínuo processo é ao menos uma sugestiva analogia. Por isso, insurge legítima a aplicação, *mutatis mutandi*, das atuais contribuições da ciência processual, também fundadas no neoconstitucionalismo, representada em uma de suas vertentes pelo “Formalismo Valorativo”, que, ultrapassando as décadas de preciosismos formais, vai considerar a finalidade dos atos processuais, com suas implicações axiológicas, como o verdadeiro objeto de preocupação dos aplicadores do direito. Por todos, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Por outras vias, singularmente geniais, o saudoso mestre José Joaquim Calmon de Passos atingiu conclusões semelhantes, cf. PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

13 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54-55.

insistir, a realização dos direitos fundamentais e a preservação do Estado Democrático de Direito.

Jargões como “fortalecer o Estado”, “valorizar o serviço público”, ou qualquer outro fetiche pelo estatal não possuem ressonância na Carta de 1988. Somente a vinculação aos direitos fundamentais, a ser demonstrada lógica e racionalmente, legitima as escolhas legislativas e administrativas do poder público.

Assim, não podemos admitir que seja um objetivo autônomo da República Federativa do Brasil (ademais, não elencado no art. 3º de sua Constituição) o fomento da execução direta dos serviços públicos pelo Estado¹⁴. Pelo contrário, a adoção dessa alternativa só se legitimará quando fundada no direito à boa Administração Pública¹⁵, que nada mais é que aquela administração que realiza os direitos fundamentais com eficiência.

Veja-se, por exemplo, que o desenvolvimento das atividades de enriquecimento, industrialização e comercialização de minérios nucleares é restrita exclusivamente à execução direta pelo Estado (art. 22, XXIII). Seu fundamento é, sem dúvida, a inco-

14 Em estudo crítico do presente estado de coisas em nossa Nação, arremata, com a segurança e coragem que lhe é peculiar, o Professor Ives Gandra Martins: “O certo é que o mundo moderno vive o novo e intenso drama de saber que pela informática, as estruturas estatais poderiam ser menores; os servidores públicos poderiam ser reduzidos, as funções essenciais para manutenção da ordem e da segurança, melhor aparelhadas e remuneradas; assim como o Estado oferecer à sociedade melhores condições de competitividade, pondo a seu serviço mecanismos mais ágeis de combate ao abuso do poder econômico e garantindo o direito do consumidor, sobre oferecer melhores condições em atividades essenciais, como saúde e educação, objetivos maiores de todos os governos. Não deveriam ser objetivo do Estado o fortalecimento de suas estruturas e de privilégios em benefício de seus detentores, mas – o que é elementar dizer – servir à sociedade.” (destaque nosso). MARTINS, Ives Gandra. *A queda dos mitos econômicos*. São Paulo: Pioneira Thonson Learning, 2004, p. 54.

15 Interessante registrar o reconhecimento europeu expresso desse direito como fundamental, embora não vejamos necessidade alguma de sua previsão literal para que se o reconheça no corpo de nossa Constituição, ao menos como corolário lógico do princípio da eficiência, indispensável à efetivação dos direitos fundamentais: “Em consequência, a prestação de serviços por parte da Administração não é considerada uma prestação de qualidade, sobretudo se se realiza uma inevitável comparação com organizações complexas do setor privado. [...] Sendo assim, os numerosos processos de reforma e modernização da Administração Pública que se tem implementado há mais de uma década [...] tem gerado o que a doutrina vem identificando como uma nova cultura da gestão pública. [...] Pois bem, é neste marco da ‘nova cultura da gestão pública’ que se localiza a relativamente inovadora formulação do direito ao bom governo ou à boa administração, objeto de atenção e estudo nos últimos tempos. E mais, não pode deixar de se citar sua consideração como direito fundamental no âmbito da União Européia, segundo prevê o artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União ou como construção doutrinária de relevância prática.” (tradução livre – original em espanhol). MORENO, Pedro T. Nevado-Batalha. Ciudadanos y administración, el derecho al buen gobierno: reflexiones desde una perspectiva administrativa. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, n.44, p. 230-231, 2007.

Relato formidável de uma experiência europeia concreta e dos resultados animadores dessa “nova cultura da gestão pública” é o levado a cabo por Mauricio Rojas, então membro do Parlamento da Suécia e professor universitário de história econômica, sobre as mudanças ocorridas nesse país, equivocadamente ainda visto por muitos como modelo a ser seguido de Estado Beneficente. Cf. ROJAS, Mauricio. *A Suécia depois do modelo sueco*: do estado beneficente ao estado possibilitador. Tradução Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2007.

lumidade física da sociedade, incluído aí seu meio ambiente, tendo em vista os riscos que a atividade acarreta¹⁶.

No mesmo sentido, diversas funções públicas exigem a atribuição de certas garantias aos cidadãos que as irão desempenhar, para que o próprio direito fundamental à boa Administração Pública seja atendido (v. g., os cargos de carreira da magistratura).

Sobre esse ponto, novamente precisas as palavras do Professor Juarez Freitas¹⁷:

Tendo em conta o visto, eis proposições que se afiguram relevantes para a concretização do direito fundamental à boa administração pública: (a) Há carreiras essenciais ao funcionamento do Estado e à discricionariedade administrativa proporcionalmente exercida, o que determina regime peculiar de natureza institucional, com autêntica autonomia. (b) Somente pessoa jurídica de direito público pode exercer competências privativas da administração, uma vez que se inserem no âmbito indelegável da ‘utilização de poderes de soberania’[...] Mais: apenas servidor de carreira, ocupante de cargos de provimento efetivo, pode executar funções peculiares à fiscalização, haja vista que suas tarefas são de cunho permanente [...] e, ao pressuporem ‘utilização de poderes de soberania’ [...], exigem, por simetria, o arrimo estatutário de um ‘status especial’ [...]”

De qualquer forma, o que importa nesses exemplos é mostrar que a realização de um direito fundamental deverá ser sempre o objetivo, a finalidade soberana de qualquer norma de conduta da atividade administrativa, sob pena de inconstitucionalidade (seja com redução de texto, seja por meio de interpretação conforme os direitos fundamentais).

Assim, os critérios constitucionais delimitadores da terceirização deverão ter por objetivo otimizar a realização do direito fundamental à boa administração pública – ressaltando sempre

16 Não obstante muitos entenderem que a regulamentação, fiscalização e controle pelo Estado seriam suficientes para garantir a segurança da exploração privada.

17 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 121.

que o princípio da eficiência não afasta, antes atrai, os demais princípios que regem a Administração Pública, como o da moralidade, impessoalidade e transparência, assim como presta reverência ao Estado de direito.

2.2.3 Critérios constitucionais que limitam as relações público-privadas na execução dos serviços públicos

Providos das premissas fixadas no tópico anterior, podemos perquirir qual a finalidade de determinado serviço ter de ser prestado necessariamente por servidor ocupante de cargo público. Para isso, mister se faz reconhecer que a característica fundamental do cargo público é de que quem o exerce, após ter sido selecionado por concurso público, o faz protegido por sua estabilidade.

A estabilidade do ocupante de cargo efetivo significa, como sabido, que o vínculo dele com a administração não pode ser rompido por arbítrio de nenhum agente público. A própria Constituição estabelece taxativamente as condições para a perda do cargo público, como, por exemplo, a hipótese de incompetência para o desempenho de suas funções, comprovada em processo administrativo ou judicial.

Frente ao direito fundamental à boa Administração Pública, qual a justificativa para essa prerrogativa dos ocupantes de cargos públicos?

Primeiramente, como já assinalado anteriormente com o auxílio das lições do Eminentíssimo Professor Juarez Freitas, diversas funções públicas necessitam, para serem exercidas devidamente, que sua liberdade de apreciação seja protegida de possíveis ingerências de interesses políticos ou econômicos, isto é, é atribuído ao agente público certo poder decisório que não poderia ser exercido com qualidade se o responsável pudesse ter sua fonte de renda ameaçada.

Essas hipóteses são em sua maioria definidas na própria Constituição, sendo importante que de fato sejam explicitadas pelo legislador constituinte para que se evitem discussões, como

a que se encerrou com a inserção do inciso XXII, no art. 37, da CR/88, pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

Este, portanto, é o critério fundamental para se definir se um serviço, por sua natureza, deve necessariamente ser prestado por servidor efetivo ou se pode ser objeto de delegação à sociedade civil: as atividades que tenham por finalidade o exercício de poder decisório, de império, de poder de polícia, devem ser prestadas por ocupantes de cargos públicos, que terão sua liberdade de apreciação voltada ao interesse público garantida pelo instituto da estabilidade.

Justamente por isso é que a doutrina e a jurisprudência de todos os Tribunais pátrios são unânimes no reconhecimento da impossibilidade de se terceirizar as atividades das carreiras típicas de Estado.

Contudo, é preciso reconhecer que o pleno funcionamento da Administração Pública, nos moldes definidos na CR/88, exige o desempenho de atividades que ultrapassam o estreito círculo das carreiras de Estado.

Além disso, a prestação dos serviços públicos é atividade permanente, que transcende a periódica alternância dos detentores de cargos eletivos e, juntamente, de seus auxiliares de confiança.

A continuidade do serviço público de qualidade, eficiente, exige que o *know-how* obtido com as experiências concretas da administração e a respectiva qualificação do pessoal envolvido não se percam com a mudança dos governos. Por isso, a previsão de cargos efetivos, que poderíamos denominar de estratégicos, para a preservação do conhecimento dos meandros da atividade administrativa é medida que deve ser considerada.

Naturalmente, esses cargos estratégicos deverão ter por atribuições a coordenação, a fiscalização e o controle dos serviços públicos, exigindo-se qualificação do pessoal e estrutura adequadas.

Mas o estabelecimento dos cargos públicos estratégicos não pode ser determinado *a priori*, pois dependerão das necessidades do serviço público específico que está sendo desenvolvido em dado local e época, razão pela qual reconhece-se aqui amplo campo de discricionariedade do legislador, que preferencialmen-

te deve ser exercido com os subsídios da ciência da administração e da economia, mas que em qualquer hipótese não pode se omitir simplesmente delegando ao administrador a composição da totalidade dos recursos humanos da entidade pública.

Pode-se visualizar o emprego desse critério pelo Colendo Tribunal de Contas da União quando julgou irregular a terceirização de atividades fim de um órgão (Secretaria de Aquicultura e Pesca da União) por ter sido ele criado sem a previsão de cargos públicos efetivos: a omissão legislativa não pode nesse caso ser suprida pela decisão do administrador público de se socorrer à iniciativa privada, ainda que possam ser obtidos bons resultados temporários, em razão do fato de que, como dito, após o fim da duração do contrato e do governo, a continuidade do serviço público estaria comprometida.

A harmonia entre o planejamento legislativo e o administrativo deve ser buscada, por valorizar o princípio democrático, também essencial ao Estado de Direito, principalmente num sistema Constitucional de produção normativa como o nosso, no qual a competência de iniciativa de projetos de lei que versem sobre a estrutura administrativa e a criação cargos e funções públicas é privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, da CR/88 e art. 112 da Constituição Estadual).

Por essa razão, também não pode o administrador desconsiderar a legitimidade política do legislador constituinte e originário em estabelecer as carreiras típicas de Estado e os cargos efetivos estratégicos, sendo essa a razão pela qual entendemos ser acertada a posição do TCU que proíbe a terceirização de serviços integrantes das atribuições dos cargos públicos que compõem a estrutura do órgão, por força do princípio da harmonia entre os poderes (art. 2º da CR/88) – todavia, deve ser analisada no caso concreto a suficiência dos cargos públicos para a prestação integral dos serviços, assim como o local de lotação dos cargos, a eventual dificuldade real em seu preenchimento, etc.

Por sua vez, passando-se para a análise da influência do princípio da eficiência sobre o administrador público, não resta dúvida quanto a presença de dois critérios de observância obrigatória: o planejamento e a fiscalização.

Ora, nenhuma política pública pode ser implementada com eficiência, salvo muita sorte, sem o seu devido planejamento, que engloba a realizaÇão de estudos técnicos de viabilidade orÇamentária, de economicidade, a análise de experiências anteriores da própria administraÇão ou a de outro ente político nacional ou internacional, etc.

Assim também, a simples implantaÇão da terceirizaÇão, sem atenÇão especial para os programas de avaliaÇão de resultados, a fiscalizaÇão rigorosa do cumprimento das obrigaÇões assumidas, inclusive as de natureza trabalhistas – tanto para proteÇão do Erário como também para exigir o respeito ao valor social do trabalho –, seria igualmente inaceitável.

Portanto, o planejamento e a fiscalizaÇão são dois critérios constitucionais de eficácia imediata sobre a AdministraÇão Pública que, se desatendidos, podem acarretar decretaÇão da inconstitucionalidade da terceirizaÇão, não por descumprimento do art. 37, II, mas por desprezear o princípio da eficiência, corolário do direito fundamental   boa AdministraÇão Pública.

Concluímos sintetizando os critérios gerais que devem ser observados para a regularidade de uma terceirizaÇão:

- I) não se tratar de atribuiÇões típicas das carreiras de Estado;*
- II) previsão de cargos estratégicos de coordenaÇão, fiscalizaÇão e controle que garantam a continuidade da qualidade do serviÇo público;*
- III) previsão legal da modalidade de terceirizaÇão (Decreto-Lei n  200/67 c/c Lei de LicitaÇões, Lei das OSCIPs e das OSs, Lei das Parcerias Público-Privadas, das Concessões, etc);*
- IV) planejamento;*
- V) obediência   estrutura dos cargos públicos estabelecida em Lei;*
- VI) fiscalizaÇão dos resultados.*

Por fim, cumpre assinalar que, conforme procuramos demonstrar, o emprego dos critérios acima apontados terá resul-

tados coincidentes em larga medida com as decisões dos Tribunais de Contas, ficando claro que não tivemos a pretensão de criar novos critérios para análise do tema das terceirizações, o que não seria função desta Consultoria Jurídica proceder, mas apenas buscar aqueles que, segundo entendemos, estavam muitas vezes subentendidos nas respectivas razões de decidir e verificar sua justificação constitucional.

2.2.4 Análise da terceirização a ser implementada na Central Faça Fácil à luz dos critérios estabelecidos

O atendimento presencial que será terceirizado não constitui de modo algum carreira típica de Estado, tendo em vista a completa ausência de poderes decisórios das atividades que serão desempenhadas, e seu exercício será supervisionado por representantes dos respectivos órgãos públicos.

Trata-se, por sua vez, de execução de atividades materiais admitida pelo Decreto-Lei nº 200/67, que será contratada por meio de licitação, cabendo a cada órgão público parceiro tomar suas próprias providências no que diz respeito à observância de sua estrutura de cargos.

No que se refere ao planejamento do projeto e à fiscalização da execução contratual, vimos no tópico “II.a” as pendências que precisarão ser sanadas.

3 Análise da minuta de fls. 655-1.586

O primeiro aspecto jurídico que precisa ser considerado na análise da minuta de Pregão Presencial de fls. 655-1.568 é justamente se a modalidade Pregão pode ser utilizada considerando-se o objeto da contratação pretendida.

Como sabido, a limitação legal ao uso do Pregão é a de que os serviços e/ou bens objeto da licitação devem ser comuns (art 1º, da Lei Federal nº 10.520/2002).

A definição de quais seriam esses serviços e bens comuns, como reconheceu o Colendo TCU (Acórdão nº 817/2005), comporta certa discricionariedade do administrador público.

Inclusive, o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, em situação neste ponto semelhante, já deliberou no sentido de que cabe à autoridade ordenadora da despesa indicar a adequação do objeto do Pregão com a referida exigência legal (Pronunciamento CPGE nº 04/2004) – o que foi efetuado nos autos à fl. 590.

Não obstante, insurge oportuno consignar manifestação do Tribunal de Contas da União que, reconhecendo as dificuldades para se delimitar a abrangência de serviços e bens comuns, apontou as experiências em licitações anteriores como critério prático importante para sua decisão – o que, portanto, também pode servir de norte ao administrador –, *in verbis*:

“No vácuo admitido pela Lei, esta Corte de Contas tem procurado decidir o caso concreto com bom senso e pragmatismo, visando sempre o interesse da Administração. Neste processo, acredito que um bom referencial para a nossa decisão são os pregões já realizados por outros órgãos, que trouxeram bons resultados e demonstraram a viabilidade do procedimento.” (Acórdão nº 2.406/2006).

Nesse passo, em rápida pesquisa na Internet se verifica que as licitações realizadas desde 2005 pelo Estado de São Paulo tendo por objeto projeto semelhante ao presente (Poupatempo) – que inclusive é expressamente reconhecido pela administração estadual como sua referência – o procedimento do Pregão se mostrou apto, tanto que ainda hoje continua sendo utilizado pela administração paulista na implantação de novas unidades.

Convém, no entanto, que a administração estadual junte aos autos os elementos disponíveis que corroborem o sucesso do Pregão em objetos semelhantes por outros órgãos públicos.

Por fim, pode-se verificar que os requisitos de qualificação técnica exigidos no edital, assim como todas as condições e obrigações necessárias à execução contratual, foram descritos objetivamente.

Passando à análise do conteúdo da minuta de edital, constatamos que as seguintes adequações são necessárias:

- 1) Item 7.1: a Douta Secretaria de Controle e Transparência (SECONT) suscitou em sua manifestação a questão da regularidade do prazo de 60 meses, indicando a doutrina do Professor Marçal Justen Filho como referência. Certamente o prazo adotado deve ser justificado, conforme consignamos no tópico “II.a”, mas uma vez demonstrado que sua adoção é necessária para a viabilidade do projeto da Central Faça Fácil – Cariacica, as restrições aplicáveis às contratações nos moldes habituais da Administração Pública estarão afastadas.
- 2) Item 7.2: excluir a distinção entre o prazo de vigência do contrato e o de execução do objeto, pois mesmo se se aceitasse a tese de ser aplicável aos contratos de escopo essa distinção, o objeto da licitação certamente não se enquadraria como tal. Além disso, nos contratos de serviços, a fixação de prazo de execução distinto pode ser realizada quando for inferior ao de vigência, o que não parece ser a pretensão administrativa.
- 3) Item 11: excluir a pré-qualificação do Edital. Esse instituto, previsto no art. 114, da Lei Federal nº 8.666/93, aplica-se apenas à modalidade de licitação Concorrência e somente quando seja necessária “*mais detida qualificação técnica dos interessados*”. Conforme se pode verificar na análise dos requisitos de qualificação técnica expressos na minuta do Edital, eles em nada diferem em termos de complexidade dos habitualmente exigidos pela Administração Estadual. Apenas há um aumento quantitativo dos documentos que serão apresentados em razão da conjunção de diversos serviços, além dos decorrentes da aceitação da participação de consórcios, o que não seria suficiente para demandar uma pré-qualificação.
- 4) Item 12.1, “a”, e 12.2, “a”: excluí-los, em razão do que exposto acima. Do mesmo modo se deverá proceder à

revisão e corre o de todos os demais dispositivos editalícios que se referem   pr -qualifica o.

5) Item 12.5, “e”: substituir a reda o pela seguinte -

“e) se enquadrem em alguma das situa es enumeradas no art. 9  da Lei n  8.666/93 e altera es.”

6) Item 16.2: s.m.j., a expressão “dos mesmos” deve ser posta no singular para se referir ao “objeto desta licita o”.

7) Item 13.3: substituir a reda o das alíneas “a” e “c” pela seguinte:

A. *Balanço Patrimonial e Demonstra es Contábeis do último exercício social, na forma da Lei, já exigíveis, certificado por contabilista registrado no Conselho Regional de Contabilidade competente, contendo termo de abertura, encerramento e registro no órgão competente, extraídos do livro diário, comprovando a boa situa o financeira da licitante, podendo ser atualizado por índices oficiais na hipótese de encerrados há mais de 03 (três) meses da data de sua apresenta o, vedada a substitui o por Balancetes e Balanços provisórios;*

a.1) *Para Sociedades An nimas e outras Companhias obrigadas   publica o de Balanço, na forma da Lei 6.404/76, cópias da publica o de:*

- *balanço patrimonial;*
- *demonstra o do resultado do exercício;*
- *demonstra o das origens e aplica es de recursos;*
- *demonstra o das muta es do patrimônio líquido;*
- *notas explicativas do balanço.*

a.2) *Para outras empresas:*

- *balanço patrimonial registrado na Junta Comercial;*
- *demonstra o do resultado do exercício.*
- *cópia do termo de abertura e de encerramento do livro Diário, devidamente registrado na Junta Comercial.*

Parágrafo primeiro. A comprovação dos índices referidos na alínea “b”, bem como do patrimônio líquido aludido na alínea “c” serão aferidos a partir dos documentos listados na alínea “a” deste item, constituindo ônus do licitante a sua apresentação de forma objetiva.”

“c) Os licitantes que apresentarem resultado menor do que 1,00 (hum), em qualquer dos índices referidos ACIMA, deverão comprovar patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Lei 8.666/93, como exigência imprescindível para sua habilitação, podendo, alternativamente, ser solicitada prestação de garantia equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação, (considerado o valor estimado para o período de 12 meses), na forma do § 1º, do art. 56, do mesmo diploma legal, para fins de contratação;

c.1) A comprovação de patrimônio líquido será equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado para contratação, (considerado o valor estimado para o período de 12 meses), conforme determina a Lei 8.666/93, admitida a atualização para a data de apresentação da proposta, através de índices oficiais;”

Não obstante, como se pode verificar nos destaques no texto acima, a fixação final da base de cálculo do patrimônio líquido ficará a cargo da SEGER, pois esse ponto caracteriza-se por envolver aspectos econômico-financeiros e circunstâncias fáticas que não permitem esgotar seu enfrentamento no âmbito desta análise jurídica.

Nesse passo, cumpre lembrar que a D. Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) se manifestou no processo administrativo nº 41576365, proveniente da SEDU, nos seguintes termos:

“Por oportuno, atentamos para o fato de que a contratação pelo prazo de vinte e quatro meses, e não doze meses, combinado com a exigência das empresas possuírem patrimônio líquido mínimo disponível de 10% do valor total do contrato, como condição para participação no certame, po-

derá restringir a participação de boas empresas – mesmo porque este tipo de atividade não exige volume significativo de Ativos”.

No âmbito da jurisprudência pátria há precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é ilegal a fixação do limite máximo de 10% quando se utilizar como base de cálculo período superior a doze meses. Segue o excerto decisivo do Acórdão:

“Assim, apesar dos §§ 2º e 3º do artigo 31 da Lei de Licitações disporem que a Administração na execução de serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na hipótese dos autos essa exigência é ilegal, pois o valor do patrimônio líquido mínimo previsto no edital, embora corresponda a 10% (dez por cento) do valor estimado do serviço, foi calculado com base na prestação do serviço pelo período inicial de 60 (sessenta) meses, em clara ofensa ao artigo 57, II, da Lei de Licitações.” (Resp nº 474.781-DF – Relator Ministro Franciulli Netto).

Diante desse parâmetro e das advertências da SECONT, mister se faz que o órgão licitante se certifique se as circunstâncias fáticas peculiares à contratação pretendida tornam estritamente necessárias à manutenção daquela base de cálculo ou se será preciso adotar a redação que está grifada e entre parênteses, expressando, em qualquer caso, as devidas justificativas nos autos.

8) § 2º do Item 17.3: incluir o seguinte:

“Constitui ônus do licitante a apresentação de forma objetiva do somatório dos valores de cada consorciado proporcional a sua respectiva participação”.

9) Item 17.5, § 3º: a previsão de que para o cumprimento dos requisitos do Atestado de Experiência em gestão, gerenciamento ou administração em atendimento de Multiserviços Públicos, referido no item 17.7.1, “c”, não será admitido o somatório quanto ao volume mínimo de

atendimentos diários deverá ser reavaliada pela administração estadual, tendo em vista que a literalidade do art. 33, III, da Lei Federal nº 8.666/93, admite o “*somatório dos quantitativos de cada consorciado*”. É certo que esse somatório não deve ser sempre ilimitado, como já reconheceu o Colendo Tribunal de Contas da União na Decisão nº 1.090/2001, citada por Marçal Justen Filho¹⁸, isto é, determinada situação concreta pode exigir que a administração restrinja a quantidade de atestados que poderão ser somados para que não reste comprometida a exequibilidade do empreendimento, tendo em vista que “*não é possível presumir, de modo automático, que a pura e simples reunião de uma pluralidade de pequenas empresas redundaria numa grande estrutura empresarial*”¹⁹. Nesse passo, a limitação verificada nos §§ 4º, 5º e 6º, no intuito de evitar que a adição de quantitativos irrisórios em relação ao objeto da contratação prejudiquem a aferição real da qualificação técnica do consórcio interessado, pode servir de parâmetro a ser seguido pela disposição do § 3º. Entretanto, deve-se estabelecer com precisão se a admissão de somatório dirá respeito apenas ao quantitativo de atendimentos diários ou também no que se refere ao mínimo de 70 serviços diferentes num mesmo espaço físico. Além disso, deve-se atentar para a distinção no regime jurídico que há entre se admitir o somatório de atestados de empresas consorciadas e o somatório de atestados de uma mesma empresa, sendo certo que é apenas quanto à primeira situação que a previsão do art. 33, III, se refere, enquanto que a redação dos citados §§ 4º, 5º e 6º indica as duas possibilidades de somatórios.

- 10) Item 17.7.1, “b”: cabe à SEGER estabelecer se a visita ao terreno onde será instalada a Central Faça Fácil – Cariacica deverá ser realizada pelo profissional deten-

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 470.

19 *Ibid.*, p.470.

tor da Declaração de Representação Técnica indicado para cumprimento do requisito de qualificação técnica expresso na alínea “g” do Item 17.7.1 ou se poderá ser por outro representante da licitante. É importante que fique clara a responsabilidade pela Visita, tanto neste item quanto no “Modelo 5” do Anexo II – Modelos de Credenciamento, Declarações e Atestados, da mesma forma que deverá ser justificada a eventual opção pela exigência de que a visita seja realizada especificamente por aquele profissional.

- 11) Item 17.7.1, “c”: deverá ser justificado nos autos os critérios utilizados para definição dos quantitativos mínimos exigidos. Considerando que o surgimento no mercado dos serviços em gestão, gerenciamento ou administração em atendimento de multiserviços públicos, é relativamente recente, poderá a SEGER, no intuito de ampliar a competitividade, conforme sua análise de mercado indicar, permitir Atestados de Experiência parciais, para que empresas ou consórcios que estejam prestando serviços semelhantes há tempo razoável para aferir sua qualificação, mas ainda não encerraram integralmente um contrato – que, como o estipulado para o objeto desta licitação, pode ter extensa duração – possam participar. Sugerimos a seguinte redação de dispositivo regulamentador:

“§ 1º Para comprovação da experiência exigida nesta alínea também será aceito Atestado referente a contrato da licitante ainda em vigor, no qual os serviços de Gestão, Gerenciamento ou Administração em Atendimento de Multiserviços Públicos já tenham sido executados, até a data da publicação oficial deste Edital, pelo período mínimo de 12 (doze) meses, observados os demais requisitos descritos nesta alínea”.

A eventual extensão desse expediente aos demais Atestados de Experiência exigidos deverá ser justificada nos autos com base em análise do respectivo mercado.

- 12) Item 17.7.1, “e”: inserir após “área mínima de 2.500m², destinado ao atendimento” a preposição “de”, ou outra

redação de preferência da SEGER que evite que se interprete “atendimento público” no sentido “estatal”. Justificar a divergência entre os quantitativos mínimos exigidos nesta alínea e o estabelecido nas alíneas “c” e “d”. Inserir parágrafo explicativo nos moldes do § 1º, da alínea “d”.

- 13) Item 18.1: substituir a referência a “serviços de engenharia” por “serviços de provimento de estrutura física”, mais específico e adotado em todo o edital.
- 14) Item 18.2: substituir a redação pela seguinte, mantendo-se os subitens 18.2.1 e 18.2.2:

“18.2 À subcontratação dos serviços de provimento de estrutura física referidos no Item 18.1 deverá a licitante apresentar, no mesmo Envelope nº 02 referente aos seus Documentos de Habilitação, a comprovação dos requisitos de qualificação técnica definidos nas alíneas “f”, “g”, “h” e “i” no nome da empresa a ser subcontratada para prestar o serviço, juntamente com a Declaração de Empresas Subcontratadas devidamente preenchida e assinada (ANEXO II – Modelo 09)”

Cumpre registrar que o Colendo Tribunal de Contas da União, por ocasião do Acórdão nº 1.638/2004, manifestou-se favoravelmente à subcontratação empreendida em termos semelhantes ao estabelecido neste Item, aduzindo:

“Ressalto [...] que o edital também possibilitava a subcontratação desses itens, permitindo que o contratado principal utilizasse a qualificação técnica, nestes itens específicos, da subcontratada que indicasse. Esse dispositivo editalício propiciou a participação de nove concorrentes.”

- 15) item 18.2.4: substituir a redação pela seguinte:

18.2 À subcontratação durante a execução do contrato dos serviços referidos no Item 18.1 deverá a licitante apresentar atestado que comprove a experiência anterior da empresa subcontratada na prestação dos serviços subcontratados de acordo com a parcela que lhe for atribuída.”

- 16) Item 18.2.4.1: excluir, pois foi incorporado à nova redação do Item 18.2 acima.
- 17) Item 19.1: substituir “para habilitação ao certame” por “para participação no certame”.
- 18) Item 20.5, “b”: substituir a redação por:
“b) não atenderem a legislação em vigor”
- 19) Item 20.10, “b”: excluir essa restrição à participação da fase de lances, tendo em vista que não possui previsão legal e desprestigia o princípio da ampla competitividade.
- 20) Item 20.11: deverá ser devidamente justificado nos autos, sempre com atenção ao interesse público, o valor de R\$ 150.000 como mínimo de redução dos lances.
- 21) Item 20.20: substituir a redação pela seguinte, preservando-se a alínea “a” -
“O Pregoeiro poderá negociar diretamente com o licitante detentor da proposta de menor preço, após encerrada a fase de lances, no intuito de obter condição mais favorável à Administração Contratante, quando seu valor for superior ao de mercado estimado pela SEGER.”
- 22) Item 20.22: avaliar a conveniência de incluir a necessidade de ser submetida ao Secretário de Gestão e Recursos Humanos a decisão do Pregoeiro.
- 23) Item 21.5: após “fiscal” incluir *“para fins de habilitação, mas apenas para formalização da contratação, observadas as regras estabelecidas no Item 17.2 do edital”*. Excluir os subitens 21.5.1 e 21.5.2, cuja matéria está tratada adequadamente no referido Item 17.2
- 24) Item 22.3: regulamentando o Pregão na forma Eletrônica, o § 2º, do art. 26, do Decreto Estadual nº 1.527-R/2005, estabelece o prazo de 30 minutos para manifestação do licitante da intenção de recorrer. Oportunas

as lições do Professor Marçal Justen Filho sobre esse prazo, *in verbis*²⁰ :

“Será imperioso que o edital determine um espaço de tempo razoável para que os interessados possam examinar (ainda que rapidamente) a sucessão dos fatos e manifestar sua intenção de recorrer. Ainda que a Lei não tenha disciplinado a matéria, é evidente que o prazo deverá obedecer ao princípio da razoabilidade. Não será válido determinar que o licitante disporá de trinta segundos para tanto. Imagina-se que o prazo mínimo admissível seria de trinta minutos.”

Ante essas considerações e aplicando-se analogicamente o referido dispositivo do Decreto Estadual, deve ser substituído o prazo de 5 minutos pelo de 30.

- 25) Item 24.9: acrescentar ao final do dispositivo: *“observado o disposto no § 1º do item 24.2”*.
- 26) Avaliar a conveniência de se inserir no Item 24.2 a previsão de Cláusula Penal para a hipótese de rescisão contratual decorrente da inexecução contratual pela Contratada, nos seguinte termos:

§ 5º No caso de rescisão contratual decorrente de inexecução contratual culposa da contratada, fica instituída a Cláusula Penal Compensatória por perdas e danos no valor de 20% (vinte por cento) sobre o saldo contratual reajustado não executado pelo particular.

- I) *Para exigir a pena convencional, não é necessário que o Contratante alegue ou demonstre prejuízo.*
- II) *O montante de 20% (vinte por cento) acima definido vale como mínimo da indenização, não prejudicando o ressarcimento por prejuízos com valores a ele excedentes.*
- III) *A cláusula penal não prejudica a aplicação das sanções previstas nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e”.*

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 315.

- 27) Item 4.2 da minuta do Termo de Contrato: substituir a referência ao Código Civil por “legislação vigente”.
- 28) Item 10.1: justificar a adoção do percentual de 2% na garantia do contrato.
- 29) Itens 10.1.1 e 10.2: excluir a referência a prorrogações.
- 30) Item 13.1: o prazo máximo da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a administração estadual é de dois anos.
- 31) Item 15.1.3 e 15.9: acrescentar ao final de ambos dispositivos - “*observado o disposto no § 1º do item 15.2*”.

Importa salientar que, muitas das alterações que se fazem necessárias na minuta do edital propriamente dito, deverão ser estendidas aos dispositivos equivalentes no Projeto Básico e, em especial, no Termo de Contrato.

No que se refere à solicitação de fl. 1.661 para que se procedesse à análise jurídica das sugestões provenientes da Consulta Pública efetuada pela SEGER (fls. 641-55), consideramos que já foram, em sua maioria, tratadas acima, com exceção das que agora serão objeto de apreciação:

- I) sugestão para substituição da previsão do Consórcio por Sociedade de Propósito Específico, nos moldes do que previsto na Lei de Concessões de Serviços Públicos: ainda que fosse possível ante a ausência de previsão expressa na Lei de Licitações, dependeria eminentemente da vontade administrativa. Diferença importante entre os dois regimes é a responsabilidade das empresas que compõem a entidade licitante – Consórcio ou SPE –, sendo no primeiro caso solidária por expressa exigência legal, o que não ocorre no caso da Sociedade de Propósito Específico, havendo, inclusive, posição doutrinária abalizada que defende a impossibilidade de aplicar aquela solidariedade às SPE²¹.

21 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A responsabilidade solidária nos consórcios públicos e o caso das concessões. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago./out. 2008. Disponível na Internet: <http://www.Direitodoestado.Com.Br/redae.Asp>.

- II) as exigências de habilitação sugeridas às fls. 647-48 não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI, da CR/88), nem possuem previsão legal (arts. 27 a 33 da Lei Federal nº 8.666/93).

4 Conclusão

Ante todo o exposto, *desde que cumpridas previamente todas as recomendações apresentadas acima*, concluímos pela possibilidade de deflagração do procedimento licitatório pretendido pela administração estadual.

É o Parecer.

Vitória, 1º de Julho de 2009.

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade.
Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 1999.

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica, etc.

Todo trabalho será passível de revisão lingüística, formal e metodológica, pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em conseqüência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as idéias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 200____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.